

MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

CARLOS F. BALBIN

Tercera edición actualizada y ampliada

 **INCLUYE**
VERSION *eBook*

THOMSON REUTERS
LA LEY

MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

3^{RA} EDICIÓN ACTUALIZADA Y AMPLIADA

CARLOS F. BALBÍN

2^a Edición actualizada 2013

3^a Edición actualizada 2015

© Carlos F. Balbín, 2015

© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2015

Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

ISBN 978-987-03-3001-1

SAP 41892027

Balbín, Carlos

Manual de derecho administrativo / Carlos Balbín. - 3a ed ampliada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015.

864 p.; 24 × 17 cm.

ISBN 978-987-03-3001-1

1. Derecho Administrativo. 2. Administración Pública. 3. Derecho. I. Título.

CDD 342

I. LA GÉNESIS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La génesis del Derecho Administrativo es, históricamente y en términos conceptuales, la limitación del poder estatal. A su vez, ese límite encuentra su razón de ser en el respeto por los derechos de los habitantes. En síntesis, la construcción del Derecho Administrativo representó el equilibrio entre el poder del Estado y los derechos de las personas en el contexto del Estado Liberal.

Cabe recordar que —en el marco del Estado Absoluto— las limitaciones al poder fueron mínimas y que el avance de éstas ha sido lento y paulatino. Luego, tras las revoluciones liberales del siglo XIX —Francia y Estados Unidos— y el advenimiento del Estado Liberal, el Derecho comenzó a sistematizar los principios y reglas propias del poder —privilegios— y, especialmente como hecho más novedoso, sus limitaciones.

Este nuevo Derecho que nace en ese entonces es el Derecho Administrativo, es decir, un límite ante el poder absoluto del Estado. Éste es el fundamento y el porqué de este conocimiento científico.

El Derecho Administrativo define de un modo más particularizado y concreto que el Derecho Constitucional, el equilibrio entre el poder estatal que persigue el interés de todos —por un lado— y los derechos e intereses de las personas individuales —por el otro—.

En verdad el nacimiento del Derecho Administrativo es más complejo porque tal como adelantamos incluye dos postulados respecto del Estado. Por un lado, el reconocimiento jurídico del poder estatal y sus privilegios y, por el otro, el límite a ese poder. Veamos ejemplos. El poder estatal de ordenar, regular, expropiar y sancionar es un cuerpo extraño al Derecho Privado (privilegios) y otro tanto ocurre con las limitaciones presupuestarias y el procedimiento que debe seguir el Estado en sus decisiones (límites). Así, el Estado, por ejemplo, puede modificar unilateralmente los contratos, pero sólo puede contratar si cumple con las previsiones presupuestarias y el trámite específico de selección de los oferentes. Es decir, *el Derecho Administrativo nace como un conjunto sistemático de privilegios y límites estatales apoyándose en el reconocimiento de derechos individuales*.

Entonces es plausible sostener que el reconocimiento del poder y su cauce jurídico es el primer límite en el ejercicio de aquél y, consecuentemente, es posible definir y estudiar el Derecho Administrativo como el conjunto de limitaciones sobre el poder estatal. Sin embargo, veremos luego cómo el Estado de Bienestar que reemplazó al Estado Liberal exigió reconocer más poder y no sólo en términos de ordenaciones, limitaciones y abstenciones sino de reconocimientos de derechos sociales y acciones estatales.

Así, y de conformidad con el sentido de su génesis, los diferentes hitos de esta rama jurídica constituyen pasos significativos en el camino de las limitaciones al poder, por caso, el concepto de personalidad del Estado, las técnicas de imputación y el control de las actividades estatales.

Sin embargo, más allá de su origen histórico y su motivación primigenia, el Derecho Administrativo también ha cobijado entre sus principios, normas e instituciones, fuertes bolsones de autoritarismo y arbitrariedad y, otras veces, ha servido decididamente al interés de las corporaciones de cualquier signo y no al interés colectivo, es decir, el interés de las mayorías decidido y aplicado con participación y respeto de las minorías.

II. EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

Tras las revoluciones liberales (s. XIX) surgen dos modelos institucionales en principio sustancialmente distintos cuya base y punto discordante es cómo interpretar el *principio de división entre los poderes*.

Uno de los aspectos históricamente más controvertidos sobre el alcance del principio de división de poderes —pero no el único tal como veremos más adelante— es la *relación entre los Poderes Ejecutivo y Judicial* y éste, según nuestro criterio, es el pivote sobre el que se construyó el Derecho Administrativo.

Así, por un lado, el modelo anglosajón interpretó que el principio de división de poderes no impide de ningún modo el control judicial sobre el Gobierno y sus decisiones. Por el otro, el modelo continental europeo —básicamente francés— sostuvo, al menos en sus principios, que el Poder Judicial no puede revisar las actividades del Poder Ejecutivo porque si fuese así se desconocería el principio de división de poderes ya que aquél estaría inmiscuyéndose en el ámbito propio de éste. Por eso, particularmente en Francia, el Estado creó tribunales administrativos, ubicados en el ámbito del propio Poder Ejecutivo, con el propósito de juzgar las conductas de éste.

En este contexto, el Derecho Administrativo comenzó a construirse más concretamente como el conjunto de herramientas o técnicas de exclusión del control judicial sobre el Poder Ejecutivo (básicamente en su aspecto procesal o procedimental). En otras palabras *el Derecho Administrativo fue concebido en parte como una serie de privilegios del Poder Ejecutivo especialmente frente al Poder Judicial*. Así, los privilegios —parte nuclear del Derecho Administrativo— no sólo constituyen prerrogativas frente a las personas sino también en su relación con los otros poderes y, particularmente, ante el poder de los jueces. Ello, sin perjuicio de la creación de otras técnicas de control de las conductas estatales en resguardo de los derechos individuales.

El cuadro que hemos descrito y, particularmente, el control de las actividades estatales, trajo consecuencias que aún se advierten en la construcción de los modelos actuales y en el uso de las técnicas de argumentación e interpretación de éstos. Pues bien, el análisis de los principios e institutos del Derecho Administrativo partió de un escenario parcial y sesgado como es el control *judicial* del Estado. Sin embargo, el Derecho Administrativo sigue construyéndose muchas veces en nuestros días desde estas perspectivas que son sustanciales pero —sin dudas— parciales.

Otro de los aspectos más complejo del citado principio —división de poderes—, desde sus mismos orígenes, es el *vínculo entre los poderes ejecutivo y legislativo*. En particular, el hecho quizás más controversial es si el Poder Ejecutivo tiene una zona de reserva en el ámbito del poder regulatorio.

A su vez, otro punto relevante es dilucidar si el sistema de gobierno —trátase de un modelo parlamentario o presidencialista— incide en el Derecho Administrativo. Así, el modelo parlamentario o cuasi parlamentario permite crear instituciones más participativas y con mayores controles. Por su parte, el modelo presidencialista acentuó el carácter cerrado y no deliberativo del Poder Ejecutivo.

Más adelante, analizaremos la crisis de este principio y la necesidad de su reformulación desde la perspectiva de los derechos.

III. EL MODELO DEL DOBLE DERECHO

La cuestión más controversial en el Estado Liberal y en relación con nuestro objeto de estudio fue la creación del ***Derecho Público como un régimen exorbitante comparado con el modelo propio del Derecho Privado***, esto es, ***dos derechos o subsistemas jurídicos***. El otro modelo contrapuesto es de un solo derecho que comprende las actividades públicas y privadas por igual.

En parte, es posible sostener que el Estado fue aceptando paulatinamente su sujeción al Derecho, pero a cambio de fuertes privilegios —en particular— en el marco del doble derecho. Demos un ejemplo. En el escenario del doble derecho (Derecho Privado/Derecho Administrativo) el Poder Ejecutivo puede declarar o decir el derecho —esto es, crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas— y a su vez aplicarlo —ejecutar sus propias decisiones— sin necesidad de intervención judicial. Así, las decisiones estatales se presumen legítimas y, además, revisten carácter ejecutorio.

En efecto, el Derecho Administrativo, es decir el Derecho Público de carácter autónomo respecto del Derecho Privado, prevé un conjunto de privilegios estatales, entre ellos: el carácter ejecutorio de sus actos, las reglas especiales y protectorias de los bienes del dominio público, el agotamiento de las vías administrativas como paso previo al reclamo judicial y el carácter meramente revisor de los tribunales sobre las decisiones del Ejecutivo.

En este punto creemos importante advertir y remarcar que el Derecho Administrativo creció utilizando y adaptando los institutos propios del Derecho Privado (actos jurídicos, contratos, procesos judiciales). Así, muchos de los desafíos y entuertos del Derecho Administrativo actual sólo se comprenden en profundidad si analizamos las instituciones desde aquél lugar y su evolución posterior.

En síntesis, el Derecho Privado (subsistema jurídico del Derecho Privado) se construye desde la igualdad entre las partes y sus respectivos intereses individuales. Así, pues, el Derecho Privado regula el contorno de tales situaciones jurídicas y no su contenido que se deja librado a la voluntad de las partes. Por su lado, el Derecho Público (subsistema jurídico del Derecho Público) parte del interés público y, por tanto, el criterio es la disparidad entre las partes y, a su vez, comprende el contorno y contenido de las relaciones jurídicas.

IV. EL DESARROLLO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El desarrollo histórico que hemos descripto con grandes pinceladas, en particular, el principio de división de poderes interpretado en términos rígidos, así como el esquema de un doble derecho (subsistemas), creó el edificio jurídico dogmático sobre un pilar ciertamente débil, al menos en sus primeros pasos científicos, a saber: el Derecho Administrativo giró sobre la base del control judicial de la actividad estatal y su alcance.

Es decir, el objeto de este conocimiento jurídico fue el control de las conductas estatales por tribunales especializados (administrativos, cuasi administrativos o judiciales). Sin embargo, ello es un aspecto relevante pero, insistimos, sólo un aspecto de nuestro objeto de estudio.

Cierto es también que este criterio fue luego reemplazado por otros conceptos como pivote central del Derecho Administrativo, esto es: el servicio público, el interés público y las actividades estatales.

Quizás una de las discusiones más relevantes en el terreno dogmático sobre el núcleo del Derecho Administrativo fue el debate, en el siglo pasado, entre los profesores franceses HAURIOU y DUGUIT que es sumamente ilustrativo. El primero de ellos hizo especial hincapié en el aspecto subjetivo — Poder Ejecutivo—, su régimen jurídico y, particularmente, sus privilegios (entre ellos, el acto administrativo). Por su parte DUGUIT fue el creador de la Escuela del Servicio Público que se apoyó en el concepto básico del servicio público.

En este punto del análisis cabe señalar que —según nuestro criterio— el cuadro propio del Derecho Administrativo debe asentarse sobre los siguientes pilares teóricos: a) el reconocimiento de los derechos fundamentales; b) el sistema de gobierno (presidencialista, parlamentario o mixto); c) el control judicial o por tribunales administrativos de las conductas del Poder Ejecutivo; d) la existencia de uno o dos derechos (subsistemas); e) el modelo de Administración Pública (centralizado, vertical y jerárquico o, en su caso, más horizontal y con mayores notas de descentralización y distribución del poder); y, finalmente, f) la distinción entre Gobierno y Administración.

Estos estándares nos permiten configurar el marco del Derecho Administrativo y su contenido en un contexto dado.

V. LAS BASES HISTÓRICAS EN EL MODELO ARGENTINO

Creemos que el Derecho Administrativo nace en nuestro país en las últimas décadas del siglo XIX como una disciplina jurídica con rasgos propios.

En particular, cabe preguntarse si las bases del modelo argentino que están incorporadas en el texto constitucional sigue o no los pasos del sistema continental europeo (control administrativo/judicial y doble derecho) o anglosajón que hemos descripto en los apartados anteriores (control judicial y derecho único).

En otras palabras, ¿el modelo argentino es tributario del régimen anglosajón o europeo? Ciertos autores consideran que nuestro sistema de Derecho Público es quizás contradictorio ya que, por un lado, sigue el texto constitucional de los Estados Unidos y, por el otro, el Derecho Administrativo de los países continentales europeos. Creemos que este postulado es relativo por varias razones. Primero, la Constitución Argentina de 1853/60 tiene diferencias que consideramos sustanciales con el modelo institucional de los Estados Unidos y, segundo, en nuestro país el Derecho Administrativo sigue sólo parcialmente el marco europeo (control judicial) aunque cierto es que mantiene el doble derecho (subsistemas).

De todos modos, esta discusión debe ser abandonada ya que, por un lado, en el estadio actual y en el derecho comparado existe un acercamiento entre los dos modelos y, por el otro, el texto constitucional de 1994 introdujo conceptos marcadamente propios sobre las estructuras estatales. Por ello, más allá de sus fuentes, es necesario recrear entre nosotros un modelo propio de Derecho Administrativo.

VI. LAS BASES ACTUALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El Derecho Administrativo fue adaptándose poco a poco a los nuevos esquemas políticos e institucionales. En particular, en el siglo XX, el Estado liberal fue reemplazado por el Estado Social y Democrático de Derecho, incorporándose los derechos sociales, de modo que el Estado

cumple un papel mucho más activo con el objeto de extender el bienestar a toda la sociedad mediante prestaciones activas y no simples abstenciones.

En el marco del Derecho Administrativo las consecuencias más visibles e inmediatas fueron el crecimiento de las estructuras estatales, el desplazamiento de las potestades legislativas al Poder Ejecutivo, las técnicas de descentralización del poder territorial e institucional, y las intervenciones del Estado en las actividades económicas e industriales por medio de regulaciones y de empresas y sociedades de su propiedad.

En el Estado liberal el valor central fue la libertad y la propiedad (derechos individuales clásicos). Luego en el marco del Estado Democrático se sumó el pluralismo político y, por su parte, en el Estado Social, el principio de igualdad y los derechos sociales y nuevos derechos. En particular, el Estado Democrático reconoce un papel central al Congreso y una Administración Pública abierta y participativa. Por su parte, el Estado Social incorpora el reconocimiento y exigibilidad judicial de los derechos sociales y los nuevos derechos.

Así, el Estado asume el compromiso de conformar el orden social en términos de igualdad debiendo garantizar el acceso de todos a ciertos niveles de bienestar. En este contexto, el Estado debe satisfacer derechos por medio de servicios esenciales, tales como la educación, la salud, la seguridad social y la vivienda, entre otros. Ello, sin perjuicio de otras prestaciones de contenido económico, es decir, los servicios públicos domiciliarios.

En igual sentido, el Estado debe desarrollar conductas positivas y de intervención y no simplemente abstenerse y no interferir en los derechos de las personas. A su vez, éstas se ubican en un escenario activo en tanto exigen conductas y prestaciones, participan en el propio Estado, y pueden oponerse y judicializar sus reclamos en caso de inactividad u omisión de éste.

Cabe señalar que el Derecho Administrativo recién en las últimas décadas comenzó a afianzar los derechos sociales e incorporar los derechos de tercera generación en el marco de su conocimiento y avance científico.

Finalmente, otros temas relevantes que no debemos olvidar bajo el Estado Social y Democrático de Derecho son: la democratización de las estructuras administrativas, el carácter transparente de las decisiones estatales, la incorporación de las nuevas herramientas tecnológicas y el buen gobierno como nuevos paradigmas en el desarrollo de la Teoría General del Derecho Administrativo.

CAPÍTULO 2 - EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES O SEPARACIÓN DE FUNCIONES

La Constitución Nacional desde su aprobación en el año 1853/60 introdujo ciertos principios básicos que conforman la clave de bóveda del Derecho Administrativo y que estudiaremos a continuación, entre ellos, el principio de división de poderes o también llamado separación de funciones.

Es evidente que es necesario dividir el poder con el propósito de controlar su ejercicio y garantizar así los derechos de las personas, ya que éste por su propia esencia y, según surge del análisis histórico de su ejercicio, tiende a concentrarse y desbordarse en perjuicio del ámbito de

libertad y autonomía de los individuos. A su vez, este principio es una técnica de racionalización del poder en tanto atribuye competencias materiales homogéneas en el ámbito específico de poderes especializados.

Por un lado, existen tres funciones estatales diferenciadas por su contenido material (legislar, ejecutar y juzgar) y, por el otro, hay tres poderes que ejercen, en principio, cada una de las competencias antes detalladas con exclusión de las demás. El esquema institucional básico es simple ya que existen tres poderes (poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial) y cada uno de ellos ejerce una función material especial (legislación, ejecución y juzgamiento).

Sin embargo, la práctica institucional, e inclusive el propio texto de las constituciones liberales, nos dice que —en verdad— cualquiera de los poderes no sólo ejerce las funciones propias y específicas sino también las otras competencias materiales estatales. En otras palabras, y a título de ejemplo, el Poder Ejecutivo no sólo ejerce funciones de ejecución (interpretación y aplicación de la ley) sino también otras de contenido materialmente legislativo y judicial. Así, el Poder Ejecutivo dicta actos materialmente legislativos (emite reglamentos ejecutivos, delegados y de necesidad y urgencia) y judiciales (actos dictados por los Tribunales de Cuentas o por los entes reguladores de servicios públicos en ejercicio de funciones materialmente judiciales).

Por tanto, es obvio que debemos romper el concepto erróneo y superficial de que cada poder sólo ejerce su función propia (específica) y de modo excluyente.

Es cierto que cada poder conserva sus competencias propias y originarias, pero también ejerce competencias ajenas o extrañas; es decir, potestades en principio de los otros poderes (a) con carácter complementario de las propias, o (b) en casos de excepción y con el propósito de reequilibrar los poderes.

Veamos los casos en que un poder ejerce potestades que, en principio y según un criterio interpretativo rígido, corresponden a los otros.

Por ejemplo, ¿puede el Poder Ejecutivo ejercer funciones materialmente legislativas? Sí, pero con carácter concurrente con el ejercicio de sus competencias materialmente propias y subordinado respecto de las leyes, o —en ciertos casos— con alcance excepcional. Así, el Poder Ejecutivo dicta los decretos reglamentarios de la ley cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias y, en casos extraordinarios, decretos de contenido legislativo.

En igual sentido, ¿puede el Poder Ejecutivo ejercer funciones materialmente judiciales que, como ya sabemos, resultan extrañas a él? Sí, pero con carácter excepcional y siempre que el juez revise, con criterio amplio, el acto judicial dictado por aquél. Es el caso de los tribunales administrativos que son parte del Poder Ejecutivo y ejercen funciones materialmente judiciales (es decir, extrañas al Presidente y sus órganos).

En este punto de nuestro análisis, es posible concluir que los tres poderes ejercen las tres funciones materiales, en mayor o menor medida, de modo que ya no es posible describir el principio de división de poderes como el instrumento de distribución *material* de competencias originarias, propias y exclusivas de los poderes.

En otros términos, el Poder Ejecutivo ejerce funciones materialmente ejecutivas, legislativas y judiciales y, a su vez, los otros poderes ejercen funciones materiales ejecutivas.

¿Cómo debemos definir, entonces, el principio de división de poderes? Cada poder conserva un núcleo esencial no reductible de facultades propias que coincide con el concepto clásico material aunque con un alcance menor y, a su vez, avanza sobre las competencias de los otros poderes y con límites evidentes.

Pues bien, los poderes comienzan a relacionarse entre sí de un modo distinto en tanto ejercen potestades materialmente administrativas, legislativas y judiciales. Sin embargo, como ya hemos dicho, cada poder conserva un núcleo de competencias que está compuesto esencialmente por las potestades materialmente propias y originarias, y otras materialmente ajenas o extrañas que revisten carácter complementario de las propias o, en su caso, excepcionales.

Entonces, los poderes, según el principio de división de poderes, ejercen las siguientes competencias:

- A) Por un lado, el **núcleo material** que hemos definido según un criterio más *flexible, limitado y razonable*.

Antes su extensión era mucho mayor, al menos en el plano teórico (por caso, correspondía al Poder Ejecutivo administrar en toda su extensión) y, además, el campo de cada poder sólo comprendía sus materias propias y específicas (por caso, la función ejecutiva con exclusión de las demás).

- B) Por el otro, el **complemento material** (funciones materialmente legislativas o judiciales complementarias y que ejerce el Poder Ejecutivo). Este complemento es compartido entre los distintos poderes estatales. Así, el complemento material es distribuido entre los poderes con los siguientes criterios: 1— *Primero*: si el complemento, más allá de su contenido material, es *concurrente* con el núcleo básico de cualquiera de los poderes, entonces corresponde a este último y sigue su suerte. Por caso, el dictado de decretos reglamentarios es una función materialmente legislativa; sin embargo, corresponde al Poder Ejecutivo porque es concurrente con el ejercicio de sus funciones básicas, esto es, administrar. En otras palabras, el Poder Ejecutivo con el propósito de cumplir con sus cometidos básicos (aplicar la ley) debe dictar los decretos sobre los detalles de las leyes y, en tal sentido, ésta es una potestad concurrente. 2— *Segundo*, el complemento es atribuido a uno de los poderes estatales con carácter **excepcional o extraordinario**, en virtud de la estabilidad del sistema institucional y el equilibrio entre los poderes y de conformidad con el criterio del Convencional Constituyente. Así, por ejemplo, el Poder Ejecutivo puede dictar leyes en casos excepcionales. Este último concepto, es decir, las facultades excepcionales más allá de su contenido material, es un reaseguro del sistema ya que el modelo rígido es reemplazado por otro más flexible.

II. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES EN EL MARCO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

Veamos ahora el marco constitucional de nuestro país a la luz de los argumentos expuestos en el punto anterior y, en particular, el caso del Poder Ejecutivo.

II.1. Las competencias materialmente administrativas del Poder Ejecutivo

El Presidente es el Jefe de la Nación, del Gobierno y de las fuerzas armadas y es —además— el responsable político de la Administración general del país. A su vez, él es quien debe nombrar a los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado y los demás jueces de los tribunales federales inferiores; conceder jubilaciones, retiros, licencias y pensiones; nombrar y remover a los embajadores con acuerdo del Senado y por sí solo al Jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros; prorrogar las sesiones ordinarias y convocar a sesiones extraordinarias; supervisar el ejercicio de la facultad del Jefe de gabinete de ministros de recaudar e invertir las

rentas de la Nación; concluir y firmar tratados; declarar el estado de sitio con acuerdo del Senado y decretar la intervención federal en caso de receso del Congreso (art. 99, CN), entre otras.

Por su parte, el Jefe de Gabinete de Ministros ejerce la Administración general del país; efectúa los nombramientos de los empleados de la administración, excepto aquellos que correspondan al Presidente; coordina, prepara y convoca las reuniones de Gabinete de Ministros; hace recaudar las rentas de la Nación y ejecuta la ley de Presupuesto nacional; concurre a las sesiones del Congreso y participa en sus debates; y, además, produce los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las Cámaras solicite al Poder Ejecutivo (art. 100, CN), entre otras facultades.

II.2. Las competencias materialmente legislativas del Poder Ejecutivo

Por razones de concurrencia. En este apartado debemos incluir el dictado de los decretos internos y reglamentarios que fuesen necesarios para la ejecución de las leyes cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias (art. 99, CN). Por su parte, el Jefe de Gabinete de Ministros expide los reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le reconoció el Convencional y aquellas que le delegue el Presidente. A su vez, el Jefe de Gabinete debe enviar al Congreso los proyectos de ley de Ministerios y Presupuesto, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo; y refrendar los decretos reglamentarios.

Por razones de excepción. El Presidente puede, en casos de excepción, dictar decretos de necesidad y urgencia y delegados (art. 99, inciso 3, y 76, CN) y el Jefe de Gabinete debe refrendar los decretos delegados, de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de las leyes (art. 100, CN).

II.3. Las competencias materialmente judiciales del Poder Ejecutivo

Por razones de excepción. El Presidente puede, en ciertos casos, ejercer funciones materialmente judiciales mediante los tribunales administrativos, sin perjuicio del control judicial posterior y suficiente.

En síntesis, creemos que *el contorno del principio de división de poderes en el marco constitucional vigente en nuestro país* es el siguiente:

1. Cada uno de los poderes del Estado ejerce básicamente el **campo material propio, originario y esencial**, pero no con alcance absoluto. Es decir, el Poder Legislativo básicamente legisla, el Poder Ejecutivo cumple y hace cumplir las leyes y el Poder Judicial resuelve conflictos con carácter definitivo;
2. Cada uno de los poderes del Estado ejerce también **materias ajenas o extrañas**, esto es, materias de los otros poderes en los siguientes casos.
 - 2.1. Las potestades **ajenas y concurrentes**, es decir aquellas que sean necesarias para el ejercicio de las potestades materialmente propias. Por ejemplo, el ejercicio de potestades materialmente administrativas por los Poderes Legislativo o Judicial. Así, pues, estos poderes necesitan ejercer estas competencias para el desarrollo de sus potestades propias. Por caso, el Congreso debe contratar personal o alquilar edificios con el fin de legislar. En igual sentido, el Poder Judicial debe recurrir al ejercicio de potestades administrativas (designar personal, ejercer sus potestades disciplinarias y contratar bienes y servicios) con el fin de juzgar.

2.2. Las potestades *ajenas y de excepción* con el objeto de alcanzar el equilibrio entre los poderes. Así, por ejemplo, el Poder Legislativo otorga concesiones o privilegios o resuelve expropiar un inmueble por razones de utilidad pública. Es decir, en tales casos, el Congreso ejerce facultades materialmente administrativas con carácter excepcional. Otro ejemplo es el de los tribunales administrativos en el ámbito del Poder Ejecutivo, en cuyo caso constatamos el ejercicio de potestades jurisdiccionales. Otro caso es el ejercicio de potestades legislativas por el Poder Ejecutivo con carácter extraordinario y transitorio, y con el propósito de conservar el equilibrio entre los poderes estatales.

Finalmente, cabe agregar que en general las competencias materialmente ajenas y de carácter extraordinario nacen de modo expreso del texto constitucional (ver los ejemplos antes citados, [arts. 53](#), [59](#) y 75, CN). Por su parte, las competencias materialmente ajenas pero concurrentes surgen básicamente de modo implícito de la Constitución y, luego, el legislador comúnmente decide incorporarlas en el texto de las leyes y normas reglamentarias.

III. LOS PRINCIPIOS INSTRUMENTALES DE LA DIVISIÓN DE PODERES: LA LEGALIDAD Y LA RESERVA LEGAL

Hemos analizado el principio clásico de división de poderes, su evolución posterior y las bases constitucionales desde las que debe reformularse este postulado que creemos esencial en el marco del Estado de Derecho.

Sin embargo, y más allá de las bases, el contorno es sumamente difuso; por eso, el Convencional introdujo otros principios que llamaremos complementarios y que nos permiten apuntalar el contenido del principio básico bajo estudio. Es decir, el principio de legalidad y el de reserva legal.

El postulado de legalidad nos dice que:

- A) Por un lado, determinadas cuestiones, las más relevantes en el orden institucional, sólo pueden ser reguladas por el Congreso (ley) por medio de debates públicos y con la participación de las minorías en el seno del propio Poder Legislativo (proceso deliberativo y participativo). Es cierto que, en términos históricos, el principio de legalidad fue absoluto. Sin embargo, los textos constitucionales limitaron su alcance porque el mandato legislativo no puede desconocer los principios y reglas constitucionales;
- B) Por el otro, este principio establece que el Poder Ejecutivo está sometido a la ley. Es claro entonces que el Poder Ejecutivo debe relacionarse con las leyes por medio de los criterios de sujeción y subordinación y no en términos igualitarios. A su vez, las conductas del Poder Ejecutivo no sólo deben estar sujetas a las leyes sino a todo el bloque de juridicidad.

En síntesis, la ley debe necesariamente regular ciertas materias y, a su vez, el Poder Ejecutivo debe someterse a las leyes. Este principio, entonces, nos ayuda a comprender cómo dividir el poder entre el legislativo y el ejecutivo y, además, cómo relacionar ambos poderes constitucionales.

En particular, en el marco institucional de nuestro país, el principio básico es el de legalidad. Esto es así por las siguientes razones: a) las cuestiones más relevantes están reservadas expresamente a la ley (art. 75, CN, entre otros); b) el Congreso es competente para ejercer los poderes residuales, esto es, las facultades concedidas por la Constitución al Gobierno Federal y

no distribuidas de modo expreso o implícito entre los poderes constituidos (art. 75, inc. 32, CN) y c) los derechos individuales sólo pueden ser regulados por ley del Congreso (art. 14, CN).

Así, el Convencional reconoció al Congreso, en términos expresos, implícitos e incluso residuales, el poder de regular las materias en sus aspectos centrales o medulares.

El principio de reserva de ley establece que:

El poder de regulación del núcleo de las situaciones jurídicas es propio del Congreso y, además, le está reservado a él; por tanto, el Poder Ejecutivo no puede inmiscuirse en ese terreno ni avasallar las competencias regulatorias del legislador, aún cuando éste no hubiese ejercido dicho poder (omisión de regulación legislativa).

IV. LOS CASOS MÁS CONTROVERTIDOS SOBRE EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

El principio de división de poderes o separación de funciones, en particular en el marco de cualquier contexto jurídico, político, social y económico, está permanentemente en crisis y estado de tensión. Así, por ejemplo, el alcance del control judicial sobre las leyes, los actos políticos y la discrecionalidad de los poderes políticos. Veamos otros ejemplos: los actos legislativos dictados por el Poder Ejecutivo, la inaplicabilidad de la ley inválida por parte del Ejecutivo (sin intervención judicial), las leyes singulares y las leyes de intromisión en las decisiones judiciales.

Los casos que quisiéramos destacar aquí puntualmente por ser, quizás, los más paradigmáticos son: el alcance absoluto de las decisiones judiciales y los tribunales administrativos.

IV.1. El alcance de las sentencias

Es innegable que ante una acción promovida en virtud de la lesión sobre un derecho individual por conductas estatales, el juez debe controlar y, en su caso, hacer cesar la violación respectiva.

En este contexto, es necesario señalar que la Corte desde sus orígenes exigió el planteo de un "*caso judicial*" como condición de intervención de los jueces y del ejercicio de su poder jurisdiccional. ¿Qué es un caso judicial? En pocas palabras puede definirse el concepto de *caso* como cualquier planteo acerca de un derecho subjetivo lesionado por conductas estatales o de terceros y de modo diferenciado. La Corte usó este desarrollo argumental desde el principio y en innumerables precedentes.

¿Puede el juez ir más allá? Quizás es posible decir que existen básicamente dos técnicas de ampliación del campo de actuación del juez más allá de los límites tradicionales y que, en cierto modo, cuestionan el principio de división de poderes en su interpretación tradicional. A saber: a) el ingreso en el proceso judicial de sujetos no titulares de derechos subjetivos (efecto expansivo de las personas habilitadas o legitimadas) y b) el alcance de las decisiones judiciales sobre todos y no simplemente entre las partes (efectos absolutos).

En este estado no podemos soslayar el argumento del carácter no mayoritario de las decisiones de los jueces toda vez que éstos, en tales casos, avanzan sobre las potestades tradicionales del Poderes Ejecutivo y Legislativo, y sin legitimidad de carácter democrático. Sin embargo, creemos que el juez interviene con el objeto de resguardar el mandato normativo del convencional o el legislador, y no simplemente en términos discrecionales.

Entendemos que, por un lado, el ingreso en el proceso judicial debe ser amplio. Así, la Constitución de 1994 dice, en el marco del amparo colectivo, que "podrán interponer esta acción... el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines..." (art. 43, CN), reconociendo pues un piso amplio de legitimación con base constitucional en el amparo de los intereses colectivos y garantizando, así, el debido acceso a la jurisdicción en defensa de tales intereses. Por el otro, los efectos de las sentencias judiciales dictadas en el marco de las acciones colectivas deben ser, según nuestro criterio, absolutos. La Corte se ha expedido en este sentido en los casos "Monges" (1996), "Halabi" (2009) y "Defensor del Pueblo" (2009).

IV.2. El caso de los tribunales administrativos. El ejercicio de facultades judiciales por el Poder Ejecutivo y sus órganos inferiores

Anteriormente explicamos que un caso típico de funciones extrañas respecto del Poder Ejecutivo es el ejercicio de potestades judiciales por éste. En efecto, es el caso de los tribunales administrativos, es decir, órganos que integran el Poder Ejecutivo y que ejercen funciones materialmente judiciales toda vez que resuelven conflictos entre partes.

Desde un principio se discutió en nuestro país si los tribunales administrativos son o no constitucionales.

Por un lado, se dijo que si bien el Poder Ejecutivo, de acuerdo con el principio de la división de poderes que prevé el texto constitucional, sólo ejerce la potestad de reglamentar y ejecutar las normas que dicte el Congreso, este principio debe ser interpretado con un criterio más flexible — tal como ya hemos explicado— de manera tal que cualquier poder puede ejercer con carácter restrictivo las potestades propias de los otros y ello, claro, en el marco constitucional. En particular, se dijo que la Constitución prohíbe el ejercicio de funciones judiciales al Poder Ejecutivo, pero no el desarrollo de funciones jurisdiccionales (art. 109, CN). Ahora bien, ¿cuál es la distinción entre las funciones judiciales y jurisdiccionales? La función jurisdiccional es aquella que resuelve los conflictos entre sujetos y, por su lado, la función judicial conduce a la resolución de las controversias entre partes por un órgano imparcial y con carácter definitivo. La interpretación, entonces, es la siguiente: el artículo 109, CN, sólo prohíbe al Poder Ejecutivo juzgar conflictos judiciales. En síntesis, conforme este camino interpretativo, el Poder Ejecutivo puede ejercer facultades judiciales (o cuasi judiciales) limitadas.

Por el otro, se interpretó que los órganos administrativos no pueden ejercer facultades judiciales por las siguientes razones: a) la Constitución prohíbe al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales cuando establece que "en ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas" (art. 95, actual art. 109CN). Así, la Constitución dispone de modo expreso que el Presidente no puede arrogarse el conocimiento de las causas judiciales. Es decir, el Convencional no sólo incorporó el mandato prohibitivo implícito, en virtud del principio de división de poderes, sino también un mandato prohibitivo expreso en el texto del artículo 109, CN. b) Ningún habitante puede ser juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa (art. 18, CN) y, finalmente, la prohibición de privación de la propiedad, salvo sentencia fundada en ley (art. 17, CN).

La cuestión a resolver es la constitucionalidad o no de las funciones judiciales del Poder Ejecutivo.

Conviene quizás aclarar aquí que el sentido de incorporar tribunales administrativos es el siguiente: a) unificar los criterios de interpretación o resolución de cuestiones complejas o técnicas, b) incorporar la experiencia de los órganos administrativos, c) resolver el excesivo número de controversias que surgen por la interpretación o aplicación de las regulaciones estatales y, por último, d) unificar la potestad de ejecutar las normas legislativas con el poder de resolver las controversias.

Cabe destacar que esta cuestión recobró interés en la década de los noventa a partir de la creación de los entes de regulación de los servicios públicos privatizados que, entre otras funciones, ejercen potestades judiciales. Así, por ejemplo, la ley 24.065 que regula el marco de la energía eléctrica establece que "toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente" (Ente Regulador de la Energía Eléctrica —ENRE—).

La Corte convalidó los tribunales administrativos con la condición de que sus decisiones estén sujetas al control de los jueces y siempre que, además, éste sea suficiente (caso "Fernández Arias", 1960). Este antecedente rompió claramente el principio rígido que explicamos anteriormente, según el cual, los poderes están divididos de modo tal que un poder no puede inmiscuirse en las funciones y competencias de los otros.

Así, el Tribunal sostuvo que el Poder Ejecutivo no sólo ejerce funciones administrativas sino también judiciales, aunque con límites. ¿Cuáles son estos límites? Según el citado precedente, los límites sobre el ejercicio de las potestades judiciales del Poder Ejecutivo son: a) el control judicial suficiente, es decir, el control judicial sobre los hechos y las pruebas, y no solamente sobre el derecho controvertido respecto de los actos jurisdiccionales del Ejecutivo o, en su caso, b) reconocer normativamente y hacerle saber al recurrente que puede optar por la vía judicial o administrativa, sin perjuicio de que en este último caso no sea posible recurrir luego judicialmente.

Evidentemente el planteo que subyace es el alcance del control, esto es, el control mínimo o máximo del juez sobre el acto judicial del Presidente. *El Tribunal, por su parte, se inclinó por el poder de revisión amplio de los jueces (derecho, hechos y pruebas).*

En este antecedente la Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley porque sólo preveía el recurso judicial extraordinario en términos de revisión de las decisiones judiciales del Ejecutivo. Es decir, la ley incorporó el control judicial, pero insuficiente. Cabe recordar que el recurso extraordinario ante la Corte (art. 14 de la ley 48) sólo comprende el debate sobre el derecho aplicable, pero no así las cuestiones probatorias y de hecho.

Muchos años después, en el antecedente "Angel Estrada" (2005), la Corte restringió la interpretación sobre el alcance de las potestades judiciales del Poder Ejecutivo. En efecto, el Tribunal ratificó el criterio expuesto en el caso "Fernández Arias", pero agregó que el reconocimiento de facultades judiciales por los órganos de la Administración debe hacerse con carácter restrictivo (por tanto, en el caso puntual resolvió que el Ente Regulador es incompetente para dirimir controversias entre las distribuidoras y los usuarios en materia de responsabilidad por daños y perjuicios basados en el derecho común). Entonces, el Poder Ejecutivo puede ejercer funciones judiciales siempre que el órgano haya sido creado por ley, sea imparcial e independiente, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador en su creación haya sido razonable y, por último, las decisiones estén sujetas al control judicial amplio y suficiente.

Cabe mencionar aquí que la Cámara Federal Contencioso Administrativo en el fallo plenario "Edesur" (2011) dijo que, sin perjuicio de lo dispuesto por la Corte en el precedente "Ángel

Estrada" antes citado, el ENRE es competente para reparar el daño emergente —es decir, el valor de reparación o sustitución del objeto dañado— cuando los usuarios voluntariamente así lo requieran, de conformidad con la ley 24.065 y el art. 42, CN. Es decir, "una vez establecido el incumplimiento contractual de la Distribuidora por parte del ENRE, la determinación del valor del daño consistente en un objeto determinado, no hace invadir al ENRE la función del Poder Judicial, dado que se trata de obtener un dato de conocimiento simple: cuánto vale en el mercado el artefacto de acuerdo a su calidad y marca".

En conclusión, más allá del alcance de las competencias jurisdiccionales de los entes reguladores y de los tribunales administrativos en general, cabe concluir que el Poder Ejecutivo puede ejercer potestades judiciales o también llamadas jurisdiccionales siempre, claro, que el Poder Judicial controle luego con amplitud tales decisiones. Es decir, el juez debe controlar el derecho, los hechos, los elementos probatorios y, además, las cuestiones técnicas.

V. LOS NUEVOS TRAZOS DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

Es evidente que, tal como quedó demostrado en los párrafos anteriores, el principio de división de poderes desarrollado en el marco del Estado liberal entró en crisis y que, consecuentemente, debe ser reformulado.

Pues bien, el Estado Liberal fue desbordado por el nuevo rol del Estado social y económico, el reconocimiento de los nuevos derechos, el desplazamiento del poder político por los poderes corporativos o económicos, el quiebre del principio de legalidad y el descontrol del poder discrecional del Estado.

Sin embargo, el legislador no desarrolló un nuevo modelo de Estado en términos sistemáticos y coherentes. Así, el Estado actual y, en particular, el principio de división de poderes, es muchas veces simple superposición de reglas e institutos confusos y contradictorios.

A título de ejemplo, cabe recordar que, entre otros ensayos, se propuso distinguir entre las funciones de disposición y cognición del Estado y no ya entre las funciones clásicas (legislar, ejecutar y juzgar). Así, el *poder de disposición* está directamente apoyado en la legitimidad democrática formal y sustancial de las mayorías con sus límites y controles. Por su parte, el *poder de cognición* debe sustentarse en los derechos fundamentales y, por tanto, su legitimidad es sustancial y no formal. Es decir, el poder de gobierno o disposición debe apoyarse en las raíces democráticas y, por su parte, el poder de garantía o cognición en el respeto por la ley. Así, el poder de disposición es propio del Poder Legislativo y el Ejecutivo y el de cognición del Poder Judicial. El punto central es quizás definir cuál es el contenido propio de los ámbitos de disposición y cognición porque es el pilar básico de distinción entre los poderes estatales en este nuevo modelo construido desde el plano teórico.

Por nuestro lado, proponemos los siguientes trazos fundacionales del principio bajo análisis:

1. El Poder Legislativo debe ejercer un rol central como responsable de definir los lineamientos más relevantes de las políticas públicas (planificación de políticas públicas).
- A su vez, el Congreso debe fortalecerse con la incorporación de las Administraciones autónomas que dependan de éste y no del Poder Ejecutivo y, particularmente, de los órganos de control externo e independientes del Presidente, pero ubicados —a su vez— en el escenario propio del legislador;

2. El Poder Ejecutivo —que ejerce un papel central en el diseño de las políticas públicas y su ejecución— debe ser atravesado por técnicas de participación en sus estructuras y decisiones; y
3. El Poder Judicial debe avanzar en el diseño de las políticas públicas, siempre en relación con el reconocimiento de derechos, particularmente, los derechos sociales. Esto es posible por el mayor acceso al proceso judicial y los efectos absolutos de las sentencias. Así, el Estado Democrático no sólo exige formas sino sustancias, es decir, respeto por los derechos fundamentales y el juez es el principal garante de este compromiso constitucional.

VI. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EL OTRO PILAR BÁSICO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Hemos dicho que el origen y sentido del Derecho Administrativo es el límite del poder estatal con el objeto de respetar y garantizar los derechos de las personas. Estos dos extremos, es decir, por un lado, el poder y sus límites y, por el otro, los derechos constituyen entonces los pilares fundamentales en la construcción de este modelo dogmático.

Por ello, comenzamos por el estudio del postulado originario de la división de poderes o separación de funciones (poder), su evolución posterior y su incorporación en el texto constitucional.

Pues bien, en este estado debemos estudiar el otro pilar básico sobre el cual se construyó el edificio dogmático de la Teoría General del Derecho Administrativo, esto es, los derechos fundamentales.

Cabe reflexionar en este punto sobre cómo progresó el concepto jurídico de los derechos. Así, es posible distinguir entre los siguientes períodos: a) los derechos civiles y políticos, b) los derechos sociales, económicos y culturales, y c) los nuevos derechos o también llamados derechos colectivos.

VI.1. El principio de autonomía de las personas

Tal como adelantamos, el nudo que debemos desatar previamente es cómo resolver el conflicto entre poder y derechos.

En otras palabras, nos preguntamos cuál es el principio o postulado que nos permite clausurar el modelo. Pues bien, en caso de conflicto entre los principios (poder y derechos) cuál de los dos debe prevalecer y —es más— qué cabe decidir cuando el Legislador guarde silencio sobre el reconocimiento y exigibilidad de los derechos o el Ejecutivo, en ejercicio de su poder, altere los derechos. En tal caso, entendemos que el modelo prevé su resolución por medio de una cláusula a favor de las personas (la autonomía personal y la no alteración de los derechos).

En efecto, dice la Constitución 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 sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe" (art. 19, CN). Por su parte, el artículo 14, CN, nos dice que "todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...", pero el artículo 28, CN, establece que "los principios,

garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

A su vez, el principio de autonomía y el núcleo de los derechos deben ser completados con otro aspecto positivo, esto es, el Estado no sólo debe abstenerse de inmiscuirse en el círculo propio e íntimo de las personas sino que debe, además, garantizar el goce de los derechos fundamentales porque sólo así las personas son verdaderamente autónomas. De modo que el ámbito de autonomía individual no es sólo la privacidad y libertad —en los términos casi literales del artículo 19, CN— sino también el acceso a condiciones dignas de vida (es decir, la posibilidad de cada uno de elegir y materializar su propio proyecto de vida).

VI.2. El reconocimiento de los derechos civiles y políticos

En un principio y en términos históricos, los derechos reconocidos con el advenimiento del Estado Liberal fueron básicamente la libertad individual y el derecho de propiedad. Luego, este marco fue extendiéndose e incorporó otros derechos de carácter político. Pues bien, este conjunto de derechos es conocido habitualmente como derechos civiles y políticos.

VI.3. El reconocimiento de los derechos sociales. Los nuevos derechos

En un segundo estadio, los derechos civiles y políticos fueron completados por los derechos sociales, económicos y culturales. Así, como el primer escenario se corresponde con el Estado Liberal, el segundo es propio del Estado Social y Democrático de Derecho.

Vale recordar que, luego, muchos Estados dictaron sus constituciones incorporando en el texto los derechos sociales. Antes de ese entonces, los derechos del ciudadano contenidos en las constituciones locales eran de tipo eminentemente individual; mientras que las constituciones dictadas bajo el modelo del "constitucionalismo social" incluyeron también los derechos de contenido y proyección social. Así, por ejemplo, la Constitución Soviética de 1918, la Constitución de Weimar de 1919 y la Constitución Mexicana de 1921. Finalmente, la actual Constitución de Alemania —Ley Fundamental de Bonn dictada en el año 1949— introdujo por primera vez en el propio texto constitucional el concepto de "Estado Social" en términos claros y explícitos.

Sin embargo, este proceso de reconocimiento de los derechos sociales no fue lineal ni pacífico. Desde las primeras polémicas sobre sus alcances en 1950, el camino del goce de los derechos sociales, económicos y culturales, en cuanto a su plena operatividad y consecuente exigibilidad, sigue plagado de numerosos obstáculos. Concretamente, el debate que se planteó desde un principio es si estos derechos deben interpretarse en términos descriptivos (no jurídicos) o prescriptivos (jurídicos). En otras palabras, ¿los derechos económicos, sociales y culturales gozan de igual jerarquía, operatividad, eficacia y exigibilidad que los otros derechos (civiles y políticos)? Es decir, más simple: ¿los derechos económicos, sociales y culturales son operativos o programáticos?

VI.4. El reconocimiento normativo de los derechos en nuestro país

En primer lugar, la Constitución de 1853/60 introdujo los derechos civiles y políticos. Así, básicamente el artículo 14 del texto constitucional dice que "todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender". Por su parte, el artículo 16, CN, consagra el principio de igualdad; el artículo 17, CN, el derecho de propiedad; y el artículo 18, CN, el acceso a la justicia.

Luego, la reforma constitucional de 1949, incorporó por primera vez los derechos sociales en el marco constitucional. En este sentido, la Constitución de 1949, derogada pocos años después, modificó ciertos mandatos, y suprimió y agregó otros tantos. En particular, reconoció ampliamente los derechos del trabajador, la familia y la ancianidad. Asimismo, introdujo, por primera vez, el aspecto social de la propiedad, el capital y las actividades económicas.

Sin embargo, tras el derrocamiento del presidente PERÓN por un golpe militar en el año 1955, el nuevo gobierno llamado de la "Revolución Libertadora" convocó a una Convención Constituyente que derogó la Constitución de 1949 y reinstaló la Constitución de 1853/60 con la incorporación del art. 14 *bis* cuyo texto reconoce los derechos sociales.

En efecto, el artículo 14 *bis*, CN, establece que "...El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, [...]; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna". A su vez, en su primera parte, el texto garantiza a los trabajadores: a) condiciones dignas y equitativas de labor; b) jornadas limitadas; c) descanso y vacaciones pagas; d) retribuciones justas; e) salario mínimo vital y móvil; f) igual remuneración por igual tarea; g) participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; h) protección contra el despido arbitrario; i) estabilidad del empleado público; y j) organización sindical libre y democrática. Por último, se le garantiza a los gremios "concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; [y] el derecho de huelga".

Con la reforma constitucional de 1994 se produjeron dos innovaciones jurídicamente relevantes en este campo de nuestro conocimiento. Por un lado, la incorporación en su Capítulo Segundo de los Nuevos Derechos y Garantías y, por el otro, el reconocimiento de los tratados de Derechos Humanos con rango constitucional.

Respecto de los nuevos derechos, el Convencional incorporó el derecho de todos los habitantes a gozar de un *ambiente sano*, el derecho de los *usuarios y consumidores*, los derechos los *pueblos indígenas* y el derecho de los *niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*, entre otros.

VI.5. La exigibilidad de los derechos

Sin perjuicio del reconocimiento normativo de los derechos, existe otro aspecto igualmente relevante que aún no hemos estudiado, esto es, el goce de esos derechos. En otros términos el reconocimiento real y cierto de ellos y, consecuentemente, su exigibilidad.

Los derechos sociales, igual que cualquier otro derecho más allá de su nombre jurídico, son operativos y exigibles. ¿Cuán exigibles son estos derechos? ¿En qué condiciones o con qué alcance el Estado debe satisfacerlos? Intentemos contestar estos interrogantes, sin dejar de advertir que —en principio— los derechos sociales suponen políticas activas y obligaciones de hacer por el Estado, y no simplemente abstenciones.

Los derechos sociales son operativos, plenamente exigibles y justiciables. Así, por ejemplo, en particular, los derechos económicos, sociales y culturales son operativos; es decir, el derecho existe, es válido y puede ser ejercido sin necesidad de reglamentación o regulación ni intermediación de los poderes estatales. Cabe añadir, en sentido concordante y complementario, que tales derechos son exigibles judicialmente.

A su vez, el Estado debe satisfacer los derechos económicos, sociales y culturales. Pero, ¿cuáles son las obligaciones estatales? Es decir, ¿qué debe hacer el Estado? En *primer lugar*, es importante remarcar que ***el Estado debe avanzar de modo inmediato*** y reconocer necesariamente y en cualquier circunstancia cierto estándar mínimo o esencial de los derechos. Esto es, el Estado debe adoptar medidas legislativas, administrativas, financieras, educativas y culturales de modo inmediato con el objeto de garantizar los derechos. En *segundo lugar*, las medidas que adopte el Estado en este terreno no sólo deben ser inmediatas sino que, además y como ya dijimos, deben tender a la satisfacción de ***niveles esenciales*** de los derechos.

En *tercer lugar* debemos destacar el ***carácter progresivo*** de las conductas estatales en el cumplimiento de sus obligaciones de respeto y reconocimiento de los derechos sociales. Este principio debe verse desde dos perspectivas. En efecto, por un lado, este postulado nos dice que el Estado debe reconocer cada vez más el disfrute de los derechos por medio de las políticas públicas que amplíen o mejoren ese status de goce y reconocimiento. Es decir, el Estado no sólo debe avanzar en sus políticas de modo inmediato y garantizar niveles esenciales sino que —además— debe seguir avanzando permanentemente en términos progresivos e ininterrumpidos.

Por el otro, el Estado no puede retrotraer o regresar sobre el cuadro anterior, es decir, una vez reconocido un derecho y efectivizado su goce —en particular respecto de las personas menos autónomas y excluidas socialmente—, el nivel alcanzado no puede luego eliminarse o recortarse sin el reconocimiento por parte del Estado de otras alternativas razonables. En otras palabras, el postulado de progresividad en el campo de los derechos sociales supone la ***obligación estatal de avanzar*** y, a su vez, la prohibición de regresar sobre sus propios pasos.

De modo que cuando el Estado avanzó en el reconocimiento y protección de los derechos sociales no puede ya retroceder hacia el estadio anterior (***carácter no regresivo de las conductas estatales***).

En conclusión, los derechos sociales son operativos y justiciables y el Estado, por su parte, debe garantizarlos inmediatamente en sus niveles esenciales, avanzar de modo progresivo y permanente y no retroceder respecto de los estándares alcanzados.

VI.6. El reconocimiento judicial de los derechos sociales y los nuevos derechos

Una rápida mirada sobre los antecedentes judiciales nos permite observar que la Corte en nuestro país se expidió en varias oportunidades a favor de los derechos sociales y los nuevos derechos, básicamente, sobre el derecho a la salud, la alimentación, las jubilaciones, el empleo público, el ambiente, y los usuarios y consumidores.

Cabe recordar que el Tribunal sostuvo en el caso "Vizzotti" (2004) que "los derechos constitucionales tienen, naturalmente, un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución. De lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra el mentado control, que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último".

A su vez, respecto del control judicial la Corte agregó que "el mandato que expresa el tantas veces citado artículo 14 bis se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento "atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima a dicho precepto".

A continuación mencionaremos los casos que consideramos más relevantes sobre el reconocimiento judicial de los *derechos sociales* en los últimos años.

Así, el derecho a la salud: "Asociación Benghalensis" (2000), "Campodónico de Bevilacqua" (2003), "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta" (2003), "Sánchez" (2004), "Lifschitz" (2004) y "Reynoso" (2006). El derecho a la alimentación: "Esquivel" (2006); las jubilaciones móviles: "Badaro" (2006); los derechos de los pueblos originarios: "Defensor del Pueblo" (2007); la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas: "Gentini" (2008); y la libertad sindical: "Asociación de Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales" (2008).

En particular, la Corte reconoció el derecho a la vivienda en el precedente "Q. C., S. Y." (2011) con el siguiente alcance: a) "la primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad"; b) "el segundo aspecto que debe considerar es que la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado" y c) "la tercera característica de los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial". En síntesis, el sistema normativo —según el criterio de la Corte— no consagra una operatividad directa "en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial"; *sin embargo*, existe "una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona". Es decir, en este último caso, el derecho es directamente operativo y no de carácter o alcance derivado.

Por último, respecto de los **nuevos derechos**, tal es el caso del ambiente y el consumo, citemos a título de ejemplo algunos fallos. Así, en relación con los derechos de los usuarios y consumidores: "Edenor" (2004), "Gas Natural Ban" (2004) y "Auchan" (2006); y los relativos al ambiente: "Mendoza" (2006), "Asociación de Superficiarios de la Patagonia" (2006) y "Provincia de Neuquén" (2006).

VI.7. Conclusiones

Los Derechos Sociales, Económicos y Culturales (es decir, los derechos de tercera generación) junto con los derechos Civiles y Políticos (llamados comúnmente derechos "de primera y segunda generación", respectivamente) y, por último, los llamados "nuevos derechos", constituyen el otro pilar fundamental del Derecho Administrativo.

Éste debe construirse sobre el principio de división de poderes (en los términos en que lo hemos definido en los apartados anteriores) y el concepto de los derechos fundamentales (esto es, no sólo el marco de los derechos civiles y políticos sino también los otros derechos).

VII. LOS OTROS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Hemos detallado en los puntos anteriores el principio constitucional de división de poderes y el concepto de los derechos fundamentales. A su vez, la Constitución y los Tratados incorporados prevén otros principios básicos, entre ellos: bases democráticas, criterio *pro homine*, responsabilidad estatal, transparencia, participación, descentralización, buena administración, tutela judicial efectiva y federalismo.

Estas bases o principios de rango constitucional marcan el campo de actuación estatal. Así, el poder estatal no es libre sino que está sujeto a estos principios o directrices.

Una vez descritas las bases constitucionales del Derecho Administrativo nos dedicaremos al análisis de las funciones estatales y, en especial, al estudio de las funciones estatales administrativas como núcleo y objeto formal del Derecho Administrativo, sin dejar de advertir que el paradigma del Derecho Administrativo, esto es, el equilibrio entre el poder y los derechos debe ser sustituido por otro nuevo (sustancial).

VIII. EL NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Más allá del objeto específico y actual de nuestro conocimiento, cuestión que intentaremos aprehender en los próximos capítulos, cierto es que el Derecho Administrativo, como ya adelantamos, se construyó desde los siguientes pilares: *por un lado*, el poder y sus límites y, *por el otro*, los derechos individuales.

Pues bien, ¿cuál es la distinción conceptual entre poder y derechos? Por un lado, en el marco de las potestades o poderes públicos los mandatos son —en principio— genéricos; mientras que en el contexto de los derechos subjetivos el deber jurídico estatal correlativo es siempre específico.

Por el otro, el Estado ejerce poderes y cumple con sus deberes. A su vez, los individuos ejercen sus derechos y están obligados a cumplir con ciertas obligaciones. Sin embargo, el Estado —en ciertos casos— ejerce derechos (por ejemplo, en el marco de las contrataciones públicas ante el contratista).

En síntesis, las relaciones o situaciones jurídicas comprenden *poderes, derechos y deberes*.

De todos modos, el aspecto sustancial es que los derechos son inalienables mientras que el poder estatal nace de un acuerdo social y, por tanto, puede ser ensanchado o recortado. Sus límites —claro— son los derechos fundamentales. Ciertamente es también que el marco jurídico incluye derechos del Estado, pero éstos son de contenido claramente económico y, por tanto, disponibles y renunciables. Ello, no es así respecto de los derechos fundamentales de las personas.

Según los autores españoles GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ: "La Administración Pública, que, como hemos visto, asume el servicio objetivo de los intereses generales..., dispone para ello de un elenco de potestades exorbitantes del Derecho común, de un cuadro de poderes de actuación de los que no disfrutaban los sujetos privados". Y agregan que el

Estado —por ejemplo— "puede crear, modificar o extinguir derechos por su sola voluntad mediante actos unilaterales... e, incluso, ejecutar de oficio por procedimientos extraordinarios sus propias decisiones...". "Por otra parte, el Derecho Administrativo coloca, junto a los privilegios, las garantías". Y, finalmente, concluyen: "El Derecho Administrativo, como Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas, está hecho, pues, de un *equilibrio* (por supuesto, difícil, pero posible) *entre privilegios y garantías*. En último término todos los problemas jurídico-administrativos consisten —y esto conviene tenerlo bien presente— en buscar ese equilibrio, asegurarlo cuando se ha encontrado y reconstruirlo cuando se ha perdido".

En otros términos, "el Derecho público, sobre todo sus partes más importantes (el Derecho del Estado y el Derecho administrativo), tiene por objeto al Estado como sujeto revestido de autoridad y sirve para fundamentar y limitar sus prerrogativas" (H. MAURER).

En síntesis, el criterio básico es el de: *poder vs. derechos*. Es más, el equilibrio (objeto propio del Derecho Administrativo) supone reconducir el conflicto en términos de más derechos y, por tanto, menos poder. Nos preguntamos, entonces, cuál es el mejor Derecho Administrativo bajo este paradigma, pues bien, insistimos, aquel que sea capaz de reconocer más derechos y, como corolario consecuente, recortar más el poder estatal.

El sentido de nuestro conocimiento es, entonces, el equilibrio entre: 1) el *poder*, y particularmente sus prerrogativas en uno de sus extremos, y 2) los *derechos* de las personas en el otro. Éste es el paradigma básico del Derecho Administrativo. Sin embargo, este esquema no nos permite resolver los problemas actuales y, consecuentemente, nace un período de incertidumbre, crisis y conflicto. A su vez, creemos que el conflicto es aún mayor cuando contraponemos el edificio dogmático del Derecho Administrativo frente al nuevo texto constitucional y analizamos las relaciones actuales entre Sociedad y Estado.

VIII.1. Las bases del nuevo paradigma del Derecho Administrativo

Hemos intentado probar que los pilares que sostienen ese paradigma (*poder vs derechos*) deben reconstruirse. Así, los límites del poder y, en particular los principios que justifican el poder estatal deben dibujarse actualmente con otro contenido y contorno; y otro tanto sucede con los derechos.

En este punto no es posible pensar y reconstruir el Derecho Administrativo desde el campo de los derechos individuales sino que es necesario redefinir ese pilar en términos de derechos sociales y colectivos y, consecuentemente, repensar las reglas e institutos de nuestro conocimiento desde este nuevo contenido.

Dedicamos este capítulo, justamente, al estudio de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico actual. En ese contexto, definimos cuál es su alcance, los caracteres de los derechos y su exigibilidad ante el Estado.

¿Cómo incide ello en el desarrollo de nuestra especialidad? Por ejemplo, cuando analizamos el procedimiento administrativo o el proceso judicial contencioso administrativo no es igual hacerlo desde la perspectiva de los derechos individuales o, en su caso, incorporando los derechos sociales o los nuevos derechos en el marco de estudio (verbigracia, la composición del interés público a través del procedimiento administrativo y el proceso judicial). Pensemos en otros temas, tales como la responsabilidad estatal en términos de solidaridad social; el poder de regulación y ordenación del Estado como límite o restricción de los derechos; o el régimen de los servicios públicos y las actividades de fomento como prestaciones estatales de contenido positivo.

En igual sentido cabe señalar que el Derecho Administrativo se construyó desde las actividades estatales y su expresión más común (el acto administrativo), pero no incluyó la inactividad estatal (salvo el silencio administrativo en el marco de un procedimiento administrativo concreto). Cabe recordar que la inactividad estatal está vinculada con sus omisiones y, en particular, con los derechos sociales que exigen prestaciones positivas del Estado. Así, es claro que el Estado incumple estas prestaciones por medio de omisiones. En síntesis, la Teoría de las Formas en el Derecho Administrativo debe completarse con otras herramientas jurídicas.

Sin embargo, el conflicto es mucho más profundo porque es necesario no sólo repensar el concepto de los derechos sino también el poder mismo y, como consecuencia de ello, sus prerrogativas y límites. Igualmente profundo y complejo es el modo de resolución del conflicto porque, como ya dijimos, no es simplemente un intento de redefinir el límite del poder y el contenido de los derechos que, por sí solo, es un desafío enorme sino de repensar el otro paradigma básico del Derecho Administrativo, esto es, el interés público como fundamento del poder.

Nos encontramos, entonces, ante varias piezas de un rompecabezas que es necesario rearmar. Esas piezas son: a) *el poder y su justificación*, es decir, el interés público; b) *sus límites*; c) *los derechos de las personas*; y d) *el equilibrio entre el poder y los derechos*. Hemos visto que es necesario repensar los derechos y los límites del poder, así por caso redefinimos el principio de legalidad y, particularmente, el de división de poderes. Por el otro, incorporamos en el concepto de derechos, los derechos sociales, los nuevos derechos y su exigibilidad.

Pero aún así, es necesario también repensar y reformular el por qué del poder, es decir, el contenido del interés público. Este concepto debe ser redefinido, tal como explicaremos en el capítulo sobre el poder de regulación estatal, en términos de derechos; esto es, el interés estatal, su poder y sus prerrogativas debe apoyarse necesariamente en el reconocimiento y respecto de los derechos de las personas, y no en conceptos evanescentes o de corte autoritario. Este es el por qué y su justificación. Como dice L. FERRAJOLI "sólo en este modo, a través de su articulación y funcionalidad a la tutela y satisfacción de los diversos tipos de derechos fundamentales, el Estado democrático, o sea, el conjunto de los poderes públicos, viene a configurarse, según el paradigma contractualista, como "Estado instrumento" para fines no suyos. Son las garantías de los derechos fundamentales... los fines externos o, si se quiere, los valores y, por así decirlo, la razón social de estos artificios que son el Estado y toda otra institución política".

Cabe recordar también en este contexto que los Pactos Internacionales establecen como fundamento del poder estatal el bienestar de todos en el marco de las sociedades democráticas.

De modo que el paradigma no es el conflicto entre Poder vs. Derechos, sino Derechos vs. Derechos y, en este marco, claro, el campo propio del Derecho Administrativo, es decir el estudio de la intermediación e intervención estatal.

Veamos qué ocurre en otras ramas del Derecho. Por ejemplo, los fundamentos del Derecho Civil son básicamente los límites de las libertades y los derechos individuales en función del interés de los otros individuos. Por su lado, el Derecho Penal está apoyado en el respeto y protección de los derechos individuales ante el poder punitivo estatal. Pues bien, volvamos sobre el Derecho Administrativo. *El fundamento de éste es el reconocimiento activo de derechos (individuales, sociales y colectivos) y, en tal sentido, debe explicarse el poder del Estado y sus reglas especiales (interés público).*

T. KUHN sostuvo que "la transición de un paradigma en crisis a otro nuevo del que pueda surgir una nueva tradición de ciencia normal está lejos de ser un proceso de acumulación, al que se llegue por medio de una articulación o una ampliación del antiguo paradigma. Es más bien una reconstrucción del campo a través de nuevos fundamentos, reconstrucción que cambia alguna de

las generalizaciones teóricas más elementales del campo, así como también muchos de los métodos y aplicaciones del paradigma". En igual sentido, agregó que "las revoluciones científicas se consideran aquí como aquellos episodios de desarrollo no acumulativo en que un antiguo paradigma es reemplazado, completamente o en parte, por otro nuevo e incompatible".

Sin embargo, creemos que la creación y aceptación de un nuevo paradigma no necesariamente supone destruir las construcciones anteriores realizadas bajo el viejo paradigma sino simplemente revisarlas y enriquecerlas desde un nuevo posicionamiento; es decir, debemos ubicarnos desde otros pilares, quizás iguales pero más enriquecidos, y desde allí pensar, revisar y actualizar el modelo. De todas maneras, como explica T. KUHN "para ser aceptada como paradigma, una teoría debe parecer mejor que sus competidoras, pero no necesita explicar y, en efecto, nunca lo hace, todos los hechos que se puedan confrontar con ella".

El Derecho Administrativo es, entre nosotros, una construcción de décadas, esfuerzos sumamente valiosos y avances dogmáticos significativos, pero sólo seguirá siéndolo si continuamos adaptándola y revisándola permanentemente. Es claro —tal como intentamos explicar en los apartados anteriores— que el Derecho Administrativo partió de un concepto de Estado Liberal de Derecho y mínimo; así, conceptos dogmáticos tales como los actos administrativos, los derechos individuales —básicamente la libertad y la propiedad— y el sujeto administrado (pasivo) reflejan claramente ese criterio. Por el contrario, el Estado Social y Democrático exige completarlos o reemplazarlos por otros, tales como las omisiones, los reglamentos y los convenios; los derechos sociales; los procedimientos participativos; y las personas activas (no simplemente administrados).

En efecto, la aceptación del nuevo paradigma, es decir, *derechos vs derechos* supone repensar los principios, reglas e institutos propios del Derecho Administrativo según este modelo. Es decir, *el paradigma es, entonces, el equilibrio del poder entendido como el conjunto de prerrogativas que persiguen el reconocimiento de derechos y, por tanto, el concepto es derechos versus otros derechos*. Ese equilibrio entre derechos con intermediación del poder estatal es el núcleo, entonces, del Derecho Administrativo.

El Derecho Administrativo no debe pues analizarse desde el poder y sus prerrogativas sino desde los derechos fundamentales, y estos últimos no sólo como límites de aquél sino como justificación del propio poder. Ciertamente es que el objeto de nuestro conocimiento es el poder, más particularmente el ejercicio de ese poder por el Poder Ejecutivo y sus consecuentes límites, esto es, las funciones estatales administrativas (teoría de las funciones). Sin embargo, es posible analizar ese objeto desde sí mismo (poder) o desde sus fundamentos (reconocimiento de derechos) y sus proyecciones.

Pues bien, "el Derecho Administrativo ha de satisfacer una doble finalidad: la ordenación, disciplina y limitación del poder, al tiempo que la eficacia y efectividad de la acción administrativa. Ello obliga, entre otras consecuencias, no sólo a utilizar el canon de la prohibición de exceso (principio de proporcionalidad), sino también el de la prohibición de defecto" (SCHMIDT-ASSMANN).

Conviene advertir que detrás del poder se ubican los derechos en términos inmediatos o muchas otras veces mediatos y menos visibles. Es decir, en el paradigma de *poder vs derechos*, estos últimos se traducen en derechos inmediatos; mientras que en el nuevo paradigma de *derechos vs derechos*, no siempre es posible visualizarlos de modo claro e inmediato al reemplazar derechos por poder. Insistimos, detrás del poder están ubicados los derechos menos inmediatos y, por tanto, menos visibles.

¿Es acaso relevante este nuevo enfoque? Creemos que sí porque el poder, digamos las funciones estatales administrativas y especialmente sus privilegios y prerrogativas, deben

analizarse e interpretarse desde ese postulado. En otras palabras, ya no es posible estudiar las funciones estatales administrativas prescindiendo de los derechos fundamentales.

A su vez, el paradigma de *derechos vs. derechos* comprende no solo el conflicto entre las personas con intervención estatal, sino también el conflicto entre las personas, el Estado y las corporaciones (*derechos vs. derechos vs. corporaciones*). Recordemos nuevamente que el paradigma clásico fue simplemente: *poder estatal vs. derechos*.

VIII.2. El nuevo paradigma del Derecho Administrativo. Los avances inconclusos y la necesidad de su reformulación

Hemos dicho que la idea de *poder vs derechos* debe readecuarse en el marco del Derecho Administrativo actual (Estado Social y Democrático de Derecho) en los siguientes términos: *derechos vs derechos*.

Cierto es que el Derecho Administrativo, como ya adelantamos, se construyó desde los siguientes pilares: por un lado, el poder y sus límites y, por el otro, los derechos individuales. Sin embargo, y sin perjuicio de lo dicho anteriormente, es plausible caer en el error de interpretar el paradigma así: menos poder y más derechos. En tal caso, el cambio no es esencial sino superficial. Pues bien, *el Estado Social de Derecho nos exige repensar el poder estatal, apoderarlo de derechos, y no simplemente recortarlo*.

Cabe sí agregar que ese conflicto entre derechos (*derechos vs derechos*) con intermediación estatal debe rellenarse con otro concepto, esto es, la teoría de la justicia. Es necesario contestar el siguiente interrogante: ¿Cómo debe intermediar el Estado? ¿Qué directrices debe utilizar con el objeto de resolver el conflicto? El Derecho Administrativo exige que el Estado intermedie entre derechos, pero no sólo en términos de igualdad (postulado propio del Derecho Privado), sino básicamente de conformidad con los postulados de la justicia igualitaria.

Cabe recordar que el pilar básico del liberalismo conservador es el respeto por los derechos negativos —esto es la vida, la libertad y la propiedad— y, consecuentemente, el Estado debe ser mínimo. ¿Por qué? Porque el Estado no mínimo, es decir más expansivo, necesariamente desconoce derechos (NOZICK). Por su parte, el liberalismo igualitario propone derechos positivos y, por tanto, un Estado presente de modo que garantice no sólo la libertad sino la igualdad entre las personas. Quizás es posible agregar dos ideas más. Por un lado, *los talentos y capacidades no son propios* y, por ello, nadie puede apropiarse de sus frutos. Por el otro, *las desigualdades económicas sólo se justifican si favorecen a los más desfavorecidos* (RAWLS).

En efecto, según RAWLS, existe un contrato hipotético y, además, los bienes primarios de carácter social —bienes materiales, oportunidades— son aquellos que deben distribuirse en términos igualitarios. Por su parte, los bienes naturales —talentos y capacidades— no deben ser redistribuidos, sin perjuicio del desapoderamiento de sus frutos porque nadie puede ser favorecido o perjudicado por hechos que sean moralmente irrelevantes. Téngase presente que el Estado debe garantizar la igualdad entre las personas y sólo es posible si se distribuyen de modo igualitario los bienes primarios. Sin embargo, este escenario de igualdad no es absoluto sino relativo porque el reparto desigual es válido con la condición de que favorezca a los más desfavorecidos en sus situaciones originarias. Por ejemplo, los más capaces pueden obtener más beneficios siempre que utilicen tales capacidades a favor de las personas más desfavorecidas. Luego, DWORKIN va a incorporar entre los bienes o recursos primarios a aquellos de contenido natural. En síntesis, el Estado debe asegurar que las personas decidan libremente y sin condicionamientos sobre su propio proyecto existencial, más allá de las circunstancias externas.

Quizás la distinción central entre estas corrientes de opinión es el reconocimiento o no de los derechos positivos y del papel del Estado. En este punto de nuestro razonamiento se advierte claramente cómo influyen estas Teorías en el contenido y alcance de las bases y desarrollo dogmático del Derecho Administrativo.

Por eso, en términos de justicia igualitaria es preciso que el Estado intermedie (y particularmente desarrolle y aplique el Derecho Administrativo como instrumento central) con el objetivo básico de recomponer las desigualdades estructurales. Por eso, ***el Derecho Administrativo debe ser definido como el subsistema jurídico que regula la resolución de los conflictos entre derechos (derechos vs. derechos) con intervención del Poder Ejecutivo — reconociéndole prerrogativas en su aplicación— y recomponiendo las desigualdades preexistentes entre los titulares de derechos.*** Ciertamente el poder no desaparece (Poder Ejecutivo y prerrogativas), pero debe encastrarse con las otras piezas antes mencionadas y — además— en términos complementarios.

Pues bien, ¿cómo entender este criterio abstracto en el marco de los ejemplos clásicos de nuestro Derecho? Pensemos el siguiente caso: Un jubilado reclama ante el Estado la actualización de sus haberes. Aquí, el conflicto es entre el poder estatal por un lado, y el derecho o interés del jubilado a percibir aquello que es justo por el otro. Parece, entonces, más razonable reconducir este conflicto bajo el modelo del paradigma clásico (*poder vs. derechos*). ¿Cómo advertir aquí, entonces, el supuesto conflicto entre derechos?

En primer lugar, es necesario señalar que el Derecho Administrativo —igual que cualquier otro subsistema jurídico— no consiste simplemente en la aplicación de las reglas y principios (en el caso, las normas previsionales), sino también el ejercicio del poder regulatorio y, luego, su aplicación conforme las reglas hermenéuticas. Por tanto, el Legislador cuando regula sobre Derecho Administrativo debe hacerlo en los términos de *derechos vs. derechos*. En otras palabras, es necesario distinguir entre dos planos, a saber: a) el nivel regulatorio (creación de los principios y reglas del Derecho Administrativo); y b) el nivel de aplicación de ese bloque normativo (trátase de la aplicación por el Poder Ejecutivo o, en su caso, por el juez contencioso).

En segundo lugar, debe señalarse que el Poder Ejecutivo (y, en su caso, eventualmente, el juez contencioso) cuando interpreta y luego aplica las normas del Derecho Administrativo debe hacerlo, y según —claro— las circunstancias del caso, ponderando derechos. Si el conflicto entre derechos no es palmario (es decir, claro o visible), pues entonces el Poder Ejecutivo o el juez deben aplicar la regla preexistente que ciertamente presupone que ya se resolvió ese conflicto y en términos igualitarios, de allí su presunción de validez.

Ciertamente es fácil advertir las dificultades prácticas de trasladar este esquema teórico y abstracto al plano de las regulaciones y prácticas específicas de nuestro conocimiento jurídico. Sin embargo, coincidimos en que el Derecho debe ser un conocimiento útil y, por tanto, es necesario construir un canal de diálogo permanente entre la dogmática del Derecho Administrativo y las prácticas de la Administración.

Hemos mencionado antes el impacto del nuevo paradigma. Veamos en este estadio de nuestro razonamiento otros casos más puntuales y con mayor detenimiento. Así, por ejemplo, es conveniente estudiar las decisiones estatales desde el concepto dogmático de las situaciones jurídicas y no simplemente desde sus formas (por ejemplo, el acto administrativo). A su vez, entre ley y reglamento es posible ubicar la categoría jurídica de los planes, y entre reglamento y acto las técnicas de consenso y —a su vez— el uso de otras figuras (por ejemplo, el convenio). Cabe recordar que ciertos planes asistenciales se llevan adelante por convenios que se suscriben de común acuerdo entre el Estado y el beneficiario y no por actos administrativos de adjudicación del beneficio.

Otro ejemplo: el principio de reserva de ley debe ser matizado por los conceptos de reserva de norma jurídica y por el de precisión de los mandatos. Así, es posible construir escenarios dogmáticos con principios prevalentes sobre otros. Por caso, en ciertas materias a regular, el principio de reserva legal prevalece sobre los demás (es el caso de los tributos) y, a su vez, en otras materias el postulado de proporcionalidad prevalece sobre el de reserva legal (subsidios).

Otro caso: tratándose de decisiones estatales sobre derechos sociales, el principio de irrevocabilidad de los actos favorables debe ser más estricto para evitar así ciertos abusos del Estado lesivos de derechos (clientelismo).

En igual sentido: la estructura del procedimiento es históricamente bilateral y no multilateral; sin embargo, el procedimiento no debe ser visto simplemente como un instrumento de protección de intereses individuales (como paso previo a las vías judiciales), sino básicamente de composición y definición de intereses grupales y de tracto sucesivo (intereses colectivos coincidentes, complementarios o contradictorios). El procedimiento debe ser, además, complejo (composición de intereses múltiples), secuencial (procedimientos interrelacionados y flexibles) y abierto (participación de las personas).

Por último, cabe recordar que el Derecho Administrativo estudia la organización del Estado como una estructura burocrática y formal cuando en verdad debe analizarse como un instrumento de reconocimiento de derechos, ordenación de intereses y cooperación entre el Estado y la sociedad.

CAPÍTULO 3 - EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

I. HACIA UNA APROXIMACIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Hemos definido cuáles son las funciones de cada uno de los poderes estatales según el marco constitucional actual. ¿Cuál es el siguiente paso? La clasificación de las funciones estatales con el objeto de aplicar un régimen jurídico propio y específico por debajo del Derecho Constitucional.

Por eso, es relevante explicar cuáles son las funciones del Estado a fin de establecer el régimen jurídico que corresponde aplicar a la actividad desarrollada en el ejercicio de esas funciones, a saber: 1) funciones administrativas / derecho administrativo, 2) funciones legislativas / derecho parlamentario y, por último, 3) funciones judiciales / derecho judicial.

Es decir, el concepto de funciones estatales es relevante jurídicamente porque luego de su aprehensión debe aplicársele un sector o bloque específico del derecho.

El cuadro es el siguiente:

- a) en el caso de las funciones estatales administrativas, el marco jurídico aplicable es el Derecho Administrativo;
- b) en el supuesto de las funciones estatales legislativas debe emplearse el Derecho Parlamentario y, por último,
- c) las funciones estatales judiciales deben regirse por el Derecho Judicial.

En síntesis, el Derecho Administrativo nace y crece alrededor de las funciones llamadas administrativas.

Pues bien, el Derecho Administrativo tiene por objeto el estudio de las funciones administrativas y cabe remarcar, además, que el Poder Ejecutivo siempre ejerce funciones estatales de ese carácter. *De modo que es necesario asociar Derecho Administrativo, funciones administrativas y Poder Ejecutivo como conceptos casi inseparables.*

Las funciones del poder pueden clasificarse, siguiendo el principio de división de poderes, entre: funciones legislativas, judiciales y administrativas. Nosotros centraremos nuestro estudio sólo en este último campo de conocimiento.

El desarrollo argumentativo es claro, pero surge un obstáculo. ¿Cuál es el inconveniente? El encuadre jurídico de ciertas partes de los otros poderes (Legislativo y Judicial), esto es, sus campos materialmente administrativos. Por ejemplo, el régimen del personal y las contrataciones de los Poderes Legislativo y Judicial. En tales supuestos nos preguntamos si son funciones administrativas y, en caso afirmativo, es claro que debemos aplicar el Derecho Administrativo.

Cabe adelantar en este punto de nuestro análisis que estamos intentando aprehender el concepto de las **funciones estatales administrativas** con el propósito confeso de definir cuál es el régimen jurídico que debemos seguir (Derecho Administrativo), convencidos de que el criterio que se utilice debe ser eminentemente práctico.

Conviene aclarar que el aspecto jurídicamente relevante no es —según nuestro criterio— si aplicamos el Derecho Administrativo, Parlamentario o Judicial, sino si ese ordenamiento es respetuoso de los principios y garantías constitucionales. Así, una vez salvado este escollo, sólo cabe analizar cuál es el modelo más simple y sencillo que presente menos conflictos interpretativos.

El siguiente paso que debemos dar necesariamente en el marco del presente relato es el de describir las funciones estatales y, en particular, la función administrativa. Luego, veremos el régimen jurídico y su aplicación en términos consecuentes. En este punto cabe advertir que existen diferentes caminos. Veamos cuáles son los criterios que se desarrollaron históricamente, a saber: objetivo, subjetivo y mixto.

I.1. Las funciones estatales según el criterio objetivo

Este concepto está centrado en el contenido material de las funciones estatales de modo que no se pregunta sobre el sujeto titular o responsable del ejercicio, sino sólo sobre el objeto o contenido. Es más, el sujeto es absolutamente irrelevante en el desarrollo de esta tesis. Dicho con más claridad no interesa si interviene el Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial sino el contenido material de las funciones a analizar (*objeto*).

En este contexto, es posible discernir materialmente entre las funciones estatales de legislación, administración y jurisdicción. Veamos el contenido material de éstas.

Las **funciones legislativas** consisten en el dictado de **normas de carácter general, abstracto y obligatorio** con el objeto de reconocer y garantizar derechos y ordenar y regular las conductas de las personas. Es decir, el ejercicio del poder regulatorio (reglas).

A su vez, y según este criterio, debemos excluir del campo de las funciones legislativas:

- a) las potestades materialmente administrativas y judiciales del Poder Legislativo, entre ellas cabe citar las leyes de alcance singular (por ejemplo, las concesiones de pensiones y expropiaciones de inmueble determinados), las decisiones de alcance particular sobre personal y contrataciones, y los actos dictados por el legislador en el proceso del juicio político;
- b) las potestades materialmente ejecutivas y jurisdiccionales del Poder Ejecutivo, es decir, los actos de alcance particular del Ejecutivo y los actos jurisdiccionales dictados por los tribunales administrativos; y, por último;
- c) las funciones materiales ejecutivas y judiciales del Poder Judicial, esto es, los actos de alcance particular en que el Poder Judicial es parte (personal y contrataciones) y los fallos judiciales.

¿Cuál es, entonces, el alcance del concepto de funciones legislativas? Las potestades materialmente regulatorias del Congreso y de los poderes Ejecutivo y Judicial.

Sigamos avanzando en el razonamiento. ¿Cuál es el contenido objetivo de las *funciones judiciales*? ¿Qué es juzgar? Pues bien, es **resolver conflictos entre partes**. En otras palabras, juzgar supone definir controversias con fuerza de verdad legal, es decir, de modo concluyente y por aplicación de los principios y reglas jurídicas. El Poder Judicial juzga habitualmente y los otros poderes sólo en casos excepcionales (así, el Poder Ejecutivo por medio de los tribunales administrativos y el Poder Legislativo en el caso del juicio político).

Resta, entonces, aclarar el concepto material de *funciones estatales de administración* y aquí surgen dos posibilidades. Por un lado, aprehender el núcleo material como hicimos en los casos anteriores o, por el otro, otorgarle carácter residual (así, luego de definido el núcleo material legislativo y judicial, el resto debe considerarse administrativo).

Intentemos el primer camino (núcleo material). Así, se ha sostenido que las funciones administrativas son las aplicaciones del ordenamiento jurídico mediante actos de alcance individual o singular en situaciones no contenciosas. En tal caso, el criterio objetivo no tiene contenido teleológico —tal como satisfacer necesidades colectivas o cumplir ciertos servicios— sino estrictamente jurídico, esto es, la ejecución del orden normativo mediante decisiones de alcance particular. Sin embargo, este concepto adolece de dos fallas. Por un lado, existe superposición parcial con las funciones materialmente judiciales porque en ambos casos el Estado decide aplicar el orden jurídico en el marco de un caso concreto. Por el otro, es claramente impreciso en sus contornos.

Respecto del segundo camino (carácter residual), creemos que es insuficiente porque adolece de las imprecisiones propias de las materias legislativas y judiciales que se trasladan a su campo.

Quizás, el criterio más acertado es que *las funciones administrativas son el conjunto de actividades que satisfacen de modo directo, concreto y particular los intereses colectivos y, a su vez, las otras actividades que no estén comprendidas en los conceptos objetivos de funciones legislativas y judiciales*.

Es común, y así ha sido históricamente, que ante las dificultades en aprehender el contenido del objeto, vayamos hacia el criterio residual. Entonces, las funciones administrativas son aquellas actividades que, excluido el campo materialmente judicial y legislativo del Estado, siguen en pie. Sin embargo, ello no resuelve las dificultades metodológicas toda vez que no es simple marcar el terreno del campo judicial y legislativo y, consecuentemente, no es claro tampoco cuál es el alcance de ese residuo, tal como señalamos en los párrafos anteriores.

Finalmente, cabe aclarar que, en razón del criterio objetivo, el Poder Ejecutivo ejerce funciones materialmente legislativas cuando dicta reglamentos y, a su vez, funciones jurisdiccionales por medio de los tribunales administrativos (el Tribunal Fiscal de la Nación y los entes de regulación de los servicios públicos, entre otros). A su vez, el Poder Legislativo ejerce potestades materiales administrativas cuando aplica las leyes en su ámbito interno, y materiales judiciales en el proceso del juicio político. Por último, el Poder Judicial desarrolla facultades materialmente legislativas al dictar acordadas, y administrativas cuando ejecuta su presupuesto en su propio espacio.

De modo que, según este criterio, en el ámbito de cada uno de los poderes coexisten potestades materialmente distintas y, consecuentemente, diversos marcos jurídicos.

I.2. Las funciones estatales según el criterio subjetivo

Este criterio nos dice que las funciones estatales son legislativas, ejecutivas o judiciales, según cuál sea el sujeto titular de éstas. Así, las funciones estatales, más allá del contenido material (objeto), es el conjunto de competencias que ejerce el Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial, según el caso.

En este contexto, es irrelevante el contenido de que se trate; aquí, el criterio jurídicamente relevante es el sujeto titular de las funciones.

Así, cualquier acto que dicte el Poder Ejecutivo es acto administrativo aunque materialmente sea legislativo o judicial. En efecto, los actos administrativos son, según este ensayo interpretativo, los siguientes: a) los reglamentos que dicte el Poder Ejecutivo, b) los actos de alcance particular y, por último, c) los actos jurisdiccionales, es decir, los actos dictados por los tribunales administrativos. En igual sentido, cualquier acto del Poder Judicial es acto judicial, trátase de actos materialmente legislativos, administrativos o judiciales.

La crítica al criterio subjetivo es la *heterogeneidad del objeto* porque las funciones comprendidas en éste son disímiles, esto es, incluye funciones administrativas, legislativas y judiciales.

I.3. Las funciones estatales según otros criterios. Los criterios mixtos

Además de los conceptos objetivo y subjetivo es posible pensar y construir muchos otros de carácter mixto, esto es, conceptos que estén integrados por elementos objetivos y subjetivos entrelazados.

Por ejemplo, es posible plantear las siguientes hipótesis:

- a) Las funciones administrativas son todas las actividades del Poder Ejecutivo, más las actividades materialmente administrativas de los otros poderes (legislativo y judicial). Éste es el criterio más habitual entre nosotros.
- b) Las funciones administrativas comprenden todas las actividades del Poder Ejecutivo, más las actividades materialmente administrativas del Poder Legislativo.
- c) Las funciones administrativas son todas las actividades del Poder Ejecutivo, más las actividades materialmente administrativas del Poder Judicial.

Tal como dijimos los conceptos mixtos comprenden aspectos objetivos y subjetivos. Así, por ejemplo, en el primer caso (a) el elemento subjetivo es toda la actividad del Poder Ejecutivo y los elementos objetivos son las actividades materialmente administrativas del Poder Legislativo y Judicial.

I.4. Las funciones estatales administrativas. Alcance y consecuencias jurídicas

A esta altura, cabe preguntarse ¿los criterios objetivos, subjetivos o mixtos son igualmente válidos? Entendemos que sí siempre que el concepto de que se trate respete los derechos y garantías constitucionales. Este es el *test* que debe aprobar el criterio bajo análisis. Una vez superado este estándar, el camino a seguir es su utilidad. Pues bien, el criterio de clasificación de las funciones estatales (objetivo, subjetivo o mixto) y el régimen jurídico consecuente (Derecho Administrativo, Legislativo o Judicial) depende de cada ordenamiento jurídico (derecho positivo). Es más, cualquier camino (objetivo, subjetivo o mixto) es válido en términos constitucionales.

Quizás convenga que nos detengamos sobre las consecuencias jurídicas ante casos concretos. Por ejemplo, el acto sancionador dictado por la Corte sobre su personal. Así, en el marco del criterio objetivo, el acto es administrativo y debe ser regulado por el Derecho Administrativo y, asimismo, someterse al control judicial. Entonces, el agente judicial sancionado puede iniciar acciones judiciales cuya pretensión sea la invalidez del acto sancionador ante el juez ordinario, a pesar de que el acto fue dictado por el máximo tribunal. ¿Por qué? Porque la Corte dictó el acto en ejercicio de funciones administrativas y no judiciales. Por el contrario, si analizamos el acto sancionador desde el enclave subjetivo, éste reviste carácter de decisión judicial (fallo) y, por tanto, se cree que no puede ser revisado luego por tribunales inferiores.

Sin embargo, creemos que este análisis es erróneo porque más allá de su calificación (acto administrativo o jurisdiccional) y el marco jurídico a aplicar (Derecho Administrativo o Judicial), *siempre* deben respetarse los principios constitucionales, particularmente, el control de las decisiones estatales por terceros imparciales. Es decir, en cualquier caso, el acto sancionador (sea administrativo o jurisdiccional) debe ser revisado por otros, según el mandato constitucional. De modo que no es necesario decir que el acto es administrativo con el propósito de garantizar su revisión judicial. Los actos jurisdiccionales también deben estar sujetos a control judicial, salvo las sentencias propiamente dichas.

Además, cabe advertir que el camino de reconocer el contenido administrativo de las funciones estatales y la aplicación consecuente del Derecho Administrativo no siempre es más respetuoso de los principios constitucionales como muchos presuponen erróneamente. Así, por ejemplo ¿cabe aplicar las normas del Derecho Administrativo sobre los reglamentos del Poder Judicial? La Corte interpretó que sí. ¿Cuáles son las consecuencias? En tal caso, el recurrente debe interponer el recurso impropio en los términos de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), es decir, es necesario agotar las vías administrativas. Así y en conclusión, en este caso particular, la aplicación del Derecho Administrativo es más restrictivo de derechos.

En este contexto, cabe citar el criterio de la Corte en los precedentes "Rodríguez Varela" (1992) y "Charpin" (2008). En el primero, el Tribunal sostuvo que "si bien es cierto que... resulta inconveniente, desde el punto de vista institucional, admitir que los jueces inferiores revisen lo decidido por esta Corte en materia de Superintendencia..., tal regla no puede tener efecto absoluto cuando... se encuentra comprometido de modo manifiesto el derecho de defensa en juicio del afectado...".

En el segundo, el Tribunal dijo que "las resoluciones dictadas por esta Corte con el objeto de definir una reclamación de la naturaleza indicada formulada por un funcionario vinculado con este departamento por una relación de empleo público, configuran actos típicamente administrativos que, sin discusión a la luz de los precedentes puntualizados, son revisables judicialmente en las mismas condiciones en que puede serlo cualquier acto de autoridad pública que decida sobre la materia indicada, con prescindencia del departamento del gobierno, nacional o local, que hubiera emitido el acto cuestionado. En las condiciones expresadas, corresponde desestimar este planteo y confirmar la sentencia en cuanto admitió la presencia de una cuestión justiciable".

I.5. Las ventajas y desventajas de los diferentes criterios

En los apartados anteriores hemos detallado los criterios más comunes. No debemos olvidar que todos tienen ciertos déficits en el desarrollo de su método (trátase de las imprecisiones en sus definiciones conceptuales básicas o por la heterogeneidad de su objeto). Cabe agregar, además, que no existe un modelo puntual exigido por el Convencional Constituyente (objetivo, subjetivo o mixto).

En síntesis y en el contexto descripto, el criterio a seguir es simplemente utilitario, es decir, el camino más útil y simple entre ellos, siempre que se respete el estándar constitucional (derechos y garantías). Esto es, el control de las decisiones estatales por un tercero independiente de las partes.

Creemos que *el criterio subjetivo es el más simple* porque, en principio, evitamos los conflictos interpretativos sobre cuál es el marco jurídico a aplicar. En efecto, es más sencillo y fácil delimitar el poder estatal en términos orgánicos, esto es, definir el titular o poder (Legislativo, Ejecutivo o Judicial), que si —por el contrario— seguimos el concepto material de las funciones estatales —esto es, escudriñar las esencias de los conceptos—.

Cierto es también que, en principio, el criterio objetivo parece más razonable porque en verdad los poderes no sólo ejercen sus funciones específicas y propias sino también otras funciones materiales.

Sin embargo, *el criterio objetivo es —en verdad— mucho más complejo* toda vez que es sumamente difícil delinear el núcleo conceptual. Es decir ¿qué es legislar?, ¿qué es administrar? Y, por último, ¿qué es juzgar? En efecto, en el marco del criterio objetivo es complicado aprehender el núcleo material de las funciones estatales y, particularmente, su contorno. A su vez, en el contexto del criterio objetivo debemos aplicar, en el marco interno de cada uno de los poderes, los tres marcos jurídicos antes mencionados (Derecho Administrativo, Legislativo y Judicial), creándose más conflictos interpretativos y de integración del modelo jurídico. Así, el Derecho Administrativo —conforme el criterio objetivo— debe alcanzar ciertas funciones del Poder Ejecutivo, otras del Poder Legislativo y, finalmente, ciertas actividades del Poder Judicial y el Ministerio Público.

Por su parte, el criterio subjetivo es más sencillo porque no trasvasa los tres poderes, sin perjuicio de aplicar igualmente los tres derechos. Así, *el Derecho Administrativo sólo comprende al conjunto de las funciones del Poder Ejecutivo*.

Finalmente, el *criterio mixto* también adolece de *idénticos problemas en su derrotero interpretativo y de aplicación*, salvo, claro está, respecto al Poder Ejecutivo ya que aquí el elemento subjetivo desplaza al objeto (materias). Entendemos que el criterio mixto, por un lado, hace hincapié en el carácter homogéneo del objeto, es decir, según este concepto debemos

interpretar que las potestades materialmente administrativas del Poder Legislativo y del Poder Judicial están incorporadas en el ámbito de las funciones administrativas (identidad de objeto). Así, el acto dictado por el Poder Ejecutivo que aplica una sanción a un agente público es idéntico al acto sancionador dictado por el Poder Legislativo sobre sus agentes. Por tanto, ambos actos deben regirse por un mismo Derecho.

Ahora bien, este principio que creemos sumamente razonable porque es coherente con el postulado de la homogeneidad del objeto se rompe, luego, en el ámbito propio del Poder Ejecutivo ya que aquí el concepto de funciones administrativas propias de este poder comprende objetos materialmente heterogéneos, esto es, potestades materialmente administrativas, legislativas y judiciales.

I.6. Conclusiones

1) En primer lugar, cualquier criterio es válido (objetivo, subjetivo o mixto) y, por ello, el modelo a seguir por el legislador o el intérprete es el más simple y práctico posible. Los presupuestos que deben cumplirse son: (a) el carácter verdadero y no contradictorio de las bases; y (b) el respeto por las reglas de la lógica en el desarrollo del razonamiento. Cabe agregar que el criterio subjetivo cumple con estos presupuestos y es más sencillo que los otros. Sin embargo, el legislador —insistimos— puede seguir cualquier otro criterio en tanto respete el marco constitucional.

2) En segundo lugar, debemos aplicar el concepto impuesto por el Legislador.

3) En tercer lugar, es importante aclarar que todos los operadores coinciden con las siguientes pautas, a saber: todas las actividades del Poder Ejecutivo están reguladas por el Derecho Administrativo; las funciones judiciales del Poder Judicial por el Derecho Judicial; y las actividades legislativas del Congreso por el Derecho Parlamentario. Entonces, *el punto controversial es qué derecho debe aplicarse respecto de las actividades administrativas del Poder Legislativo y Judicial*. Sin embargo, este aspecto conflictivo es cada vez menor porque estos campos están regidos actualmente por normas específicas y por los principios generales del Derecho Público.

I.7. El criterio en el derecho positivo

La Constitución Nacional deslinda las competencias entre los tres poderes estatales y el Ministerio Público con un criterio mixto o, quizás, indefinido. En efecto, el texto constitucional nos permite concluir que, en principio, los poderes estatales ejercen funciones materialmente administrativas, legislativas y judiciales, con preeminencia de las potestades materiales propias y originarias.

Sin embargo, *el Convencional no dice qué debe entenderse por funciones administrativas y, por tanto, qué derecho aplicar*. Por ello, el texto constitucional permite cualquier definición conceptual (objetiva, subjetiva o mixta) porque simplemente describe cuáles son los poderes del Estado y las competencias de cada uno de ellos mezclándolas materialmente.

Luego de analizado brevemente el texto constitucional, veamos qué dicen las normas de rango inferior, es decir, si siguen el criterio subjetivo, objetivo o mixto. Analicemos tres casos

paradigmáticos por separado, a saber: a) el procedimiento administrativo, b) las contrataciones estatales, y c) el régimen del personal del Estado.

A) La Ley de Procedimientos Administrativos (LPA) establece que "las normas de procedimiento que se aplicarán ante la Administración pública nacional centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad, se ajustarán a las propias de la presente ley".

En este marco, el Legislador optó por el criterio subjetivo porque, de acuerdo con el texto normativo, en el ámbito del Poder Ejecutivo debemos aplicar las normas de procedimiento administrativo (Derecho Administrativo), sin distinguir materialmente entre las funciones de dicho poder. En tal sentido, las funciones ejecutivas, legislativas y jurisdiccionales del Poder Ejecutivo están reguladas por la LPA y su decreto reglamentario, es decir, por el Derecho Administrativo. El objeto de la ley es el procedimiento administrativo y por tal debe entenderse el trámite propio de los actos administrativos, legislativos y judiciales del Poder Ejecutivo, sin perjuicio de los matices regulatorios entre éstos.

B) En cuanto a las contrataciones del Estado, el decreto delegado 1023/01 (régimen general de las contrataciones estatales) dice en su art. 39 que los Poderes Legislativo y Judicial y el Ministerio Público dictarán las respectivas reglamentaciones en términos complementarios (detalles y pormenores) del decreto delegado. Así, el marco jurídico de las contrataciones estatales comprende a los tres poderes del Estado y sigue, consecuentemente, el criterio objetivo o material.

C) Por último, el empleo público en el ámbito del Poder Ejecutivo está regulado por la [ley 25.164](#) (Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional) y por su decreto reglamentario 1421/02. La ley excluye expresamente de su campo de aplicación al personal de los Poderes Legislativo y Judicial, siguiendo de tal modo el criterio subjetivo.

Cabe aclarar que el Legislador puede igualmente abrazar el criterio objetivo o mixto, tal como ocurre en algunas provincias o en la Ciudad de Buenos Aires (derecho administrativo local). En tal caso, debe necesariamente seguirse este concepto que, tal como dijimos, es igualmente constitucional.

II. EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

En este punto nos proponemos recapitular y volver sobre el concepto clásico del Derecho Administrativo, esto es, *las funciones estatales administrativas*, e intentar definiciones más precisas. Es decir, ¿cuál es el objeto concreto y el alcance cierto de este conocimiento jurídico? Hagamos algunas consideraciones que creemos relevantes y recordemos, además, otras definiciones conocidas entre nosotros.

Ya hemos estudiado en otras materias el concepto básico de Derecho y, por tanto, nuestro estudio se circunscribe al conocimiento de una pieza del escenario jurídico. También sabemos que existe, por un lado, el Derecho Privado y, por el otro, el Derecho Público. El Derecho Administrativo es parte del Derecho Público, pero autónomo de las otras ramas del derecho; es decir, un conocimiento jurídico con principios propios y reglas específicas. Veremos, más adelante, cuáles son estos principios y reglas.

También debemos decir que el Derecho Administrativo, *por un lado*, reconoce ciertos privilegios a favor del Estado ya que éste persigue el interés colectivo. Entre otros privilegios, vale recordar, el marco jurídico de los bienes del dominio público, el poder regulatorio sobre el

dominio privado, los caracteres del acto administrativo, las prerrogativas contractuales y las ventajas procesales.

Por el otro, el modelo establece restricciones especiales sobre el Estado. Así, por ejemplo, el trámite de las contrataciones estatales, el procedimiento para el dictado de los actos administrativos y reglamentos, y las previsiones presupuestarias. Además, las reglas establecen mandatos más rígidos, estrictos y sustanciales que en el Derecho Privado. *Finalmente*, el modelo incorporó técnicas de control sobre el cumplimiento del ordenamiento jurídico de Derecho Administrativo por el Estado.

Este modelo integrado por privilegios en ciertos aspectos y restricciones en otros, sólo alcanza al Estado y no al resto de las personas (físicas o jurídicas), salvo excepciones que luego veremos. Así, pues, este sistema jurídico propio es razonable porque el Estado satisface y reconoce derechos, y más en el marco de un Estado Social y Democrático.

Por último, el Derecho Administrativo también comprende el conjunto de derechos y garantías a favor de las personas en sus relaciones y situaciones jurídicas con el Estado. La cuestión a resolver tradicionalmente, a través del análisis abstracto de los principios, reglas e instituciones y, a su vez, el estudio práctico de los casos concretos del Derecho Administrativo, es saber cuándo el equilibrio o conjunción de esos postulados —es decir privilegios y restricciones estatales y derechos y garantías de las personas— es o no razonable según los estándares constitucionales.

Desde ya adelantamos que este planteo histórico deber ser remozado toda vez que el conflicto que el derecho debe resolver actualmente es entre derechos y no, simplemente, entre derechos personales y privilegios estatales, tal como describimos anteriormente.

Volvamos al concepto duro y simple del Derecho Administrativo. Podemos transcribir aquí y así repasar diferentes definiciones que creemos sumamente ilustrativas.

Por ejemplo, BIELSA sostuvo que "la actividad de la administración pública origina relaciones múltiples entre ella y los administrados y esas relaciones presuponen normas jurídicas que las regulan. El conjunto de esas normas constituye el contenido del Derecho Administrativo". Así, el Derecho Administrativo, según este autor, es "el conjunto de normas de aplicación concreta a la institución y fundamento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la actividad pública".

Por su parte, MARIENHOFF dijo que el Derecho Administrativo es "el conjunto de normas y de principios del Derecho Público interno que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de la administración pública así como la regulación de las relaciones interorgánicas, interadministrativas y las de las entidades administrativas con los administrados".

FIORINI definió al Derecho Administrativo como "una rama del derecho público (estatal) que tiene por objeto el estudio de la actividad en la Función Administrativa estatal. La destacamos como una disciplina jurídica adscripta a una de las Funciones estatales y la extendemos al derecho de organización interna del Estado".

A su vez, el Derecho Administrativo es definido por GORDILLO como "la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta".

Más adelante, LINARES afirmó que por Derecho Administrativo debe entenderse "el comportamiento en interferencia intersubjetiva que constituye Función Administrativa, las normas jurídicas del Derecho Público que la rigen así como los principios que conceptúan valoraciones y ciertos tipos de conducta utilizados en la interpretación de ese derecho, y por

último, los hechos administrativos en cuanto parte de la referida conducta. Tenemos así que lo regido por el Derecho Administrativo es la Función Administrativa arriba definida cualquiera sea el poder que la despliegue".

En primer lugar, y en términos obvios, el Derecho Administrativo, al igual que cualquier otra rama del Derecho, es un conjunto de principios, directrices, reglas, instituciones y técnicas, articulados de modo coherente y sistemático.

En segundo lugar, más allá de las definiciones, e inclusive de nuestras coincidencias o desacuerdos con éstas, creemos que es posible analizar esta cuestión de modo más simple y directo.

Pues bien, ¿cuál es el objeto del Derecho Administrativo? La respuesta es, según nuestro criterio, y como ya hemos dicho, que el Derecho Administrativo es *el marco jurídico de las funciones administrativas del Estado*, es decir, el conjunto de principios, directrices y reglas que regulan tales funciones estatales. Sin embargo, este criterio es insuficiente y no permite aprehender el objeto de nuestro conocimiento. Por tanto, es necesario incorporar otros dos aspectos relevantes y complementarios, esto es, el modo de organización del Estado en el ejercicio de tales funciones y el vínculo entre el Estado, en ejercicio de dichas funciones, y las personas. De todos modos, es posible afirmar que estos aspectos —en verdad— están comprendidos dentro de las funciones administrativas y su radio expansivo.

Entonces, *las funciones estatales administrativas*, según el criterio que proponemos, es el conjunto de potestades estatales que ejerce el Poder Ejecutivo de contenido materialmente ejecutivo, legislativo y judicial. Así, según creemos, función administrativa es un concepto subjetivo porque comprende al Poder Ejecutivo y al conjunto de sus competencias (*poderes*) y, a su vez, al nexo con las personas (*derechos subjetivos*).

En este punto, es importante discernir cuál es el pilar básico de este edificio dogmático. Mucho se ha escrito y repetido sobre la idea de que el Derecho Administrativo es el modelo de equilibrio entre poderes y derechos, y si bien coincidimos con este desarrollo dialéctico, creemos, sin embargo, que es necesario decir que detrás del poder y del interés público debe situarse el reconocimiento de derechos. Por tanto, como ya hemos dicho, el conflicto y nudo del Derecho Administrativo es el siguiente postulado: *derechos vs derechos*, con intermediación estatal.

Cabe aclarar, siguiendo con el análisis propuesto, que el estudio de las *funciones administrativas* comprende su contenido; al titular de éstas, es decir al Poder Ejecutivo —su modo de organización—; y a los destinatarios, esto es, las personas titulares de los derechos en el marco de sus relaciones con el Estado. Por ello, ya hemos dicho que el Derecho Administrativo comprende los diversos aspectos de las funciones administrativas, a saber: el núcleo conceptual (funciones administrativas), el titular y su organización (el Estado) y el destinatario (las personas titulares de derechos e intereses).

Claro que el criterio que hemos expuesto nos devuelve necesariamente al interrogante originario *¿qué es, entonces, función administrativa?* Ya sabemos que es una función estatal y que, a su vez, existen otras dos funciones estatales, según el principio clásico de separación de poderes (esto es, las funciones legislativas y judiciales).

Éste es un paso importante en nuestro razonamiento porque si logramos definir función administrativa, entonces, habremos encontrado el objeto de nuestro conocimiento. Vale aclarar que casi todos coincidimos en que el Derecho Administrativo regula todas las actividades del Poder Ejecutivo y que, en definitiva y más allá de las diversas interpretaciones plausibles, el punto conflictivo es el ámbito materialmente administrativo del Poder Legislativo y Judicial.

Sin embargo, tal como explicamos en los apartados anteriores, este conflicto se desvanece en parte (a partir del dictado de reglas específicas por los respectivos poderes, sin perjuicio de las indeterminaciones o lagunas subsistentes).

A su vez, creemos que la construcción de este conocimiento jurídico —igual que cualquier otro— no debe partir de los capítulos más específicos (por caso, el acto administrativo o el servicio público), sino de los principios e ideas básicas que deben atravesar e informar todo el modelo (Derecho Administrativo).

Este criterio metodológico nos permite garantizar el desarrollo sistemático y coherente del conocimiento e hilar así los distintos institutos jurídicos. Por caso, ¿cuál es el concepto y alcance de las potestades regulatorias del Poder Ejecutivo? ¿Cuál es el modo de organización del Estado? ¿Cuál es el concepto de acto estatal? ¿Cuál es el modelo de control? Es decir, las respuestas jurídicas a construir deben ser coherentes entre sí, y solo es posible si vertebramos estos conocimientos desde sus bases y conforme ciertas guías o directrices comunes (*principios*). Pues bien, el modelo democrático o autoritario; el respeto irrestricto o no de los derechos fundamentales; el criterio de justificación del sistema democrático; el sistema presidencialista o parlamentario; y el modo de distribución territorial del poder, entre otros, constituyen opciones que son absolutamente determinantes en el desarrollo del Derecho Administrativo.

Así, la construcción dogmática del Derecho Administrativo, en términos de coherencia y uniformidad, comienza a derrumbarse cuando contestamos las preguntas jurídicas según modelos contrapuestos e irreconciliables. *De todas maneras el mayor inconveniente ocurre cuando el Legislador o el intérprete parten de un modelo que desconoce los derechos y las garantías (individuales y sociales), en cuyo caso el Derecho Administrativo termina derrumbándose.* El Derecho Administrativo tiene por objeto regular las conductas estatales, pero sus principales destinatarios son las personas.

Pues bien, el Derecho Administrativo comprende: a) las regulaciones sobre el propio Poder Ejecutivo (organización, procedimiento y bienes); b) las regulaciones sectoriales (salud, educación, energías); y c) las regulaciones de las situaciones jurídicas entre personas y el Estado.

Sin embargo, el concepto del Derecho Administrativo es históricamente un concepto estrictamente positivo, es decir que es aquello que las normas dicen que es, y su contenido, consecuentemente, es convencional y variable. Por ello, el Derecho Administrativo debe construirse y estudiarse desde otro pilar más firme y estable, es decir, el Derecho Constitucional.

Finalmente, cabe preguntarse si el concepto de función administrativa es suficiente o quizás sea necesario recurrir a otras ideas, por caso, las finalidades que persigue el Estado (por ejemplo, la conformación del interés público o el orden social).

El objeto de función administrativa es propio del Estado Liberal de Derecho, y claramente insuficiente en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, pues en este último el Estado debe construir el orden social, según el mandato constitucional.

Así, el Derecho Administrativo es técnicamente un conjunto de principios, directrices, reglas e institutos cuyo objeto es resolver conflictos entre derechos con el propósito de conformar el orden social en términos justos e igualitarios.

En conclusión, *el Derecho Administrativo es el subsistema jurídico que regula la resolución de los conflictos entre derechos (**derechos vs. derechos**) con intervención del Poder Ejecutivo —reconociéndole prerrogativas en su aplicación (**aspecto formal**)— y recomponiendo las desigualdades preexistentes entre los titulares de éstos (**aspecto sustancial**).*

CAPÍTULO 4 - LOS CARACTERES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO AUTÓNOMO. SU RELACIÓN CON LAS OTRAS RAMAS DEL DERECHO

Si bien el Derecho Administrativo debe apoyarse en el Derecho Público, cierto es que recurrió y recurre insistentemente al Derecho Civil, es decir, al marco propio del Derecho Privado. Ello es así por razones históricas ya que el Derecho Administrativo nació como un conjunto de reglas especiales y de excepción respecto del Derecho Civil largamente desarrollado y se nutrió de las instituciones de este último (por ejemplo, el acto jurídico y el contrato, entre tantos otros).

De todas maneras, en este proceso histórico y jurídico existe un punto de inflexión en que el Derecho Administrativo rompe ese vínculo con el Derecho Civil y se rige por sus propios principios que le permiten así vertebrar las reglas propias y específicas de su conocimiento. El Derecho Administrativo constituye, desde ese entonces, un conocimiento con principios, reglas, conceptos, institutos y técnicas de integración e interpretación propias. Cabe añadir que este fenómeno ocurrió recién en el siglo XX.

En este contexto, es posible decir que este derecho es autónomo y, particularmente, separado e independiente del Derecho Civil. Sin embargo, en el ámbito de las reglas específicas (normas jurídicas), el avance — particularmente en nuestro país y en el derecho federal — es lento. Por eso, es necesario volver sobre el Derecho Civil aunque, claro, mediante técnicas de integración más complejas o sofisticadas. Más adelante, volveremos sobre el modo de relación entre el Derecho Administrativo y Civil.

Sin perjuicio de ello, cabe analizar el vínculo entre el Derecho Administrativo y otras ramas del derecho ya que si bien éstas son autónomas, conforman un solo ordenamiento en términos de unidad y, por tanto, se relacionan entre sí. En ciertos casos, el entrecruzamiento es mayor y, consecuentemente, sus relaciones son más intensas.

El Derecho Administrativo se cruza especialmente con el Derecho Penal en el ámbito específico de las sanciones administrativas, que es un campo poco explorado, pero extenso y complejo; y con el Derecho Laboral en el marco de las relaciones con sus agentes (empleo público).

En particular, el Derecho Penal es aplicable en el ámbito del Derecho Administrativo en dos niveles. Por un lado, los *principios* de aquél informan todo el marco del Derecho Administrativo sancionador — infracciones y sanciones administrativas —, sin perjuicio de los matices del caso. Por el otro, recurrimos al Derecho Procesal Penal en el *caso no previsto* (lagunas e indeterminaciones normativas) por medio de la técnica de la analogía y no de modo directo o subsidiario (por ejemplo, los institutos sobre reincidencia o prescripción).

Sin embargo, existe otro modo de relación, tal como ocurre —por ejemplo— entre los Derechos Administrativo y Laboral. Aquí, aplicamos directamente las normas del Derecho Laboral por reenvío normativo, es decir, el Derecho Administrativo nos dice qué debemos aplicar (en el presente caso, el Derecho Laboral). Por ejemplo, la Ley de Contrato de Trabajo (ley 20.744) en ciertas áreas de la Administración Pública nacional. No se trata, entonces, de la aplicación analógica o subsidiaria sino directamente de la incorporación de normas del Derecho Privado al campo propio del Derecho Administrativo.

Finalmente, también aplicamos los principios y mandatos del Derecho Procesal Civil en el marco del procedimiento y el proceso contencioso administrativo en términos directos, subsidiarios y analógicos, según el caso.

II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO LOCAL

La Constitución establece un modelo de reparto territorial de competencias entre el Estado central y las Provincias. Éstas delegaron en el Estado federal las competencias expresas, implícitas y residuales que prevé el texto constitucional (arts. 75, 99, 100 y 108, entre otros) y, a su vez, conservan el poder no delegado en aquél (art. 121, CN). Este capítulo se refiere a las potestades *exclusivas* de los poderes territoriales (Nación y Provincias).

A su vez, la Constitución de 1853/60 establece ciertas competencias *concurrentes* entre Nación y Provincias, y no sólo exclusivas como describimos en el párrafo anterior. Por ejemplo, el inciso 16 del artículo 67 —actual artículo 75, CN, en sus incisos 18 y 19—. Vale aclarar que, en caso de conflictos insalvables entre disposiciones dictadas en ejercicio de potestades concurrentes, deben prevalecer las normas federales por aplicación del principio de jerarquía normativa (artículo 31, CN).

Por último, la Constitución de 1994 introdujo, además de las competencias exclusivas y concurrentes, las potestades *compartidas* entre el Estado federal y las Provincias. Por caso, las facultades en materia ambiental (artículo 41, CN) y educación (art. 19, tercer párrafo, CN). En este caso, el Estado Federal debe regular las bases y, luego, las Provincias el complemento.

En este contexto, cabe preguntarse en dónde debemos ubicar al Derecho Administrativo, es decir: ¿en el campo del Estado federal o de los Estados provinciales?

Pues bien, las Provincias conservaron en sus propios ámbitos la ordenación y regulación de las funciones estatales administrativas. Sin embargo, los Estados provinciales, a través del acuerdo constitucional, delegaron en el Estado federal ciertas funciones estatales administrativas. Es decir, las Provincias transfirieron el poder de regulación y ejercicio de ciertas actividades materiales al Estado federal. Por ejemplo, las actividades de los órganos Presidente y Jefe de Gabinete; el empleo público federal; y las contrataciones del Estado nacional; entre otras.

Por ello, en nuestro ordenamiento jurídico coexisten, por ejemplo, leyes nacionales y locales sobre organización estatal, contrataciones del Estado, régimen económico financiero estatal y control del sector público.

Las competencias de regulación y ejercicio de las cuestiones de contenido administrativo —entre el Estado federal y las Provincias— son, en principio, de carácter exclusivo y no concurrente o complementario (en particular, las regulaciones sobre el Poder Ejecutivo). Por ello, en caso de conflicto normativo, éste debe resolverse por el criterio de competencias materiales y no por el principio de jerarquía entre las reglas jurídicas. Por ejemplo, la ley de empleo público nacional no puede inmiscuirse en el ámbito propio del empleo público provincial.

Sin embargo, cierto es que a veces las regulaciones del Derecho Administrativo siguen la suerte de las competencias concurrentes o compartidas (por ejemplo, el poder de ordenación y regulación estatal sobre el ambiente).

En conclusión, cabe afirmar que *el Derecho Administrativo es un derecho esencialmente local, es decir, provincial, sin perjuicio de las competencias que el propio texto constitucional reconoce al Estado Federal.*

III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DE EJECUCIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

El Derecho Administrativo comprende dos aspectos. Por un lado, el detalle de las políticas públicas con alcance complementario al texto constitucional y las leyes (planificación y regulación) y, por el otro, la ejecución de esas políticas. En ambos casos, en el marco de las competencias propias del Poder Ejecutivo (reglamentos y decisiones singulares).

De modo que esta rama del Derecho debe adaptarse a las políticas públicas definidas a través de los procesos políticos y constitucionales. Es, en definitiva, el instrumento jurídico del Estado para el cumplimiento de sus fines.

En el Derecho Administrativo subyace, con mayor o menor claridad, un modelo estatal autoritario o democrático. Por ello, los principios e instituciones de este derecho tienen su fuente necesariamente en esos modelos y su desarrollo posterior. Es cierto, claramente, que además el Derecho Administrativo debe nutrirse del modelo institucional sobre los derechos fundamentales y, a su vez, del sistema de gobierno propio de cada Estado.

Desde otro lado, es posible ilustrarlo con el análisis de dos casos puntuales sobre cómo es el vínculo entre el modelo político-institucional (constitucional y sus respectivas prácticas) y el Derecho Administrativo.

Por un lado, el modelo de Estado con fuerte intervención y regulación en el esquema económico desarrollado en nuestro país, particularmente a partir del año 1940. En ese contexto, el Estado creó instrumentos tales como el régimen de las empresas del Estado y las sociedades de economía mixta. Por el otro, en la década de los noventa del siglo XX, el Estado inició un proceso inverso de privatizaciones de los sectores estatales y de fuerte desregulación de los mercados. En este período, el Estado incorporó dos instrumentos propios del Derecho Administrativo. Por un lado, el modelo de privatizaciones y, por el otro, las desregulaciones. Estos ejemplos simples pero claros nos permiten sostener que el Derecho Administrativo acompañó el proceso político e institucional del país.

Este hecho también nos deja otra enseñanza, a saber, el Derecho Administrativo es un derecho profundamente dinámico y cambiante que está ubicado entre la ley dictada con espíritu de continuidad y permanencia en el tiempo y la realidad y las respuestas inmediatas del poder político ante las necesidades sociales, económicas y culturales.

IV. LOS MAYORES DÉFICITS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CLÁSICO

Los mayores déficits de la construcción teórico dogmática del Derecho Administrativo clásico son, según nuestro criterio, los siguientes:

- a) el diálogo entrecortado con el texto constitucional;
- b) el método de interpretación de la ley; y
- c) el concepto de interés público.

IV.1. El desconocimiento del Derecho Constitucional

Entendemos que el Derecho Constitucional es fundamental en nuestra materia porque, como ya dijimos, el Derecho Administrativo tiene su inserción en él y, además, el propio texto constitucional contiene principios y, particularmente, instituciones propias del Derecho Administrativo. Sin embargo, entre nosotros, el Derecho Administrativo no siempre se nutrió del Derecho Constitucional.

Analicemos, quizás con mayor nitidez, cuáles son las consecuencias de hilvanar o no el Derecho Administrativo con la Constitución (texto e interpretación constitucional). Por ejemplo, cuando se estudia el esquema de organización administrativa es frecuente cometer el error de disociar este análisis de los principios constitucionales. En otras palabras, el operador no vincula habitualmente —con la profundidad necesaria— el modo de organización estatal y el marco constitucional.

Sin embargo, no es suficiente con recurrir lisa y llanamente al texto constitucional (interpretación literal) sino que debemos hacer una interpretación integral y, a su vez, más elaborada del marco normativo (interpretación contextual y dinámica). Así, cuando interpretamos los principios, normas e instituciones del Derecho Administrativo es necesario recurrir al Derecho Constitucional y no sólo al texto literal de la Constitución.

IV.2. La interpretación de las leyes administrativas

El Derecho Administrativo nace como una rama autónoma del derecho relativamente hace poco tiempo. A su vez, en su desarrollo posterior el Derecho Administrativo creó sus propios principios, pero completó sólo parcialmente el cuadro normativo inferior; es decir, las normas específicas (reglas jurídicas), de modo que es común que en el marco de esta disciplina aparezcan muchas indeterminaciones de orden normativo, particularmente las lagunas (casos administrativos no previstos).

Por eso, en el ámbito de nuestra especialidad tiene particular interés el análisis de las técnicas de integración del modelo. En este punto, debemos recurrir al conocimiento de otras disciplinas jurídicas y marcar aquí las líneas generales de cómo integrar e interpretar las leyes administrativas y salvar así las indeterminaciones, en especial, las lagunas tan extensas en el Derecho Administrativo.

En primer lugar, cabe recordar que las indeterminaciones del sistema jurídico son inevitables. *En segundo lugar*, la dogmática jurídica es el instrumento que nos permite sistematizar el derecho positivo y construir un marco de soluciones más coherente, completo, preciso y adecuado que el simple texto normativo (respuestas jurídicas), sin perjuicio de las críticas sobre el modelo dogmático. Así, el operador jurídico debe salvar las limitaciones semánticas, sintácticas y lógicas del sistema e inferir sus consecuencias recurriendo al modelo dogmático y sus herramientas. Volveremos en detalle sobre estos aspectos en el Capítulo sobre Interpretación y Derecho Administrativo.

IV.3. El concepto de interés público

El concepto de interés público es un pilar fundamental del Derecho Administrativo. Pues bien, entendemos que el interés público o colectivo es aquel que reconoce y satisface derechos individuales, sociales y colectivos y, digámoslo claramente, no existe otra razón de ser de la actividad estatal. Es decir, *el Estado sólo debe intervenir con el objeto de garantizar el ejercicio cierto de los derechos*. De modo que el contenido del interés público, también llamado colectivo, es simplemente el núcleo y extensión de los derechos de las personas.

Entonces, el interés colectivo no es un concepto vago e inasible, o aquel interés cuyo contenido el Estado puede definir de cualquier modo, sino que está compuesto necesariamente por los derechos de las personas. En efecto, el Estado ejerce sus prerrogativas con el objeto de satisfacer derechos individuales, sociales y colectivos y, consecuentemente, restringe otros derechos. Es decir, el Estado persigue el equilibrio entre derechos y, en su caso, resuelve el conflicto entre derechos en términos de igualdad e inviolabilidad de las personas.

Dicho en otras palabras, el modo de hacer efectivos ciertos derechos es necesariamente restringiendo otros. Éste es el conflicto básico y más profundo, es decir, el equilibrio entre los derechos de unos y otros. En otro nivel más superficial ese conflicto se plantea entre, por un lado, los derechos y, por el otro, las prerrogativas estatales. Insistimos, detrás de las prerrogativas del Estado subyacen otros derecho y he ahí el conflicto más relevante, más allá del objeto de nuestro conocimiento que está centrado en el poder y su ejercicio.

En el Derecho Administrativo analizamos, particularmente, el conflicto entre el Estado y las personas, pero no debemos olvidar cuál es el trasfondo de este planteo. Claro que esta aclaración, que es básica en el marco del Estado Democrático, nos plantea varios interrogantes igualmente agudos, pero desde otro ángulo de estudio. Veamos estos dilemas: *¿cuál es el contenido de esos derechos y cómo satisfacerlos? ¿Qué derechos deben satisfacerse y cuáles no? ¿Qué derecho debe restringirse? ¿Cuál es el límite de estas restricciones?*

Todo ello es definido por el Estado, como ya explicamos, mediante el proceso democrático, es decir, por decisiones de las mayorías en un proceso deliberativo de debate y el respeto irrestricto de participación de las minorías en condiciones igualitarias. A su vez, el interés público y su alcance —reconocimiento de derechos— está limitado por el ordenamiento jurídico vigente, particularmente, otros derechos y garantías (inviolabilidad y autonomía personal).

Es decir, existen límites materiales y formales en el proceso cuyo objeto es definir el interés público. Este proceso compete básicamente al legislador, sin perjuicio de que el Poder Ejecutivo aplique y complete ese concepto (por medio de potestades reglamentarias y el ejercicio discrecional).

Cabe recordar que la Corte en el caso "Portillo" (1989) dijo que "es erróneo plantear el problema de la persona y del bien común en términos de oposición, cuando en realidad se trata más bien de recíproca subordinación y relación mutua".

En particular, respecto del concepto de interés público, la Corte sostuvo en el precedente "ALLIT" (2006) que "el bien común no es una abstracción independiente de las personas o un espíritu colectivo diferente de éstas y menos aún lo que la mayoría considere común excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es *el bien de todas las personas*, las que suelen

agruparse según intereses dispares, contando con que toda sociedad contemporánea es necesariamente plural..." (énfasis agregado).

Y agregó que "el bien colectivo tiene una esencia pluralista, pues sostener que ideales como el acceso a la salud, educación, trabajo, vivienda y beneficios sociales a determinados grupos, así como propender a la no discriminación, es sólo un beneficio propio de los miembros de esa agrupación, importa olvidar que esas prerrogativas son propósitos que hacen al interés del conjunto social como objetivo esencial y razón de ser del Estado de cimentar una sociedad democrática".

Más adelante, en el caso "Arriola" (2009), el Tribunal aclaró que la Corte Interamericana (CIDH) dio claras pautas interpretativas sobre el bien común y otros conceptos análogos "para evitar que la mera invocación de tales intereses colectivos sean utilizados arbitrariamente por el Estado. Así en su Opinión Consultiva 5/86 señaló que es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos".

Luego, añadió que "no escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de orden público y bien común, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el orden público o el bien común como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real... Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática".

Finalmente, concluyó en dicho precedente que "el Estado tiene el deber de tratar a sus habitantes con igual consideración y respeto, y la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar las preferencias personales de un individuo (Dworkin, R. ...). Y éste es el sentido que cabe otorgarle al original artículo 19 de la Constitución Nacional... De esta manera, nuestra Constitución Nacional y sumado a ello los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos jerarquizados reflejan la orientación liberal garantizadora que debe imperar en un estado democrático para resolver los conflictos entre la autoridad y los individuos y respecto de éstos entre sí, y en ese sentido el Estado de Derecho debe garantizar y fomentar los derechos de las personas siendo éste su fin esencial".

V. LA PRÁCTICA ADMINISTRATIVA Y SU DISOCIACIÓN CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO VIGENTE

Nuestro país, tal como enseñó hace ya muchos años C. NINO, reflexiones que compartimos plenamente, es un país al margen de la ley y, más puntualmente, un caso de *anomia boba*. Por ello, sólo cabe concluir razonablemente que el país existe, en gran medida, al margen del Derecho Administrativo.

Así, el contraste entre el estudio de esta rama del Derecho y, en particular, de sus normas, con el contexto de las realidades es, al menos y en muchos casos, desconcertante. En cierto modo es un escenario lleno de penumbras e incertidumbres. Así, el Derecho Administrativo y la práctica institucional rara vez coinciden.

Creemos que el conocimiento de las normas y su interpretación disociados de cómo es la práctica institucional es confuso y parcialmente valioso, ya que es necesario y no solo conveniente enriquecerlo con el aspecto práctico a fin de comprender el sistema normativo en sus verdaderas dimensiones. Este cuadro conduce en ciertos casos a situaciones paradójicas ya que, por un lado, el Estado habitualmente no cumple y no hace cumplir la ley y, por el otro, en ciertos supuestos y en iguales circunstancias, aplica las normas con absoluto rigor. En otras palabras, nadie cumple la ley y el Estado no se ocupa de hacerla cumplir; sin embargo, a veces, el Estado hace cumplir la ley a ciertas personas creando así situaciones de desigualdad y, quizás, discriminatorias.

Es cierto que el carácter eficaz del Derecho Administrativo no es objeto de nuestro estudio pero, aún así, no es posible desentenderse de este aspecto por demás relevante en el conocimiento integral y acabado del Derecho. Esta otra perspectiva nos permite pensar nuevamente el Derecho Administrativo y ver cuál es su eficacia en nuestro modelo y cuáles son las modificaciones que debieran hacerse para la construcción de un sistema jurídico racional, previsible y eficiente.

Analicemos brevemente uno de los casos quizás más paradigmáticos de ruptura entre el orden jurídico y las prácticas institucionales. El decreto 1023/01 establece el marco jurídico de las contrataciones de la Administración Pública nacional respecto de bienes, servicios y obras. En particular, el decreto citado y su decreto reglamentario (dec. 893/12) sólo prevén el proceso directo de selección de los contratistas en casos excepcionales. Sin embargo, en el año 2007, por ejemplo, el porcentaje de las contrataciones directas fue del 65,1% en cantidad y del 28,7% en montos; a su vez, en el año 2008, 59,1% en cantidad y 29,7% en montos. Por último, en el año 2009, el 49,9% en cantidades y el 32,4% en montos. Así, si sumamos los otros regímenes de excepción, por ejemplo las contrataciones por los fondos fiduciarios y las sociedades anónimas de propiedad estatal, entonces, es posible concluir que el porcentaje de las contrataciones del Estado por el proceso de licitación es, más allá del mandato legal, menor.

VI. LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Finalmente no podemos dejar de mencionar un fenómeno relativamente reciente en el ordenamiento jurídico que consiste en la deserción y no aplicación del Derecho Administrativo sobre campos propios de nuestro conocimiento. Los casos más paradigmáticos son los siguientes.

- a) La deslegalización de la actividad estatal. Así, las transferencias de las potestades del Congreso al Poder Ejecutivo o, en ciertos casos, incluso en órganos inferiores de la Administración.
- b) El modelo del Derecho Privado y la consecuente exclusión del Derecho Administrativo sobre áreas estatales. En ciertos casos, el Legislador resolvió aplicar normas propias del Derecho Privado, particularmente respecto de las actividades industriales o comerciales del Estado, excluyendo así al Derecho Administrativo. Cabe aclarar que el Estado habitualmente utiliza dos técnicas en este camino. Por un lado, la remisión lisa y llana del Derecho Administrativo al Derecho Privado (por ejemplo, la aplicación de la ley 20.704 a los agentes de los entes reguladores) y, por el otro, el uso de la Teoría de las Formas del Derecho Privado (la figura de las sociedades anónimas según la ley 19.550) y, tras ese paso, los principios y reglas del Derecho Privado.
- c) La autorregulación social. Es decir, la aplicación de reglas aprobadas por la sociedad (por caso, las reglas sobre seguridad aeroportuaria o nuclear).

- d) La desaparición de los controles del Estado. Aquí cabe citar, a título de ejemplo, los fondos reservados, fiduciarios y especiales, así como los recursos fuera del presupuesto.

VII. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMUNITARIO Y GLOBAL

En el contexto jurídico internacional existe un bloque propio de Derecho Administrativo en permanente crecimiento y desarrollo. En ciertos casos, con redes muy claras con el Derecho local y, en otros, decididamente anárquico y desprendido de los derechos nacionales.

Este campo que excede obviamente al derecho local puede clasificarse desde nuestro punto de vista y entre nosotros en Derecho Comunitario (MERCOSUR), el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos), las Naciones Unidas (Pacto de Derecho Civiles y Políticos y Pacto de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, entre otros) y el modelo propiamente global (por ejemplo, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el CIADI, la Organización Mundial del Comercio, el GAFI, las normas ISO y el Protocolo de Kyoto).

El objeto de nuestro estudio, tal como dijimos reiteradamente, es el Derecho Administrativo nacional. Sin embargo, debemos advertir cómo este derecho debe relacionarse con el Derecho Administrativo comunitario y global y cómo este último incide e influye sobre aquél.

En los casos del MERCOSUR, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Naciones Unidas las respuestas son más simples e institucionales, pero en el terreno del Derecho Administrativo Global las soluciones son casuísticas y su justificación en términos de legitimidad es más difícil e inconsistente que en el caso anterior. En efecto, en el modelo global las normas son, en ciertos casos, *voluntarias* de modo que dependen de la libre aceptación de las partes y, en otras, *obligatorias* en tanto han sido incorporadas por el propio Estado en su ordenamiento jurídico interno (reenvío normativo).

Además, es importante advertir que el asunto es complejo porque, entre otras razones, el Derecho Comunitario y Global es dinámico, y no simplemente estático, con un desarrollo constante por medio del dictado de normas y básicamente de criterios de interpretación y resolución de conflictos en casos particulares (dictámenes, opiniones y fallos)

VIII. LOS DESAFÍOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ACTUAL

Como ya hemos adelantado en los capítulos anteriores, el Derecho Administrativo debe incorporar nuevos principios, conceptos e instrumentos jurídicos con el propósito de satisfacer el interés colectivo y garantizar así los derechos de las personas en un marco social, político y económico propio de las sociedades posmodernas.

Como ya explicamos, el Derecho Administrativo se creó y construyó durante décadas desde el pilar del poder estatal y los derechos individuales. Sin embargo, es preciso incorporar entre sus bases el concepto de poder en términos de reconocimiento de derechos (particularmente los derechos sociales y los nuevos derechos) y, luego, reconstruir los principios, directrices, reglas y especialmente las instituciones. Así, por ejemplo, el Derecho Administrativo clásico partió del acto administrativo, el derecho de propiedad y el proceso judicial individual, entre tantas otras ideas. Por su parte, el nuevo modelo debe recoger las acciones y omisiones estatales, los derechos sociales y nuevos derechos, los procedimientos administrativos plurales y participativos, los procesos colectivos, y así sucesivamente.

Por ejemplo, el Convencional Constituyente, en el proceso de reforma constitucional de 1994, introdujo los nuevos derechos. Nuestro ordenamiento, entonces, reconoce los derechos individuales, los derechos sociales y recientemente los nuevos derechos. Veamos este último

concepto con mayor detalle. Así, entre los nuevos derechos, cabe mencionar a los de los usuarios y consumidores y los relativos al medio ambiente.

En este contexto puede intentarse el siguiente ensayo interpretativo: el derecho del usuario es, en verdad, el derecho de propiedad de éste. De tal modo, cualquier acto estatal que autorice el aumento de las tarifas de los servicios es violatorio del derecho de propiedad de los usuarios porque éstos deben abonar una suma mayor que evidentemente repercute sobre sus bienes.

En igual sentido cabe este razonamiento estrecho con respecto al medio ambiente. Pues bien, en caso de lesión ambiental, el vecino puede reclamar por la recomposición de su derecho de propiedad si el acto u omisión estatal perjudicó su patrimonio.

En definitiva, es posible afirmar que, según este criterio, los nuevos derechos son esencialmente derechos clásicos con un alcance quizás más extenso.

Sin embargo, el interés del Convencional ha sido el de crear un modelo de mayor satisfacción y protección de los intereses de las personas, más allá de sus derechos individuales. A su vez, cabe advertir que sólo es posible preservar estos derechos (individuales) en las sociedades actuales, con la incorporación de nuevos derechos (derechos colectivos). En otras palabras, es cada vez más difícil garantizar los derechos clásicos si no incorporamos —a su vez— nuevos derechos (plurales y colectivos).

De hecho, la Corte, en el precedente "Mendoza" consideró que los derechos vinculados con el medio ambiente resultan de índole colectiva y trascienden la esfera de reclamación individual. Veamos: "la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que —según se alega— en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento. La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales".

*¿Cuál es el principio rector de este nuevo modelo? **La participación plural de las personas.** ¿Cuáles son, entonces, los instrumentos para alcanzar este objetivo? Ellos son, según nuestro criterio, los siguientes: a) el reconocimiento de los nuevos derechos (es decir, derechos colectivos); b) la creación de nuevas garantías de goce y protección de estos derechos, por ejemplo, el amparo colectivo; y c) la participación de las personas por medio de mecanismos colectivos, por caso la participación en el procedimiento de elaboración de las normas y las audiencias públicas, en su condición de titulares de tales derechos. Es decir, en el contexto de los derechos individuales debe seguirse el procedimiento administrativo clásico y, a su vez, en el marco de los derechos colectivos (satisfacción y recomposición) es necesario encauzarlos por el procedimiento plural y participativo. Luego volveremos sobre este punto.*

A su vez, el Estado debe incorporar otros principios, entre ellos, el de **transparencia** en el ejercicio de las funciones que es posible desagregar en los siguientes subprincipios:

1. el estándar de **publicidad** y acceso a la información pública;

2. el criterio de **objetividad**, de modo que el Poder Ejecutivo debe decidir según los hechos y el marco jurídico y con pautas de igualdad;
3. el postulado de **imparcialidad** toda vez que el agente público debe actuar según criterios objetivos y no mediante preferencias, favores o prejuicios (subjetividades); y, por último,
4. las reglas de **certeza y previsibilidad** de las conductas estatales.

Otros principios son los de *eficacia* y *eficiencia*, con plena sujeción al ordenamiento jurídico. Éstos están relacionados con dos cuestiones puntuales, a saber:

- a) la **disponibilidad y racionalización en el uso de los medios**, y
- b) el **cumplimiento de los fines propuestos** (resultados por objetivos).

El juez debe controlar si las conductas estatales cumplen con estos estándares, salvo que su análisis se traspase al campo propio de la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones estatales.

Finalmente, cabe agregar que en caso de conflicto entre, por un lado, el principio de legalidad y, por el otro, el de eficacia y eficiencia, debe prevalecer el primero. *En los apartados siguientes nos proponemos desarrollar con mayor detalle los principios antes mencionados.*

VIII.1. La eficiencia estatal. La informatización en el ámbito administrativo: la Administración electrónica

Otro de los aspectos que permiten definir el nuevo perfil del Poder Ejecutivo y el Derecho Administrativo actual es, además de la participación en el sector público y la transparencia de las decisiones estatales, la mayor eficiencia del Estado en el cumplimiento de sus fines y objetivos.

En este camino, entre las herramientas más importantes a incorporar, en el entramado burocrático y complejo del Poder Ejecutivo, están los instrumentos informáticos, en particular, la firma digital y el expediente en soporte digital.

Antes de continuar creemos conveniente aclarar los siguientes conceptos. Por un lado, la firma digital es un procedimiento matemático que requiere información de conocimiento exclusivo del firmante y que tiene igual valor jurídico que la firma ológrafa. Así, la firma digital goza de las presunciones de autor, integridad y no repudio.

Por el otro, el expediente digital está conformado por las actuaciones en soporte digital en sustitución del papel.

Cabe señalar que las cuestiones centrales aquí son el uso de las herramientas informáticas en el ámbito interno del Poder Ejecutivo con el objeto de simplificar y agilizar los trámites y decisiones estatales y, a su vez, la posibilidad de interactuar entre el Estado y las personas por medios digitales con igual propósito, es decir, crear un modelo más eficiente.

Si bien en un principio el decreto 427/98 autorizó el uso de la firma y el documento digital en el ámbito interno del Poder Ejecutivo por un plazo determinado y, luego, el [decreto](#)

[1023/01](#) incorporó la firma y el documento digital en el ámbito contractual, en verdad, la *Ley de Firma Digital 25.506* (E-2526), reglamentada por el decreto 2628/02, es la norma que introdujo el concepto de acto administrativo digital (esto es, el acto estatal dictado en soporte digital y con firma digital).

En tal sentido, la ley prevé el uso de la firma digital por el Estado "en su ámbito interno y en relación con los administrados de acuerdo con las condiciones que se fijen reglamentariamente en cada uno de sus poderes".

Luego, en el año 2006, mediante el decreto 724, el Poder Ejecutivo modificó la reglamentación de la [ley 25.506](#) y, en particular, la capacidad de la Administración Pública nacional de emitir certificados digitales a funcionarios públicos y particulares.

Tras la ley de firma digital, se aprobaron otras normas, tales como: a) el [decreto 103/01](#) cuyo anexo I prevé entre los objetivos generales y específicos el "gobierno electrónico"; b) la decisión administrativa 118/01 de Jefatura de Gabinete de Ministros sobre creación del Proyecto de Simplificación e Informatización de Procedimientos Administrativos en el contexto del Plan Nacional de Modernización; y c) el [decreto 378/05](#) sobre el Plan Nacional de Gobierno Electrónico y Planes Sectoriales de Gobierno Electrónico, entre otras. Cabe añadir que en el marco de dicho Plan el gobierno desarrolló los siguientes programas: guía de trámites; portal general del gobierno; sistema de seguimiento de expedientes accesible por Internet; ventanilla única; portales temáticos del gobierno; y directorio en línea de organismos y funcionarios accesible por Internet. Finalmente, el Plan a través de estrategias, normas y procedimientos específicos tiene por objeto implementar la tramitación electrónica de expedientes con la utilización de firma digital y la interacción entre los organismos de la Administración y de éstos con las personas para la presentación electrónica de documentos y utilización de servicios Web ofrecidos por el Estado nacional.

Por su parte, la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico (2007) define al Gobierno Electrónico como "el uso de las TIC en los órganos de la Administración para mejorar la información y los servicios ofrecidos a los ciudadanos, orientar la eficacia y eficiencia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación de los ciudadanos". A su vez, señala entre sus principios: igualdad; legalidad; conservación; transparencia y accesibilidad; proporcionalidad; responsabilidad; y adecuación tecnológica.

VIII.2. La transparencia en el sector público

Creemos que los instrumentos jurídicos más relevantes en el proceso de transparencia del Estado son la Convención Interamericana contra la Corrupción (1997), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) y la ley de Ética Pública (1999).

La Constitución Nacional dice expresamente que "atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos" (art. 36, CN).

A su vez, el objetivo de la *Convención Interamericana* es el de promover y fortalecer el desarrollo en cada uno de los Estados Parte de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción. En particular, los Estados Parte se comprometen a: a) considerar la aplicación de medidas destinadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la

preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos; b) implementar sistemas para la declaración de ingresos, activos y pasivos por parte de los funcionarios; c) instrumentar sistemas de contratación de funcionarios y adquisición de bienes y servicios que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia; d) implementar sistemas adecuados para la recaudación y control de los ingresos del Estado; e) llevar adelante sistemas para proteger a los funcionarios y ciudadanos que denuncien actos de corrupción; f) dictar medidas que impidan el soborno de los funcionarios; y g) crear mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales.

Por su parte, la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* tiene como finalidad: a) promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; b) facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y lucha contra la recuperación de activos; y c) promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y bienes públicos. Al mismo tiempo, los Estados Parte se comprometen en el marco de la Convención a formular y aplicar "políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos y la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas". Asimismo, propone fomentar prácticas destinadas a prevenir la corrupción. Por último, la Convención incorporó el derecho de acceso a la información pública y otras formas de participación de la sociedad civil, a fin de garantizar la transparencia de la Administración.

El tercer instrumento antes mencionado es la *ley 25.188 sobre Ética Pública* que establece los deberes, prohibiciones e incompatibilidades de los agentes públicos de los tres poderes del Estado.

Por último, cabe agregar que el legislador creó en el ámbito del Congreso, la Comisión Nacional de Ética Pública, órgano independiente y con autonomía funcional. Esta comisión está compuesta por once miembros y, entre otras competencias, recibe y tramita las denuncias contra los agentes públicos, sin perjuicio de las potestades concurrentes de otros órganos de control (tales como la Oficina Anticorrupción y la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas).

IX. LA PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En este capítulo analizaremos el por qué de la participación en el seno del Poder Ejecutivo y las técnicas en términos abstractos y, luego, en particular, en el derecho positivo de nuestro país.

IX.1. La democratización de la Administración Pública y su justificación

Creemos que las razones más relevantes que justifican la democratización de la Administración Pública a través de las técnicas de participación —en especial, plurales o colectivas— son las siguientes:

IX.1.1. El modelo democrático y el fenómeno de la centralidad del Poder Ejecutivo

Con el propósito de saber si los procedimientos participativos son o no necesarios conforme el marco constitucional vigente, debemos remitirnos al modelo democrático y su justificación.

Por un lado, cabe recordar que LOCKE explicó el valor de la democracia por el consentimiento de los representados (esto es, el *criterio consensual*). Por tanto, todo mandato impuesto a una persona debe contar con su conformidad —expresada directamente o por medio de sus representantes—.

Ahora bien, es obvio que sólo las decisiones unánimes de los ciudadanos cumplen con ese requisito y que, en los hechos, el consentimiento es sólo parcial ya que no todos los individuos aceptan las decisiones de sus representantes (legisladores y ejecutivo). Sin embargo, es posible contraargumentar que, aún así, es más valioso que la sociedad se rija por las normas o el asentimiento de la mayoría que por el de las minorías, pero en este caso el fundamento —esto es, la capacidad del sistema para alcanzar mayor satisfacción por el consentimiento de las mayorías— es evidentemente utilitario. El modelo también puede fundarse, según el criterio del autor citado, en el principio de la autonomía individual ya que, en tales circunstancias, habrá más individuos autónomos (mayoría). Sin embargo, se ha sostenido con razón que la restricción de los derechos individuales (restricción de la autonomía individual de las minorías) no puede justificarse en el hecho de que otros individuos (mayoría) alcancen mayor autonomía.

Frente a tales observaciones se argumentó que el consentimiento de los individuos no se refiere a la elección de la autoridades o a las decisiones políticas sino al procedimiento de elección o decisión en sí mismo, claro que ello sólo es cierto si el voto de los habitantes es voluntario; es decir, si el individuo puede consentir libremente su participación en el proceso democrático. En efecto, si el individuo está obligado a participar en el proceso electoral no existe elección voluntaria sobre el procedimiento, sino compulsiva. Sin embargo, cabe advertir que, aun cuando la participación fuese voluntaria, subsiste la objeción sobre la falta de consentimiento de los representados, toda vez que aunque el individuo no participe del procedimiento igualmente debe sujetarse a las autoridades o decisiones que surgen de éste.

Otros autores afirman que la democracia está justificada porque garantiza la alternancia entre los grupos en el ejercicio del poder, ya que ningún individuo, grupo o interés prevalece indefinidamente sobre los otros (*criterio pluralista*). Sin embargo, es obvio que en tales condiciones los individuos marginados del régimen político y social —es decir, aquellos que no pertenecen a ninguno de los grupos que ejercen o ejercerán en el futuro, parcial o temporalmente, el poder estatal— están excluidos del sistema institucional.

En general, a partir de los cuestionamientos frente a las dos concepciones anteriores (criterio consensual y pluralista) se recurre a otras justificaciones utilitarias o de contenido económico sobre el valor del sistema democrático.

Por tanto, cabe preguntarnos si es plausible superar las teorías antes descritas sin recurrir a fundamentos de carácter utilitario. Pues bien, creemos que es posible a través de una justificación epistémica del modelo democrático. En tal sentido C. NINO ha sostenido que el debate democrático tiene un valor epistémico —toda vez que es un sucedáneo del discurso moral— y sólo a través de él es posible conocer cuáles son los derechos y su contenido. Vale aclarar que el discurso moral es el método discursivo en el que participan todos los individuos en condiciones de libertad e igualdad y se apoya en principios universales, generales y públicos. A su vez, la participación de un mayor número de personas en el debate aumenta la probabilidad del acierto de las decisiones.

Es decir, *el valor de los principios morales no surge del consenso sino del método discursivo*. El valor del discurso moral y de su sucedáneo, esto es, el sistema democrático, consiste en que la participación de todos los afectados aumenta la probabilidad de que la solución sea válida, en el

sentido de que sea aceptable en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes. Por tanto, el consenso colectivo es el método más idóneo para acceder a la verdad moral, aunque no es un método excluyente ya que esto también es posible a través del razonamiento individual.

Asimismo, en el proceso democrático, el acuerdo unánime —propio del discurso moral— debe reemplazarse por el de las mayorías. Aún así, el sistema democrático —que reproduce el debate moral con un criterio de mayorías— es más idóneo que otros procesos para alcanzar decisiones con el pleno conocimiento de los hechos y en condiciones de racionalidad e imparcialidad.

Por último, creemos importante resaltar que en el proceso democrático deben respetarse ciertos derechos como los de *autonomía, igualdad e inviolabilidad de las personas* que configuran sus presupuestos.

Pues bien, si aceptamos el valor epistémico del sistema democrático, el diseño institucional más razonable es aquel que mejor garantice el debate público y la participación del mayor número de personas en el procedimiento de elaboración de las decisiones del Poder Ejecutivo. Por tanto, las técnicas de participación se justifican y apoyan en el propio postulado democrático y su justificación consagrados en el texto constitucional.

En este punto es, quizás, importante recordar el dilema que se planteó históricamente entre *Administración vertical y burocrática* vs. *Administración democrática*. En este contexto, se sostuvo que en el marco de un Estado Democrático, el Gobierno con legitimidad democrática debe contar con un instrumento —Administración Pública— que se limite a cumplir las órdenes (obedecer) sin criterio propio (*Administración vertical y burocrática*). Sin embargo, el modelo actual impide que el Gobierno sea capaz de contrarrestar por sí solo los bolsones burocráticos y evitar la cooptación del Estado. Por tanto, es necesario democratizar las propias estructuras administrativas (*Administración democrática*). En síntesis, este modelo permite contrarrestar la burocratización del sector público y la cooptación de éste por las corporaciones, es decir, por los propios sectores interesados.

El criterio participativo se ve reforzado —además— por las prácticas institucionales. En efecto, una de las características del sistema institucional actual es la concentración de potestades regulatorias en el Poder Ejecutivo y, a su vez, la dispersión de esas potestades en términos subjetivos, esto es, entre los órganos inferiores de aquél. Por otro lado, el control del Poder Legislativo y Judicial sobre el Poder Ejecutivo y sus órganos inferiores es insuficiente. ¿Cómo revertir, entonces, este cuadro en términos constitucionales (es decir, con mayor debate público)? Un escenario posible es, como ya adelantamos, la democratización de la Administración por medio de procedimientos participativos.

IX.1.2. El derecho de defensa en el marco de los procedimientos administrativos (el debido proceso adjetivo)

Otro de los argumentos centrales a favor de la democratización de la Administración Pública es el ejercicio del derecho de defensa de las personas que nace, como ya sabemos, de los tratados internacionales y del propio texto constitucional. Tengamos presente que el derecho de defensa —llamado debido proceso adjetivo en el marco del procedimiento administrativo— comprende ciertos derechos instrumentales, entre otros: a) el derecho a ser oído; b) el derecho a ofrecer y producir pruebas; y c) el derecho a obtener una decisión fundada.

En particular, el procedimiento participativo (plural) permite hacerse oír y es, creemos, más elocuente que el procedimiento individual porque el ejercicio de ese derecho en tal contexto es más pleno, en tanto se ejerce en el marco de un debate plural entre las partes —argumentos y contraargumentos— y, a su vez, el Estado —en su condición de interlocutor y mediador— está obligado a escuchar, contestar y resolver.

IX.1.3. La motivación fundada de las decisiones discrecionales del Poder Ejecutivo

Las técnicas de participación exigen al Poder Ejecutivo una mayor justificación de sus decisiones —motivación— y, en particular, de aquellas que revisten carácter discrecional. El Estado debe dar explicaciones y, en especial, contestar los argumentos expuestos y desarrollados por los participantes en el procedimiento. De modo que las explicaciones necesariamente deben ser mayores y más profundas.

IX.1.4. La eficacia, eficiencia y economía de las decisiones estatales

Como explicamos en los apartados anteriores la participación y el método discursivo aumentan la probabilidad del acierto de las decisiones y, además, fortalecen la adhesión y el consenso social a las políticas públicas.

Pues bien, el procedimiento administrativo clásico garantiza la participación individual (tal es el caso de la LPA y su decreto reglamentario) con el objeto de proteger los derechos e intereses individuales. A su vez, *el procedimiento administrativo colectivo y participativo (trátase de intereses individuales plurales o intereses colectivos propiamente dichos) protege intereses colectivos y, por tanto, permite definir o redefinir el interés público.*

En efecto, el propósito de incorporar estas nuevas técnicas (procedimientos participativos) no es simplemente proteger el interés individual o eventualmente colectivo ya definido por el Legislador (leyes) o, en su caso, por el Poder Ejecutivo (reglamentos), sino contribuir a la composición del interés público.

IX.1.5. La publicidad y transparencia de los actos de gobierno

Finalmente, cabe agregar que estas técnicas contribuyen a dar transparencia y publicidad a los actos del Ejecutivo. Es decir, mayor conocimiento y control sobre la madeja burocrática estatal.

IX.2. Los tipos de participación

Las técnicas de participación se pueden clasificar conforme distintos criterios. Por nuestro lado, proponemos el siguiente cuadro con un sentido simplemente orientativo. Veamos.

- a) Estructurales o instrumentales, según los particulares interesados sean parte o no de las estructuras estatales.

Estructurales (es así cuando los particulares integran los cuadros de la Administración Pública —por ejemplo, cuando el representante de los usuarios es parte del Directorio de un ente estatal. Aquí, existe una intervención orgánica y no meramente procedimental o circunstancial); *instrumentales* (las personas no son parte de las estructuras organizativas del Estado, por caso, las técnicas de consulta, opinión o audiencia pública).

- b) Individuales o plurales, según el alcance de la participación de las personas.

Individuales (participación de uno o más sujetos en representación de sus propios intereses); *plurales* (participación de personas en representación de sí y de otros).

- c) Negociadoras, decisorias, controladoras o consultivas, según el objeto sobre el cual recae la participación.

Negociadoras (las personas participan en el proceso de negociación; un ejemplo son las Convenciones Colectivas de Trabajo en cuyo marco los representantes de los trabajadores participan y negocian con el Gobierno las condiciones laborales de éstos); *decisorias* (aquí, la participación consiste en decidir o codecidir con el Estado y no simplemente aconsejar o controlar. En este punto se plantean cuestiones controversiales a resolver; por caso, la definición del grupo de electores y elegidos; el régimen de impugnación de las decisiones, en particular por el grupo representado; y —a su vez— el grado de autonomía de los representantes. Un ejemplo es el gobierno tripartito de las Universidades Públicas); *controladoras* (en este caso la participación se limita simplemente a fiscalizar las decisiones estatales o su cumplimiento); y *consultivas* (la participación es simplemente de asesoramiento u opinión y es la técnica más habitual. En este caso también se controvierte cómo se integra el órgano consultivo —en particular, quiénes lo integran—; cómo se eligen sus miembros; y la publicidad de sus actividades).

IX.3. El acceso a la información como presupuesto esencial de la participación

El derecho de acceso a la información pública encuentra su fundamento en otros derechos tales como la libertad de pensamiento y de expresión (esto es, difundir nuestras propias ideas y conocer y divulgar las ideas de los otros) y, a su vez, en postulados básicos del sistema institucional (publicidad y control de los actos de gobierno). En tal sentido, la Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica) establece que la libertad de pensamiento y expresión comprende los derechos de buscar, recibir y difundir información (art. 13).

Asimismo, *el acceso a la información es presupuesto o condición para el ejercicio de otros derechos*. Más puntualmente, el acceso a la información pública es presupuesto para el ejercicio de los derechos de participación de las personas.

Este derecho de acceso exige la obligación estatal de dar información y, en ciertos casos, elaborarla. Es más, el Estado debe informar de modo *completo, ordenado, actualizado y, básicamente, comprensible*. Es decir, *el ejercicio de este derecho de acceso debe garantizarse en condiciones de simplicidad, facilidad y accesibilidad*.

De todos modos, este bloque debe articularse con la protección de los datos personales y otras excepciones — siempre que sean razonables y estén previstas en los propios textos legales — (ver, en tal sentido, la [ley 25.326](#)).

Cabe recordar que en el precedente "*Claude Reyes*" (el Estado chileno negó información sobre el plan de forestación otorgado por éste a favor de la empresa minera "*Trillium*" con el objeto de explotar ciertos yacimientos), la Corte Interamericana de Derecho Humanos (CIDH) sostuvo que:

- a) el principio a seguir es el de la máxima divulgación de la información estatal;
- b) el interesado no está obligado a acreditar ningún interés directo;
- c) las restricciones en el acceso a la información deben ser legales, razonables y propias de una sociedad democrática;
- d) la denegatoria debe ser fundada;
- e) el modelo jurídico — ante la denegatoria — debe prever garantías judiciales suficientes;
- f) el derecho de acceso a la información pública goza de las garantías de progresividad y no regresividad; y, por último,
- g) el Estado tiene la obligación de generar información.

Por su parte, en nuestro país la Corte se expidió tangencialmente sobre el derecho de acceso a la información pública en los casos judiciales en que se discutió el alcance del instituto del hábeas data (más puntualmente, sobre información del actor en los registros estatales) en los precedentes "*Urteaga*" (1998) y "*Ganora*" (1999). El Tribunal dijo allí que el Estado tiene el deber de dar o producir información objetiva sobre los datos que posee y no debe, por tanto, limitarse simplemente a reconocer la veracidad de la información.

Más recientemente, en el precedente "*Asociación Derecho Civiles c/ PAMI*" (2012), la Corte sostuvo que debía hacerse lugar a la petición del actor (quien solicitó información sobre el presupuesto de publicidad oficial del PAMI y la inversión publicitaria de dicha institución), toda vez que el PAMI está alcanzado por el [decreto 1172/03](#). El Tribunal apoyó su decisión en los tratados internacionales, el texto constitucional y, básicamente, el caso "*Claude Reyes*" antes citado. Así, destacó que "la importancia de esta decisión internacional consiste en que se reconoce el carácter fundamental de dicho derecho en su doble vertiente, como derecho individual de toda persona descrito en la palabra 'buscar' y como obligación positiva del Estado para garantizar el derecho a 'recibir' la información solicitada... La sentencia de la Corte fortalece como estándar internacional la idea de que este derecho corresponde a toda persona; es decir que la legitimidad activa es amplia y se la otorga a la persona como titular del derecho, salvo los casos de restricción".

Y, luego, concluyó con la siguiente cita: "De lo expuesto... se desprende la importancia de la existencia de un régimen jurídico claro, completo y coherente que establezca las pautas del derecho de acceso a la información para que se adopten las medidas que garanticen su ejercicio. El acceso a la información promueve la rendición de cuentas y la transparencia dentro del Estado y permite contar con un debate público, sólido e informado. De esta manera, un apropiado régimen jurídico de acceso a la información habilita a las personas a asumir un papel activo en el gobierno, condición necesaria para el mantenimiento de una democracia sana".

El Tribunal volvió a expedirse sobre el derecho de acceso a la información pública en el caso "CIPECC" (2014). Aquí el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPECC) —en su condición de asociación intermedia— solicitó al Ministerio de Desarrollo Social conocer en detalle "la ayuda social a personas físicas y jurídicas, los padrones de aquéllas, las transferencias tramitadas y los subsidios otorgados, como así también su alcance territorial" durante los períodos 2006 y 2007.

Dijo la Corte que "en materia de acceso a la información pública existe un importante consenso normativo y jurisprudencial en cuanto a que la legitimación para presentar solicitudes de acceso debe ser entendida en un sentido amplio, sin necesidad de exigir un interés calificado del requirente". Más adelante, agregó que "se trata de información de carácter público, que no pertenece al Estado sino que es del pueblo de la Nación Argentina y, en consecuencia, la sola condición de integrante de la comunidad resulta suficiente para justificar la solicitud". Afirmó que "el otorgamiento de la información no puede depender de la acreditación de un interés legítimo en ésta ni de la exposición de los motivos por los que se la requiere".

También recordó que "nuestra Constitución federal ordena a las autoridades tomar las medidas necesarias para promover el desarrollo social y la igualdad de los sectores más vulnerables de la población; con igual jerarquía, establece el derecho de acceso a la información pública como condición necesaria para organizar una república democrática... De esta forma, una interpretación sistémica de la Constitución Nacional, que tiene el objetivo de promover el bienestar general, lleva a concluir que es medular el respeto a las normas que establecen mecanismos de transparencia en el manejo de los fondos públicos y que aseguran la participación de la ciudadanía. Éstas resultan una garantía indispensable para hacer efectivo el progreso y la protección de las personas que reciben una ayuda social pública".

Finalmente, sostuvo que "para garantizar en forma efectiva el derecho a la información, el Estado debe dictar urgentemente una ley que, salvaguardando los estándares internacionales en la materia y la vigencia del principio de razonabilidad, regule de manera exhaustiva el modo en que las autoridades públicas deben satisfacer este derecho".

Sin perjuicio del fundamento constitucional de este derecho, cierto es que nuestro país no aprobó una ley de acceso a la información pública, de modo que el bloque normativo inferior está integrado básicamente por el [decreto 1172/03](#) y otras normas sectoriales (así, por ejemplo, la Ley General del Ambiente —[ley 25.675](#)— y, más puntualmente, la Ley de Acceso a la Información Ambiental —[ley 25.831](#)—).

En particular, el decreto del Poder Ejecutivo 1172/03 regula el acceso a la información pública como una instancia de participación ciudadana por la cual toda persona física o jurídica, pública o privada, ejercita *el derecho a requerir, consultar y recibir información* sin perjuicio de las excepciones —tales como las informaciones expresamente calificadas como reservadas; los secretos industriales, comerciales, financieros, científicos y técnicos; y cualquier otro tipo de información protegida por el secreto profesional—. El reglamento agrega que la solicitud de información debe ser realizada por escrito, con la identificación del solicitante y sin cumplimiento de formalidades. Finalmente, no puede exigirse la expresión del propósito.

IX.4. El bloque normativo sobre el derecho de participación. Sus déficits. La crisis del modelo y la necesidad de su reformulación

Respecto del bloque normativo, cabe citar, en primer lugar, los tratados internacionales incorporados en el propio texto constitucional, a saber y en particular, la Convención Americana

sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. A su vez, la Constitución prevé ciertas cláusulas vinculadas con las técnicas de participación y su justificación. Así, por ejemplo, los arts. 18, 33, 41, 43 y, en especial, el art. 42, CN. Vale recordar aquí que el art. 42 (Capítulo sobre Nuevos Derechos y Garantías) dispone —en su parte pertinente— que "la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria *participación* de las asociaciones de consumidores y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

El *primer aspecto* a dilucidar en términos interpretativos es si el texto constitucional (en especial, el art. 42, CN, antes citado) es *operativo* o no. Es decir, si el Poder Ejecutivo debe necesariamente garantizar las técnicas de participación, más allá de la omisión del legislador en sancionar las leyes reglamentarias. Entendemos que las cláusulas constitucionales son operativas y que, además, los derechos de participación gozan de los mismos caracteres que los derechos sociales, a saber: estándares mínimos, progresividad y no regresividad. Es decir, el texto constitucional constituye el marco normativo suficiente y exigible.

El *segundo aspecto* a plantear es si las técnicas de participación —de carácter operativo— son facultativas u obligatorias respecto del Ejecutivo, según el texto constitucional. Es decir, si el Poder Ejecutivo puede libremente aplicarlas o dejarlas de lado. Interpretamos que los procedimientos de participación son *obligatorios* como correlato del derecho de las personas a participar en la planificación y ejecución de las políticas públicas.

El *tercer aspecto* está centrado en definir el alcance del art. 42, CN, más puntualmente cuál es su contenido; esto es, si el mandato constitucional se refiere a las audiencias públicas o comprende otros mecanismos alternativos de participación. En general, los jueces han interpretado que el texto constitucional (art. 42) exige mecanismos de participación, pero no necesariamente el trámite propio de las audiencias públicas. De tal modo, el Ejecutivo cumple el mandato del Convencional Constituyente si garantiza cualquier otro trámite de participación de las personas.

El *cuarto aspecto* consiste en preguntarnos cuáles son las consecuencias en caso de que no se lleve adelante el trámite participativo que prevé el texto constitucional. Entendemos que el procedimiento y el acto consecuente son nulos de nulidad absoluta, en los términos de la LPA, y sin posibilidad de subsanación en el proceso judicial posterior.

Respecto del bloque normativo, ya por debajo del marco constitucional, y sin perjuicio del decreto 1172/03 que luego estudiaremos, cabe citar aquí el Código Aeronáutico (arts. 102 y 109); el régimen normativo de los entes reguladores (CNC, ENRE, ENARGAS y ERAS); la ley 25.561 (trámite de renegociación de los contratos de concesión de servicios públicos); y la ley general del ambiente; entre otras.

A su vez, los *mayores déficits del modelo normativo vigente* son, por un lado, el carácter meramente reglamentario y no legal y, por el otro, el amplio campo de libertad del Poder Ejecutivo (es decir, la discrecionalidad en sus decisiones de llevar adelante o no los procedimientos participativos). En tal sentido, es razonable y necesario que el legislador establezca en qué casos los procedimientos son obligatorios o simplemente facultativos. Por ejemplo, ciertos procedimientos, sea por el contenido de las decisiones estatales o por el pedido de un cierto número de personas, deberían ser obligatorios, más allá de su carácter vinculante o no.

Finalmente, es razonable hablar de la *crisis de las técnicas de participación* en nuestros días y, en tal sentido, creemos que las causas son, entre otras, las siguientes: a) el ámbito limitado de aplicación y, por tanto, su impacto casi insignificante en las decisiones del Poder Ejecutivo; b) los déficits normativos de nuestro modelo —citados en el párrafo anterior—; c) la cooptación de

estos mecanismos por los sectores corporativos directamente interesados; y d) el carácter no democrático ni representativo de las asociaciones más participativas e influyentes.

De todos modos, y sin perjuicio de los aspectos negativos, cierto es que los fundamentos expuestos al inicio de este apartado siguen en pie. Por tanto, el desafío es mejorar estos mecanismos y profundizar así la participación de todos con el objeto de alcanzar las decisiones más justas en términos de reconocimiento de derechos.

IX.5. Las técnicas de participación en particular (el decreto 1172/03)

Veamos con mayor detalle el régimen de las *Audiencias Públicas* y, luego, los otros mecanismos que prevé el decreto.

Los puntos más importantes sobre las audiencias públicas son: a) el *concepto* (éste es un canal de participación en la toma de decisiones para expresar opiniones no vinculantes), b) el ámbito de aplicación y *autoridades intervinientes* (el ámbito de aplicación es el Poder Ejecutivo; e intervienen la autoridad de implementación —asistida por un organismo coordinador— y la autoridad competente que es quien convoca, preside y decide); c) los *principios* (igualdad, publicidad, oralidad, informalidad y gratuidad); d) la *legitimación* (toda persona puede solicitarla de modo fundado y —a su vez— son parte en el trámite de las audiencias los titulares de derechos e intereses simples, difusos o de incidencia colectiva. La participación de los sujetos legitimados es por sí o por representante y con o sin patrocinio letrado); e) el *trámite* (ante el pedido fundado de audiencia, la Administración debe contestar en el término de 30 días y notificar su decisión de modo fehaciente); f) la *convocatoria* (en caso de aceptación, debe dictarse el acto de convocatoria y dársele publicidad al menos con 20 días de antelación a la celebración de la audiencia); g) la *inscripción* (ésta es libre y gratuita y debe hacerse en el respectivo registro. Asimismo, el interesado debe presentar un informe escrito de su presentación); h) el *carácter de la audiencia* (ésta es pública y debe quedar registrada); i) el *orden del día* (éste debe incluir la nómina de participantes, la descripción de los informes y propuestas, el orden y tiempo de exposición, y las autoridades); j) el *inicio y desarrollo* (el Presidente debe dar inicio y explicar los hechos, el derecho y el motivo de la audiencia. Los inscriptos tienen una participación oral de por lo menos cinco minutos y debe unificarse la representación de aquellos que tuviesen intereses comunes; si no hubiese acuerdo entre éstos, el Presidente es quien designa al expositor. Los expertos, los funcionarios que presenten el proyecto y los participantes autorizados por el Presidente gozan de mayor tiempo de exposición), y k) la *etapa final* (el Presidente es quien cierra la audiencia y, luego, el área de implementación debe hacer un informe y publicarlo). *Por último*, la autoridad convocante debe dictar la resolución final y explicar cómo tomó en cuenta las opiniones o, en su caso, por qué las rechazó.

Este régimen omite —según nuestro criterio— ciertos principios, tales como la instrucción de oficio, la participación, la imparcialidad, la economía, la pluralidad y la contradicción.

Otro aspecto controvertido son los plazos, pues debieran ser más extensos. Por su lado, la publicidad de la convocatoria a Audiencia tendría que incluir el contenido (es decir, la información más relevante sobre el asunto a tratar). Asimismo, sería conveniente garantizar la participación de aquellos que no se hubiesen inscripto en el registro, al menos permitiéndoles hacer preguntas por escrito. Finalmente, es necesario analizar la incorporación de otras figuras, tales como el Defensor del Usuario y el Fiscal en el procedimiento de las audiencias.

Veamos las otras técnicas que prevé el decreto.

Gestión de intereses. La gestión de interés (lobby) es "toda actividad desarrollada en modalidad de audiencia por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, por sí o en representación de terceros —con o sin fines de lucro— cuyo objeto consista en influir en el ejercicio de cualquiera de las funciones y decisiones". Los funcionarios están obligados a registrar toda audiencia que se celebre con el objeto antes descripto en un registro creado a tal efecto y cuyo acceso es de carácter público. A su vez, el decreto establece que cualquier persona está legitimada para exigir, en sede administrativa o judicial, el cumplimiento de este reglamento.

Elaboración participativa de normas. Este trámite es el mecanismo por el cual se habilita un espacio institucional para la expresión de opiniones y propuestas sobre proyectos de normas administrativas y proyectos de ley elaborados por el Poder Ejecutivo, de acuerdo con los principios de igualdad, publicidad, informalidad y gratuidad. Toda persona física o jurídica, pública o privada, puede solicitar la realización del presente procedimiento y, a su vez, las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que invoquen un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva pueden participar en él. En el marco de este trámite, la autoridad de aplicación debe habilitar un registro para la incorporación de las opiniones y propuestas. Por último, entre los fundamentos de la norma administrativa debe dejarse constancia de los aportes recibidos y de las modificaciones incorporadas al texto como consecuencia de éste.

Las reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos. Dice el decreto que "las Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos constituyen una instancia de participación en la cual el órgano de Dirección habilita a la ciudadanía un espacio institucional para que observe el proceso de toma de decisiones" con el objeto de "permitir una efectiva participación ciudadana para juzgar adecuadamente los reales motivos por los que se adoptan las decisiones que afectan a los usuarios".

IX.6. Otras técnicas de participación

El **presupuesto participativo** es una técnica que permite garantizar la intervención de las personas en la elaboración y ejecución del presupuesto estatal. Por ejemplo, qué obras públicas habrán de realizarse en determinada jurisdicción durante cierto ejercicio presupuestario. Las líneas básicas del modelo son el método (habitualmente a través de foros); el criterio a seguir (territoriales, por objetivos o temáticos); la obligación del Estado de considerar las propuestas de los vecinos; y, por último, el control de las decisiones estatales respectivas.

Por ejemplo, en la Ciudad de Buenos Aires, la ley de Administración Financiera del Estado (Ley 70) garantiza la participación de la población en la elaboración y seguimiento del Presupuesto Anual, del Programa General de Gobierno y del Plan de Inversiones Públicas a través de foros temáticos y zonales, de conformidad con la Ley de Presupuesto Participativo. A su vez, dice la ley que el Estado tendrá en consideración las prioridades de asignación de recursos elaboradas por instancias de participación de la población.

X. EL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO COMO MIXTURA DEL DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

Por último, cabe simplemente describir el desafío de construir el Derecho Administrativo como Derecho mixto con el derecho privado. Actualmente no existe un criterio normativo que nos indique cuál es el límite de aplicación del Derecho Público y Privado sobre el Estado y sus actividades. Sin embargo, las decisiones estatales deben respetar (más allá del régimen jurídico a aplicar) los principios de legalidad, igualdad, transparencia, participación y control, entre otros. Por ello, en ciertos casos, la aplicación del derecho privado sobre las actividades estatales puede

resultar inconstitucional. Más adelante, nos dedicaremos a profundizar la distinción entre estos subsistemas jurídicos y cómo interactúan y se interrelacionan. Cabe sí advertir que en ciertos modelos jurídicos se utiliza el concepto de "derecho administrativo privado" o "derecho privado administrativo" como subsistema público/privado.

Por un lado, es posible advertir el fenómeno del avance del ámbito público sobre el Derecho y la sociedad y, *por otro*, el proceso de privatización del terreno público. Así, ciertas funciones estatales con el transcurso de los tiempos son desarrolladas por los particulares (transferencias de funciones públicas) y, a su vez, éstos recurren al Estado porque no pueden cumplir sus objetivos sin su intervención.

En particular, cuando el Estado de Bienestar avanzó sobre el cumplimiento de las prestaciones positivas y la regulación e intervención directa en el mercado económico, el Legislador creó nuevas figuras estatales específicas comerciales e industriales, pero tropezó con el inconveniente de que el Derecho Público si bien otorga privilegios a su favor también le impone múltiples restricciones y controles. En ese contexto, *el Estado comenzó a utilizar institutos, formas y reglas propias del derecho privado*, particularmente en esos ámbitos (es decir, el sector industrial y comercial). El Estado utiliza dos vías de aplicación del derecho privado (reglas, directrices e institutos), a saber: a) las formas y figuras del derecho privado (sociedades anónimas y fondos fiduciarios, entre otros) y, tras ello, el bloque del derecho privado; y b) las reglas del derecho privado de modo directo (por ejemplo, el personal de los entes reguladores se rige por la Ley de Contrato de Trabajo).

Así, el Estado en el ejercicio de sus funciones y el desarrollo de sus actividades está regido en parte por el Derecho Público y, en parte, por el derecho privado. A su vez, el Derecho Público se aplica a sujetos que no son parte del Estado y que se mueven en el ámbito del derecho privado (concesionarios y prestadores de bienes y servicios, entre otros).

Dice MUÑOZ MACHADO que el Poder Ejecutivo puede, en virtud de una disposición legal, apartarse del régimen jurídico ordinario, es decir el Derecho Público, y sujetarse así en parte al derecho privado. "No siempre el empleo por la Administración del Derecho Administrativo y del Derecho Privado ocurre con una clara separación. Es posible la mezcla o entrecruzamiento de decisiones jurídico-administrativas y de otras jurídico-privadas en la base de una misma decisión administrativa. Algunas veces ocurre porque las normas aplicables imponen a la Administración, por ejemplo que aún para adoptar una decisión jurídico-privada tenga que seguir procedimientos previos de carácter administrativo".

Y luego agrega que "otra forma de entrecruzamiento consiste en que en una relación fundamentalmente jurídico-administrativa están de tal modo implicadas otras cuestiones de Derecho Privado, que no pueda enjuiciarse aquélla en plenitud si no se conoce también simultáneamente de esta última".

Es decir, el fenómeno es bifronte; por un lado, la privatización del Derecho Público y, por el otro, la publicación del derecho privado.

A modo de ejemplo, cabe citar los siguientes casos de inserción de marcos propios del derecho privado entre las instituciones típicamente administrativas. A saber: a) el marco jurídico de los agentes que prestan servicios en los entes reguladores de los servicios públicos (Ley de Contrato de Trabajo); b) las sociedades anónimas de propiedad del Estado, cuyo régimen jurídico, como veremos en el capítulo respectivo con más detalle, es el de las sociedades comerciales (Ley 19.550); y c) los contratos estatales regidos en parte por el derecho privado (decreto delegado 1023/01).

Es evidente que la interrelación cada vez más fuerte entre Estado y Sociedad nos conduce en el plano jurídico a construir y repensar el Derecho Público sobre hechos complejos y quizás materialmente imposibles de escindir desde el análisis jurídico.

En este contexto, el Derecho Administrativo debe nutrirse con instituciones, principios, directrices y reglas de otras ramas del Derecho e incorporar en ciertas áreas de su conocimiento estándares propios del derecho privado, según el objeto regulado, y sin perjuicio de preservar en tal caso las notas o propiedades del Derecho Público (en particular, el principio de legalidad, los derechos fundamentales, la transparencia, la participación y el control).

En conclusión, el Estado actualmente, más que huir del régimen propio del Derecho Público, debe esforzarse por incorporar en ciertos casos principios, reglas e institutos propios del derecho privado. Así, es posible pensar en un Derecho Administrativo privado que combine elementos de ambos derechos. Esto ocurre —tal como ya hemos explicado— en las relaciones de empleo o en ciertos contratos estatales en cuyo caso mezclamos el Derecho Público con trazos propios del derecho privado. En tal caso, las relaciones jurídicas están regidas en parte por el derecho privado (objeto), pero los otros elementos (por ejemplo, las decisiones estatales de designar o contratar y las eventuales responsabilidades del Estado) están regulados por el Derecho Público.

Finalmente, cabe destacar que el Derecho Administrativo actual no es simplemente un derecho unilateral (llamémosle imperativo) como sí lo fue en sus orígenes, sino un derecho consensuado por medio de la incorporación de herramientas de participación e, incluso, en ciertos casos, de negociación y consenso con sus destinatarios.

CAPÍTULO 5 - LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. INTRODUCCIÓN

Las fuentes son los instrumentos que crean y forman el ordenamiento jurídico (particularmente, las reglas jurídicas); es decir, el origen del Derecho, su principio y su fundamento. ¿De dónde proviene el derecho? De sus fuentes; allí nace el Derecho.

El desarrollo de las fuentes es esencialmente el proceso de creación jurídica y, en este contexto, quizás el interrogante más complejo es si el ordenamiento está integrado únicamente por las normas positivas (leyes en sentido genérico) o por otros instrumentos con valor jurídico.

Cabe preguntarse, entonces, *cuáles son las fuentes; cuál es la relación entre ellas* —es decir, cuál es el orden entre las fuentes del Derecho como modo de resolución de los conflictos—; *cuál es su alcance; y cuál es su valor jurídico*.

C. NINO sostiene que "las normas que integran los sistemas jurídicos, no sólo se pueden clasificar por su estructura o contenido, sino también por su origen. El estudio de las distintas formas de creación de normas jurídicas se hace generalmente bajo el rótulo fuentes del derecho...". En igual sentido, N. BOBBIO señala que "lo que interesa resaltar en una teoría general del ordenamiento jurídico no es tanto cuántas y cuáles sean las fuentes del derecho en un ordenamiento jurídico moderno, como el hecho de que, en el mismo momento en el cual se reconoce que existen actos o hechos de los cuales se hace depender la producción de normas jurídicas (precisamente las fuentes del derecho), se reconoce también que el ordenamiento

jurídico, más allá de regular el comportamiento de las personas, *regula también el modo cómo se debe producir la regla*".

Habitualmente decimos, sin mayores controversias, que las fuentes son las siguientes: la ley, los principios generales del Derecho y la costumbre. A su vez, debemos estudiar cómo integrarlas y resolver los posibles conflictos entre éstas.

El criterio más simple de resolución de conflictos es el *principio jerárquico*, es decir, el juego de grados superiores e inferiores entre las fuentes y sus respectivas normas. Así, el texto constitucional es el primer eslabón o, dicho en otras palabras, el más alto jerárquicamente. Tras la Constitución (incluidos los tratados con rango constitucional), debemos ubicar los tratados, luego las leyes, después los decretos y, por último, las demás reglamentaciones del Poder Ejecutivo.

El principio jerárquico comprende, entonces, los siguientes postulados: a) las normas superiores modifican o derogan todas las inferiores; b) las normas inferiores no pueden modificar o derogar las superiores y finalmente como corolario; c) las normas inferiores que contradicen a las superiores deben ser tachadas por inválidas.

A su vez, el principio jerárquico desplaza los criterios hermenéuticos de temporalidad (normas anteriores/posteriores) y especialidad (normas generales/específicas), en caso de conflicto entre fuentes.

Sin embargo, el concepto de pirámide jurídica debe ser fuertemente matizado como veremos luego y más aún tras la Constitución de 1994. Recordemos cuáles son los escalones básicos del modelo jurídico actual en términos jerárquicos:

1. La Constitución nacional. Aquí también debemos ubicar los tratados sobre derechos humanos con rango constitucional.
2. Los restantes tratados y las normas que dicten los órganos supranacionales (comunitarios y globales).
3. Las leyes. En este lugar cabe agregar también a los decretos de contenido legislativo que dicte el Poder Ejecutivo (decretos delegados y de necesidad).
4. Los decretos. Cabe advertir que este eslabón debe desengancharse cuando el acto normativo es dictado por los entes autónomos. Por ejemplo, el caso de las Universidades Públicas que, en sus aspectos académicos, sólo están bajo el mandato de la Constitución y las leyes y no de los decretos del Poder Ejecutivo.
5. Los otros actos normativos de rango inferior dictados por los órganos o entes de la Administración Pública. En este escalón es necesario distinguir ciertos supuestos (por ejemplo, las normas dictadas por el órgano inferior en razón de las facultades reconocidas legalmente por su especialidad, en cuyo caso el acto normativo debe ubicarse por sobre los actos regulatorios jerárquicamente superiores en razón de su contenido material atribuido por ley).

Finalmente, si bien es cierto que el principio rector es la jerarquía, en casos de excepción cabe aplicar el *criterio de competencias materiales o procedimentales*. Esto ocurre cuando las leyes reconocen ciertas competencias materiales propias y específicas en los órganos inferiores (en tal caso, las normas dictadas por éstos prevalecen por sobre las normas regulatorias emitidas por órganos administrativos superiores). Otro supuesto está presente cuando el modelo regula un

procedimiento especial y, consecuentemente, las normas de rango superior no pueden desconocer las reglas dictadas por medio de este trámite singular.

En conclusión, creemos que la pirámide debe conservarse más allá de los vientos actuales, pero es necesario introducir fuertes matices como explicamos anteriormente.

II. LOS PRINCIPIOS GENERALES

¿Existen los principios como fuente del Derecho Administrativo? En su caso, ¿cuáles son esos principios? ¿De dónde surgen? Aclaremos que los principios son reglas de carácter general, abstracto y de estructura abierta. Así, R. DWORKIN, entre otros, entiende que las *reglas* (normas) prevén el presupuesto fáctico de su aplicación, en tanto los *principios* son normas de textura más abierta porque justamente no nos dicen cuál es ese presupuesto.

Creemos que esta discusión de cierta complejidad es, quizás, irrelevante en nuestro sistema jurídico vigente. ¿Por qué? Por las siguientes razones:

A) *En primer lugar*, el derecho positivo reconoce explícitamente los principios generales como parte del ordenamiento jurídico. Así, el Código Civil y Comercial dice que "la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento" (art. 2).

B) *En segundo lugar*, la Constitución Nacional reformada en el año 1994 prevé los principios generales de nuestro sistema jurídico de modo expreso en su propio texto o por medio de los tratados incorporados por el artículo 75, inciso 22. Es importante remarcar este proceso de constitucionalización y legalización de los principios generales (principios explícitos).

Pues bien, debemos concluir —entonces— que los principios son fuente del Derecho y, paso seguido, agregar que el intérprete debe buscarlos básicamente en el propio texto constitucional, convencional y legal. En efecto, en el estado actual los principios, cuyo contenido es abstracto y su alcance general, están incorporados en el ordenamiento jurídico de modo expreso. Antes, la tarea interpretativa era mucho más compleja porque los principios surgían de los valores sociales o, quizás, de modo implícito del ordenamiento jurídico o de los principios explícitos.

Es obvio que una vez incorporados los principios en el texto normativo son parte del ordenamiento jurídico positivo; sin embargo, no pierden por ello el carácter de principios.

A su vez, ¿qué ocurre con los otros principios no incorporados de modo expreso en el ordenamiento? Creemos que sí existen otros principios. Por ejemplo, el carácter inviolable, autónomo e igualitario de las personas ya que constituye el presupuesto propio del discurso moral y, consecuentemente, del proceso democrático; así como los principios derivados de éste.

Cabe resaltar que los principios cumplen el cometido de ordenar el modelo jurídico, integrarlo con un criterio armónico y coherente, salvar las indeterminaciones y orientar la labor del intérprete.

Es interesante advertir que los principios en el marco del Derecho Administrativo, por razones históricas, ocupan un espacio mucho mayor que en el Derecho Privado. Pensemos que el Derecho Administrativo nació como un conjunto de principios rectores a partir de los cuales se construyeron, luego, reglas más concretas (reglas jurídicas).

Los ***principios constitucionales*** que creemos relevantes en el marco del Derecho Administrativo son, entre otros, los siguientes: a) el principio rector del sistema democrático (arts. 36, 38, 75 —incisos 19 y 24— CN); b) los principios de división de poderes y legalidad (arts. 1, 75 y 99, CN); c) los principios de autonomía personal e igualdad (arts. 16 y 19, CN); d) el principio sobre el reconocimiento y exigibilidad de los derechos (arts. 14, 28 y 33, CN); e) el principio de tutela judicial efectiva (art. 18, CN); f) el principio de responsabilidad estatal arts. 16 y 17); g) el principio de transparencia (art. 36); h) el principio de participación (arts. 29, 40 y 42, CN); i) el principio de descentralización (arts. 75 —inc. 19—, 85, 86, 120 y 129, CN); y j) el principio del federalismo (arts. 1, 5, 121 y 124, CN).

En este punto, es necesario agregar los ***principios generales del Derecho Administrativo*** — instrumentales o secundarios— ***derivados de los principios constitucionales*** ya mencionados y con los matices propios de nuestro conocimiento. Citemos, por ejemplo, el debido proceso adjetivo (artículo 1, apartado f, LPA) que es un principio instrumental derivado del principio constitucional de defensa en juicio (artículo 18, CN).

Finalmente, los principios reconocidos por el ordenamiento jurídico como ***principios propios y específicos del Derecho Administrativo***. Por ejemplo, el principio *in dubio pro administrado*, es decir, en caso de dudas el operador debe interpretar las normas a favor de las personas en sus relaciones con el Estado. A su vez, entre estos principios puede citarse también el de la obligación de motivar las decisiones estatales y el carácter presuntamente legítimo de éstas.

Otros principios, que si bien nacieron en el Derecho Civil son actualmente parte del Derecho Administrativo con ciertos matices; por caso, el principio de buena fe, el de los actos propios y el de la prohibición del enriquecimiento sin causa. Así, la Corte sostuvo en el caso "Cía. Azucarera Tucumana" (1989) que "es preciso subrayar la importancia cardinal de la buena fe... Una de sus derivaciones es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, sean éstos los particulares o el propio Estado" y agregó que "no está demás reiterar que tales exigencias no sólo rigen en el ámbito de las relaciones jurídicas entre los sujetos sino que también —y aun de modo más preponderante— son condiciones de validez del actuar estatal, pues cuanto más alta sea la función ejercida por los poderes del Estado, tanto más les será requerible que adecuen aquélla a las pautas fundamentales sin cuyo respeto la tarea de gobierno queda reducida a un puro acto de fuerza, carente de sentido y justificación".

III. LA CONSTITUCIÓN

La Constitución es la principal fuente del derecho y, en especial, del Derecho Administrativo. En efecto, cualquier tópico de nuestra materia nace necesariamente de los mandatos constitucionales y debe enraizarse en éstos. Por ejemplo, las funciones estatales, los principios de legalidad y reserva legal, las situaciones jurídicas subjetivas y el modelo sobre organización estatal, entre tantos otros.

En ningún caso, la construcción y el análisis del Derecho Administrativo puede prescindir de los principios y cláusulas constitucionales. Por eso, se ha dicho con razón que el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretizado.

Cabe advertir, antes de avanzar en el camino que nos hemos propuesto, que muchas normas constitucionales son razonablemente de contenido abierto y flexible. Ello es propio de cualquier texto constitucional y no debe confundirse con el carácter supuestamente programático de las reglas constitucionales. Pues bien, las normas definen consecuentemente el nivel de

discrecionalidad del legislador en términos de definición de las políticas públicas, pero no el alcance de los derechos y su exigibilidad judicial.

En este contexto, cabe preguntarnos cómo debemos interpretar el texto constitucional. Existen básicamente dos concepciones sobre la interpretación de la Constitución. Por un lado, el criterio subjetivo (esto es, cuál ha sido la intención de los Convencionales Constituyentes) y, por el otro, el postulado objetivo (es decir, el sentido que tienen los términos o conceptos normativos al momento de su aplicación). Esta última es una interpretación dinámica y actual del texto constitucional.

Sin embargo, creemos que para conocer el sentido del texto constitucional e inferir entonces sus consecuencias jurídicas, cualquiera fuese el criterio interpretativo que sigamos, es necesario recurrir a juicios de valor. Por ello, ante todo, debe definirse cuál es el **criterio de valor** y, luego, el método de interpretación del texto constitucional (objetivo o subjetivo). Esto nos permite salvar las indeterminaciones del sistema normativo constitucional. En efecto, este paso es fundamental porque el método dogmático en su concepción de corte clásico resulta insuficiente para salvar las indeterminaciones del ordenamiento jurídico.

Así, el **valor democrático** es el pilar fundamental del modelo jurídico. C. NINO ha sostenido que el debate democrático tiene un valor epistemológico — toda vez que es sucedáneo del discurso moral— y sólo a través de él es posible conocer cuáles son los derechos y su contenido. ¿Qué es el discurso moral? Es el método discursivo en el que participan todos los individuos en condiciones de libertad e igualdad y se apoya en principios universales, generales y públicos. A su vez, la participación de un mayor número de personas en el debate hace que la probabilidad de acierto de las decisiones sea mucho mayor.

Es decir, el valor de los principios morales no surge estrictamente del consenso sino del método discursivo, o sea del discurso moral que describimos en el párrafo anterior. Cabe agregar que el valor del discurso moral —y su sucedáneo, el modelo democrático— consiste en que el criterio de participación de todos los afectados en el proceso de toma de decisiones aumenta las probabilidades de que las soluciones sean válidas, esto es, aceptables en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento.

Es importante resaltar que en el proceso democrático deben respetarse ciertos derechos como los de autonomía, igualdad e inviolabilidad de las personas que se configuran como los presupuestos básicos de aquél con carácter universal. De modo que si no se cumple con estos presupuestos, el discurso y el modelo democrático terminan destruyéndose. ¿Por qué? Porque el punto de inicio y su base es la participación de todos los interesados en términos de libertad e igualdad. De aquí cabe igualmente deducir el respeto por las minorías, sin perjuicio de las decisiones mayoritarias.

Una vez definido el alcance del concepto jurídico básico de nuestro ordenamiento constitucional, esto es, el régimen democrático, cabe analizar los otros principios e instituciones a partir de él. Entonces, si aceptamos el valor epistemológico del modelo democrático, tal como expusimos en los párrafos anteriores, la interpretación más razonable sobre el alcance del modelo institucional, en particular en los casos de indeterminaciones normativas, es aquélla que mejor garantice la participación y el debate público en el procedimiento de elaboración de las decisiones políticas (planificación y ejecución de las políticas públicas).

A su vez y en relación con el **método interpretativo**, el criterio a seguir debe ser **dinámico** y, para ello, consideramos las siguientes pautas: (a) el texto (interpretación gramatical o literal), (b) sus antecedentes (interpretación histórica), (c) su sentido lógico (interpretación lógica), (d) su integración con el resto de las normas jurídicas (interpretación integral), y (e) su finalidad (interpretación teleológica).

Es decir, el criterio de interpretación debe ser el de continuidad del texto constitucional según los valores actuales (criterio progresivo).

La Corte dijo, entre otros en el caso "Logitex" (1993), que la primera fuente de exégesis de la ley es su *texto* y, más aún, cuando éste no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicado directamente. En igual sentido, no es admisible una interpretación que prescinda del texto legal. No obstante ello, las instituciones jurídicas no dependen del nombre sino de su verdadera esencia y, entonces, cuando medie ausencia de correlación entre nombre y realidad debe privilegiarse esta última (caso "Horvath", 1995).

También sostuvo el Tribunal, con relación al *método de interpretación histórico*, que la "consulta de los antecedentes parlamentarios de la ley es de utilidad para esclarecer el sentido y alcance de una disposición" y que "en la tarea de interpretación, se aclarará el pensamiento determinando las circunstancias que han podido provocar el cambio del estado de derecho, así como el objeto perseguido por los autores de la ley nueva" (caso "Cardinale", 1994).

Respecto del *método de interpretación integral*, la Corte en el antecedente "Cafés La Virginia" (1994) afirmó que "es principio esencial en materia de hermenéutica legal, dar pleno efecto a la intención del legislador, tendiendo a armonizar la ley de que se trate con el orden jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, a fin de evitar su invalidez" y que "la interpretación de una ley comprende, además de la armonización de sus preceptos, su conexión con otras normas que integran el ordenamiento jurídico vigente. Tal principio es especialmente aplicable en aquellos supuestos en los que el orden jurídico vigente está organizado en más de una ley formal".

Por último, en lo que respecta al *método de interpretación teleológico*, el Tribunal expresó en el precedente "Cía. General de Combustibles" (1993) que "no hay mejor método de interpretación de la norma, cualquiera sea su índole, que el que tiene en cuenta su finalidad" y, en sentido concordante, adujo que "en la interpretación de la norma debe preferirse aquella que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos por la norma". A su vez, "es pertinente recordar que la interpretación de una norma —como operación lógica jurídica— consiste en verificar su sentido" (caso "Ferreira", 2006).

IV. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

En este punto, corresponde distinguir entre: (a) los tratados internacionales con jerarquía constitucional; (b) los otros tratados (sin jerarquía constitucional); y (c) los tratados de integración.

IV.1. Los tratados internacionales con jerarquía constitucional y las reglas de aclaración, interpretación y aplicación por los órganos competentes en el marco internacional

El Convencional Constituyente introdujo en el año 1994 el concepto de tratados con jerarquía constitucional. Es decir, el modelo jurídico prevé, por un lado, tratados con rango constitucional; y, por el otro, tratados con jerarquía inferior a la Constitución, pero por encima de la ley.

Entre los tratados con jerarquía constitucional cabe mencionar: 1) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2) la Declaración Universal de Derechos Humanos, 3) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 4) el Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales, y 5) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo, entre otros.

Estos tratados tienen rango constitucional en los siguientes términos, de conformidad con el inciso 22, art. 75, CN: "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". En efecto:

A) *Por un lado*, en las **condiciones de su vigencia**, es decir, según el modo y términos en que son aplicados en el Derecho Internacional; o sea no sólo el texto normativo es fuente del derecho sino —además— el conjunto de reglas de aclaración, interpretación y aplicación dictadas por los órganos competentes en el marco internacional (Cortes, Comisiones, Comités). Pues bien, no se trata simplemente de aplicar el tratado según las reservas formuladas por el Estado, sino de hacerlo junto con las reglas de interpretación y aplicación (generales o particulares) dictadas por los órganos creados por los propios tratados. Por ejemplo, las sentencias de la Corte IDH, los informes de la CIDH (Comisión), o las opiniones consultivas del Comité de Expertos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos o del Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Por ejemplo, es indudable que el fallo de la Corte en que se condena al Estado argentino, es obligatorio para éste, pero el aspecto crítico es si la doctrina desarrollada en otros precedentes de la Corte en que la Argentina no es parte, es o no obligatorio para el juez argentino o el Poder Ejecutivo argentino cuando interprete y aplique la ley. Pues bien, nos preguntamos, entonces, *cuál es el alcance de estas fuentes*.

Es evidente que la Constitución de nuestro país debe integrarse con el texto de la Constitución y de los Tratados antes mencionados (principios y reglas), pero es controvertido si las reglas secundarias antes mencionadas y que nacen del contexto de tales Tratados son parte del derecho interno y, en tal caso, con qué alcance (esto es, si debe leerse como simples orientaciones o reglas jurídicas obligatorias). En este punto, creemos conveniente distinguir en el marco de las reglas secundarias entre reglas jurisdiccionales y doctrinarias.

Así, cabe preguntarse sobre el valor jurídico de las **sentencias de la Corte Interamericana**, los informes de la Comisión Interamericana (ambos en el marco del Sistema Interamericano y en su condición de reglas jurisdiccionales), y las Opiniones Consultivas en el caso de los Tratados de Naciones Unidas (reglas doctrinarias).

Quizás es importante advertir que el texto de los Tratados no se refiere al Derecho Administrativo de modo directo; sin embargo, las reglas secundarias (dictámenes, opiniones, sentencias) abarcan capítulos propios y específicos de nuestra especialidad (por ejemplo, el acto administrativo; la discrecionalidad estatal; el procedimiento administrativo; la expropiación; la responsabilidad del Estado y los derechos sociales, entre otros).

En el precedente "Giroldi" (1995), la Corte sostuvo que la "recordada jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, en las condiciones de su vigencia (artículo 75, inciso 22, párrafo 2), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (conforme artículos 75, CN, 62 y 64, Convención Americana, y 2, [ley 23.054](#))... en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde —en la medida de su jurisdicción— aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos".

En el caso "Arancibia Clavel" (2004), el Tribunal utilizó como fundamento de su pronunciamiento numerosas convenciones internacionales con jerarquía constitucional, confirmando que la ratificación de las normas internacionales y, más aún, su incorporación con jerarquía constitucional, obliga por su plena operatividad; y, a su vez, las cláusulas de dichos tratados son fuente del derecho igual que la Constitución Nacional. En igual sentido, en el precedente "ATE" (2008), la Corte sostuvo que "resulta nítida la integración del Convenio 87 al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por vía del citado artículo 8.3., so riesgo de vaciar a éste de contenido o de privarlo de todo efecto útil, lo cual constituye un método poco recomendable de exégesis normativa".

Asimismo, en el antecedente "Simón" (2005), la Corte sostuvo que "a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994, el Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del *sub lite*", es decir, los delitos de lesa humanidad".

Luego, en el caso "Mazzeo" (2007), dijo la Corte que "corresponde al Poder Judicial ejercer un "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A tal fin se debe tener en cuenta no sólo la letra del tratado, sino también la interpretación de éste hecha por la Corte Interamericana".

Finalmente, en el caso "Losicer" (2012), la Corte sostuvo que "el plazo razonable de duración del proceso a que se alude en el inciso 1 del art. 8, constituye, entonces, una garantía exigible en toda clase de proceso, difiriéndose a los jueces la casuística determinación de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión. Para ello, ante la ausencia de pautas temporales indicativas de esta duración razonable,... la Corte Interamericana — cuya jurisprudencia puede servir de guía para la interpretación de los preceptos constitucionales... ha expuesto en diversos pronunciamientos ciertas pautas para su determinación y que pueden resumirse en: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales y d) el análisis global del procedimiento".

En los citados precedentes, *la Corte de nuestro país reconoció, entonces, el valor de la jurisprudencia de los tribunales internacionales.*

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) afirmó que "los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención". Luego agregó "así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía de la región, tales como... la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina... se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana". Y, concluyó, "con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso" ("Furlán", 2012).

A su vez, debemos preguntarnos sobre el valor de la *doctrina* (por caso, las opiniones consultivas del Comité de Expertos en el marco del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; esto es, en el contexto de los Tratados de las Naciones

Unidas). Es decir, cuál es el valor jurídico de las recomendaciones, resoluciones, directivas y declaraciones, entre otros.

Aquí, la Corte de nuestro país dijo que "las consideraciones expuestas, derivadas de los tratados internacionales, de la jurisprudencia y de las *recomendaciones* de sus organismos interpretativos y de monitoreo, han llevado a este Tribunal, a través de diversos pronunciamientos, a reconocer el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad" (caso "Mazzeo"). En igual sentido, en el caso "Q.C., S. Y." (2012) el Tribunal argumentó que "garantizar, significa mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas, según indica en su Observación General 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida cuenta ya que comprende las condiciones de vigencia de este instrumento que posee jerarquía constitucional".

Respecto del valor jurídico de los *informes de la Comisión Interamericana*, la Corte argentina se expidió en el precedente "Carranza". Aquí el voto mayoritario estuvo integrado por los jueces ZAFFARONI, FAYT, MAQUEDA y PETRACCHI, pero con distintos fundamentos.

En el voto de los jueces ZAFFARONI y FAYT se dijo que según la Comisión (CIDH) "el Estado argentino violó sus derechos [del particular] a las garantías judiciales y a la protección judicial" y recomendó que se indemnice adecuadamente al actor quien había sido removido de su cargo de juez por el gobierno de facto. En particular, la cuestión a resolver fue "si las recomendaciones que formula al Estado... tienen para aquél naturaleza obligatoria o no". Y recordó que la Corte Interamericana dijo que "la voz recomendación... no excluye un contenido obligacional... [y que] toda eventual hesitación al respecto se ve rápidamente despejada ni bien la expresión es puesta en su contexto... el Estado frente a las recomendaciones, debe tomar las medidas que le competen para remediar la situación examinada". Agregó que "el método de interpretación de los tratados según la Convención de Viena, se atiene al principio de la primacía del texto" y que "a conclusiones análogas a las que han sido asentadas conduce el estudio de la cuestión desde la perspectiva del contexto y del objeto y fin generales del sistema de protección de la Convención Americana o, si se quiere, atendiendo a la estructura misma de ésta". A su vez, "nunca ha de olvidarse que la responsabilidad internacional del Estado por la violación de una norma internacional y el consecuente deber de reparación surge de inmediato al producirse el hecho ilícito imputable a aquél". Por tanto, el objeto o finalidad "no se reduce a la sola comprobación por la Comisión de que se ha producido un menoscabo a un derecho... a lo que se apunta en definitiva, vale decir, más allá de esa comprobación, es a remediar por parte del Estado, la situación controvertida". En igual sentido, "el presente desequilibrio procesal reclama, para ser resuelto según los mentados "justo equilibrio" o "equidad procesal", por conferir valor vinculante a las recomendaciones *sub discussio*, al modo en que lo son, para el peticionario, las decisiones por las que se desestima su pretensión o es declarada inadmisibile".

Asimismo, los jueces (voto mayoritario) reforzaron su argumento sobre el carácter obligatorio de las recomendaciones en otras consideraciones, a saber: a) el hecho de que el Protocolo de Buenos Aires elevó a la Comisión Interamericana a la jerarquía de órgano principal y autónomo de la OEA; b) la idea de que "en el dominio de la protección internacional de los derechos humanos, no hay limitaciones implícitas al ejercicio de los derechos, al paso que las expresas han de ser restrictivamente interpretadas"; c) "el principio *pro homine o pro persona* que informa todo el derecho de los derechos humanos... [e] impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal".

Cabe recordar, sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos anteriores, que en el marco del derecho internacional —y de conformidad con el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia— las fuentes formales son simplemente las convenciones internacionales, la costumbre y los principios generales del derecho (art. 38).

*B) Por el otro lado, los tratados deben entenderse como **complementarios de los derechos y garantías de la Constitución Nacional**, en ningún caso, su incorporación puede interpretarse como derogación de cualquier disposición de la primera parte de nuestro texto constitucional.*

La Corte dijo sobre este aspecto que "por lo demás, a los fines de una correcta interpretación de la Ley Suprema, no debe olvidarse que la reforma constitucional de 1994 ha incorporado con jerarquía constitucional, como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de nuestra Carta Magna, los derechos consagrados en ciertos tratados internacionales". En particular, el Tribunal sostuvo, criterio que compartimos, que "los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir" ("Simón", 2005).

En igual sentido, en el caso "Sánchez" (2005) el Tribunal sostuvo que "los tratados internacionales vigentes, lejos de limitar o condicionar dichos principios, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos" y añadió que "los tratados internacionales promueven el desarrollo progresivo de los derechos humanos y sus cláusulas no pueden ser entendidas como una modificación o restricción de derecho alguno establecido por la primera parte de la Constitución Nacional".

Pues bien, veamos cómo estos tratados y normas internacionales repercuten sobre el Derecho Administrativo.

Entre los tratados internacionales y en relación con nuestro objeto de estudio, cabe citar como ejemplo la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) cuyo artículo 8 establece que: "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Por su parte el artículo 25.1 de ese mismo cuerpo normativo dispone que "toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales... aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

Otros ejemplos de normas del Derecho Administrativo en el texto de los tratados internacionales incorporados en nuestra Constitución son las siguientes:

- (1) "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos" (Declaración Universal de Derechos Humanos —artículo 8—);
- (2) "Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial... para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil... toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública..." (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —artículo 14.1.—); y
- (3) "Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve... contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales..." (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —artículo 18—).

A su vez, en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, además de las normas del tratado, cabe citar las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre cuestiones de Derecho Administrativo.

Por ejemplo, el caso "Claude Reyes y otros vs. Chile" (2006). Allí, la Corte (CIDH) dijo que "el artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos". Y agregó que "en el presente caso la autoridad estatal administrativa encargada de resolver la solicitud de información no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada, que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos y normas en que se basó para no entregar parte de la información en el caso concreto y determinar si tal restricción era compatible con los parámetros dispuestos por la Convención, con lo cual dicha decisión fue arbitraria". Otros antecedentes relevantes de la CIDH en este contexto son "Baena" —2003— (procedimiento administrativo); "Ximenez López" —2006— (responsabilidad estatal) ; "López Mendoza" —2011— (motivación de los actos estatales discrecionales); "Salvador Chiriboga" —2011— (expropiación); y "Gonzales Lluy" —2015— (responsabilidad estatal).

IV.2. Los tratados sin rango constitucional

Cabe recordar que en un principio se planteó el siguiente debate: ¿cuál es la jerarquía de los tratados en el ordenamiento jurídico positivo argentino? Más puntualmente, ¿el tratado tiene igual jerarquía que la ley? Recordemos que el artículo 31, CN, dice que "esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación".

Sin embargo, esta cuestión controversial fue resuelta por el propio Convencional a partir de la reforma de la Constitución de 1994. En efecto, el artículo 75, en su inciso 22, CN, establece de modo expreso que: "Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes". Así las cosas, la ley no puede derogar o modificar un tratado suscripto por el Estado.

En estos términos se expidió reiteradamente la Corte, entre otros, en los precedentes "Fibraca" (1993), "Cafés La Virginia" (1994) y "Hoescht" (1998).

Un ejemplo de tratado internacional que incide fuertemente en el Derecho Administrativo es el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (1966) que creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI).

El CIADI es un organismo internacional autónomo, aunque fuertemente ligado al Banco Mundial. Este Centro actúa como árbitro en los conflictos de naturaleza jurídica que surjan entre los Estados Parte y un nacional de otro Estado Parte en materia de inversiones. El sometimiento de un conflicto ante el CIADI nace del consentimiento escrito de las partes, por caso, en el marco de los tratados bilaterales o multilaterales de protección de inversiones extranjeras. Nuestro país aprobó el convenio mediante la ley 24.353. A su vez, la Argentina firmó más de cincuenta acuerdos bilaterales con otros países sobre promoción y protección recíproca de inversiones. Estos acuerdos establecen la posibilidad de que el inversor extranjero recurra al CIADI en caso de conflicto con el Estado Argentino.

Estos tratados establecen principios básicos sin mayor desarrollo, por caso, el principio de nación más favorecida, el trato justo y equitativo, el régimen de expropiación y el modo de solución de las controversias.

Cabe agregar que este régimen tiene especial importancia en el contexto actual de nuestro país porque los accionistas de las empresas concesionarias de servicios públicos privatizados en la década del '90 reclaman el pago de indemnizaciones de parte del Estado Argentino por daños y perjuicios por incumplimientos o rescisiones contractuales, en particular por el congelamiento de las tarifas de los servicios públicos. Sin embargo, el CIADI sólo es competente para resolver sobre las indemnizaciones por los daños causados, pero no respecto de las renegociaciones de los contratos en curso de ejecución.

A su vez, debemos considerar que los laudos son obligatorios y, salvo en los casos previstos expresamente, no pueden ser recurridos. Así, los laudos son pasibles de aclaración, revisión y anulación. De todos modos, el sometimiento a la jurisdicción arbitral no supone necesariamente renunciar a la inmunidad de ejecución del laudo. Por ello, el cumplimiento de éste compete en principio al Estado Parte a través de sus propios órganos y según su ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que el Convenio prevé que las partes puedan recurrir ante cualquiera de los Estados Parte para el reconocimiento y ejecución de aquél.

En síntesis, el modelo del CIADI y los tratados bilaterales crearon un régimen de sobreprotección porque los inversores extranjeros en nuestro país reciben un trato más favorable que los propios inversores argentinos. Es más, el trato que los inversores extranjeros reciben aquí es mucho mejor que aquél que prevén sus propios países.

Finalmente, cabe recordar que nuestro país ha sido condenado en los casos "CMS"; "Azurix"; "Continental"; "Compañía de Aguas de la Aconquija && Vivendi" con laudos firmes por más de cuatrocientos millones de dólares y, asimismo, obtuvo laudos favorables en los casos "Wintershall"; "TSA Specturm"; "Daimler"; "Metalpar" y "ICS"; entre otros. A su vez, las decisiones arbitrales en los casos "Sempra" y "Enron" fueron posteriormente anuladas por Comités *ad hoc* del CIADI, como consecuencia de las solicitudes presentadas por la Argentina en los términos del art. 51 del Convenio del CIADI. Asimismo, el Estado argentino decidió pagar las condenas en los casos "Azurix"; "Blue Ridge"; "Vivendi" y "Continental Casualty Company". Cabe señalar, por último, que restan más de cuarenta casos por resolver.

IV.3. Los tratados de integración

Conforme el texto constitucional, el Estado argentino puede transferir competencias siempre que estén presentes condiciones de reciprocidad e igualdad y, a su vez, el respeto por el orden democrático y los derechos humanos.

A su vez, estos tratados tienen jerarquía superior a las leyes según el primer párrafo del inciso 24 del artículo 75, CN.

En estos casos, el Congreso debe declarar la conveniencia del tratado de integración y, luego de transcurridos al menos ciento veinte días, aprobarlo. La declaración debe ser votada por la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara y el acto posterior (aprobación) debe contar con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros del Congreso.

Un caso peculiar es el de los *tratados de integración que celebre nuestro país con otros Estados latinoamericanos*, ya que en este caso el tratado para su aprobación requiere la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Es decir, en el primer caso (tratados de integración con terceros Estados) el Congreso debe declarar su conveniencia y, luego, aprobar el tratado. En el otro, (tratados de integración con países latinoamericanos) el Congreso sólo debe aprobar el tratado, de modo que el procedimiento es más simple.

Finalmente, cabe recordar que, según la Constitución, las normas dictadas por las organizaciones supraestatales en este contexto tienen jerarquía superior a las leyes.

Un ejemplo es el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) que fue creado a partir del Tratado de Asunción (1991) entre Argentina, Uruguay, Paraguay y Brasil. En dicho tratado, los Estados parte se comprometieron a formar antes de la finalización de ese año un Mercado Común. Sin embargo, el MERCOSUR es actualmente una unión aduanera, es decir, una zona de libre comercio y política comercial común, pero no ha llegado a constituirse como Mercado Común (unión aduanera y libre movimiento de factores productivos).

Posteriormente, en diciembre de 1994, se aprobó el "Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la estructura institucional" por el cual se estableció la organización del MERCOSUR reconociéndosele personalidad jurídica internacional.

Actualmente el MERCOSUR está integrado por cinco Estados Parte, ellos son la República Oriental del Uruguay, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay —actualmente suspendida—, la República Argentina y la República Bolivariana de Venezuela y cinco Estados asociados (República de Chile, República de Bolivia —firmó su adhesión como miembro—, República de Colombia, República de Perú y República de Ecuador).

El MERCOSUR está compuesto, conforme el Tratado de Asunción (art. 9) y el Protocolo de Ouro Preto (art. 1) por: 1) el Consejo del Mercado Común (CMC) como órgano máximo que emite decisiones y recomendaciones obligatorias; 2) el Grupo Mercado Común (GMC) de carácter ejecutivo que dicta resoluciones y 3) la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM) cuyo objetivo es velar por el comercio y la política comercial y emite directivas.

Luego de esta breve introducción corresponde adentrarnos en las relaciones entre el régimen jurídico del MERCOSUR y el derecho interno de nuestro país.

El bloque normativo del MERCOSUR es obligatorio porque nuestro país delegó competencias y, particularmente, poderes jurisdiccionales en el marco del mandato constitucional que prevé el inciso 24 del artículo 75, CN. Por ejemplo, el modelo del MERCOSUR posee un sistema de solución de controversias creado por el Protocolo de Brasilia y reemplazado posteriormente por el Protocolo de Olivos —vigente desde el año 2004—. La Corte en nuestro país aprobó la Acordada 13/08 sobre las "Reglas para el trámite interno previo a la remisión de las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR".

En conclusión, el bloque normativo del MERCOSUR y, en particular, las disposiciones dictadas por éste, son fuente del Derecho Administrativo local con rango superior a la ley pero inferior a la Constitución. En efecto, más allá del art. 75, inc. 24, CN, el Protocolo de Ouro Preto establece que las decisiones del Consejo del Mercado Común, las resoluciones del Grupo Mercado Común y las directivas de la Comisión de Comercio son obligatorias para los Estados parte y tienen naturaleza intergubernamental (arts. 9, 15 y 20). En tal sentido, el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR sostuvo que "las normas del MERCOSUR internalizadas prevalecen sobre las normas del derecho interno de los Estados Partes".

Por ejemplo, en el ámbito del MERCOSUR se aprobó el documento sobre "Compras Públicas Sustentables en el Mercosur. Lineamientos para la elaboración de políticas" con el propósito de incorporar criterios de sustentabilidad en las compras y contrataciones del sector público de los Estados Parte.

V. LA LEY Y EL REGLAMENTO

V.1. La ley. Los principios de legalidad y de reserva legal

Las **leyes son reglas de carácter general, abstracto y obligatorio**. ¿Cuál es el criterio constitucional básico sobre las leyes? El postulado central es que las cuestiones sustanciales deben ser reguladas por ley (esto es, el poder regulatorio básico o legislativo).

En efecto, el legislador a través de esta herramienta debe reglar y ordenar el contenido esencial de las materias (situaciones jurídicas). Por ello, *cabe concluir que el Convencional Constituyente ha optado en términos de valor a favor de la ley (principio de legalidad)*.

Cabe aclarar que la ley no sólo debe regular las materias reservadas expresamente por la Constitución en su ámbito de competencias sino también otras materias, en virtud de las facultades implícitas y residuales que el régimen constitucional reconoce al Congreso.

Pero, además, aún en el ámbito de actuación que la Constitución le atribuye al Poder Ejecutivo (potestad de dictar los reglamentos ejecutivos sobre los detalles de las leyes), el Legislador puede avanzar más y regular así dichos detalles o pormenores de manera tal que éste puede desplazar la potestad regulatoria reglamentaria del Presidente. Así, ***no existe materia vedada al legislador en el ámbito de regulación***.

A su vez, la facultad del Poder Ejecutivo de regular los pormenores o complementos de la ley —con el objeto de completarla, interpretarla y aplicarla— está limitada por: (a) el texto constitucional, en tanto el Poder Ejecutivo no puede avanzar sobre el núcleo de las materias, aún cuando el legislador hubiese omitido regular (***principio de reserva legal***); (b) el texto legal ya que el Poder Ejecutivo debe sujetarse a la ley del Congreso y no puede contradecirla so pretexto de reglamentación; y (c) el ejercicio que, en cada caso en particular, hace el Legislador ya que si éste regulase los detalles, el Ejecutivo entonces no puede hacerlo.

La ley debe definirse en función de dos aspectos. Por un lado, el ***objeto material*** y su ***alcance obligatorio***, esto es, la regulación de las materias reservadas al Legislador por el Convencional y cuyo cumplimiento es forzoso (aspecto sustancial). Por el otro, el ***órgano competente***, es decir el Poder Legislativo, y el ***procedimiento constitucional*** para su formación y aprobación (aspecto formal).

De modo que *ley es toda norma obligatoria dictada por el Congreso sobre el núcleo de las materias a través del procedimiento específico que prevé la Constitución*. Quizás, conviene decir con más claridad que el Legislador debe necesariamente regular el núcleo de las materias (círculo central) y que puede o no regular, según su discreción, el detalle o pormenores que completen ese núcleo (círculo periférico).

Es decir, en el ámbito de la regulación es necesario distinguir entre el centro, por un lado, y los pormenores, por el otro. Claro que es sumamente complejo marcar la línea que divide un campo del otro (poder regulatorio central vs poder regulatorio reglamentario).

Así, es casi obvio que ciertas cuestiones están ubicadas en el centro y otras en las periferias; sin embargo, existen zonas de penumbras. Este límite es relevante en términos jurídicos porque si bien el legislador puede ignorarlo y avanzar consecuentemente sobre los detalles, el Ejecutivo no puede desconocerlo e inmiscuirse en el campo propio de aquél.

Tras la definición del concepto de ley debemos señalar que en nuestro modelo ***no existe distinción entre las leyes*** (por ejemplo, leyes orgánicas o simples); sin perjuicio de que ciertas leyes exigen un trámite especial o mayorías especiales en el procedimiento de formación y aprobación ante el Congreso.

La ley es superior al reglamento con el siguiente alcance: (a) la ley regula con carácter exclusivo las materias reservadas; (b) el decreto no tiene un campo propio e inescrutable ante la ley; (c) la ley puede regular incluso los detalles, de modo que excluye el poder reglamentario del Poder Ejecutivo; (d) la ley prevalece sobre el reglamento y, por tanto, éste no puede contradecir la ley; y, finalmente, (e) la ley puede indicarle al Presidente en qué términos o con qué alcance ejercer el poder reglamentario.

Finalmente, cabe señalar —en el marco del bloque legislativo— que el Congreso sancionó la ley sobre el Digesto Jurídico Argentino (ley 24.967) que establece como objetivo contar con un cuerpo de consolidación de las leyes generales vigentes y su reglamentación. El Digesto fue aprobado por ley del Congreso. Este cuerpo jurídico contiene las leyes nacionales vigentes, decretos leyes y decretos de necesidad y urgencia. En particular, las normas legislativas sobre Derecho Administrativo están catalogadas bajo número y letras (ADM). Allí se define el número DJA, el número anterior, la fecha de sanción y, por último, la materia y el título.

En efecto, el Digesto define —con valor jurídico— cuáles son las leyes vigentes. En particular, establece la eliminación de las normas derogadas expresamente; las normas que caducaron o cayeron en desuso por el cumplimiento de su objeto; las normas cuyo plazo se cumplió; y, por último, las normas derogadas implícitamente (éste es quizás el aspecto más relevante e innovador).

Entre otras: [Ley 3952](#) (ley de demandas contra la Nación): ADM-0099; [Ley 13064](#) (ley de obras públicas): ADM-0305; [Ley 13653](#) (ley sobre el régimen de empresas del Estado): ADM-0355; [Ley 19.549](#) (decreto ley de procedimiento administrativo): ADM-0865; [Ley 20705](#) (ley sobre sociedades del Estado): ADM-1013; [Ley 21499](#) (ley sobre el régimen de expropiaciones): ADM-1092.

V.2. El reglamento

Los reglamentos son ***actos de alcance general, abstracto y obligatorio que dicta el Poder Ejecutivo con efectos jurídicos directos*** sobre las personas (situaciones jurídicas) en virtud de una atribución del poder constitucional. Por tanto, el reglamento comprende el poder regulatorio complementario. Cabe añadir que el Poder Ejecutivo debe aplicar la ley (es decir, ejecutar las políticas públicas definidas por el legislador) por medio de dos instrumentos jurídicos, a saber: a) el ejercicio del poder regulatorio complementario (reglamentos) y b) la aplicación propiamente dicha del bloque jurídico (Constitución, ley y reglamento), es decir: actos, contratos, hechos y omisiones, entre otras formas jurídicas.

El decreto debe definirse por su *objeto material*, es decir, el detalle o complemento de las materias; el órgano competente; y el *procedimiento constitucional o legal*.

Además, debemos mencionar especialmente el *alcance sub legal de los decretos*; es decir, su sujeción a las leyes del Congreso y, por supuesto, al texto constitucional y a los tratados. Dicho en otras palabras, los reglamentos —salvo aquellos con rango legislativo (decretos delegados y de necesidad)— deben subordinarse a la ley. Más simple, los decretos están por debajo de las leyes.

En síntesis, en nuestro ordenamiento jurídico *el reglamento* sólo puede abarcar el ámbito secundario regulatorio que dejó librado la ley y, asimismo, *no puede contradecir o derogar las disposiciones legales o suplir la ley en caso de omisión del legislador*.

El reglamento debe ser dictado por el órgano constitucionalmente competente y con absoluta observancia de las normas de rango superior (Constitución, tratados y leyes) pero, además, su validez depende del respeto a los principios generales del Derecho.

Sin perjuicio de ello, cierto es que el papel central del legislador y *la ley fue cediendo paso frente al Poder Ejecutivo* en el proceso de producción de las reglas jurídicas a través de las transferencias de competencias legislativas de modo directo o indirecto (delegaciones) y el reconocimiento del poder de legislar en el propio Poder Ejecutivo por medio de decretos de necesidad.

VI. LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PODER EJECUTIVO

Cabe recordar que en el desarrollo del Estado moderno se reconoció el valor absoluto de la ley y del legislador, sin perjuicio de que el Ejecutivo se configuró como una fuente autónoma de producción de normas con sujeción a las leyes.

Ya hemos dicho que la potestad reglamentaria es el poder del Presidente de dictar los reglamentos, es decir, los pormenores de las leyes. En síntesis, la ley comprende el núcleo y, por su parte, el reglamento desarrolla los detalles o complementos.

En *nuestro país* la Constitución reconoce *poderes reglamentarios propios en el Presidente — es decir, por mandato constitucional— y no condicionado por una habilitación del legislador*. Sin perjuicio de ello, el Congreso puede avanzar sobre ese poder regulatorio secundario o reglamentario y, consecuentemente, inhibir al Presidente en el ejercicio de dicho poder.

La Constitución de 1853/60 sólo preveía expresamente la potestad del Poder Ejecutivo de desarrollar o completar las leyes, conforme el inciso 2 del artículo 86 del texto constitucional. En otras palabras, la Constitución de 1853/60 estableció un poder presidencial regulatorio sumamente limitado (decretos reglamentarios o de ejecución).

De todos modos, más allá del texto constitucional, se produjo entre nosotros una *hipertrofia* de la potestad reglamentaria del Presidente. Así, es fácil advertir que este poder tuvo un proceso expansivo. Por un lado, en el aspecto cuantitativo, por caso el Poder Ejecutivo dictó cada vez más decretos. Por el otro, cualitativo, por la incorporación de los decretos de contenido legislativo y su incidencia en el sistema institucional y el consecuente desequilibrio entre los poderes. Este escenario fue calificado como hiperpresidencialismo (así, el Presidente concentra facultades excesivas y, en particular, potestades regulatorias legislativas).

También debemos señalar que otro fenómeno típico del modelo institucional en nuestro país es la *dispersión subjetiva* de la potestad reglamentaria toda vez que, además del Presidente, los órganos inferiores del Ejecutivo también dictan normas regulatorias reglamentarias (reglamentos, resoluciones, disposiciones).

Luego, el cuadro constitucional se modificó, tras la reforma del año 1994, incorporándose los decretos de contenido legislativo en el marco de las potestades regulatorias del Presidente. Así, el *fundamento* de la potestad normativa del Ejecutivo, luego de la *reforma de 1994*, es el propio texto constitucional (arts. 99, incisos 2 y 3 y 76) que reconoce expresamente al Poder Ejecutivo las facultades de dictar decretos de ejecución, decretos delegados e inclusive decretos de necesidad. Es decir, el Presidente no sólo dicta decretos de ejecución (reglamentos) sino también leyes en casos de excepción.

VI.1. Los tipos de decretos

En primer lugar, es necesario definir los distintos tipos de decretos porque, más allá de las razones simplemente didácticas de las clasificaciones, el marco constitucional y legal es diferente.

En general, se distingue entre los siguientes tipos de decretos: (a) decretos autónomos, (b) decretos internos, (c) decretos de ejecución (reglamentos), (d) decretos delegados y, por último, (e) decretos de necesidad y urgencia.

VI.2. Los decretos autónomos. La zona de reserva de la Administración

El decreto autónomo es aquella *norma de alcance general que dicta el Poder Ejecutivo sobre materias que son de su exclusiva competencia de ordenación y regulación* y que, por ende, excluye la intervención del Legislador. En tal caso, el Ejecutivo regula el núcleo y los detalles de tales materias, constituyéndose así una zona propia de él (zona de reserva de la Administración) en el ámbito normativo (es decir, el decreto autónomo comprende el campo regulatorio legislativo y reglamentario).

Cabe aclarar que aquí sólo nos estamos refiriendo al ámbito de regulación estatal, es decir, la potestad del Estado de dictar reglas de alcance general, abstracto y obligatorio. Hemos visto que —*en principio*— el Ejecutivo concurre, pero sólo con alcance complementario, agregando los detalles, particularidades y pormenores de las leyes.

Por tanto, el concepto de decreto autónomo nos introduce en un mundo opuesto y repleto de dudas y contradicciones. Pues bien, ¿existe cierto ámbito material que es reglado por el Ejecutivo no sólo en sus detalles sino también en su núcleo y, a su vez, inhibe el ejercicio del poder regulatorio del legislador?

Ciertos operadores creen que sí (por ejemplo, el régimen de los agentes públicos, la organización del Poder Ejecutivo y el procedimiento administrativo, entre otras materias). Es decir, cuestiones inherentes y propias del Poder Ejecutivo.

El decreto autónomo es, entonces, según quienes creen en él, el decreto que dicta el Poder Ejecutivo sobre materias que son de su exclusiva competencia regulatoria y que, consecuentemente, comprende el núcleo y complemento del objeto regulado, de modo tal que el Ejecutivo prescinde de las leyes sancionadas por el Congreso. Más aún, si el Legislador dictase

una ley sobre ese objeto y el Poder Ejecutivo hiciese eso mismo, debe prevalecer el decreto en razón de las materias regladas —propias del Ejecutivo—.

Aclaremos que los decretos autónomos no son reglamentos de ejecución sino normas de alcance general sobre materias que no pueden ser reguladas por ley, sino sólo por el Poder Ejecutivo en sus aspectos centrales y periféricos (núcleo y detalles). Por ello, estos reglamentos también son denominados decretos independientes, es decir, decretos que no dependen de las leyes del Congreso.

Los decretos autónomos o también denominados independientes encuentran su *fundamento*, según los autores que aceptan este postulado y que nosotros rechazaremos tantas veces como sea necesario, en la zona de reserva de la Administración Pública con sustento en el artículo 1 del artículo 86 de la Constitución (actuales incisos 1 de los artículos 99 y 100 del texto constitucional vigente) sobre la Jefatura de la Administración Pública.

Sin embargo, el ejercicio de la administración general del país no supone ni exige necesariamente el reconocimiento del poder de dictar decretos con carácter exclusivo prescindiendo de la voluntad del Congreso, menos aún después de la reforma constitucional de 1994 ya que el Convencional reconoció en el Poder Ejecutivo el ejercicio de potestades legislativas sólo en situaciones excepcionales. Por otra parte, las facultades constitucionales a las que se refiere el citado mandato —inc. 1, artículo 100, CN— comprenden funciones de administración o ejecución material y no de ordenación ni regulación de situaciones jurídicas.

Es más, la Constitución sí establece expresamente, y en sentido contrario, el principio de reserva legal, o sea que el poder de regular el núcleo es propio del Legislador y no del Presidente. Esto significa que éste no puede inmiscuirse en las potestades de regulación del Congreso.

Por tanto, el Poder Ejecutivo no tiene una zona de reserva propia en materia normativa o regulatoria y, en consecuencia, no puede dictar decretos autónomos o independientes. Es decir, el ejercicio de las actividades de regulación del Presidente está limitado por el núcleo, que es definido por el legislativo en todos los ámbitos materiales. Más aún, la potestad regulatoria reglamentaria que prevé el inciso 2 del artículo 86 (actual artículo 99, CN) sobre los detalles de la ley no constituye una zona de reserva propiamente dicha toda vez que, aún en tal caso, el Congreso puede incluir en el texto legal los detalles o particularidades de la materia reglada junto con sus aspectos más densos y profundos.

La Constitución establece, entonces, dos centros de producción normativa (el Congreso y el Poder Ejecutivo) que potencialmente concurren en la regulación de cualquier materia en dos niveles de abstracción, esto es, por un lado central y por el otro periférico. A su vez, el papel de la ley y el decreto en la regulación de las materias depende también de la decisión del legislador que, tal como ya hemos dicho, si así lo resuelve puede agotar la regulación con las particularidades, circunstancias o detalles (esto es, avanzar sobre el campo periférico).

En la práctica los decretos autónomos —más allá de nuestro rechazo— han sido utilizados en ciertos casos particulares. Por ejemplo, en la creación de los entes autárquicos. Más recientemente, cabe citar decretos dictados por el Presidente que han retomado el concepto de decretos autónomos, por caso, las disposiciones sobre el marco salarial en el sector público.

Sin embargo, también es cierto que el legislador ha avanzado y regulado estas materias por ley. Así, por ejemplo, cabe mencionar el marco jurídico legislativo sobre los agentes públicos y el procedimiento administrativo (LPA).

VI.3. Los reglamentos internos

Los reglamentos internos son *decretos meramente formales porque no regulan situaciones jurídicas y, por tanto, no incluyen proposiciones jurídicas* (es decir, sólo tienen efectos dentro del marco del Poder Ejecutivo). Así, los reglamentos internos del Ejecutivo sólo regulan su propia organización.

El fundamento de los decretos internos, como puede inferirse en términos lógicos del ordenamiento jurídico, es la titularidad, responsabilidad y ejercicio de la Jefatura de la Administración Pública, en tanto sólo comprende aspectos internos de la organización y funcionamiento del Estado que, en ningún caso, alcanza situaciones jurídicas, derechos ni obligaciones de las personas.

Así, pues, es más exacto utilizar, según el contenido que le hemos dado, el concepto de decreto interno y no independiente porque su ámbito material es limitado, debiendo situarse por debajo de las leyes y sujetarse necesariamente al bloque normativo.

En conclusión, el ámbito del decreto interno comprende las *potestades reguladoras del Poder Ejecutivo sobre cuestiones de organización propia* que no tiene efectos sobre terceros y *siempre que, además, la materia de que se trate no se encuentre reservada al legislativo por mandato constitucional o haya sido objeto de regulación por el Congreso*.

Cabe agregar que en cierto sentido este reglamento también reviste carácter ejecutivo, entendido como complemento de otra norma superior, toda vez que si bien no está sujeto a una ley determinada sí pende del bloque de legalidad integrado, entre otras normas, por el conjunto de leyes sancionadas por el Congreso.

VI.4. Los reglamentos de ejecución. El criterio de distinción entre el campo regulatorio legislativo y reglamentario. La dispersión subjetiva del poder regulatorio reglamentario

Los reglamentos de ejecución son los actos que dicta el Poder Ejecutivo con el propósito de fijar los detalles o pormenores de las leyes sancionadas por el Congreso; es decir, las reglas de carácter general, abstracto y obligatorio, pero con ese alcance específico y periférico.

Si tuviésemos que graficar estos dos centros normativos (ley y reglamento) debiéramos dibujar dos círculos (llamémosle central y periférico); el del centro es la ley que compete al Congreso, y el otro es el campo del reglamento propio del Ejecutivo. El legislador puede completar ambos círculos, pero el Ejecutivo sólo puede rellenar el círculo periférico, y en ningún caso, penetrar el círculo central.

Así, *el Poder Ejecutivo*, conforme el inciso 2 del artículo 86 de la Constitución Nacional — actualmente art. 99, CN— *expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes*. A su vez, la Constitución establece un *límite* en el ejercicio de estas potestades. ¿Cuál es ese límite? Éste consiste en la *prohibición de alterar el espíritu* de las leyes mediante excepciones reglamentarias.

En efecto, la Constitución establece que el Presidente "expide las instrucciones que sean necesarias para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias" (art. 99, inciso 2).

Dicho esto, debemos detenernos en el *deslinde de competencias entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo* respecto de las potestades regulatorias. Es decir, cuál es el ámbito material de la legislación y su extensión (círculo central), y cuál el de la reglamentación (círculo periférico). Esta separación debe realizarse básicamente a través de la definición de los conceptos de *núcleo*, por un lado; y *complemento*, por el otro. Estos conceptos vacíos de contenido deben llenarse con los principios de legalidad y de reserva legal. Volviendo al dibujo de los círculos, el mayor inconveniente es, entonces, marcar la línea divisoria entre ambas esferas.

Pues bien, el alcance de la ley es ilimitado y, por ello, podemos afirmar que el campo de actuación del reglamento es residual y limitado, según el mandato constitucional y el alcance de la ley en cada caso particular. En efecto, el complemento de la ley es un ámbito de regulación que el legislador resuelve llenar o no discrecionalmente, de manera tal que el Ejecutivo sólo puede regular mediante el reglamento los intersticios que aquél dejó libres al ejercer sus potestades regulatorias normativas.

En caso contrario, es decir si el legislador ha dejado librado al Poder Ejecutivo los detalles del núcleo, tal como ocurre habitualmente, entonces el Ejecutivo puede dictar los decretos reglamentarios, y ello es así por disposición constitucional y no en virtud de una autorización del Legislador.

Así, el título normativo de habilitación es el propio texto constitucional, pero el ejercicio de la potestad reglamentaria sólo es posible si la ley no reguló el círculo periférico del ordenamiento normativo. En síntesis, la potestad reglamentaria del Ejecutivo está determinada en el caso concreto por el alcance de la regulación que hace la propia ley del Congreso.

En caso de que el legislador fije los pormenores en el propio texto legal, su regulación alcanza rango legal (legalización) de manera tal que el Ejecutivo no puede luego modificar o derogar la ley, ni siquiera en los aspectos complementarios (detalles). Por eso, es claro que el Poder Ejecutivo sólo puede ejercer sus potestades regulatorias reglamentarias, esto es, dictar los decretos de ejecución, en caso de que el Legislador deslegalice las respectivas materias.

Cabe agregar que el límite constitucional de la potestad reglamentaria del Ejecutivo, o sea, el hecho de no alterar el espíritu de la ley con excepciones, debe interpretarse en los siguientes términos: (a) el decreto no puede modificar, derogar o sustituir la ley "so pretexto de reglamentación" ni invadir la zona del legislador y, además, (b) el Presidente debe observar el trámite que prevé la Constitución.

El reglamento sólo debe incluir aquello que fuere imprescindible para la aplicación, ejecución, desarrollo o interpretación de la ley. Es decir, las disposiciones reglamentarias deben limitarse a establecer reglas cuyo contenido sea la explicación, interpretación, aclaración y precisión conceptual de la ley de modo de lograr la correcta aplicación y cumplimiento de ésta.

En efecto, los decretos no pueden establecer nuevos mandatos normativos —extensivos o restrictivos de los contenidos de la ley—, salvo aquellos aspectos meramente instrumentales (por ejemplo, cuestiones de organización o procedimiento) que no alteren el contenido del texto ni el sentido legal. Asimismo, el decreto no puede restringir las situaciones favorables creadas por la ley o, en su caso, ampliar las que fueren desfavorables, por caso limitar más los derechos regulados o exigir otras cargas más allá del mandato legislativo.

Cabe aclarar que el *grado de extensión de las bases y, por tanto como contracara, del reglamento de ejecución* a fin de completar los detalles de aquéllas es variable toda vez que no puede fijarse *a priori* y según criterios absolutos, sino que su relatividad *depende de las siguientes directrices*.

1. El criterio de esencialidad o sustantividad. Este criterio de sustantividad o esencialidad del objeto regulatorio y su alcance —campo propio del Poder Legislativo— debe definirse por las siguientes pautas:

- a) *las reglas constitucionales específicas* que exigen mayor sustantividad. Así, por ejemplo, el campo penal y tributario. En efecto, el grado de extensión del círculo central debe ser mucho mayor aquí que, por caso, en el ámbito del empleo público;
- b) *la distinción entre las actividades de regulación* estatal (mayor contenido y desarrollo en su objeto y finalidad) *y las actividades de prestación* (menos sustantividad);
- c) *la relación con los derechos fundamentales* (si por caso, el objeto repercutiese sobre éstos, cabe predicar más sustantividad o esencialidad); por ejemplo, si el marco regulador afectase derechos o previese controles mínimos;
- d) *las características o naturaleza de las materias* (si el objeto a regular fuese cambiante y dinámico debe reconocerse menos sustantividad);
- e) *las características del procedimiento de aplicación de la ley* (más o menos debate; más o menos participación); por tanto, si el trámite de aplicación de la ley es más participativo y debatido, es posible exigir menos sustantividad pues, al fin y al cabo, éste reproduce los valores propios del procedimiento parlamentario; y, finalmente,
- f) *el poder responsable de la aplicación de la ley*. Así, si se tratase del Poder Ejecutivo en su propio ámbito, el poder regulatorio complementario es mayor y las bases menor; por el contrario, si se aplicase sobre situaciones jurídicas o en el ámbito del Poder Judicial, su alcance (bases) es evidentemente mayor.

2. La previsibilidad del mandato y sus consecuencias. El núcleo o sustancia (esencia) debe determinar claramente cuál es el mandato y cuáles son sus consecuencias; es decir, la claridad debe extenderse sobre toda la estructura de la regla jurídica (esto es: los supuestos de hecho y las consecuencias). Esta idea se construye desde los principios de certeza y seguridad jurídica. *En síntesis, mayor regulación sustantiva es, por tanto, mayor previsibilidad.*

Sin perjuicio de lo expuesto, es importante advertir *las contrariedades de los principios de legalidad y de reserva de ley*, a saber: las cláusulas generales, los conceptos indeterminados y los poderes discrecionales, además de las prácticas institucionales. Ante tales dificultades, se planteó la idea de sustituir el postulado de reserva de ley por el de *reserva de norma jurídica*. Por nuestro lado, creemos que este concepto es insuficiente por cuanto es necesario repensar y reformular el principio más básico de división de poderes y no solo el vínculo entre Legislativo/Ejecutivo en el ámbito regulatorio.

A su vez, entre los antecedentes de la Corte cabe citar el caso "Gentini" (2008) en donde el Tribunal sostuvo que "es inherente a la naturaleza jurídica de todo decreto reglamentario su subordinación a la ley de lo que se deriva que con su dictado no pueden adoptarse disposiciones que sean incompatibles con los fines que se propuso el legislador, sino que solo pueden propender al mejor cumplimiento de sus fines". Y, en el caso puntual, afirmó que "es evidente que el artículo 4 del decreto 395/92, al establecer que las licenciatarias no estaban obligadas a emitir los bonos de participación en las ganancias, desatendió la finalidad de proveer al mejor cumplimiento del mandato legal contenido en el [artículo 29](#) de la [ley 23.696](#) [emitir bonos de participación en las ganancias], en la medida en que no sólo no se subordinó a la voluntad del legislador allí expresada en forma inequívoca ni se ajustó al espíritu de la norma para constituirse en un medio que evitase

su violación, sino que —por el contrario— se erigió en un obstáculo al derecho reconocido a los trabajadores, frustratorio de las legítimas expectativas que poseían como acreedores".

Examinado ya el terreno material de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, resta analizar con mayor detalle y precisión su *ámbito subjetivo*; es decir, el órgano titular de su ejercicio. Si bien es cierto que el Presidente conserva el poder de dictar los reglamentos de ejecución, según el inciso 2 del artículo 99 de la Constitución Nacional, el Jefe de Gabinete —a su vez— expide los reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que reconoce a su favor el artículo 100, CN, y las que le delegue el Presidente.

Aquí, cabe señalar que la potestad de dictar normas de ejecución que compete, en principio y por disposición constitucional al **Presidente** y al **Jefe de Gabinete**, puede ejercerse por sí o trasladarse a los órganos inferiores.

En efecto, el legislador puede, entre sus facultades implícitas, delegar el ejercicio del poder regulatorio reglamentario que, tal como sostuvimos anteriormente es de carácter concurrente entre éste y el Poder Ejecutivo, en los órganos inferiores de la Administración y, entre ellos, a los Ministros. A su vez, el Poder Ejecutivo puede también delegar en cada caso particular el poder de fijar los detalles o pormenores de la ley ya sancionada por el Congreso.

De todos modos, el ejercicio de la potestad normativa (regulación reglamentaria) por una habilitación legal en los órganos inferiores no puede, en ningún caso, tacha o limitar la potestad reglamentaria y el poder jerárquico del Presidente.

En síntesis, y según hemos expuesto, el poder reglamentario de los órganos inferiores de la Administración no tiene el alcance de un poder originario sino derivado, en virtud de habilitaciones legislativas o delegaciones del propio poder administrador (Poder Ejecutivo), y —además— complementario de la ley y del decreto reglamentario.

VI.5. Los reglamentos delegados

Otro de los tipos de decreto, en el marco de la potestad regulatoria del Poder Ejecutivo, es el de los decretos delegados, entendiéndose por tales a los actos de alcance general que dicta el Presidente sobre materias legislativas, previa autorización del Congreso. Aquí, evidentemente, el Poder Ejecutivo ingresa en el círculo central propio del legislador.

Es decir, el legislador traspasa al Ejecutivo materias propias que, en vez de ser regladas por ley a través del trámite parlamentario, son reguladas por el Presidente por medio de decretos. Entramos aquí en un campo claramente distinto del anterior, esto es, el campo regulatorio legislativo. Por tanto, debemos distinguir entre la ley de delegación (es decir, la ley que transfiere competencias legislativas) y el decreto delegado (esto es, la ley dictada por el Ejecutivo en virtud de la ley de delegación que completa el círculo central).

La delegación legislativa es una alteración circunstancial y excepcional del sistema de división y equilibrio entre poderes que prevé el propio texto constitucional. En otras palabras, el instituto de la delegación amplía el ámbito regulatorio del Poder Ejecutivo, exceptuándose así del modelo ordinario de distribución de competencias constitucionales entre ley y decreto (Congreso/Poder Ejecutivo).

Debe agregarse que la Constitución Nacional de 1853/60 nada decía con respecto a los decretos delegados.

Antes de continuar con la descripción del régimen propio de los *decretos delegados*, conviene quizás distinguir conceptualmente entre éstos y los *reglamentos de ejecución*.

Estos últimos, tal como sostuvimos anteriormente, son los que dicta el Presidente en ejercicio de las competencias que prevé el inciso 2 del artículo 99, CN, para reglamentar los detalles de las leyes sancionadas por el Congreso. No se trata, pues, de una competencia legislativa asumida por el Ejecutivo en razón de una habilitación legal, sino de una facultad propia del Presidente y cuyo rango normativo debe ubicarse por debajo de las leyes.

Por su parte, los decretos delegados son de naturaleza legislativa (círculo central o esencial) y dictados por el Poder Ejecutivo en virtud de una transferencia de competencias del legislador.

Así, los decretos de ejecución reglan los detalles de la ley y los decretos delegados regulan cuestiones sustanciales de acuerdo con las bases que fije el propio legislador, y en sustitución de las competencias legislativas. De modo que aquí el círculo central no está cubierto sólo por la ley sino por la ley (ley de delegación) y el decreto delegado. Luego, el Poder Ejecutivo puede dictar el decreto reglamentario sobre los pormenores (círculo periférico).

Es decir, el decreto delegado ingresa en el núcleo o centro de las materias, regulándolo. En otras palabras, el decreto delegado no se detiene en el campo de las periferias o complementos sino que irrumpe en el ámbito central.

Sin embargo, es difícil distinguir entre ambos tipos de decreto toda vez que resulta sumamente complejo, tal como vimos anteriormente, fijar el límite entre la parte sustancial y el complemento de las materias a regular (situaciones jurídicas). Pues bien, cuando el decreto está ubicado en el círculo periférico, entonces, es reglamentario y si —por el contrario— regula el círculo central es delegado (es decir, de contenido legislativo y no simplemente complementario de las leyes).

Por su parte, los tribunales consideraron durante mucho tiempo que los decretos delegados eran simplemente de carácter reglamentario y que, por tanto, no alteraban el espíritu de las leyes (círculo central). En conclusión, convalidaron las delegaciones desde 1929 hasta 1994, salvo pocos casos de excepción.

En efecto, el criterio de la Corte históricamente fue la aceptación de las delegaciones, pero no de modo abierto y claro, sino justificando el dictado de los decretos legislativos bajo los términos del inciso 2, del artículo 86 (actual art. 99), CN —poder simplemente reglamentario—. Más aún, la Corte negó muchas veces y expresamente la validez de la delegación de las potestades legislativas. Sin embargo, por otro lado, convalidó que el Poder Ejecutivo dictase innumerables decretos claramente legislativos encubriéndolos bajo el título de los decretos reglamentarios.

Como ya dijimos, la Constitución de 1853/60 no decía nada sobre los decretos delegados. ¿Cómo es posible, entonces, justificar en ese marco normativo constitucional las transferencias de potestades regulatorias desde el Congreso al Poder Ejecutivo? Si modificamos y corremos el límite entre ley y decreto, ensanchando irrazonablemente el campo del decreto y reduciendo la ley, entonces, es posible de modo oblicuo justificar delegaciones bajo el ropaje de los decretos reglamentarios.

El precedente más paradigmático y que fue seguido por el Tribunal desde entonces (con contadas excepciones como ocurrió con el precedente "Mouviel") hasta 1994, es el antecedente "Delfino" (1927).

En la mayoría de los casos planteados antes de la reforma constitucional, el Tribunal sostuvo que las leyes de delegación y los decretos delegados consecuentes (no llamados así formalmente sino reglamentarios), no constituían verdaderas transferencias de competencias legislativas, sino

que se trataba de un ejercicio razonable del poder regulatorio reglamentario del Presidente (decretos de ejecución de las leyes).

Es decir, la Corte convalidó la delegación de facultades propiamente legislativas a través del argumento falaz de redefinir el límite entre el núcleo y el complemento, más allá de las cláusulas constitucionales. Evidentemente, si reducimos el núcleo y —a su vez— ampliamos el complemento, extenderemos por tanto el marco de las competencias regulatorias del Poder Ejecutivo. Si, por el contrario, admitimos las transferencias de competencias del Legislador a favor del Poder Ejecutivo, también ampliaremos las potestades de este último, aunque en violación del texto constitucional de 1853/60 y, en particular, del principio de separación de poderes.

Cabe recordar también que el Tribunal ya advirtió en el caso antes citado "Delfino", aunque curiosamente no lo reiteró en los fallos posteriores a pesar de su trascendencia, que es realmente difícil discernir entre *el núcleo y el complemento* de las materias a regular. El primero es competencia del Congreso a través de la sanción de las leyes (núcleo); y el segundo corresponde al Poder Ejecutivo en ejercicio de sus potestades regulatorias reglamentarias (complemento). En efecto, ambos poderes concurren por mandato constitucional para reglar una materia pero, obviamente, con un alcance diferente y complementario.

Cierto es también que la Corte introdujo en su línea argumental, por primera vez en el precedente ya citado, el concepto de delegaciones propias e impropias que —luego— sería repetido insistentemente en sus resoluciones posteriores, pero cada vez con menos contenido; es decir, más vacío y sin sentido.

Por eso, quizás, el Tribunal en el año 1993 en el antecedente "Cocchia" intentó reformular esos conceptos jurídicos dándole un nuevo contenido, pero creemos que con mayor confusión e imprecisión conceptual.

Entendemos que es sumamente ilustrativo detenernos en el análisis de la doctrina de la Corte sobre la constitucionalidad de los decretos delegados.

Así, es posible señalar que los principios rectores de la Corte (fallos "Delfino", "Arpemar" y "Cocchia", entre otros), durante este período (1929/1993) fueron los siguientes.

- A) "El Congreso no puede delegar en el poder ejecutivo o en otro departamento de la Administración, ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos y que, desde luego, 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 descargándolo sobre ella".
- B) La ejecución de una política legislativa supone el poder de dictar normas adaptadas a las cambiantes circunstancias sobre todo en materias sujetas a constantes variaciones. Sin embargo, no se trata aquí de delegaciones legislativas sino del ejercicio condicionado y dirigido al cumplimiento de las finalidades previstas por el Legislador.
- C) El Poder Ejecutivo, en ejercicio de las facultades reglamentarias que confiere el artículo 86, inciso 2, CN, puede establecer condiciones, requisitos, limitaciones o distinciones siempre que se ajusten al espíritu de la norma reglamentada o sirvan razonablemente a la finalidad esencial que la ley persigue aun cuando no hubiesen sido previstas por el Legislador de modo expreso. También ha dicho la Corte que la facultad reglamentaria del Ejecutivo comprende las atribuciones de interpretar, completar y asegurar los fines de la ley.

D) Sin embargo, "no es lícito al poder ejecutivo, so pretexto de las facultades reglamentarias que le concede el artículo 86, inciso 2, de la Constitución, sustituirse al legislador y por supuesta vía reglamentaria dictar, en rigor, la ley". También expresó que "si bien los reglamentos integran la ley, ello es así en la medida en que respeten su espíritu, ya que en caso contrario pueden ser invalidados como violatorios del artículo 86, inciso 2, de la Constitución Nacional".

Es claro que la Corte no ha establecido un criterio que nos permita distinguir en qué casos el decreto altera el sentido de las leyes y en qué casos no es así. La fijación clara de la política por el propio Legislador, y el marco entre las opciones legales posibles en el texto legal, son los únicos criterios interpretativos de alcance general que pueden inferirse de la doctrina del Tribunal. De todos modos, estas pautas han sido desarrolladas con un criterio sumamente casuístico.

Sin perjuicio de ello, cierto es que el Tribunal durante ese período —como ya dijimos y repetimos aquí a título de conclusión— convalidó de modo indirecto delegaciones cada vez más amplias de facultades legislativas en el Presidente, encubriéndolas como simples detalles de las leyes dictadas por el Congreso.

La **reforma constitucional de 1994** introdujo otro escenario jurídico. Veamos: ¿qué dice la Constitución actual sobre los decretos delegados?

El texto constitucional dispone que "se prohíbe la delegación legislativa en el poder ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca" (artículo 76, CN).

Por su parte, el Jefe de Gabinete debe "refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la comisión bicameral permanente" (artículo 100, inciso 12, CN).

Por último, la Constitución dice que "una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso" (artículo 99, inciso 3, CN).

Recapitulemos. La Constitución establece en su artículo 76 como principio la prohibición del Legislador de transferir potestades regulatorias propias en el Ejecutivo. A su vez, prevé como excepción que el Legislador delegue y, consecuentemente, el Ejecutivo dicte decretos delegados si se cumplen los siguientes requisitos:

- (a) la delegación debe tratar sobre materias determinadas de administración o emergencia pública;
- (b) el legislador debe fijar las bases legislativas; y, por último,
- (c) el legislador debe decir también cuál es el plazo de la delegación (esto es, el término en que el Ejecutivo puede dictar la ley).

Estas previsiones tienen el sentido de que el Poder Legislativo fije un marco dentro del cual el Poder Ejecutivo dicte los decretos legislativos. La ley de delegación debe, entonces, establecer cuáles son concretamente las materias delegadas, las bases específicas y el plazo en el que el Ejecutivo puede ejercer las potestades legislativas transferidas mediante el dictado de los respectivos decretos.

Cabe aclarar que en el texto del artículo 76, CN, al igual que en tantos otros, existen indeterminaciones. Por ello, es necesario recurrir al método sobre interpretación de las normas constitucionales que nos permite integrar el modelo jurídico en términos razonables, profundos y coherentes (en particular, los principios rectores). El principio rector, tal como ya dijimos, es el sistema democrático y, en particular, éste como sucedáneo del discurso moral, esto es, su valor epistémico. En consecuencia, la interpretación más razonable, conforme el principio democrático, es aquélla que favorece la participación del Congreso en el dictado de las regulaciones.

En otras palabras, la Constitución exige los siguientes requisitos respecto de los decretos delegados:

1) El **requisito material**: esto es, materias determinadas de administración o emergencia pública.

En cuanto a la definición del concepto de *administración*, veamos en primer lugar cuáles son las materias prohibidas. Así, pues, las *materias prohibidas* en el ámbito de las delegaciones legislativas son las siguientes: 1) las cuestiones penales, tributarias, electorales y de partidos políticos. En efecto, éstas están excluidas de las delegaciones legislativas por aplicación analógica del inciso 3 del artículo 99, CN; 2) las materias sobre las que la Constitución exige el principio de legalidad con carácter expreso, específico y formal. Sin embargo, las facultades que prevé el artículo 75, CN, ("corresponde al Congreso...") no están incluidas en este mandato prohibitivo porque aquí el principio de reserva es genérico y, en ciertos casos, residual; 3) los supuestos en que el Convencional estableció mayorías especiales para el ejercicio de las potestades legislativas; 4) cuando una de las dos Cámaras del Congreso debe actuar como Cámara de origen; 5) las competencias que —si son ejercidas por el Ejecutivo— resultan desnaturalizadas en razón de su carácter o contenido (por ejemplo, las potestades de control del Congreso); 6) las facultades materialmente administrativas del Congreso (verbigracia: los nombramientos de funcionarios, la concesión de amnistías generales y la declaración de guerra, entre otras); 7) los actos complejos en los que intervienen el Presidente y el Congreso (por ejemplo, la negociación, firma, aprobación y ratificación de los tratados).

En síntesis, *el Poder Legislativo no puede transferir las atribuciones de gobierno, administración, jurisdiccionales, de control y constituyentes*. A su vez, es obvio que el Congreso no puede delegar la facultad de fijar las bases, ni el plazo de ejercicio del poder regulatorio transferido.

Hasta aquí hemos definido cuáles son las materias que no pueden ser objeto de delegación del Congreso a favor del Poder Ejecutivo (materias prohibidas). Sin embargo, nos falta analizar cuáles son las *materias comprendidas en el concepto de Administración* que prevé el texto constitucional, es decir, las materias permitidas en el plano regulatorio.

Según nuestro criterio, las materias de Administración son aquéllas cuyo núcleo es el conjunto de actividades propias, habituales y normales del Poder Ejecutivo, según el ordenamiento vigente. Por ello, pensamos que estas materias son, entre otras, las relativas a las estructuras administrativas, los procedimientos administrativos, los agentes del sector público y las contrataciones del Estado. En otras palabras, el Congreso sólo puede descargar en el Poder Ejecutivo la potestad de regular las materias (es decir, su núcleo) en las que el Estado es parte, esto es, las situaciones jurídicas en que éste tiene intereses propios, exclusivos y directos.

Cabe agregar, en este contexto, que las materias de Administración son obviamente aquellas relativas a la Administración Pública y de competencia exclusiva del Congreso. En efecto, si se tratase de facultades propias del Presidente (poder regulatorio reglamentario), su regulación debe hacerse por medio de los decretos reglamentarios del Ejecutivo y no a través de los decretos delegados.

Dicho esto, debemos preguntarnos sobre el alcance del **concepto de emergencia pública** que autoriza al Poder Legislativo, en razón de las situaciones de hecho excepcionales y extraordinarias, a delegar competencias propias en el Poder Ejecutivo.

En este supuesto (emergencias públicas), también existe el límite negativo en razón de las materias (así, el artículo 99 en su inciso 3, CN; el principio de legalidad; las mayorías o procedimientos especiales; las potestades legislativas de control; las competencias materialmente administrativas; y los actos complejos; entre otros). Pero, ***el resto de las materias (residuo), es parte de las cuestiones que sí puede delegar el Congreso en el Poder Ejecutivo y siempre —claro— en el contexto de las situaciones de emergencia.***

Es decir, aquí no existe contenido positivo (materias comprendidas en el concepto jurídico de emergencias) sino simplemente negativo y residual. Por ello, la emergencia es un concepto residual a diferencia de la administración en los términos del artículo 76, CN. En otras palabras, el estado de emergencia es una situación de hecho que comprende cualquier materia (esto es, todo el círculo de materias, salvo aquéllas vedadas por una interpretación integral del texto constitucional y que hemos mencionado en el párrafo anterior).

Cabe agregar que el **título de emergencia** fue desarrollado extensamente por la Corte. En efecto, este Tribunal dijo reiteradamente que la emergencia abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según las circunstancias modales de épocas y sitios. A su vez, este hecho sobreviniente constituye una situación de corte extraordinario que gravita sobre el orden económico y social con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria e indigencia y origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin.

En **conclusión**, las materias de Administración, en el contexto del artículo 76, CN, son las actividades normales u ordinarias del Poder Ejecutivo en su orden interno y en sus relaciones con terceros. Por su parte, el concepto de emergencia es el estado de hecho, extraordinario e imprevisible, creador de situaciones graves y de necesidad.

2) El **requisito subjetivo y de forma**: esto es, el órgano competente y el trámite constitucional.

La Constitución define claramente el aspecto subjetivo propio de las delegaciones legislativas. En efecto, por un lado, el órgano delegante es el Legislativo y, por el otro, el órgano delegado es el Poder Ejecutivo.

En principio, el Presidente —según nuestro criterio— no puede subdelegar en sus órganos inferiores las potestades legislativas transferidas por el Congreso. Es más, creemos que, aun cuando el Congreso autorice expresamente la subdelegación de las facultades legislativas por el Presidente en sus órganos inferiores, este cuadro es inconstitucional. En síntesis, el Presidente no puede delegar por decreto competencias regulatorias legislativas y, asimismo, la ley de delegación tampoco puede autorizarle a trasladar las potestades materialmente legislativas en sus órganos inferiores.

El otro aspecto, es si el Congreso puede delegar directamente sus facultades en los órganos inferiores de la Administración; creemos que tampoco es posible en el marco constitucional vigente (art. 76, CN).

Entonces, el Presidente no puede en ningún caso —según nuestro parecer— subdelegar competencias legislativas en los órganos inferiores, ni siquiera con autorización del Congreso.

Sin embargo, cabe aquí recordar que la Corte convalidó la subdelegación de facultades legislativas en los órganos inferiores en el precedente "Comisión Nacional de Valores c. Terrabusi" (2007). En igual sentido, el Tribunal dijo en el caso "YPF c. ESSO" (2012) que "las

atribuciones especiales que el Congreso otorga al Poder Ejecutivo para dictar reglamentos delegados, pueden ser subdelegadas por éste en otros órganos o entes de la Administración Pública, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida Sin embargo, y en esto asiste razón a los apelantes, no resulta suficiente invocar una ley genérica o poco específica para justificar que la subdelegación se encuentra permitida...". Y agregó que "no puede entenderse que la delegación se encontraba permitida con el simple argumento de que el entonces vigente artículo 14 de la ley de ministerios autorizaba en forma genérica al Poder Ejecutivo Nacional a delegar facultades en los ministros". Asimismo, tampoco "resulta suficiente la invocación al [artículo 97](#) de la [ley 17.319](#), pues esta norma se limita a disponer que la entonces Secretaría...es la autoridad de aplicación de dicha ley".

Es decir, *según la Corte, la subdelegación es válida siempre que esté autorizada por el propio legislador.*

En cuanto al trámite constitucional cabe señalar que, por un lado, el procedimiento que debe seguir la ley de delegación es el trámite de formación y sanción de las leyes que establece el Capítulo V, de la Sección Primera, Título Primero, Segunda Parte de la Constitución.

Por el otro, ¿cuál es el trámite de los decretos delegados? Los decretos delegados deben ser firmados por el Presidente con el refrendo del Jefe de Gabinete y los ministros del ramo. En particular, el artículo 100, inciso 12, CN, establece que el Jefe de Gabinete de Ministros debe refrendar los decretos sobre facultades delegadas por el Congreso.

A su vez, el Jefe de Gabinete debe elevarlo a la Comisión Bicameral, en cumplimiento de la obligación que prevé el artículo 100 (inciso 12) de la Constitución Nacional, pero sin embargo el texto constitucional no establece el plazo en qué debe hacerlo.

3) El **requisito de admisibilidad**: las bases para el ejercicio de la potestad delegada y el plazo en que puede ejercerse.

Las leyes de delegación deben comprender las **bases** y el plazo para el ejercicio de las potestades delegadas. ¿Qué son las bases? El legislador debe fijar el objeto (materias) y el alcance de éste. ¿Cómo se fija el alcance? Por medio de las reglas para el ejercicio de las competencias delegadas, esto es, los mandatos de hacer (obligación de hacer según el modo, tiempo y lugar) y no hacer (prohibición de hacer) dirigidos al Poder Ejecutivo.

En efecto, las bases deben comprender las directrices para el dictado de las normas de delegación; es decir, los principios y criterios que debe seguir el Poder Ejecutivo en el ejercicio de las potestades legislativas delegadas. Así, las bases son el conjunto de directivas precisas, singulares e inequívocas; sin perjuicio de que el Ejecutivo pueda optar entre dos o más regulaciones plausibles en el marco de las delegaciones, según el propio mandato del legislador.

La ley de delegación no sólo debe autorizar al Ejecutivo a regular las materias delegadas de diferentes maneras sino que fundamentalmente debe fijar los límites que aquél debe respetar en el ejercicio de las potestades transferidas.

Entonces, las bases legislativas circunscriben el objeto material del decreto delegado y, a su vez, definen especialmente cómo el Ejecutivo debe regular ese objeto.

En verdad, las bases son sumamente importantes porque, *por un lado*, salvaguardan el principio de división de poderes toda vez que aun cuando el Ejecutivo ejerza atribuciones legislativas debe hacerlo según el mandato previamente impartido por el Congreso. Y, *por el otro*, configuran el criterio para el ejercicio de las competencias legislativas y para el control

parlamentario y judicial de los decretos delegados (esto es, si tales reglamentos se dictaron de conformidad con las pautas legislativas previamente fijadas por el órgano competente).

En síntesis, el legislador debe precisar la materia y, a su vez, las cuestiones o aspectos puntuales. Dicho en otras palabras, el legislador debe contestar los siguientes interrogantes: ¿cuál es concretamente la materia delegada? y ¿cuáles son las cuestiones relativas a la materia delegada que el Ejecutivo puede regular mediante los decretos respectivos? Esto constituye el *límite material externo*.

A su vez, el legislador también debe fijar el modo de regulación de las materias legislativas delegadas y el fin que se persigue, esto es, los principios y criterios que ha de seguir el Ejecutivo (*límites materiales internos*), o sea las reglas de fondo y las directivas.

De modo que el ***legislador debe, por un lado, fijar las materias y los aspectos específicos a delegar y, por el otro, los principios y criterios básicos que debe seguir el Poder Ejecutivo — entre ellos el fin que se persigue —***.

En síntesis, las bases son: el contenido, la extensión y, además, el fin mismo del traspaso.

La ley de delegación también debe prever, por orden del Convencional, el ***plazo*** para el ejercicio de las potestades delegadas; es decir, el Presidente sólo puede dictar los decretos delegados dentro de ese término.

Si la ley no establece tiempo, entonces es, sin dudas, inconstitucional. Cabe sí aclarar que el plazo puede ser expreso o implícito, pero en ambos casos debe ser preciso con respecto a los términos de inicio y fin del tiempo de su ejercicio.

A su vez, cabe aclarar que el plazo de delegación que prevé el artículo 76, CN, sólo comprende el término temporal en que el Presidente puede dictar los decretos delegados, pero no el plazo de vigencia de éstos en el marco del ordenamiento jurídico. En efecto, el plazo del decreto delegado (vigencia) es sin solución de continuidad.

Finalmente, y siguiendo con nuestro razonamiento, cabe preguntarse cuál es la incidencia de las delegaciones de facultades respecto del ejercicio simultáneo de esas mismas potestades por el Congreso, esto es, con igual ámbito material y temporal. Es decir, el Legislador ¿debe inhibirse de ejercer las competencias transferidas a favor del Ejecutivo durante el plazo de las delegaciones? La respuesta es obviamente que no, porque el traspaso sólo supone una autorización al Presidente para que éste regule determinadas materias, pero de ningún modo la renuncia al ejercicio de esas potestades por el Congreso.

4) El **requisito de control**: esto es, la intervención de la Comisión Permanente y el pleno de las Cámaras.

Es sabido que nuestro ordenamiento constitucional prevé aquí un doble control. Por un lado, el control judicial mediante el debate de casos concretos y, por el otro, el control legislativo.

En particular, el texto constitucional dice que la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición debe respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara, ejerce el control sobre los decretos delegados. Asimismo, "una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso".

Respecto del control legislativo de los decretos delegados, los aspectos más controvertidos son los siguientes: (a) si la falta de integración de la Comisión Bicameral es condición de invalidez del decreto; (b) si el control sólo se refiere a la constatación por parte del Congreso del cumplimiento de los aspectos jurídicos (las bases de la delegación, el plazo y las materias vedadas) o también comprende la oportunidad, mérito o conveniencia del decreto legislativo; y, finalmente, (c) si el control del Congreso es previo o posterior.

El primer tema ha sido objeto de debate y decisión por la Corte. En efecto, los jueces sostuvieron que la ***falta de constitución y reglamentación legal de la Comisión*** no es óbice para que el Poder Ejecutivo ejerza las facultades que reconoce el propio texto constitucional (caso "Verrocchi", 1999). Cabe añadir que, actualmente, está constituida la Comisión Bicameral.

En segundo lugar, el ***alcance del control que ejerce el Congreso*** debe ser el más amplio posible porque el principio rector es el papel central del Legislador en el proceso de formación de las leyes.

Finalmente, debemos aclarar que el control del Congreso es ***posterior*** porque el sentido de este instituto es que el Ejecutivo dicte normas de contenido legislativo por su celeridad e idoneidad, sin perjuicio del control parlamentario. Por el contrario, ¿cuál es el sentido de que el legislador descargue sus competencias en el Presidente si los actos dictados en su consecuencia sólo comienzan a regir a partir del momento en que aquél apruebe el acto del Ejecutivo? Por ello, el control es claramente posterior.

Hasta aquí hemos detallado el marco constitucional, veamos ahora la ***ley sobre el "régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes"***, sancionada por el Congreso en el año 2006 ([ley 26.122](#)).

¿Qué dice la ley sobre los decretos delegados?

1. *El decreto delegado tiene plena vigencia desde su publicación*, según el artículo 5 del Código Civil y Comercial. Es decir, "las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen".

2. *Las bases de la delegación no pueden ser reglamentadas por el Ejecutivo.*

3. *El Ejecutivo debe elevar el decreto a la Comisión Permanente en el plazo de diez días desde su dictado.*

En este contexto, cabe preguntar: ¿cómo es la integración y el funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente? La Comisión está integrada por ocho diputados y ocho senadores, designados por el Presidente de sus respectivas Cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios, respetando la proporción de las representaciones políticas. Los integrantes duran "en el ejercicio de sus funciones hasta la siguiente renovación de la Cámara a la que pertenecen y pueden ser reelectos".

4. *La Comisión debe expedirse y elevar el dictamen sobre "la validez o invalidez del decreto" y, en particular, "la procedencia formal y la adecuación del decreto a la materia y a las bases de la delegación, así como también al plazo fijado para su ejercicio"*, en el término de diez días. Vencido éste sin que la Comisión hubiese cumplido su mandato, "las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate de conformidad con lo establecido en los artículos 99, inciso 3, y 82 de la Constitución Nacional".

En efecto, la Comisión debe remitir su dictamen en el plazo de diez días ante el pleno, computado desde la recepción del decreto; es decir, la Comisión debe dictaminar y elevar su

dictamen en ese término. En efecto, el artículo 19 de la ley señala que la Comisión "tiene un plazo de diez días hábiles contados desde la presentación efectuada por el Jefe de Gabinete, para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración y elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras".

Finalmente, cabe aclarar que la Comisión Parlamentaria sólo ejerce potestades de asesoramiento ante el pleno de las Cámaras y, por lo tanto, compete a éstas aprobar o rechazar los decretos legislativos.

5. Las Cámaras deben darle tratamiento expreso e inmediato.

La ley agrega que "las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones" y que "cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento de forma inmediata". Así, luego del trámite por ante la Comisión o vencido el plazo respectivo, las Cámaras deben analizar el decreto y expedirse sobre su validez.

El Pleno no tiene plazo para pronunciarse, sino que el Legislador simplemente nos dice que el Congreso (o sea, el Pleno) debe "darle inmediato y expreso tratamiento".

6. El rechazo o aprobación de los decretos debe ser expreso, según el artículo 82, CN, y contar con el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara.

7. Las Cámaras no pueden introducir modificaciones en el texto del decreto.

8. El rechazo por ambas Cámaras del Congreso supone derogar el decreto, "quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia".

9. Por último, *este régimen no obsta al "ejercicio de las potestades ordinarias del Congreso* relativas a la derogación de normas de carácter legislativo emitidas por el Poder Ejecutivo".

El aspecto más controvertido de la ley es que las Cámaras no tienen plazo para expedirse sobre la validez de los decretos delegados y que, mientras tanto, éste sigue vigente sin solución de continuidad, creando así derechos y consolidando situaciones jurídicas. Además, *el decreto sólo puede ser rechazado por mandato expreso de ambas Cámaras*.

Es decir, el decreto delegado continúa vigente, según el texto de la ley, salvo que fuese rechazado en términos expresos y por ambas Cámaras del Congreso.

El *análisis crítico de la ley* nos permite decir entonces que: (a) el Legislador sólo reguló básicamente el procedimiento de los decretos delegados y no otros aspectos sustanciales de este instituto; (b) en efecto, el texto no incorporó, entre otros, los siguientes asuntos especialmente relevantes, esto es: el contenido de los conceptos de administración o emergencia pública; el marco y alcance de las bases y el plazo; las nulidades de los decretos (causales y consecuencias); y el criterio a seguir respecto de las subdelegaciones. A su vez, (c) el legislador no previó el plazo en el que el Congreso debe expedirse y, además, reguló el instituto del silencio legislativo en términos de convalidación del decreto.

Por último, el legislador regló otros aspectos de trámite que no compartimos. Entre ellos: los efectos en caso de rechazo del Congreso (reconocimiento de los derechos adquiridos y, por tanto, el efecto no retroactivo de su invalidez); y las consecuencias en el supuesto de desacuerdo entre las Cámaras legislativas (continuidad del decreto).

Por nuestro lado, entendemos que el legislador debió prever el plazo en que el Congreso debe expedirse y, en caso de vencimiento de éste, interpretarlo como rechazo del decreto. A su vez, el rechazo (expreso o implícito) de cualquiera de las Cámaras debió entenderse como invalidez del decreto, más allá del criterio de la otra Cámara. Sin embargo, la [ley 26.122](#), tal como explicamos en los párrafos anteriores, siguió otro camino evidentemente más permisivo.

En cuanto a **los efectos del rechazo del decreto por el Congreso**, cabe señalar que si *la ley de delegación no cumple con los recaudos constitucionales* es, entonces, un acto legislativo inválido. Es obvio que si el antecedente es inválido (la ley), el consecuente sigue igual suerte (invalidez del decreto legislativo). Así, la consecuencia lógica de la nulidad de la ley de delegación es la invalidez de los decretos legislativos consecuentes.

Sin embargo, el aspecto aquí controvertido es cuáles son los efectos en caso de *rechazo legislativo del propio decreto delegado*. Hemos dicho que el Congreso debe decidir de modo inmediato y expreso sobre el decreto y su validez. En este contexto puntual, el Congreso ya no puede invalidar el decreto por los vicios de la ley de traspaso de potestades legislativas sino por los vicios del propio decreto.

Creemos que el efecto, en caso de *invalidación del decreto* por el Congreso (inconstitucionalidad) debe ser retroactivo, nulificando las relaciones jurídicas nacidas bajo su amparo. Es decir, el efecto de su extinción comprende también el pasado. Por el contrario, si el Congreso no comparte el modo en que el Ejecutivo ejerció las competencias delegadas, sin perjuicio de haberlo hecho en el marco de la legalidad constitucional, el rechazo de los decretos delegados sólo debe tener efectos hacia el futuro por tratarse de *razones de oportunidad*.

Por su parte, la [ley 26.122](#), más allá de nuestro parecer, dice claramente que el rechazo del decreto delegado, sin distinguir entre sus motivos (validez u oportunidad) ni clases de nulidades (absolutas o relativas), solo tiene efectos en el futuro. Así, el artículo 24 establece que "el rechazo por ambas cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2 del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia".

VI.6. Los decretos delegados en la jurisprudencia de la Corte luego de 1994

La Corte se expidió después de la reforma constitucional de 1994 por primera vez y en términos claros respecto del alcance e interpretación del nuevo artículo 76, CN, (delegación de facultades legislativas) en los autos "Provincia de San Luis c. Estado Nacional" (2003). Más adelante, el Tribunal se pronunció en los casos "Selcro", "Aviación Mexicana", "Colegio Público de Abogados" y "Camaronera", que luego analizaremos con detalle.

En el primer caso ("Provincia de San Luis"), los jueces sostuvieron que la [ley 25.561](#) de emergencia delegó en el Poder Ejecutivo el ejercicio de ciertas facultades con múltiples limitaciones, a saber: a) el ámbito material de emergencia (materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria); b) el plazo (hasta el 10 de diciembre del 2003); y c) los fines a cumplir (entre otros, el reordenamiento del sistema financiero, bancario y cambiario, la reactivación de la economía y el mejoramiento del nivel de empleo).

En particular, la ley de delegación dispuso —en el aspecto que aquí interesa— que el Presidente "dispondrá las medidas tendientes a *preservar el capital perteneciente a los ahorristas* que hubieren realizado depósito en entidades financieras a la fecha de entrada en vigencia del decreto 1570/01, reestructurando las obligaciones originarias de modo compatible

con la evolución de la solvencia del sistema financiero. Esa protección comprenderá a los depósitos efectuados en moneda extranjera".

Por su parte, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 214/02 dentro del ámbito de la emergencia declarada por el Congreso y, por tanto, debió seguir las bases legislativas respectivas ([ley 25.561](#)). Puntualmente, el decreto estableció que los depósitos en dólares debían ser devueltos en pesos según el siguiente criterio: por cada dólar depositado, un peso más el coeficiente de actualización (CER). De modo que al ahorrista que había depositado en dólares se le devolvía una suma en pesos que le permitía comprar menor cantidad de dólares.

Así las cosas, la Corte señaló que "el Congreso fijó una pauta precisa, que fue desatendida por el Poder Ejecutivo nacional al dictar el decreto 214/02. El Poder Legislativo, conforme al texto legal, sólo lo había habilitado a actuar para afrontar la crisis, con la limitación de preservar el capital perteneciente a los ahorristas". En el mismo sentido, agregó que "la legislación de referencia sólo ha permitido la pesificación de las deudas 'con' el sistema financiero y no 'del' sistema financiero".

Es decir, en términos de conclusión, el decreto delegado dictado por el Ejecutivo (decreto 214/02) no respetó las bases ordenadas por el legislador y, consecuentemente, fue declarado inválido por la Corte.

Por último, cabe recordar que si bien en el caso "Bustos" la Corte volvió sobre sus propios pasos respecto de la constitucionalidad del corralito y la pesificación de los depósitos (esto es, declaró su constitucionalidad), cierto es también que no dijo nada sobre los decretos delegados y cómo debe interpretarse el modelo constitucional en este aspecto.

En el precedente "Selcro" (2003), la Corte sostuvo que: a) "al tratarse de una facultad exclusiva y excluyente del Congreso, resulta inválida la delegación legislativa efectuada por el segundo párrafo del [artículo 59](#) de la [ley 25.737](#), en tanto autoriza a la Jefatura de Gabinete de Ministros a fijar valores o escalas para determinar el importe de las tasas sin fijar al respecto límite o pauta alguna ni una clara política legislativa para el ejercicio de tal atribución"; b) "ni un decreto del Poder Ejecutivo ni una decisión del Jefe de Gabinete de Ministros pueden crear válidamente una carga tributaria"; y, finalmente, agregó que c) "no pueden caber dudas en cuanto a que los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional... autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo".

El razonamiento judicial es simple y claro: el Legislador no puede delegar competencias de regulación en el ámbito tributario porque es uno de los terrenos materiales vedados por el Convencional en virtud del principio de legalidad.

Más adelante, en el antecedente "Mexicana de Aviación S.A. c. PEN — Ministerio de Defensa s/ Amparo" (2008) la Corte distinguió entre los conceptos de tasas y precios. Así, dijo el Tribunal que la "tasa se relaciona, primordialmente, con servicios y actividades inherentes a la existencia misma del Estado, que éste no puede dejar de prestar". Por tanto, la estructura jurídica de las tasas es análoga a los impuestos.

Por el contrario, el precio se identifica "con una retribución por servicios cuya causa inmediata se encuentra en la ventaja o provecho económico que se proporciona a quien se vale de ellos".

En el marco del presente caso, ciertas **tasas** bajo análisis (aterrizaje, estacionamiento y uso de pasarelas) revisten el carácter de **precio** y, por tanto, "su determinación no estaba sujeta al principio de legalidad en materia tributaria, de manera que la aclaración llevada a cabo por el decreto 577/02 es el resultado del ejercicio de las atribuciones reconocidas al Poder Ejecutivo

en las [leyes 13.041](#) y 20.393 en las que se lo autorizó tanto a fijar contribuciones por servicios vinculados a los aeropuertos como a emplear una divisa internacionalmente aceptada como medio de pago de las tarifas".

Sin embargo, otras **tasas** (protección al vuelo y apoyo al aterrizaje) constituyen verdaderas **tasas** en tanto "el Estado organiza esos servicios en vistas de finalidades sustancialmente colectivas, constitutivas de una de sus funciones esenciales, que apuntan... a preservar la seguridad de las personas y bienes... y por ello deben ser consideradas tasas sujetas al principio de reserva legal". Estas tasas fueron creadas por ley del Congreso y, luego, el Poder Ejecutivo sólo aclaró que los valores debían ser fijados en dólares. Por tanto, "no creó ni innovó en materia tributaria sino que tan sólo aclaró los criterios aplicables para su percepción, en ejercicio de las facultades que resultaban del marco jurídico precedentemente descrito, de manera que no modificó aspectos sustanciales del tributo...".

Este caso judicial es sumamente ilustrativo porque el punto en debate es la distinción entre los aspectos sustanciales y secundarios de los tributos (núcleo y complemento). Así, puntualmente, el tema controvertido es el siguiente: ¿el poder de fijar las tasas aeroportuarias en dólares estadounidenses, en tanto el Congreso autorizó al Ejecutivo a emplear una divisa internacionalmente aceptada como medio de pago, es un aspecto sustancial o simplemente secundario del tributo creado? Tengamos presente que si este aspecto es sustancial, entonces, el legislador no puede delegarlo por tratarse de tributos.

El voto mayoritario sostuvo que el Ejecutivo "no creó ni innovó en materia tributaria sino que tan sólo aclaró los criterios aplicables para su percepción", y concluyó que el Poder Ejecutivo "no modificó aspectos sustanciales del tributo, pues, de ser así ello no hubiese tenido cabida".

Este precedente reabrió el debate originario y central que planteamos en este capítulo bajo la Constitución de 1853/60, esto es, *cómo distinguir entre el núcleo que es propio del Congreso y los detalles que debe regular el Poder Ejecutivo*.

Creemos que, como ya explicamos, si trasladamos aspectos centrales desde el núcleo hacia el círculo periférico, trasvasamos competencias legislativas al campo del Poder Ejecutivo de modo oblicuo y sin delegaciones formales. De modo que si superponemos materialmente ambos círculos —sea de modo total o parcial—, el Presidente puede regular el núcleo *so pretexto* de dictar los detalles de la ley. En suma, es una cuestión básica establecer la línea divisoria entre el núcleo y los detalles. Pues bien, ello depende del **mandato constitucional**, las **propiedades de las materias** objeto de regulación y las **circunstancias del caso**.

A su vez, en el precedente "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal" (2008) la Corte consideró y trató las dos líneas argumentativas centrales del Estado en sus presentaciones judiciales. En primer término, el Estado sostuvo que la [ley 23.187](#) se refiere sólo al ejercicio profesional privado, mientras que el decreto impugnado ([decreto 1204/01](#)) reglamentó el ejercicio de la abogacía pública —cuestión que está comprendida en la "zona de reserva de la administración"—. Además y en segundo término, el Estado adujo que, de todos modos, el decreto impugnado es válido por haberse dictado en ejercicio de las facultades delegadas por la ley 25.414.

En primer lugar, el Tribunal sostuvo que el texto constitucional refleja claramente que la Convención Constituyente de 1994 mantuvo el principio contrario al ejercicio de facultades legislativas por el Presidente.

Y en particular, respecto del primero de los argumentos, el Tribunal afirmó que el ejercicio de la abogacía (privada o en representación del Estado) "ha sido materia reglada por el Congreso desde los orígenes mismos de la organización nacional". Además, según la Corte, el texto de la [ley](#)

[23.187](#) no distingue entre abogacía pública y privada. En consecuencia, no se trata de una materia cuya regulación sea una facultad propia y exclusiva del Presidente.

Luego, la Corte analizó si el decreto en cuestión puede estar justificado en el marco de las facultades delegadas en el Poder Ejecutivo por el art. 1, inc. f) de la ley 25.414. Al respecto, los jueces dijeron que el art. 76 de la Constitución Nacional establece tres requisitos básicos que deben reunir los decretos delegados: 1) limitarse a "materias determinadas de administración o emergencia pública"; 2) haber sido dictados dentro del plazo fijado; y 3) respetar las bases de la delegación establecidas por el Congreso. A ello se suma un cuarto requisito previsto en el art. 100 inciso 12, CN, esto es, que los decretos sean refrendados por el Jefe de Gabinete y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente.

El Tribunal argumentó que frente a las delegaciones extremadamente amplias e imprecisas, el juez generalmente tiene dos caminos: (a) anular la ley delegante, o (b) interpretar muy restrictivamente su alcance. Entre nosotros, "...a partir del sentido que se buscó asignar al texto constitucional argentino... cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales *si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso* al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate".

"Así, por ser amplia e imprecisa, la delegación no confiere atribuciones más extensas, sino, al revés, a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente". Es decir, cuanto más impreciso sea el mandato legislativo menor es el alcance del campo delegado y, además, en tales circunstancias el interesado debe probar con mayores certezas el nexo entre las delegaciones legislativas y el decreto delegado.

En conclusión, el Tribunal sostuvo que el [decreto 1204/01](#) es una disposición de carácter legislativo dictada fuera de las bases de delegación aprobadas por el Congreso y, por tanto, "violatorio de la prohibición establecida en el artículo 99, inc. 3º, segundo párrafo de la Constitución Nacional".

Por nuestro lado, entendemos que las bases dadas por el Legislador deben ser claras y precisas; más allá de quién y en qué términos deba probarse el nexo entre el mandato legislativo y el decreto delegado. Es que —en verdad— se trata de dos cuestiones distintas, esto es: el mandato en sí mismo y su definición en términos constitucionales (bases) y, luego, el vínculo causal entre éste y el decreto del Presidente.

Finalmente, en el caso "Camaronera Patagónica S.A." (2014) la Corte señaló que "el derecho establecido por la resolución mencionada es por su naturaleza un tributo —específicamente, un impuesto—, más allá de los fines que con él se hayan querido lograr" (la resolución del Ministerio de Economía fijó un derecho de importación).

A su vez, la Corte dijo que "el principio de legalidad o de reserva de ley no es sólo una expresión jurídico formal de la tributación, sino que constituye una garantía sustancial en este campo". Es más, "el principio de reserva de ley en materia tributaria tampoco cede en caso de que se actúe mediante el mecanismo de la delegación legislativa previsto por el art. 76 de la Constitución. En efecto, este tribunal también ha sido contundente al sostener sobre tal punto que no puedan caber dudas en cuanto a que los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (art. 76), autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo".

Sin embargo, "en el ámbito de los derechos aduaneros, cobra relevancia la doctrina según la cual tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y

variables que al legislador le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida". Así, "resulta admisible que el Congreso atribuya al Poder Ejecutivo ciertas facultades circunscriptas, exclusivamente, al aspecto cuantitativo de la obligación tributaria, es decir, autoriza a elevar o disminuir las alícuotas aplicables, siempre y cuando, para el ejercicio de dicha atribución, se fijen pautas y límites precisos mediante una clara política legislativa".

De todos modos, "la resolución cuestionada no se ajusta a los parámetros señalados, pues el aspecto cuantitativo del derecho de exportación queda aquí completamente librado al arbitrio del Poder Ejecutivo". En efecto, "el Congreso Nacional no ha previsto cuál es la alícuota aplicable, ni siquiera mediante el establecimiento de unos baremos máximos y mínimos para su fijación".

Finalmente, la resolución 11/02 es nula, pero la ley posterior 25.645 (más allá de que no haya identificado en forma particular a las normas aprobadas anteriormente por el Poder Ejecutivo) es eficaz, "en relación con los hechos acaecidos después de su entrada en vigencia"; sin embargo, "carece de eficacia para convalidar retroactivamente una norma que adolece de nulidad absoluta e insanable".

En síntesis, la Corte negó la delegación legislativa en materia tributaria, salvo excepciones (por caso cuando el legislador estableciese criterios y pautas por ley) y, a su vez, aceptó la convalidación de normas tributarias dictadas por el Poder Ejecutivo por ley posterior del Congreso y solo con efectos para el futuro.

VI.7. Los decretos de necesidad y urgencia

Los decretos de necesidad y urgencia son las normas de alcance general que dicta el Poder Ejecutivo sobre materias legislativas (regulaciones), sin autorización previa del Congreso. Es decir, la diferencia que existe entre los decretos delegados y éstos es que, en este caso, no existe una habilitación previa del órgano deliberativo.

Los decretos de necesidad tampoco estaban previstos expresamente en el texto constitucional antes de la reforma de 1994. En efecto, el texto de la Constitución de 1853/60 nada decía respecto de los decretos de necesidad, de modo que la interpretación más razonable —quizás la única plausible— es que el Ejecutivo no podía dictarlos. Sin embargo, casi todos los gobiernos de nuestro país recurrieron a la práctica de dictar decretos de necesidad y urgencia.

Cabe recordar que la Corte, antes de la reforma constitucional de 1994, se expidió sobre la validez de tales decretos en el caso "Porcelli" (1989) y, fundamentalmente, en el precedente "Peralta" (1990). En este último se discutió la validez constitucional del decreto dictado por el Poder Ejecutivo que ordenó el congelamiento de los depósitos en dinero a plazo fijo en las entidades bancarias y financieras, públicas y privadas.

Aquí, el Tribunal sostuvo la constitucionalidad del decreto fundándose básicamente en dos argumentos. El *primero* (a): el silencio del Congreso, es decir, el decreto es válido porque el Legislador no se expidió en sentido contrario al decreto cuestionado. Entonces, y según el criterio de la Corte, el Congreso no debe necesariamente pronunciarse a favor del decreto en sentido expreso o implícito, sino que es suficiente con el consentimiento tácito o presunto por silencio.

El *segundo* (b): el hecho de que no existía —en ese contexto— ningún otro remedio que hubiese permitido superar la grave crisis económica y financiera del país. En efecto, si el

Ejecutivo, según el criterio del Tribunal, hubiese remitido un proyecto de ley al Congreso sobre el particular, las medidas propuestas hubiesen resultado ineficaces al tomar estado público, toda vez que los ahorristas hubiesen retirado inmediatamente sus depósitos.

La **Constitución de 1994** dispuso, en su artículo 99, inciso 3, que "el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros".

Luego, la Constitución agrega que "el jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras".

El decreto de necesidad es de carácter extraordinario y provisorio ya que, por un lado, sólo procede cuando estén presentes los supuestos de hecho tasados en el texto constitucional y, por el otro, el decreto debe ser aprobado inmediatamente por el Congreso.

Cabe remarcar que **la Constitución dispone el principio de prohibición del Ejecutivo de dictar normas de contenido legislativo**. En efecto, dice el texto constitucional que el "poder ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo". Este precepto coincide sustancialmente con el concepto que establece el artículo 76, CN, antes citado, en tanto prohíbe la delegación legislativa en el Ejecutivo. Sin perjuicio de ello, el Convencional autorizó el dictado de decretos de necesidad en determinados casos y sobre ciertas materias.

Así, el Convencional —más allá del principio básico de prohibición— establece excepciones, pero para ello debe cumplirse, ante todo, con el presupuesto de habilitación que prevé el artículo 99 en su inciso 3; esto es, la existencia de circunstancias excepcionales que hagan **imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes** (*requisito de admisibilidad*).

En este punto es necesario profundizar y descubrir en qué casos se cumple con el presupuesto de habilitación que exige el Convencional para el dictado de tales actos normativos, es decir, en qué casos existe una circunstancia excepcional que hace imposible seguir el trámite para la formación y sanción de las leyes. Éste es el fundamento de estos decretos.

Veamos. Debe tratarse de una **situación de carácter extraordinario o excepcional** —esto es, un hecho no habitual, imprevisible o difícilmente previsible—. A su vez, este estado de emergencia, por su carácter extraordinario, debe ser necesariamente transitorio. En conclusión, el estado de emergencia no justifica por sí solo el dictado de los decretos si, además, no se cumple con los recaudos que con carácter específico prevé el artículo 99 de la Constitución (imposibilidad de seguir el trámite legislativo ordinario).

La Corte, en sus fallos más recientes y obviamente posteriores a la reforma constitucional de 1994, estableció dos supuestos que, en principio, son los únicos que configuran los casos de excepción que impiden, en términos constitucionales, seguir el trámite parlamentario ordinario. Y, por lo tanto, constituyen el presupuesto necesario para que el Ejecutivo pueda dictar actos materialmente legislativos, sin permiso del Congreso.

Estos casos son, por un lado, y según el criterio del Tribunal, la imposibilidad material de reunir al Congreso para sesionar; y, por el otro, la necesidad de que la medida legislativa tenga carácter rápido y expedito para que resulte eficaz. En efecto, desde el precedente "Verrocchi" la Corte sostuvo que el presupuesto para el dictado del decreto de necesidad es que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse materialmente por razones de fuerza mayor (por caso, acciones bélicas o desastres naturales); y, a su vez, cuando "la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes".

Antes de continuar con este análisis, cabe reflexionar y advertir que, en ningún caso, debe interpretarse que el estado de excepción y la imposibilidad de seguir los trámites legislativos constituyen supuestos de justificación alternativos (esto es, que ante la concurrencia de cualquiera de ambos extremos el Presidente pueda dictar el decreto de contenido legislativo). Sin dudas, se trata de requisitos concurrentes.

Por otra parte, *las medidas estatales dictadas en este contexto deben ser necesarias y urgentes*. El acto es *necesario* cuando la crisis es de suma gravedad y constituye el único medio institucional idóneo para superar la situación excepcional. Es más, la necesidad está vinculada con las circunstancias extraordinarias (inusuales, imprevisibles o de muy difícil previsión). A su vez, el decreto es *urgente* cuando el Estado debe responder de modo súbito o rápido, es decir que éste debe adoptar en términos inmediatos e inaplazables medidas de contenido legislativo y que, en caso de no hacerlo, se causaría un daño sumamente grave.

El carácter necesario y urgente de la decisión supone necesariamente que el Congreso no pueda intervenir o que, en caso de que así lo hiciese, el procedimiento para la formación y sanción de las leyes —en razón de su complejidad y consecuente extensión en el tiempo— hace que las medidas sean ineficaces con el propósito de sortear las circunstancias excepcionales.

Ahora bien, si el Congreso, ante tales circunstancias y habiendo podido expedirse al respecto no lo hizo, entonces el Ejecutivo no puede arrogarse potestades legislativas y dictar el decreto de necesidad consecuente. *El estado de inacción del órgano legislativo por sus propias decisiones y de modo deliberado no puede justificar, en ningún caso, el dictado de decretos legislativos*. En efecto, no debe confundirse el estado de imposibilidad legislativa, que configura un hecho objetivo y contrastable en términos jurídicos y racionales, con la decisión del Congreso, por acción u omisión, sobre cómo regular el estado de emergencia.

Cabe añadir que los decretos sólo pueden comprender las cuestiones que fueren *imprescindibles e inaplazables* para superar el estado excepcional y sólo por un tiempo determinado.

Luego de estudiar cuál es el principio constitucional sobre los decretos de necesidad y sus requisitos básicos, creemos necesario plantearnos cuáles son las materias vedadas (*requisito material*).

Entre nosotros, el Constituyente, tal como surge del texto constitucional, fijó el ámbito material de los decretos de contenido legislativo con alcance negativo. Así, el Poder Ejecutivo no puede emitir disposiciones legislativas sobre determinadas materias. ¿Cuáles son estas materias? El ámbito penal, tributario, electoral y de partidos políticos.

Es decir, en el presente caso (inciso 3 del artículo 99, CN) el principio es la prohibición, salvo los supuestos de permisión que proceden cuando existen circunstancias extraordinarias que hacen imposible seguir los trámites legislativos ordinarios. Sin embargo, el Convencional, a su vez, fijó prohibiciones materiales específicas con el objeto de limitar el campo de las permisiones.

El cuadro, entonces, es el siguiente: a) el Convencional fijó el principio prohibitivo; b) luego estableció el campo de las permisiones en términos de excepción; y, por último, c) determinó ciertas prohibiciones específicas materiales (expresas e implícitas).

Dijimos cuáles son las prohibiciones expresas que contiene el texto constitucional, así los asuntos penales, tributarios, electorales y de partidos políticos. ¿Qué debemos hacer en este estado de nuestro razonamiento? Delimitar cuáles son las prohibiciones implícitas que surgen del sistema constitucional.

El artículo 99, CN, igual que cualquier otra disposición del ordenamiento jurídico, debe interpretarse en términos armónicos con el resto de las normas. Por ejemplo, respecto de los decretos delegados —tal como describimos en los apartados anteriores—, además de los temas enumerados en el inciso 3 del artículo 99 de la Constitución, existen otros asuntos también vedados, tales como aquellos que exigen: a) leyes en términos expresos, específicos y formales; b) mayorías o procedimientos especiales; c) facultades que resultarían desnaturalizadas en caso de ser ejercidas por el Ejecutivo; d) competencias materialmente administrativas; y e) actos complejos. Estos casos de prohibición tampoco pueden ser objeto de decretos de necesidad porque constituyen prohibiciones implícitas.

Luego de analizado el aspecto material, veamos el *requisito subjetivo*. La Constitución dice claramente que el órgano competente para el dictado de los decretos de necesidad es el Presidente, aunque cierto es también que el acto reviste carácter complejo, toda vez que sólo es válido si está acompañado por el refrendo del Jefe de Gabinete de Ministros y, además, es aprobado en acuerdo general de ministros.

El Jefe de Gabinete y los órganos inferiores del Ejecutivo no pueden arrogarse facultades legislativas. Sin embargo, según nuestro criterio casi solitario, el Presidente puede transferir en el Jefe de Gabinete la potestad de dictar disposiciones de carácter legislativo en los términos del inciso 3, artículo 99, CN.

En cuanto al trámite de los decretos (*requisito de forma y control*), cabe señalar que el Jefe de Gabinete debe iniciar el trámite que, luego, sigue en el Congreso. Este procedimiento comprende el dictamen de la Comisión Bicameral Permanente y su elevación ante el pleno de ambas Cámaras para su convalidación mediante el respectivo tratamiento.

En efecto, el trámite constitucional de los decretos es el siguiente: el Jefe de Gabinete, luego del refrendo del decreto —firmado por el Presidente en acuerdo general de ministros—, debe elevarlo en el plazo de diez días a la Comisión. A su vez, ésta (en igual plazo) debe dictaminar y elevar el informe ante el Pleno de ambas Cámaras. Por último, las Cámaras deben tratar el decreto legislativo.

¿Qué dice la **ley 26.122**? La ley establece que la Comisión "debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada cámara para su expreso tratamiento". A su vez, "el dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado".

A su vez, la ley dispone que:

a) "en caso de que el Jefe de Gabinete no remita en el plazo establecido a la Comisión... los decretos..., dicha Comisión se abocará de oficio a su tratamiento" (artículo 18).

Pues bien, la Comisión puede iniciar de oficio el procedimiento y elaborar el dictamen correspondiente. Al respecto, dice la ley 26.122 que "en caso de que el Jefe de Gabinete no remita en el plazo establecido a la comisión... los decretos que reglamenta esta ley, dicha

comisión se abocará de oficio a su tratamiento". En tal caso, "el plazo de diez días hábiles para dictaminar, se contará a partir del vencimiento del término establecido para la presentación del Jefe de Gabinete".

- b) "La Comisión... tiene un plazo de diez días hábiles contados desde la presentación efectuada por el Jefe de Gabinete, para expedirse... y elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras" (artículo 19).

La Comisión debe expedirse "acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento". En particular, el Legislador agregó que la Comisión debe "pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado".

- c) "Vencido el plazo... sin que la Comisión... haya elevado el correspondiente despacho, las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto" (artículo 20).
- d) "Elevado por la Comisión el dictamen al plenario de ambas cámaras, éstas deben darle inmediato y expreso tratamiento" (artículo 21).
- e) "Las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional" (artículo 22).
- f) "Las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes" (artículo 23).
- g) "El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2 del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos" (artículo 24).
- h) "Las disposiciones de esta ley y el curso de los procedimientos en ella establecidos, no obstan al ejercicio de las potestades ordinarias del Congreso relativas a la derogación de normas de carácter legislativo emitidas por el Poder Ejecutivo" (artículo 25) y, finalmente,
- i) "los decretos... tienen plena vigencia de conformidad a lo establecido en el artículo 2 del Código Civil" — actual art. 5 del Código Civil y Comercial— (artículo 17).

El ***análisis crítico de la ley*** nos permite decir, tal como adelantamos en el marco de los decretos delegados y en parte en términos coincidentes, que:

- a) el legislador sólo reguló el procedimiento de los decretos de necesidad en términos básicos;
- b) el texto no incorporó, entre otros, los siguientes asuntos que creemos jurídicamente relevantes: el desarrollo de las materias excluidas que prevé el artículo 99, inciso 3, CN; el órgano competente para su dictado, más allá del Presidente; las nulidades de los decretos de necesidad; y, fundamentalmente, el *plazo en el que el Congreso debe expedirse*. A su vez, el instituto del *silencio legislativo* tiene consecuencias de convalidación temporal del decreto — criterio que no compartimos —.

La omisión del Legislador, al *no fijar un plazo* para que el Congreso se expida, más el recaudo legal del *rechazo expreso y por ambas Cámaras* incorporado por ley 26.122, permite que el Poder

Ejecutivo legisle por medio de decretos de necesidad, con vigor y sin término temporal en caso de silencio del Congreso, consolidándose así situaciones y derechos.

Sin embargo, según nuestro criterio, el decreto no debiera tener vigencia más allá del período anual de sesiones ordinarias en el que fue emitido y, en caso de imposibilidad material de tratamiento, en el período siguiente al del dictado del decreto. Es decir que, sin perjuicio del silencio legislativo, la Constitución —según nuestro parecer— establece plazos de vigencia de tales decretos legislativos.

Creemos que *el legislador debió incorporar* puntualmente en el marco de la ley reglamentaria los siguientes aspectos: 1) la prohibición de dictar decretos de necesidad cuando hubiesen sido rechazados por el Congreso en las sesiones ordinarias del mismo período (trátese de los mismos decretos o proyectos de ley sobre esas materias); 2) la fijación de un plazo determinado para que ambas Cámaras del Congreso se expidan al respecto; 3) la interpretación de que, en caso de rechazo o silencio de cualquiera de las Cámaras y una vez transcurrido el plazo legalmente previsto, el decreto fue rechazado por el Congreso.

Por último el legislador sí reguló otros aspectos de trámite que, en ese contexto, no compartimos. Entre ellos, los efectos en caso de rechazo del Congreso (efectos hacia el futuro), y qué ocurre en el supuesto de desacuerdo entre las Cámaras (continuidad del decreto).

Volvamos sobre ciertos aspectos centrales del trámite y control de estos decretos. ¿En qué consiste el control del Congreso? Los Legisladores deben observar: a) la existencia de las circunstancias excepcionales; b) la explicación de cómo tales circunstancias hicieron imposible seguir el trámite ordinario para la formación y sanción de las leyes; c) el carácter necesario y urgente de las medidas legislativas; d) la proporción entre las medidas y el fin que se persigue; e) el cumplimiento de los restantes requisitos constitucionales; y, por último, f) el mérito del decreto.

Aclarado el punto anterior, nos abocaremos a analizar más puntualmente los distintos supuestos que pueden plantearse a partir de la intervención del Congreso, a saber: 1) la aprobación por ambas Cámaras; 2) el rechazo de las dos Cámaras; 3) el rechazo de una de las Cámaras y la aprobación por la otra; y, finalmente, 4) el silencio de las Cámaras.

Estudiemos en primer término el caso en que *ambas Cámaras del Congreso ratifiquen el decreto*. En tal supuesto éste queda aprobado.

En segundo término, el otro supuesto consiste en el *rechazo de ambas Cámaras*, en cuyo caso es obvio que el decreto caduca más allá de los efectos temporales de la extinción de éste.

En tercer término, cabe preguntarse qué sucede si *una de las Cámaras se pronuncia por la aprobación del decreto y la otra por el rechazo*. ¿Cómo se resuelve la discrepancia de criterios? Dice el artículo 24 de la ley 26.122 que "el rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación". Es decir, el rechazo del decreto solo es válido si es hecho por ambas Cámaras. Consecuentemente, según el marco legal vigente, si una Cámara rechaza y la otra aprueba, el decreto sigue vigente.

Por nuestro lado, creemos que el único camino posible y razonable en términos constitucionales es el rechazo del decreto desde el momento en que cualquiera de las Cámaras se expida en sentido contrario a su validez. Sin embargo, el criterio legislativo vigente es otro, pues el rechazo de cualquiera de las Cámaras no hace caer el decreto.

Finalmente, en cuarto término, qué ocurre si cualquiera de las Cámaras no se expide (*silencio legislativo*). Según la ley 26.122, el decreto continúa en pie pero, al no haber sido tratado y aprobado por el Congreso, puede ser rechazado en cualquier momento aunque sin efectos

retroactivos. En tal caso, el transcurso del tiempo tiene significado jurídico. Creemos que el criterio legislativo actual no es razonable en términos constitucionales porque el eventual rechazo del decreto no tiene alcance retroactivo y, por tanto, el silencio legislativo tiene efectos ratificatorios temporales en violación del artículo 82, CN.

Otro aspecto controvertido es *el valor jurídico del silencio del Congreso (aprobación o rechazo)*; es decir, si el Legislador debe manifestarse de modo expreso o si es posible que se pronuncie en términos implícitos o tácitos por silencio. Es obvio que el acto expreso no plantea inconvenientes, pero sí los actos implícitos y presuntos (esto es, el silencio del cuerpo legislativo). Entendemos que —en el plano teórico— el acto implícito es válido siempre que sea claro, porque en caso de dudas debe estarse por la ausencia de voluntad del cuerpo deliberativo.

Cabe recordar que, según la jurisprudencia de la Corte anterior a la reforma constitucional de 1994, el silencio del Congreso debía interpretarse como aprobación del decreto legislativo (caso "Peralta").

Veamos el texto constitucional actual. Por un lado, el artículo 99, CN, establece que el Congreso debe tratar el decreto en términos expresos e inmediatos, pero no dice cuál es el modo de expresión de su voluntad. Por el otro, el artículo 82, CN, nos dice que la voluntad de las Cámaras debe manifestarse expresamente y, por lo tanto, el marco constitucional excluye en todos los casos las sanciones fictas de las normas.

En síntesis, la Constitución establece que el Congreso debe *tratar* expresamente los decretos de necesidad, pero no exige que el Legislador *apruebe* expresamente el decreto.

Por un lado, debemos preguntarnos en el marco del artículo 99, CN, ¿cuál es el alcance del concepto de tratamiento expreso que prevé el texto constitucional en relación con los decretos de necesidad? En principio, ya sabemos que los conceptos deben interpretarse según el uso corriente y, en este sentido, el término "tratamiento" es distinto del juicio de "aprobación".

Creemos que el texto constitucional, en su artículo 99, inciso 3, CN, debe entenderse a la luz del fin que persiguió el Convencional, y de modo armónico con el resto de los mandatos constitucionales, en particular el artículo 82, CN. Así, *el Convencional con el propósito confeso de limitar los poderes exorbitantes del Poder Ejecutivo rechazó el acuerdo tácito (silencio) por parte del Legislativo*. Consecuentemente, el tratamiento expreso supone que el Legislador deba expedirse necesariamente sobre el decreto de necesidad.

Por su parte, la ley 26.122 —tal como mencionamos anteriormente—, dice que las Cámaras deben darle "inmediato y expreso tratamiento" y que "el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso, conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional". De modo que el texto legislativo rechazó, en principio, el acuerdo ficto del decreto exigiendo el dictado de "sendas resoluciones". *Sin embargo, cabe advertir que el Legislador también prohibió el rechazo ficto y, por tanto, el silencio permite convalidar el decreto*.

De todos modos, ello no resuelve del todo el asunto porque ¿cuál es la consecuencia en caso de que el Legislador no cumpla con el mandato constitucional de tratar expresamente el decreto legislativo? En este contexto, pueden plantearse al menos tres escenarios jurídicos, a saber: a) dar por aprobado el decreto legislativo; b) darlo por rechazado; y, por último, c) reconocer su vigencia, sin perjuicio de que el Congreso pueda aprobarlo o rechazarlo en cualquier momento.

Pues bien, el silencio del cuerpo legislativo no puede interpretarse, en principio y por mandato constitucional, como expresión de voluntad. Así, el Congreso debe expedirse en términos expresos; es más, el Legislador no puede aprobar o rechazar los proyectos de ley de modo tácito.

Leamos en tal sentido el artículo 82, CN. El trámite de rechazo es evidentemente claro en el marco legislativo de formación y sanción de las *leyes* entre las Cámaras del Congreso.

Pero también es cierto que el régimen constitucional sobre la formación y sanción de las leyes, y en este contexto el artículo 82, CN, no es aplicable directamente sobre el procedimiento de los decretos de necesidad, sino que es necesario matizarlo. ¿Qué debemos aplicar de ese artículo y qué no?

En el trámite legislativo de los decretos de necesidad y urgencia debemos aplicar —según nuestro parecer— el mandato prohibitivo sobre el acuerdo tácito, pero no así el rechazo tácito. Por eso, el Legislador puede fijar un plazo para que el Congreso se expida sobre la validez de los decretos legislativos, y si así no lo hace, es posible interpretar —por mandato legislativo— que aquél rechazó el decreto. Éste es, entonces, el caso de rechazo tácito de los decretos legislativos por vencimiento del plazo y es, según nuestro criterio, constitucional.

En síntesis, *el acuerdo tácito está prohibido y el rechazo tácito del decreto puede ser permitido o prohibido por el Legislador.*

Finalmente, cabe analizar cuál es el *efecto* en caso de rechazo del Congreso; es decir, si éste tiene carácter retroactivo o sólo tiene efectos hacia el futuro.

El artículo 24 de la ley 26.122 establece que "el rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2 del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia". Sin embargo, entendemos que si no existe plazo, no es posible reconocer o consolidar derechos en ese marco normativo particular. Pero reconozcamos, más allá de nuestro pesar, que éste no es el criterio legal. Así, y según el régimen legal vigente, los derechos nacidos en el contexto del decreto de necesidad, siempre que esté vigente, y ello es así en tanto el legislador no rechace el decreto expresamente por ambas Cámaras, deben interpretarse incorporados, adquiridos y consolidados.

Es posible distinguir diferentes supuestos según cuáles sean las causales de rechazo del decreto. Creemos que si éste tiene como fundamento razones de oportunidad, el efecto es por delante. Por el contrario, si el sustento es el incumplimiento por el Poder Ejecutivo de las previsiones constitucionales, el efecto debe ser hacia el pasado. Sin embargo —insistimos—, la ley no distingue entre tales situaciones.

VI.8. Los decretos de necesidad en la jurisprudencia de la Corte

Analicemos qué dijo la Corte después de 1994.

En el caso "Video Club Dreams" (1995), los jueces se expidieron sobre el alcance del control judicial y, en particular, si la intervención del Congreso sana los vicios constitucionales del decreto de necesidad. Cabe resaltar que, en este caso, la Corte no aplicó el régimen vigente a partir de la reforma constitucional sino que, al tratarse de actos dictados antes de 1994, resolvió el caso según el marco de la Constitución de 1853/60.

El Tribunal sostuvo, en forma clara y enfática que, dentro de las facultades de control que corresponden al Poder Judicial en relación con la actuación del Ejecutivo, se encuentra la potestad de examinar la calificación de excepcionalidad y urgencia de la situación que justificó el dictado de los decretos materialmente legislativos.

A su vez, la Corte precisó que el control jurisdiccional respecto del ejercicio de las facultades reglamentarias de emergencia no supone un juicio de valor respecto del mérito, oportunidad o conveniencia de la medida sino una función propia del Poder Judicial para preservar la división de poderes. Es decir, de acuerdo con el criterio desarrollado en este fallo, el Tribunal entendió que corresponde a los jueces analizar si las circunstancias de hecho invocadas por el Poder Ejecutivo como causa del dictado del decreto constituyen una situación de emergencia excepcional que justifique recurrir a esta facultad de excepción. En efecto, el control que deben realizar los jueces consiste en determinar si se ha configurado una situación de "grave riesgo", frente a la cual resulte necesario dictar medidas súbitas cuyos resultados no puedan alcanzarse por otros medios.

Luego, los jueces advirtieron que los motivos que impulsaron el dictado del decreto cuestionado no se exhiben como una respuesta a una situación de grave riesgo social que hiciese necesario el dictado de medidas súbitas.

Finalmente, la Corte consideró que en tales condiciones, la remisión de los decretos impugnados al Congreso no satisface el claro requerimiento constitucional de que sea ese Poder y no otro quien decida qué impuestos se crean y quién debe pagarlos.

En síntesis, si bien la Corte no se expidió sobre cómo interpretar el nuevo marco constitucional, al menos sí reivindicó claramente el control judicial respecto de los decretos.

Luego, en el caso "Rodríguez" (1997), que versó sobre la privatización de los servicios aeroportuarios, el Tribunal sostuvo, en primer término, su competencia para conocer en el caso, pero no en razón del instituto del salto de instancia —aceptado por la Corte en el precedente "Dromi"— sino por aplicación del art. 24, inciso 7 del decreto-ley 1285/58 que le reconoce intervención en "las cuestiones de competencia y los conflictos que en juicio se planteen entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior jerárquico común que deba resolverlos". Tengamos presente que en este caso, el Jefe de Gabinete recurrió una decisión del juez de primera instancia directamente ante la Corte, salteándose así la segunda instancia (Cámara de Apelaciones). Sin embargo, el conflicto en el presente caso se planteó entre los Poderes Ejecutivo y Judicial, de modo que —según nuestro criterio— no es posible ni razonable encuadrarlo en el decreto 1285/58 como hizo el Tribunal.

En segundo término, la Corte dijo que no se cumplieron los requisitos propios del control judicial, a saber: (a) la existencia de un caso contencioso, esto es, una controversia entre partes que afirmen y contradigan sus derechos; (b) el carácter concreto y no abstracto del conflicto, por tener el sujeto legitimado un interés económico o jurídico que pueda ser eficazmente tutelado, no siendo suficiente un perjuicio futuro, eventual o hipotético; y, por último, (c) el agravio alegado debe recaer en el peticionante y no sobre terceros. En consecuencia, el Tribunal declaró la inexistencia del poder jurisdiccional de los jueces para intervenir en este conflicto.

Sin perjuicio de ello, según el parecer de los jueces, "en el caso del decreto 842/97 —cuyo contenido no incursiona en materias taxativamente vedadas— el Poder Ejecutivo nacional cumplimentó su parte en el referido trámite constitucional toda vez que la citada norma, refrendada por los funcionarios allí aludidos fue puesta a consideración del Congreso Nacional... De ese modo, atendiendo al texto constitucional plasmado por la reforma del año 1994, la norma referida sólo puede considerarse sometida al pertinente contralor del Poder Legislativo". Y, concluyó, que no existe justificación para la intervención del Poder Judicial en una cuestión seguida por los poderes políticos y pendiente de tratamiento por el Congreso.

El aspecto más importante en este fallo es la limitación que se impuso al Poder Judicial a sí mismo para revisar los actos legislativos del Poder Ejecutivo, reconociendo como órgano de control casi exclusivamente al Congreso. Así, la Corte se limitó a señalar que el decreto no

presenta defectos formales, ni aparece emitido fuera del complejo normativo que regula su dictado.

Consecuentemente, la sentencia bajo estudio permite inferir que el Tribunal reconoció la potestad jurisdiccional de control simplemente formal de la decisión legislativa del Poder Ejecutivo y, a su vez, excluyó expresamente de entre sus facultades el control de las circunstancias de habilitación. Este criterio es sustancialmente diferente del que la Corte sostuvo en sus anteriores pronunciamientos ("Peralta" y "Video Club Dreams").

En definitiva, la Corte sólo controló el cumplimiento de los requisitos formales, esto es, la firma del Jefe de Gabinete; el refrendo de los ministros y su puesta a consideración por el Congreso; y, en particular, el hecho de que el decreto no comprendiese materias prohibidas por el texto constitucional.

Debemos resaltar que, en este precedente y por primera vez, el Tribunal aplicó el régimen que prevé el inciso 3 del artículo 99, CN (marco constitucional actual). Sin embargo, a pesar de que el sentido de la reforma fue la atenuación del régimen presidencial, la Corte abdicó de su potestad de control y consintió el ejercicio abusivo de competencias legislativas por el Presidente. En conclusión, el caso "Rodríguez" supone un retroceso significativo en el control judicial sobre los decretos de necesidad.

Más adelante, la Corte volvió a expedirse en el precedente "Della Blanca" (1998). Aquí, el Tribunal analizó las circunstancias fácticas excepcionales que justificaron el dictado del decreto —según el criterio del Poder Ejecutivo— y concluyó que la situación existente no impidió al Congreso legislar sobre el particular. Así, la acuciante situación de orden alimentario no impidió que el Congreso legislase, máxime si tenemos en cuenta que éste fue convocado en aquella oportunidad a sesiones extraordinarias.

A su vez, la Corte dijo que la regulación sobre el carácter remunerativo o no de los vales alimentarios es claramente materia legislativa (artículo 14 bis, CN) y, por ello, sólo puede ser objeto de una ley del Congreso. Asimismo, sostuvo que el decreto es inválido por falta de ratificación legislativa y que ésta no puede inferirse de conductas tácitas del Legislador.

Este fallo es concluyente en tanto reafirmó el control judicial de los decretos. Por último, en este precedente comenzó a delinearse el criterio que es sumamente importante de que la opción entre la ley y el decreto de necesidad debe responder a circunstancias objetivas y no de mera conveniencia del Presidente. En otras palabras, el Poder Ejecutivo no puede recurrir a estos decretos por la sola oposición o rechazo del Congreso.

Uno de los fallos judiciales más paradigmáticos en el derrotero que nos hemos propuesto es, sin dudas, el caso "Verrocchi" (1999) ya citado. La Corte sostuvo allí que la reforma de 1994 respetó el sistema de separación de las funciones de gobierno ya que tuvo como objetivo la atenuación del sistema presidencialista, el fortalecimiento del Congreso y la independencia del Poder Judicial.

Luego, cuando el Tribunal analizó el inciso 3 del artículo 99, CN, expresó que "el texto nuevo es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país, especialmente desde 1989".

En el considerando siguiente, la Corte expresó que: "por tanto para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de algunas de estas dos circunstancias: *1) que sea imposible dictar la ley mediante*

el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión, o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes".

El Tribunal consideró "que corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite esa facultad excepcional que constituye las actuales exigencias constitucionales para su ejercicio. Es atribución de este tribunal en esta instancia evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia y, en ese sentido, corresponde descartar criterios de mera conveniencia..."

Y agregó que, en el presente caso, "cabe concluir en la invalidez de los decretos cuestionados en el *sub lite*, por cuanto no ha existido ninguna de las circunstancias fácticas que la norma constitucional describe con rigor de vocabulario".

El antecedente "Verrocchi" es, quizás, el caso más importante porque si bien ratificó el criterio de la Corte sobre el control judicial de los decretos y, en especial, sobre los hechos de habilitación que sirven de sustento, introdujo estándares más claros con relación a la configuración de tales hechos en los términos del artículo 99, inciso 3, CN.

De este precedente surge, entonces, una doctrina firme ya esbozada en parte en el antecedente "Della Blanca" en los siguientes términos: (a) los decretos de necesidad están sujetos al control de constitucionalidad, en particular, el presupuesto fáctico y las razones y circunstancias del acto normativo (necesidad, urgencias, motivaciones y proporcionalidad); (b) las razones de conveniencia y discrecionalidad entre la ley y el decreto legislativo no son suficientes para el ejercicio de esta potestad excepcional; y, por último, (c) el Presidente puede dictar los decretos, incluso sin ley reglamentaria.

Tiempo después, en el caso "Guida" (2000) la Corte sostuvo que la ratificación del [decreto 290/95](#) mediante el dictado de la [ley 24.624](#) traduce, por parte del Legislador, el reconocimiento de la situación de emergencia invocada por el Ejecutivo a la vez que importa un concreto pronunciamiento del órgano legislativo a favor de dicha norma.

El Tribunal expresó que "acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios... la restricción que impone el Estado al ejercicio normal de los derechos patrimoniales debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación de la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad..."

La Corte sostuvo que la decisión de reducir las remuneraciones de los agentes públicos en forma generalizada no resulta un ejercicio irrazonable de las facultades del Estado frente a una situación de grave crisis económica. Y agregó que la modificación de los márgenes de remuneración, en forma temporaria, motivada por los efectos de una grave crisis internacional de orden financiero no implica por sí misma violación del artículo 17 de la Constitución. Sin embargo, esas prerrogativas no son absolutas ni irrestrictas, sino que encuentran su límite en la imposibilidad de alterar la sustancia del contrato celebrado.

En este caso, si bien la Corte convalidó, en principio, el control judicial amplio sobre los decretos de necesidad y, particularmente, el cumplimiento de los hechos extraordinarios como presupuestos de aquéllos, cierto es que hizo especial hincapié en la ratificación legislativa de los decretos.

En verdad, este fallo puede interpretarse, en cuanto al alcance del control judicial, como un retroceso toda vez la Corte se limitó a declarar la constitucionalidad del decreto cuestionado en virtud de su ratificación legislativa, pero no avanzó sobre el control del cumplimiento de los otros recaudos constitucionales. En otras palabras, cabe preguntarse ¿la aprobación del Congreso sana los vicios del acto? Si bien no es plausible afirmar ello en términos categóricos y de conformidad con el fallo bajo análisis, hubiese sido conveniente que el Tribunal controlase los otros aspectos del decreto a la luz del marco constitucional.

La Corte volvió sobre los decretos de necesidad en el caso "Risolia de Ocampo" (2000). Aquí, sostuvo que "uno de los requisitos indispensables para que pueda reconocerse la validez de un decreto como el cuestionado en el *sub lite* es que éste tenga la finalidad de proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos... el extremo apuntado en el considerando anterior no se cumple en el caso, pues no se advierte de qué forma la crisis económica que atraviesan las empresas prestadoras de servicios públicos de pasajeros y las compañías aseguradoras de dichas entidades por el servicio mencionado afecta a los intereses generales de la sociedad o al interés público que los decretos de necesidad y urgencia deben proteger. En otras palabras, y como con acierto sostuvo el *a quo*, no se aprecia impedimento alguno para conjurar esa situación a través de los resortes y recursos usuales de que dispone el Estado frente a crisis económicas de exclusivo carácter sectorial, sin llegar a un remedio sólo autorizado para situaciones que ponen en peligro la subsistencia misma de la organización social".

Es decir, en el precedente "Risolia de Ocampo", el decreto cuestionado fue tachado de inconstitucional por el Tribunal porque no perseguía, entre sus fines, intereses generales sino sólo sectoriales. También se sostuvo que en el caso no se configuraron los presupuestos fácticos de habilitación del ejercicio de las facultades excepcionales.

Luego, en el fallo "Leguizamón Romero" (2004), la Corte adujo que "únicamente en situaciones de grave trastorno que amenacen la existencia, la seguridad o el orden público o económico, que deben ser conjuradas sin dilaciones puede el Poder Ejecutivo nacional dictar normas que de suyo integran las atribuciones del Congreso, siempre y cuando sea imposible a éste dar respuesta a las circunstancias de excepción. En consecuencia, el ejercicio de la prerrogativa en examen está sujeto a reglas específicas que exigen un estado de excepción y el impedimento de recurrir al sistema normal de formación y sanción de las leyes y contemplan, además, una intervención posterior del Poder Legislativo".

El Tribunal entendió que las circunstancias del presente caso no son suficientes "para poner en evidencia que concurrieron al momento del dictado del decreto impugnado las excepcionales circunstancias... como por ejemplo, el descalabro económico generalizado y el aseguramiento de la continuidad y supervivencia de la unión nacional". Y, en igual sentido, agregó que "la referencia a la situación de crisis que atraviesa dicho instituto resulta insuficiente para justificar una situación de grave riesgo social que el Congreso no pueda remediar por los cauces ordinarios que la Constitución prevé, máxime cuando la medida se adoptó durante el período de sesiones ordinarias".

A su vez, en el antecedente "Consumidores Argentinos" (2010) la Corte declaró la inconstitucionalidad del decreto impugnado. El Tribunal ratificó el criterio según el cual le corresponde al Poder Judicial evaluar los presupuestos fácticos que justifican el dictado de los decretos de necesidad. Así, si la Corte verificó la concurrencia de las situaciones excepcionales ante el dictado de leyes de emergencia del Congreso, con mayor razón debe realizar esa evaluación respecto de circunstancias de excepción invocadas por el Poder Ejecutivo.

Dijo el Tribunal que "el Poder Ejecutivo destacó que la crítica situación de emergencia económica y financiera por la que atraviesa el país, en la que se desenvuelve el mercado asegurador, configura una circunstancia excepcional..."; sin embargo, "las modificaciones

introducidas por el Poder Ejecutivo a la ley... no traducen una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional en el sector, sino que, por el contrario, revisten el carácter de normas permanentes modificatorias de leyes del Congreso Nacional". Y añadió que "en estas condiciones, cabe concluir en la invalidez del decreto".

Por otra parte, el fallo reafirma —en términos categóricos— que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o el dictado de un decreto de necesidad y urgencia. Según los jueces, en el caso no se presentaban las circunstancias fácticas que el art. 99, inc. 3 exige como condición de validez de este tipo de decretos.

Finalmente, en el caso "Aceval Pollacchi" (2011) se discutió el decreto de necesidad que prorrogó la obligación de los empleadores de abonar a los trabajadores despedidos el doble de la indemnización que les hubiera correspondido de acuerdo con la legislación laboral. La Corte declaró su constitucionalidad apoyándose en tres argumentos básicos.

Primero, corresponde "tener por cumplido el recaudo relativo a la existencia del estado de necesidad y urgencia". Sin embargo, el Tribunal luego argumentó —quizás en términos contradictorios o, al menos, insuficientes por tratarse del análisis de un período anterior al dictado del decreto cuestionado— que "el distracto laboral y las normas que regularon su indemnización agravada correspondieron a momentos de dramática crisis institucional y social para la vida de República. Esta visión de conjunto exime de un mayor esfuerzo para concluir que la disuasión de los despidos constituía una herramienta tan razonable como urgente para conjurar una mayor profundización de la crisis desatada".

Segundo, debe señalarse que "la norma cuestionada no se refiere a una materia expresamente prohibida (penal, tributaria, electoral o el régimen de partidos políticos)".

Tercero, el Tribunal debe evaluar el aspecto sustancial —esto es, la relación entre los medios elegidos y los fines perseguidos—. Y así, afirmó que "el recaudo de razonabilidad reposa en inexcusables principios de justicia social... y en la ponderada estimación de las exigencias éticas y condiciones económico-sociales propias de la situación a que se aplicó".

En **conclusión**, y analizadas las sentencias de la Corte, el cuadro de doctrina judicial actual puede delinearse en los siguientes términos.

- (1) El Poder Ejecutivo puede recurrir al dictado de decretos de necesidad en los términos del inciso 3 del artículo 99, CN, en casos de grave crisis políticas, sociales o económicas (circunstancias excepcionales);
- (2) Los jueces deben controlar la constitucionalidad de los decretos de necesidad, en particular la existencia de los hechos o circunstancias extraordinarias de habilitación que impiden seguir el trámite ordinario de las leyes;
- (3) Estos hechos o presupuestos de habilitación consisten en la imposibilidad material de convocar y reunir al Congreso, o situaciones urgentes que requieran una solución de carácter inmediato que haga imposible seguir el trámite ordinario para la formación de las leyes;
- (4) La conveniencia del Presidente de recurrir al dictado de los decretos de necesidad en sustitución del trámite legislativo ordinario no es una razón suficiente que justifique su ejercicio;
- (5) los decretos de necesidad y urgencia deben perseguir un interés general relativo a la subsistencia misma de la organización social, y no un interés simplemente sectorial;

- (6) Los decretos de contenido materialmente legislativo deben ser ratificados por el Congreso. Sin embargo, no es claro si el juez debe controlar los otros aspectos del decreto en caso de convalidación del Legislador;
- (7) Los decretos de necesidad y urgencia no deben regular con carácter permanente, sin solución de continuidad, sino de modo transitorio; y, por último,
- (8) En materia tributaria la Corte afirmó categóricamente que el Poder Ejecutivo no puede dictar decretos de necesidad y urgencia, sea antes o después de la reforma constitucional.

Sin embargo, subsisten importantes interrogantes sobre el régimen de estos decretos a la luz de la doctrina de la Corte. Entre ellos: ¿cuál es el modo de ratificación del Congreso? En otras palabras: ¿es razonable el criterio del Legislador en los términos de la [ley 26.122](#)? En su caso, ¿la ratificación del Congreso inhibe el control judicial? A su vez, ¿la aprobación legislativa sana los vicios del acto?

Por último, cabe agregar que la Corte aún no ha delineado claramente —más allá del caso "Verrocchi"— el hecho habilitante, esto es, las circunstancias excepcionales que impiden seguir el trámite ordinario para la formación y sanción de las leyes y que, consecuentemente, exigen medidas necesarias y urgentes.

VI.9. Conclusiones

El sistema de gobierno en nuestro país, según la Constitución de 1853/60, era marcadamente presidencialista y, en este sentido, varios autores advirtieron desde tiempo atrás que los excesos normativos y fácticos de concentración de poderes en el Poder Ejecutivo (especialmente, las potestades regulatorias legislativas) creó un modelo que contribuyó, entre otras causas, a las reiteradas rupturas del régimen institucional en el siglo pasado.

En general, el criterio más difundido y aceptado es que existen cuatro razones que explican la falta de funcionalidad e inestabilidad del modelo argentino durante el período 1853-1994. Ellas son las siguientes: (a) la personalización del poder, (b) la rigidez del sistema, (c) el bloqueo entre los poderes del Estado, y (d) la dificultad para conformar coaliciones entre los partidos políticos.

En este contexto, creemos importante señalar que uno de los caracteres más relevantes de este modelo —y así surge del proceso histórico político de ese período—, es la concentración de potestades legislativas en el órgano Presidente, es decir, el dictado de decretos delegados y de necesidad. Por su parte, debemos reconocer que el Poder Judicial convalidó estas prácticas y, en consecuencia, ese escenario permitió el quiebre de los principios y derechos constitucionales.

En definitiva el cuadro, antes de la enmienda constitucional de 1994, puede dibujarse del siguiente modo. Por un lado, el exceso y concentración de facultades en el Presidente —especialmente legislativas— y, por el otro, los controles inexistentes o, en su caso, ineficaces sobre el ejercicio de esos poderes ajenos al Poder Ejecutivo.

Ya dijimos que el análisis de los diversos aspectos permite afirmar que el sistema institucional en nuestro país antes de 1994 no era eficiente en términos de respeto de los principios y reconocimiento de los derechos.

Por su parte, el modelo actual (tras la reforma constitucional de 1994) es el presidencialismo moderado, particularmente por la incorporación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros

que si bien es nombrado y removido por el Presidente, cierto es también que es el responsable político ante el Congreso y puede ser removido por mociones del legislador.

En particular, en 1994, el Constituyente reconoció en términos formales y expresos las prácticas institucionales ya existentes sobre el ejercicio de potestades legislativas del Presidente, pero introdujo límites, restricciones y controles, sin perjuicio de dejar librados ciertos aspectos al Legislador.

En principio, el reconocimiento de los decretos delegados y de necesidad y urgencia contribuye a encuadrar y controlar la actividad legislativa del Presidente. En efecto, las disposiciones contenidas en los artículos 76 y 99, CN, constituyeron una reacción frente a la situación institucional anterior que consentía el uso de facultades legislativas por el Ejecutivo y no preveía, a su vez, mecanismos de control ni intervención del órgano legislativo.

Sin embargo, en la práctica institucional posterior a la reforma de 1994 ocurrió que: (a) el Presidente dictó numerosos decretos legislativos con exceso y abuso en el ejercicio de tales facultades, inclusive sobre materias expresamente prohibidas por el texto constitucional. Por ejemplo, desde el año 2003 los proyectos de ley de presupuesto subestimaron el crecimiento del PBI y, luego, el Poder Ejecutivo distribuyó el superávit fiscal por medio de decretos de necesidad. Además, cabe recordar que la [ley 24.156](#) —en su artículo 37— reconoce en el Jefe de Gabinete, con o más o menos limitaciones, el poder de modificar las partidas presupuestarias; (b) el Congreso no controló los decretos legislativos elevados por el Presidente sino simplemente guardó silencio, salvo casos de excepción. Luego, con la sanción de la [ley 26.122](#), sí avanzó en el control, pero en términos quizás superficiales; (c) el Congreso sancionó la ley reglamentaria sobre la Comisión Bicameral Permanente y el régimen de los decretos legislativos recién en el año 2006 y con las observaciones que detallamos anteriormente; en particular, el texto normativo no garantiza el debido control del legislativo; (d) las normas complementarias del texto constitucional (en especial, los decretos del Poder Ejecutivo) y las prácticas institucionales desdibujaron el papel del Jefe de Gabinete, según el mandato del Constituyente; y, por último, (e) el control judicial fue limitado, salvo en ciertos precedentes, cuando en verdad sólo es posible preservar el Estado de Derecho y la división de los poderes, más aún en situaciones de emergencias, con la debida intervención judicial.

VII. LA POTESTAD REGULATORIA DE LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS Y ENTES AUTÁRQUICOS. LAS NORMAS REGLAMENTARIAS DE RANGO INFERIOR (DECISIONES, RESOLUCIONES Y COMUNICACIONES)

Si bien es cierto que el Presidente conserva el poder de dictar los reglamentos de ejecución (inc. 2, art. 99, CN), el Jefe de Gabinete expide —a su vez— los reglamentos que resulten necesarios para ejercer las facultades que prevé a su favor el art. 100, CN, y las que le delegue el Presidente. Ahora bien, ¿cuáles son las competencias propias del Jefe de Gabinete? Éste tiene ciertas potestades privativas, por caso: ejercer la administración general del país; hacer recaudar las rentas y ejecutar el presupuesto.

A su vez, cabe preguntarse ¿los Ministros u otros órganos inferiores ejercen potestad regulatoria reglamentaria? En principio, la Constitución reconoce la potestad regulatoria reglamentaria solo a favor de unos órganos concretos y determinados. ¿Qué órganos son éstos? El Presidente y el Jefe de Gabinete de Ministros. Sin embargo, también es cierto que la Constitución reconoce a los Ministros la potestad de regular las materias propias de la organización de su cartera ministerial; en tal sentido, el art. 103, CN, dispone que "los Ministros no pueden por sí solos, en ningún caso, tomar resoluciones, a excepción de lo concerniente al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos". Ahora bien, es claro que

esta potestad comprende el poder de dictar reglas sobre la organización de los departamentos ministeriales, pero ¿puede el Ministro ejercer potestades reglamentarias (esto es, dictar normas generales y abstractas), más allá de aquellas concernientes al régimen económico y administrativo de sus carteras? En principio no es plausible. De todos modos, existe un fenómeno de dispersión subjetiva de la potestad regulatoria reglamentaria en los Ministros y demás órganos inferiores de la Administración. Pero, ¿cuál es, entonces, la fuente normativa de la potestad reglamentaria que ejercen los ministros u otros órganos inferiores de la Administración Pública?

Por un lado, la Constitución reconoce que el Presidente es el órgano titular de la potestad regulatoria reglamentaria, y también es cierto que entre las potestades implícitas necesarias para el cumplimiento de las atribuciones expresas —en particular, la responsabilidad política de la Administración general del país—, éste debe contar con la facultad de transferir competencias a favor de los órganos inferiores del Estado. *Por el otro*, entre las facultades implícitas del Congreso se encuentra la de delegar el ejercicio de la potestad regulatoria reglamentaria —que es de carácter concurrente entre éste y el Poder Ejecutivo— en los órganos inferiores de la Administración, entre ellos, los Ministros.

De manera tal que éstos solo podrán ejercer la potestad de dictar decretos cuando una norma específica de rango legal o reglamentario, así lo establezca. En efecto, el art. 130, CN, no es una norma atributiva de competencias reglamentarias, salvo en lo que respecta a las materias propias del departamento ministerial. Por lo tanto, la competencia de los órganos inferiores de dictar normas reglamentarias no es originaria sino derivada a través de ciertas técnicas (tal es el caso de la desconcentración o delegación de poder reglamentario por el Poder Legislativo o el Presidente), conforme explicamos anteriormente en este Capítulo. *Cabe advertir que, aquí, no estamos discutiendo la transferencia y ejercicio de potestades legislativas sino del poder regulatorio reglamentario.*

Es decir, la potestad de dictar normas de ejecución que compete, en principio y por disposición constitucional al Presidente y al Jefe de Gabinete, puede ejercerse por sí o trasladarse a los órganos inferiores.

Veamos los dos supuestos plausibles. Por un lado, la transferencia directa de la potestad reglamentaria en los órganos inferiores mediante una ley formal (por ejemplo, la Ley de Ministerios). Este caso es el de la desconcentración de facultades regulatorias. Por el otro, el Poder Ejecutivo puede delegar, de manera expresa o tácita, la fijación de los detalles o pormenores de la ley. Así, por ejemplo, cuando el Poder Ejecutivo no regula todos los detalles de la ley, es posible —en términos constitucionales— que los órganos inferiores (según el grado jerárquico) dicten normas regulatorias reglamentarias.

En tales casos, los órganos inferiores ejercen potestad reglamentaria a través de normas de rango inferior, tales como las resoluciones, disposiciones o circulares, sujetas al decreto dictado por el Presidente.

¿Cuál es el límite entre la potestad del Presidente y *la de sus órganos inferiores*? Creemos que aquí no existe un límite formal entre estos campos regulatorios (normativos), toda vez que el Presidente puede ejercer la potestad de reglamentar la ley con alcance absoluto, o en su caso, transferir el ejercicio de esa potestad —con igual alcance a los órganos inferiores—. Sin embargo, respecto del régimen económico y administrativo de los ministerios, el Presidente puede dictar los reglamentos del caso, pero aún así y con carácter excepcional, debe reservar un ámbito mínimo a favor del Ministro en cumplimiento del mandato constitucional expreso (art. 103, CN).

Por último, cabe agregar que las relaciones entre las normas reglamentarias se rigen por el principio de jerarquía en función del rango del órgano; es decir, los actos normativos (regulatorios) se relacionan por el principio de jerarquía de forma correlativa con el nivel o grado

jerárquico de los órganos. Sin embargo, este principio cede si la ley señala puntualmente y con alcance exclusivo cuál es el órgano competente para regular los detalles del texto legal, en cuyo caso el principio es el de la competencia y no el de jerarquía entre los órganos inferiores. El supuesto más típico es el de la Autoridad de Aplicación que prevén las leyes al reconocerle ese carácter a un órgano inferior; sin embargo, el ejercicio de la potestad reglamentaria —en virtud de una habilitación legal— no puede, en ningún caso, tachar o limitar la potestad reglamentaria ni el poder jerárquico del Presidente que se manifiesta mediante el dictado de órdenes e instrucciones, delegación de competencias, avocación de causas y, eventualmente, aplicación de sanciones al inferior.

En relación con los entes autárquicos (sujetos con personalidad jurídica que son parte de la estructura del Poder Ejecutivo, por caso, los entes reguladores de los servicios públicos y la AFIP), el criterio a seguir es el mismo. Sin embargo, el legislador —en el marco de los entes autárquicos— sí puede recortar el poder reglamentario del Presidente.

VIII. LA POTESTAD REGULATORIA DE LOS ENTES AUTÓNOMOS

Respecto del concepto de ente autónomo sólo cabe aclarar aquí que se trata de sujetos con personalidad jurídica que son parte de la estructura estatal —más propiamente del Poder Ejecutivo— y con marcadas notas de autonomía en relación con el Presidente (por ejemplo, las Universidades Públicas).

Creemos que es posible el reconocimiento de potestades regulatorias reglamentarias en los entes autónomos en dos hipótesis diferentes, a saber: a) cuando el propio texto constitucional reconoce el carácter autónomo del ente por sus notas de especialidad; o b) cuando el legislador traspassa ese poder al ente. Vale aclarar que —en el primer supuesto— el ente ejerce su poder con alcance exclusivo y excluyente del Ejecutivo, limitado —claro— por los caracteres antes mencionados (es decir, básicamente su especialidad). Dicho en otros términos, existe un campo propio del ente de contenido reglamentario, de modo que el Presidente no puede dictar el respectivo decreto.

En el segundo supuesto (transferencia del poder reglamentario al ente por el Congreso), el poder es concurrente entre el ente y el Presidente.

ORGANIZACION INTERNACIONAL DE NORMALIZACION
ORGANISMO INTERNACIONAL
FUENTES DEL DERECHO
NORMAS ISO
REGLAMENTO ADMINISTRATIVO

IX. LA REGULACIÓN POR EL SECTOR PRIVADO

Otra fuente del derecho que es más necesario tener presente es la autorregulación. En este caso, los propios actores privados —sociedad— dictan las normas regulatorias de la actividad de que se trate. Así, en ocasiones, el Estado aplica esas reglas elaboradas por los particulares y les confiere de ese modo fuerza legal —en términos formales o informales, es decir, mediante remisión normativa o simplemente de hecho—.

Una de las razones que explica la expansión de esta forma de regulación es la creciente complejidad técnica y económica que debe enfrentar un Estado que, muchas veces, no dispone de los medios ni el conocimiento necesario para elaborar por sí mismo normas adecuadas. Por otra parte, existen actividades cuyo desarrollo supone una multiplicidad de situaciones que es difícil precisar mediante leyes y reglamentos.

A veces, el fenómeno de la autorregulación se da en el plano internacional. Tal es, por ejemplo, el caso de las normas de calidad ISO (emitidas por la Organización Internacional de Normalización). Así, es frecuente que una ley o reglamento, a fin de precisar los estándares de calidad exigibles a los destinatarios de la regulación, remita a las normas ISO. Otros ejemplos: las reglas sobre seguridad aeroportuaria o nuclear que son aprobadas por organismos internacionales (público o privados) y aplicadas por los Estados.

X. EL DERECHO DÉBIL

En el marco de ciertas instituciones internacionales, por ejemplo el CLAD, se aprueban resoluciones ("Cartas") que establecen principios y reglas. Así, el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo es un organismo intergubernamental creado en el año 1972 que tiene por objeto promover el análisis e intercambio de experiencias y conocimientos en torno a la Reforma del Estado y a la modernización de la Administración Pública.

Por caso: la Carta Iberoamericana de la Función Pública (2003); la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico (2007); la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública (2008); la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública (2009); la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública (2013), entre otras.

Dice P. COLMEGNA que "distinguiéndolas de los tratados internacionales, enumera una serie de características de los instrumentos *soft law*: están formulados en términos exhortativos; no cuentan con disposiciones finales relativas, por ejemplo, a la ratificación o a la entrada en vigor; tampoco cuentan con un cuerpo de normas que regulen su creación, aplicación, interpretación, modificación, terminación y validez. Pero quizás el punto más destacable es que no tienen una limitación vinculada a la expresión del consentimiento, lo cual implica que si bien no vincula a los Estados que la formulan tampoco permite que los Estados que no la votaron se desentiendan de ella (BODANSKY, 2010:156)". Y añade, "las anteriores constituyen posturas que se apartan de la regla, la cual consiste en considerar que los instrumentos *soft law* poseen dos características: a) dudosa juridicidad; b) dudosa fuerza vinculante...".

XI. LOS PRECEDENTES

Como punto de partida cabe preguntarse si los precedentes (decisiones estatales anteriores) son creación del derecho o simplemente aplicación de éste. Respecto de los precedentes judiciales (sentencias), nos referiremos a éstos en el siguiente apartado; cabe aquí, por tanto, analizar los *precedentes administrativos* y su impacto sobre el derecho (esto es: fuente o aplicación).

En general, se ha interpretado que el precedente administrativo es meramente aplicativo de la ley; sin embargo, creemos que éste debe ser considerado como fuente del derecho cuando reúne ciertos caracteres.

Cabe aclarar que el fundamento del precedente es el principio de igualdad, la confianza legítima, la no arbitrariedad y la seguridad jurídica.

A su vez, debemos preguntarnos en qué casos —y en razón de los principios antes enunciados— es posible reconocer al precedente como fuente del derecho, es decir, con carácter jurídicamente vinculante.

Se ha sostenido que "el precedente administrativo, cuando tiene una aplicación reiterada por parte de los órganos del Estado, constituye, a nuestro juicio, una fuente del Derecho, ya que configura una forma peculiar en que se manifiesta la costumbre en Derecho Administrativo" e impide "la consumación de la arbitrariedad en el ámbito de la Administración Pública" (CASSAGNE).

En igual sentido se ha afirmado, con fuertes matices, que "los precedentes administrativos no son así, autónomamente de la ley, fuente de obligaciones para los particulares. Sin perjuicio de ello, por la doctrina de los actos propios, puedan en cambio obligarla a ella... la costumbre sólo puede ser aceptada como fuente cuando contiene la creación de derechos para los particulares frente a la administración" (GORDILLO).

A su vez, "a falta de ley que lo autorice, la costumbre administrativa —y menos aún la práctica administrativa— no obliga a la Administración respecto a terceros ni al administrado respecto a la Administración" (MARIENHOFF).

Creemos que los usos y prácticas del Estado (es decir, sus hábitos y comportamientos), igual que ocurre con sus precedentes (entendidos éstos como pronunciamientos formales), constituyen fuente del derecho con ciertos matices.

Así, el precedente en sentido amplio es fuente del derecho —según nuestro criterio— y obliga a la Administración si reúne al menos los siguientes caracteres.

- 1) El precedente es tal cuando se trate de conductas del Estado *reiterativas* ante casos similares (hechos).
- 2) El precedente debe ser **legítimo**. Sin embargo, el precedente ilegítimo también es fuente de derecho en casos excepcionales —siempre que el vicio no sea grosero o patente y el interesado esté convencido de que la Administración debe resolver a su favor—. En el caso del precedente ilegítimo como fuente del derecho, su fundamento es, en verdad, la confianza legítima, y no simplemente la reiteración de las conductas estatales. Es decir, el precedente ilegítimo no tiene valor, salvo que se configure como un supuesto de confianza legítima.
- 3) El precedente sólo procede en el marco de las **potestades discrecionales**. Esto último es evidente, pues solo en tal caso el precedente vale eventualmente como fuente y, por tanto, condicionante de las decisiones posteriores. En verdad, la discrecionalidad estatal está limitada por tres cuestiones: a) los principios generales del derecho; b) las regulaciones del propio Poder Ejecutivo —así como el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos—; y c) los precedentes administrativos.

Por el contrario, tratándose de facultades regladas no cabe aplicar el precedente, sino lisa y llanamente las reglas del caso.

- 4) Otro de los caracteres del precedente es la **alteridad**. Es decir, éste debe referirse a otro sujeto, pues si se tratase del mismo debe aplicarse el criterio de la confianza legítima.

- 5) Por último, debe tratarse del *mismo órgano administrativo*, y siempre que el antecedente no hubiese sido revocado por el superior jerárquico.

Uno de los aspectos más complejos del precedente es el conocimiento de éste por el interesado (sea por la falta de sistematización y publicidad de los casos singulares o por la dificultad de acceso a los expedientes).

Quizás sea posible plantear el alcance del precedente en los siguientes términos: a) el precedente como fuente (obligatoriedad); o b) el precedente como simple mandato prohibitivo (prohibición de apartarse de éstos sin motivación suficiente).

Cabe aclarar, finalmente, que el precedente no está regulado en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, el Estado tiende a repetir sus conductas anteriores y el resultado es la previsibilidad de sus decisiones y su carácter —en principio— más igualitario; pero —a su vez—, tales decisiones son menos particularizadas —según las circunstancias del caso— y seguramente menos justas.

XII. LA JURISPRUDENCIA

Entendemos que los antecedentes judiciales, sin perjuicio de crear derecho con alcance singular e incidir sobre las otras fuentes creadoras del derecho, sólo son fuente directa en los siguientes casos:

- a) Los fallos de Corte, en tanto son obligatorios para los otros tribunales;
- b) los fallos plenarios que, más allá de su constitucionalidad o no, son obligatorios para los miembros de la propia Cámara y los otros jueces del fuero (cabe recordar que este instituto ha sido derogado por el legislador); y, por último,
- c) las sentencias con efectos absolutos.

En los otros casos, las sentencias sólo son obligatorias respecto del propio Tribunal y con ese alcance; sin perjuicio de que es posible que el juez se aparte de sus propios precedentes si existen motivos suficientes y razonados.

XIII. LA DOCTRINA

Ciertos autores entienden que el criterio doctrinal (es decir, las ideas de los estudiosos del Derecho) constituyen una fuente "indirecta" porque si bien no tienen base en el orden positivo — y por tanto, no son fuente del ordenamiento jurídico— sí contribuyen a crear el derecho.

Por nuestro lado, creemos que la doctrina no es fuente del derecho, sin perjuicio de que influye sobre la construcción e interpretación de las fuentes jurídicas.

COSTUMBRE FUENTES DEL DERECHO

XIV. LA COSTUMBRE

En términos generales, es posible decir con cierto grado de certeza que la costumbre es la observancia de comportamientos constantes en el tiempo, uniformes y —según se cree— obligatorios. Las costumbres son normas jurídicas cuando son reconocidas por los órganos del sistema jurídico.

Hemos dedicado gran parte de este capítulo al estudio del conflicto entre las leyes y los reglamentos. En este contexto, cabe recordar que históricamente también existió otro fuerte conflicto: leyes vs costumbres. Y éste fue resuelto a favor de la ley.

Ubicados en el campo de las costumbres es posible distinguir entre tres especies en su relación con las leyes, a saber: (a) las costumbres *secundum legem*, cuando el hábito y su valor nace de la ley. En este sentido, el artículo 1 del Código Civil y Comercial dice que: "los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos... siempre que no sean contrarios a derecho" ...; (b) las costumbres *praeter legem*, esto es, cuando las prácticas rigen una situación no prevista por la ley "los usos, prácticas y costumbres son vinculantes... en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho" (art. 2, CCyC).

Así, sólo los hábitos según las leyes, esto es *secundum legem o praeter legem*, constituyen fuente del derecho. Es decir, las costumbres no son fuente del Derecho, salvo aquellas que son concordantes con las leyes.

Finalmente, otro punto importante es que las costumbres tienen fuerza regulatoria, en tanto los precedentes sólo poseen efectos jurídicos.

CAPÍTULO 6 - LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. INTRODUCCIÓN

En este capítulo nos proponemos analizar: a) el Derecho Administrativo en términos de material jurídico; es decir, cuáles son los principios y reglas que componen este bloque jurídico (unidad del sistema); b) el Derecho Administrativo y su modo de integración (sistematicidad, completitud y reenvío entre los ordenamientos y subsistemas jurídicos); y, finalmente, c) cómo interpretar este bloque jurídico llamado Derecho Administrativo —tras haber definido el material y haberlo completado y sistematizado—.

II. LOS CRITERIOS Y REGLAS HERMENÉUTICAS EN EL DERECHO PÚBLICO

Sin perjuicio del estudio y análisis de la Teoría del Derecho, creemos necesario volver y profundizar ciertos conceptos en el marco del Derecho Administrativo por dos razones fundamentales.

Por un lado, el conocimiento del Derecho Administrativo (igual que cualquier otro conocimiento jurídico) no consiste en una repetición de textos —legales o judiciales— sino especialmente en su interpretación. Es decir, en primer lugar, es necesario seleccionar cuál es el material jurídico relevante y, en segundo lugar, darle sentido y aplicarlo en la solución de los

casos. *En otras palabras, aplicar el derecho supone como paso previo y necesario interpretarlo.* Por tanto, el juez, pero también la Administración (esto es, el Poder Ejecutivo), e incluso el abogado, debe interpretar el derecho. Por eso, en el conocimiento de las distintas ramas del derecho es necesario repasar estos conceptos y —quizás como veremos más adelante— adecuarlos.

Por el otro, la interpretación del Derecho Administrativo nos exige modular y profundizar ciertas reglas y técnicas hermenéuticas por las características propias de este Derecho.

Pero, ¿cuáles son estas características? Según nuestro criterio, las siguientes:

(a) **La existencia de dos subsistemas en nuestro ordenamiento jurídico (público/privado).**

Nótese que comúnmente la interpretación en términos clásicos gira alrededor del derecho privado. Las reglas y las técnicas, e incluso los ejemplos, son propios del derecho privado (o en su caso, Penal) y, como ya hemos señalado, el Derecho Administrativo tiene caracteres propios que nos exigen repensar las reglas y técnicas hermenéuticas en el campo específico de nuestro conocimiento. Así, por caso, el Derecho Público, a veces y ante ciertas indeterminaciones, se integra con el Derecho Privado; pero, sin embargo, éste no es completado con el Derecho Público;

(b) **La presencia de distintos órdenes o jurisdicciones en el Derecho Público** (federal, provincial y municipal), respecto de la regulación de las normas de fondo (por ejemplo, las leyes de contrataciones estatales) y procesales (por caso, los Códigos Procesales) y, a su vez, cómo se comunican e interrelacionan entre sí;

(c) **El principio de clausura del modelo de Derecho Público**, sustancialmente distinto del derecho privado. Vale recordar que en el derecho privado este postulado nos dice que "todo lo que no está prohibido, está permitido", de conformidad con el art. 19, CN, y —a su vez— "el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada" (art. 3, Código Civil y Comercial). Sin embargo, en el campo de nuestro conocimiento el principio es más complejo. Así, respecto del Estado, "todo lo que no está permitido, está prohibido"; y, en relación con las personas que interactúan con aquél —igual que en el derecho privado—, "todo lo que no está prohibido, está permitido". Es decir, el postulado básico es prohibitivo (respecto de la actividad estatal y, particularmente, cuando se trate de conductas estatales restrictivas de derechos) y, a su vez, permisivo (en relación con las conductas de las personas). Pues bien, en estos casos discutimos, por un lado, el reconocimiento de competencias estatales limitativas de derechos y, por el otro, el ejercicio de derechos sin obligaciones estatales de hacer (sólo de abstención). El caso quizás más complejo es el deber estatal *vs* el derecho del particular (verbigracia, el deber de reparar los daños causados por el Estado o de proveer medicamentos). Aquí, debemos recurrir a los principios con el objeto de definir las reglas y su contenido.

Cabe recordar que —en el derecho privado— se ha dicho (aspecto actualmente controvertido) que las inconsistencias se resuelven por aplicación del principio de clausura ("todo lo que no está prohibido, está permitido"); pero ello no es posible en el Derecho Público porque *aquí los postulados son otros: prohibición y permisión, según el actor de que se trate y —además— el uso de principios especiales en las relaciones de deberes de prestación (obligaciones estatales de hacer) y derechos positivos (cuyo contenido es exigir prestaciones).*

En síntesis, el Derecho Público —en tono diferente del derecho privado— debe resolver otros obstáculos, a saber: el doble derecho, las múltiples jurisdicciones y, finalmente, el postulado de cierre del modelo.

Finalmente, creemos importante remarcar que los intérpretes del Derecho no solo trabajan básicamente con el derecho privado o, en su caso, Penal, sino además con la figura del juez —en su rol de intérprete último del Derecho—; pero, ciertamente, la Administración (léase el Poder Ejecutivo), ejerce un papel fundamental porque debe interpretar el derecho público y luego, obviamente, aplicarlo. Es más, en muchos casos, estas interpretaciones y decisiones no son revisadas por el Poder Judicial en razón de los vericuetos propios del modelo (por ejemplo, los obstáculos procesales). Por tanto, debemos preguntarnos no sólo cómo razona el juez sino también cómo lo hace el Poder Ejecutivo.

En conclusión, en el marco de nuestro conocimiento, es conveniente trabajar sobre el Derecho Administrativo y sus peculiaridades, y centrarnos en el intérprete administrativo y no sólo judicial.

III. LA DEFINICIÓN DEL BLOQUE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El primer aspecto a resolver es definir el campo del Derecho Administrativo y su alcance (es decir, el material jurídico relevante sobre el cual debe trabajar el intérprete). *Conviene aclarar que el objeto de estudio de este Manual es el Derecho Administrativo Federal.* Pero, ¿cuál es el contenido de este bloque jurídico? ¿Cuáles son las piezas que lo componen? ¿Cuál es la relación entre este bloque y los otros bloques jurídicos —por caso, el Derecho Civil o el Derecho Administrativo Provincial—?

Con el objeto de resolver este primer entuerto jurídico (el contenido del bloque del Derecho Administrativo Federal) debemos reparar en el debate sobre el ***Derecho Único (un solo sistema jurídico) o el Doble Derecho (dos subsistemas jurídicos)***, y cómo esto incide en el proceso de construcción del modelo hermenéutico.

Hemos dicho que, ***en nuestro ordenamiento jurídico, existe un doble derecho compuesto, por un lado, por el derecho privado y, por el otro, por el Derecho Público.*** Sin embargo, en otros sistemas jurídicos el Derecho es uno solo.

Este modelo de Doble Derecho (subsistemas) tiene, entre nosotros, dos consecuencias jurídicas relevantes. *Por un lado*, el derecho privado se apoya en ciertos principios y reglas y el Derecho Público, por su parte, se construye desde otros pilares y con otras directrices. *Por el otro*, y según nuestro marco constitucional de distribución territorial de poder, el derecho privado es regulado por el Estado Federal (salvo las reglas procesales), y el Derecho Administrativo por el Estado Federal y los Estados Provinciales en sus respectivas jurisdicciones.

Por tanto, y *en sentido contrario*, el modelo único permite construir un solo Derecho, sin perjuicio de ciertos matices propios y menores del Derecho Administrativo y, a su vez, el tronco común es regulado por el Estado Central (sin perjuicio del poder de los Estados locales de dictar los detalles o complemento).

Ciertamente nuestro Derecho ha sido cultor de este criterio de distinción (dos subsistemas) desde los programas de estudio de las Universidades, las regulaciones, los fallos judiciales y las opiniones de los juristas, desde siempre.

Es posible sostener —en términos superficiales— que el Derecho Público se debe atar al Estado (sus actividades, funciones, estructuras y factor humano) y, a su vez, debe irradiarse sobre las relaciones de éste con las personas. Por su parte, el derecho privado recae sobre los particulares y las situaciones jurídicas entre éstos.

Sin embargo, es simple advertir que el Estado se rige en ciertos casos por el derecho privado, sin renunciar enteramente a los principios del Derecho Público (por ejemplo, ciertos contratos celebrados por el Estado cuyo objeto es regulado por el derecho privado y que llamaremos Derecho Administrativo Privado). De modo que el ***Derecho Administrativo Privado*** contiene reglas del derecho privado, pero está rodeado de directrices y, básicamente, principios del Derecho Público (derechos fundamentales; postulado competencial; y principios de igualdad y proporcionalidad; entre otros). Veamos ejemplos: a) el Estado decide aplicar reglas del derecho privado en el sector público (LCT en el empleo estatal); b) el Estado utiliza formas del derecho privado —conforme la teoría general de las Formas— y, tras ello, aplica el derecho privado.

A su vez, los particulares se rigen por el derecho privado y, a veces, parcialmente por el Derecho Público en sus relaciones de derecho (entre otros, es el caso de los concesionarios de los servicios públicos y su vínculo con los usuarios). *En síntesis, el subsistema de que se trate se integra con ciertos eslabones del otro subsistema, sin desdibujar su identidad.*

El conflicto entre el Derecho Público/Privado es permanente, dinámico y complejo. Quizás uno de los capítulos en donde es posible advertir con mayor nitidez las rispideces y dificultades en el entrelazamiento de los dos subsistemas es el ámbito de intervención del Estado en las actividades comerciales e industriales ya mencionado. Es decir, las empresas del Estado, las sociedades del Estado y las sociedades anónimas del Estado creadas en los últimos años. Aquí vale recordar en términos paradigmáticos que, en ciertos casos, el legislador dice que las sociedades anónimas públicas se rigen por los principios y las reglas del derecho privado y que no debe aplicárseles —en ningún caso— los principios ni las reglas del Derecho Público. Este relato normativo reciente nos muestra claramente el conflicto casi permanente e irresoluble entre los dos subsistemas.

Conviene aclarar también que tales subsistemas constituyen bloques normativos con cierta autonomía (principios, reglas y criterios hermenéuticos propios) y, por tanto, la aplicación de uno desplaza al otro.

Sin embargo, también es importante advertir que ***los subsistemas interactúan integrándose por vía interpretativa***. En particular, el bloque del Derecho Público se nutre en parte del derecho privado a través de técnicas hermenéuticas diversas (aplicación directa, subsidiaria o analógica). De todos modos, cierto es que el derecho privado no recurre a las reglas del Derecho Público con el objeto de integrarse por las vías interpretativas. Es decir, el Derecho Público aplica derecho privado (uno de los casos más emblemáticos es la construcción de la teoría dogmática de la responsabilidad estatal desde el artículo 1112 del Código Civil, antes de la aprobación de la ley 26.944). Pero, sin embargo, el derecho privado no recurre a las reglas del Derecho Público (por ejemplo, en caso de lagunas).

Quizás, en términos simples pero didácticos, es plausible recrear en el plano teórico tres modelos sobre el esquema Derecho Público/Privado (subsistemas), sin dejar de advertir que los sistemas jurídicos son más complejos. Sin embargo, más que enredarnos en los vericuetos de los sistemas jurídicos, nos proponemos aquí privilegiar el debate sobre las ideas.

Primer modelo: dos bloques o subsistemas (Derecho Público por un lado; y derecho privado, por el otro. Por supuesto, ambos anclados en el Derecho Constitucional).

Segundo modelo: un solo bloque.

Tercer modelo: una base común (preferentemente de derecho privado y de desarrollo por debajo de la Constitución) y, luego, ramificaciones varias (entre ellas, el Derecho Administrativo y el Derecho Civil). Así, es posible interpretar que existe un derecho común (más allá, claro, del Derecho Constitucional) y que, tras éste, nacen dos ramas jurídicas, el Derecho Civil y el Derecho

Administrativo. El Derecho Común puede ser desarrollado en el contexto del Código Civil o en otros instrumentos jurídicos porque —en verdad— ese tronco común excede al Derecho Civil. Otro criterio es creer que el Derecho Civil es el derecho común y que, por tanto, el Derecho Administrativo debe apoyarse en él (léase el Código Civil y sus leyes complementarias).

En nuestro parecer, el debate jurídico en el país está centrado entre el primero y el tercero de los modelos.

Antes de abandonar este capítulo es necesario completarlo con dos cuestiones que creemos relevantes y que debemos incorporar en el debate propuesto. *Por un lado*, el Doble Derecho (dos subsistemas) nos lleva a la encrucijada de ***distinguir entre normas del Derecho Público y Privado***. Evidentemente, el Código Civil y Comercial es derecho privado y las leyes sobre procedimientos administrativos o contrataciones del Estado son ejemplos clásicos de reglas del Derecho Público. Pero, ¿qué ocurre con las leyes ambientales, de educación, salud, consumidores y usuarios? ¿Cuál es, entonces, el criterio sustancial que nos permite distinguir entre unas y otras y, consecuentemente, encuadrar las situaciones jurídicas?

Por el otro, el modelo jurídico (Derecho Único o Doble Derecho) se entrecruza —entre nosotros— con el ***reparto territorial del poder***. Así, el Congreso federal es el poder competente para regular el Derecho Civil o común y, por su parte, el Derecho Administrativo debe ser reglado por las jurisdicciones locales (legislaturas provinciales) y el Estado federal (Congreso federal). De modo que, si reconocemos un Derecho Único o de base común, interviene el Estado federal y si, por el contrario, el Derecho es Doble, entonces, surge el poder concurrente entre el Estado federal y los Estados provinciales. Por ejemplo: la regulación de la responsabilidad estatal. Si partimos del Doble Derecho, su regulación compete al Estado federal (responsabilidad del Estado central) y a las Provincias (responsabilidad de los Estados provinciales). Por el contrario, si es Derecho Único (al menos en sus bases), debe ser regulado por el Congreso federal. En efecto, el modelo único permite construir un solo Derecho, sin perjuicio de ciertos matices propios y menores del Derecho Administrativo (es decir, el tronco común es regulado por el Estado Central, sin perjuicio del poder de los Estados locales de dictar los detalles). Insistimos, si seguimos el modelo del Derecho Único, el Estado Federal —a través básicamente del Congreso Nacional— debe regular las bases del Derecho Administrativo Federal y local (llamado en este contexto Derecho Común) y, por su parte, las Provincias sus detalles (Derecho Administrativo propiamente dicho y, por tanto, Derecho local).

Volvamos sobre la idea del Derecho Administrativo como conocimiento autónomo del derecho privado. Pues bien, si *aceptamos el Doble Derecho (dos subsistemas) y, por tanto, el Derecho Administrativo como conocimiento autónomo*, cabe preguntarnos: ¿cuál es el contenido de este bloque jurídico? ¿Cuáles son las piezas que lo componen? ¿Cuál es la relación entre este bloque y los otros bloques jurídicos —por caso, el Derecho Civil y el Derecho Administrativo Provincial—? ¿Cuáles son los principios del Derecho Administrativo y su método hermenéutico?

Quizás, el aspecto sustancial y más relevante es el sentido de distinguir entre dos subsistemas; esto es, el por qué del Derecho Administrativo.

III.1. El sentido de distinguir entre dos subsistemas jurídicos

¿Cuál es el sentido de distinguir entre dos derechos? Las respuestas plausibles son varias:

- 1) El poder de regulación competente (distribuido entre el Estado Federal y las Provincias);

- 2) El juez competente con el objeto de resolver los conflictos que se susciten en la aplicación de las normas (jueces ordinarios o, en su caso, contencioso administrativo);
- 3) Los criterios hermenéuticos y los principios a aplicar (pautas propias y específicas del Derecho Administrativo y, por tanto, diferentes del derecho privado); y
- 4) El reconocimiento de potestades estatales (en particular, privilegios y prerrogativas), por tratarse de normas del Derecho Público distinguiéndose así del derecho privado.

Creemos que —en nuestro modelo— la distinción entre Derecho Público y Privado reside históricamente en el poder de regulación territorial; el juez competente —especializado en Derecho Público o Privado—; los principios y criterios hermenéuticos y, finalmente, la validez de ciertas cláusulas (privilegios y prerrogativas).

Es decir, si definimos a ciertas normas como propias del Derecho Público, entonces, las consecuencias son: el poder de regulación federal o provincial, según el caso; el juez competente (contencioso administrativo); los criterios interpretativos (básicamente los principios del Derecho Administrativo y las técnicas específicas, por ejemplo, la analogía de segundo grado); y la validez de cláusulas que llamaremos exorbitantes por exceder y transgredir el derecho privado.

A su vez, el modelo del Derecho Único o del Doble Derecho incide también en otro aspecto. Así, cuando intentemos definir el bloque o subsistema del Derecho Administrativo (es decir, el material jurídico propio) debemos saber claramente qué normas son de Derecho Administrativo. Por caso, si las normas sobre prescripción de los tributos locales (provinciales) son parte del Derecho Civil, entonces, no integran la pirámide del Derecho Administrativo, y solo es posible aplicarlas en el ámbito de éste por medio de técnicas hermenéuticas específicas (aplicación subsidiaria o analógica de segundo grado). Por el contrario, si forman parte de las bases comunes del Derecho, entonces, se aplican directamente al Derecho Administrativo porque son piezas jurídicas ubicadas en sus propias bases. En efecto, si se interpreta que ciertas disposiciones del Código Civil o del Derecho Civil son parte de ese Derecho Común y, por tanto, del Derecho Administrativo, no es necesario traerlas a nuestro campo de conocimiento a través de técnicas hermenéuticas, tales como la subsidiariedad o la analogía. Distinto es el caso si se entendiese que el objeto a regular es propio del Derecho Administrativo y existe una laguna, en cuyo supuesto debemos recurrir al Derecho Civil, matizarlo y traerlo luego al Derecho Administrativo de modo analógico —de segundo grado— o subsidiario.

A su vez, creemos que el reconocimiento normativo de privilegios —salvo que aceptemos las prerrogativas implícitas y no necesariamente derivadas de los poderes expresos— no justifica la creación de un Derecho Administrativo. Así, respecto del sentido del Derecho Administrativo, y más allá de sus consecuencias jurídicas que describimos en los párrafos anteriores, nos remitimos al Capítulo 3 sobre "El concepto del Derecho Administrativo".

III.2. El modelo del Derecho Único

Conviene aclarar aquí que, según nuestro entendimiento, es posible construir el modelo de un solo derecho entre nosotros, por medio de dos caminos alternativos y con el siguiente alcance (tal como adelantamos en el punto anterior).

Por un lado, cabe interpretar que existe un derecho común (más allá, claro, del Derecho Constitucional) y que, tras éste, nacen dos ramas jurídicas, el Derecho Civil y el Derecho Administrativo. El Derecho Común puede ser desarrollado en el contexto del Código Civil o en

otros instrumentos jurídicos —y quizás sea más razonable— porque en verdad excede al Derecho Civil.

Por el otro, creer que el Derecho Civil es el derecho común y que, por tanto, el Derecho Administrativo debe apoyarse en él (léase el Código Civil y Comercial sus leyes complementarias).

Insistimos, si aceptamos este modelo, el Estado Federal —a través básicamente del Congreso Nacional— debe regular las bases del Derecho Administrativo Federal y local (llamado en este contexto Derecho Común o Derecho Civil) y, por su parte, las Provincias sus detalles (Derecho Administrativo propiamente dicho y, por tanto, Derecho local).

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos de este cuadro de Derecho Único y Básico?

a) *La distinción entre derecho privado/público es artificial*. Es decir, no existe una razón sustancial de diferenciación, sino simplemente formal (poder competente para regular o resolver los conflictos suscitados por la aplicación de uno u otro); o lisa y llanamente el criterio legislativo.

b) *El Poder Legislativo es competente para regular el Derecho Civil o común, según el texto constitucional (art. 75, inc. 12, CN)*. Es decir, el propio Convencional se refiere al Derecho Común.

Así, por ejemplo, el capítulo de la responsabilidad del Estado comprende al derecho de propiedad y las relaciones entre acreedores y deudores (obligación de reparar entre el Estado y los terceros damnificados) y estos temas son propios del Derecho Común y no de un Derecho Especial (Administrativo). En igual sentido y a título de ejemplo, la regulación del dominio público versa sobre el derecho de propiedad y, por tanto, es propio del Derecho Común (al menos en sus bases).

c) *El Poder Legislativo es competente para legislar en forma uniforme las cuestiones comunes a todas las ramas del derecho* —más allá de los términos del inciso 12, artículo 75, CN—, en razón de los arts. 12, 18 y 19, CN. Es decir, el Derecho es común respecto del Derecho Privado y Público. En tal sentido, por ejemplo, el Título Preliminar del Código Civil y Comercial es de Derecho Común y no solo de Derecho Civil.

d) *El carácter integral del sistema jurídico*. Éste nace de los artículos 1, 2 y 3 del Código Civil y Comercial. La Corte ha dicho que, por ejemplo, el art. 16, CC, "excede los límites del ámbito del derecho privado y se proyecta como un principio general, vigente en todo el orden jurídico interno" (Fallos 330:5306). En igual sentido, ver el Capítulo I (Derecho) del Título Preliminar del Código Civil y Comercial (art. 2).

e) *El respeto por la seguridad jurídica*. Si se admitiese que cada Provincia pudiese regular, según su propio criterio y sin bases comunes, cuestiones sustanciales del Derecho —incluso del Derecho Administrativo—, se crearía mayor inseguridad jurídica sobre las normas a aplicar y las posibles soluciones ante casos concretos.

f) *El respeto por el principio de igualdad*. El Derecho Común impide que cada Provincia regule cuestiones sustanciales de modo singular, evitándose así desigualdades entre los habitantes de las distintas jurisdicciones de nuestro país.

g) *El Estado Federal es responsable ante organismos internacionales por las legislaciones provinciales —irregulares o defectuosas (sea por acción u omisión)—*. Por eso, el art. 75, inc. 22, CN, sobre los tratados internacionales reconoce al Estado federal —en términos implícitos—

el poder de regular el Derecho Común de modo uniforme en todo el territorio dado que — más allá de los incumplimientos provinciales — aquél es quien debe responder internacionalmente.

h) *La posible violación de las legislaciones provinciales de principios constitucionales básicos*. Es posible que el legislador provincial sancione leyes inconstitucionales (por ejemplo, si una ley local restringiese indebidamente el alcance de la responsabilidad del Estado local).

i) *El criterio de la Corte*. La Corte sostuvo que "la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores corresponde a la legislación nacional, por lo que no cabe a las provincias ni a los municipios dictar leyes incompatibles con lo que los códigos de fondo establecen al respecto, ya que, al haber atribuido a la Nación la facultad de dictarlos, han debido admitir la prevalencia de las leyes del Congreso y la necesaria limitación de no dictar normas que las contradigan"; corresponde por tanto su regulación al Código Civil (Voto del Juez Petracchi en la causa "Cena, Juan M. c. Provincia de Santa Fe s/Daños y Perjuicios"). Ver, en igual sentido, el criterio mayoritario del Tribunal en los casos "Filcrosa", "Municipalidad de Resistencia", "Arcos Dorados" y "Bottini", entre otros.

También dijo este Tribunal que las legislaciones provinciales que reglamentaron la prescripción en forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil son inválidas, pues las Provincias carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la aludida legislación de fondo, incluso cuando se trate de regulaciones concernientes a materias de derecho público local (Fallos: 175: F.194. XXXIV. 300; 176:115; 193:157; 203:274; 284:319; 285:209 y 320:1344).

En igual sentido, se expidió la Corte en el caso "Las Mañanitas S.A." en donde sostuvo que "si bien es indiscutible que los estados provinciales han conservado las facultades atinentes a la determinación de los fines de interés público que justifican la sanción de sus leyes (artículos 121, 122 y 124 de la Constitución Nacional), y que las restricciones que se imponen al dominio privado solo en base a ese interés general son regidas por el derecho administrativo (artículo 2611 del Código Civil), también lo es que las provincias, bajo la invocación del ejercicio de esas facultades, no pueden alterar la esencia de los institutos regulados por los códigos de fondo estableciendo exigencias que los desnaturalizan". Y, luego, agregó que "el derecho de propiedad, no es un instituto propio del derecho público local, sino un derecho tan general que ha justificado su regulación desde la Nación mediante la atribución que al efecto le fue conferida al legislador nacional por medio del artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional". Finalmente, concluyó que "al haber atribuido a la Nación la facultad de dictar el Código Civil, los estados locales han admitido la prevalencia de las leyes del Congreso y la necesaria limitación de no dictar normas que las contradigan". Ver en igual sentido, el fallo "Ledesma Sociedad Anónima, Agrícola e Industrial c/ Estado Provincial".

III.3. Los obstáculos en la construcción de un Derecho Único

La construcción de un Derecho Único es evidentemente simple; sin embargo, cuando pensamos en este derecho (único o común) como base del sistema y luego — desde allí — edificamos las ramas del Derecho (público/privado), entonces, el nivel de complejidad es alto. Ya hemos advertido sobre las dificultades existentes en la tarea de distinguir entre el Derecho Privado y el Público (subsistemas). Pues bien, aquí el obstáculo es mayor.

En efecto, tales dificultades son, quizás, superlativas cuando debemos definir qué temas son propios del Derecho Común (base del sistema) y cuáles de los ramas subsiguientes (Civil o Administrativo), según el aspecto puntual a reglar. Por el contrario, en el modelo del Doble Derecho coexisten dos subsistemas sin bases comunes (más allá del marco constitucional).

Por ejemplo, la regulación de los tributos locales es claramente de Derecho Administrativo y Tributario y, por tanto, propia de los Estados locales. Sin embargo, la regulación del plazo de prescripción respecto de las acciones en que el Estado persigue el cobro de los tributos locales es, según el criterio de la Corte, de Derecho Civil (común). El planteo es novedoso y, por ello, creemos conveniente profundizar más en el análisis de este criterio judicial. Es decir, las bases son comunes (Derecho común), así el plazo de prescripción de las acciones es propio de este derecho y, luego, se divide entre las ramas del Derecho Administrativo (derecho tributario local) y Civil (derecho de las obligaciones).

Así, en el precedente "Filcrosa", la Corte —criterio luego repetido en el caso "Municipalidad de Resistencia c. Lubricomo" y "Bottini"— sostuvo que la regulación del plazo de prescripción de las acciones del Derecho Público es propio del Derecho Civil.

¿Cómo argumentó el tribunal? Veamos: a) corresponde a la Nación regular los aspectos sustanciales entre acreedores y deudores (obligaciones); b) a su vez, uno de los aspectos de las obligaciones es la prescripción, sin perjuicio de que el derecho tributario sea local; c) la prescripción no es un instituto del derecho público local, sino una categoría general del derecho; d) la prescripción se vincula con el derecho de propiedad, cuya regulación fue delegada en el Estado Federal; e) en materia de prescripción debe seguirse el mismo criterio que en el modo de extinción de las obligaciones, incluso en materias no delegadas (derecho civil); f) esta interpretación contribuye a la seguridad jurídica; y, finalmente, g) la regulación de la prescripción no guarda relación con la autonomía de los Estados locales.

Si se siguiese el camino indicado por la Corte, entonces, los plazos de prescripción de las acciones en el marco de las leyes provinciales sobre expropiaciones serían inconstitucionales, debiendo remitirnos lisa y llanamente al Código Civil y Comercial. No olvidemos que en el contexto de las expropiaciones discutimos el derecho de propiedad, las obligaciones y el modo de extinción de éstas. ¿Acaso es razonable este criterio? Creemos que no, tal como explicaremos más adelante.

Si bien es cierto que este criterio judicial permite construir un modelo de Derecho Único —en el sentido de que existe un Derecho Común (básico) y, luego, el Derecho Civil y Administrativo—, también es verdad que nos permite reflexionar sobre cuál es el límite entre el Derecho Civil y el Administrativo.

Pues bien, el modelo del Derecho Único tiene dos *déficits* que creemos insalvables; uno es metodológico y el otro sustancial. El *aspecto metodológico* crítico es que no define, ni siquiera de modo indiciario, cuál es el límite material del Derecho Común y las ramas del Derecho (Civil y Administrativo). Por caso ¿cualquier cuestión que se vincule con el derecho de propiedad debe ser regulada por el Derecho Común y, consecuentemente, excluida del Derecho Administrativo? Es más, en este escenario impreciso es posible que el Derecho Común vacíe de contenido al Derecho Administrativo. El inconveniente metodológico es, por tanto, que el modelo del Derecho Único no establece ningún criterio o directriz con el propósito de limitar el campo expansivo del Derecho Común (bases). *El otro lado inconsistente (sustancial)* es el vaciamiento del fundamento del Derecho Administrativo (es decir, el interés colectivo al sustituirlo por el interés privado).

III.4. El modelo del Doble Derecho (subsistemas jurídicos)

Este es el criterio que se ha seguido mayoritariamente entre los operadores jurídicos. Veamos los fundamentos.

a) *Las Provincias conservan el poder no delegado a la Nación.* Entre los poderes reservados y no delegados por las Provincias al Estado federal, según el artículo 121, CN, encontramos el de dictar las normas de Derecho Administrativo. Por eso, el Derecho Administrativo tiene naturaleza eminentemente local.

b) *El fundamento del Derecho Administrativo es sustancialmente distinto del Derecho Privado.* Así, el Derecho Administrativo se apoya en el principio del *interés público* (o sea el interés de todos) y el derecho privado en el interés privado.

Otro criterio plausible es: el Derecho Administrativo parte del criterio de *subordinación* entre el Estado y los particulares; por ello, sus instrumentos básicos son los reglamentos y los actos, con poderes especiales de decisión y ejecución. Por su parte, el derecho privado se construye desde el principio de la igualdad; por eso, el instrumento emblemático en su desarrollo es el contrato que nace de la voluntad y el consenso entre las partes. En efecto, en el subsistema del derecho privado los sujetos son iguales y las decisiones libres y sin motivación (sin perjuicio de ciertas excepciones: contrataciones forzosas y normas prohibitivas, entre otras). Por su parte, en el Derecho Público, los sujetos se encuentran en situaciones de desigualdad y las decisiones son condicionadas y motivadas.

c) *La intensidad de la regulación.* Así, el derecho privado establece simplemente un marco — límite externo —, salvo casos excepcionales de regulación y protección especial (por ejemplo, la situación de los consumidores). Es decir, el derecho privado habitualmente regula el *modo* de componer el conflicto entre los derechos y —a su vez— ciertas pautas básicas respecto del alcance de éstos. Pero, en cualquier caso, persigue intereses públicos (por ejemplo, respecto de consumidores, inquilinos, competidores, entre otros). Por el contrario, *el Derecho Público es por regla marco y contenido*; es decir, regula las situaciones jurídicas con mayor intensidad y profundidad. Asimismo, el Estado debe justificar la aplicación de las reglas de Derecho Público (esto es: procedimiento, organización y contenido); en el derecho privado no es así. En síntesis, el Derecho Público regula el *modo y contenido* de las relaciones jurídicas.

d) *El propio criterio de la Corte Suprema de Justicia en sus precedentes más recientes.* Si bien en un principio la Corte sostuvo que la responsabilidad de los Estados provinciales es asunto civil —y consecuentemente admitió su competencia originaria en demandas iniciadas contra una Provincia por vecinos de otras provincias—, luego y más recientemente modificó su criterio en el caso "*Barreto*". Aquí, afirmó que los casos en que se discute la responsabilidad estatal están alcanzados por el Derecho Administrativo que es propio de las Provincias (poder regulatorio) y, por tanto, el pleito debe ser resuelto por los jueces locales (poder de resolución).

e) *El principio de la normatividad.* Las Constituciones Provinciales y la legislación federal y provincial reconocen el Doble Derecho (subsistemas) y, además, el carácter local del Derecho Administrativo.

f) *Otros criterios.* El *poder regulatorio competente* (en verdad, es una consecuencia jurídica y no el fundamento, pues evidentemente no sirve como base de justificación en razón de su carácter circular); las *materias relevantes* (es decir, éstas son propias del Derecho Público); y el respeto por la *cultura jurídica* que nos conduce por el camino de los dos subsistemas.

III.5. Las dificultades en la construcción del Doble Derecho (subsistemas)

Es evidente que ciertos temas son propios del Derecho Civil y otros claramente del Derecho Administrativo, pero existen zonas de penumbras (casos oscuros) en que es más difícil distinguir entre el Derecho Público y Privado.

Por ejemplo, es posible que entre las normas del derecho privado (por caso, el Código Civil y Comercial) se incorporen reglas del Derecho Público (ver, entre otros: art. 149 sobre participación del Estado en las personas jurídicas privadas; arts. 235 y siguientes sobre bienes del dominio público y privado del Estado y art. 243 sobre bienes destinados a la prestación de un servicio público), pero no por ello debe interpretarse que se trata de normas del Derecho Común o Privado.

Pues bien, el punto crítico sigue siendo cómo delinear estos dos campos del conocimiento jurídico en el contexto del doble derecho o subsistemas. Según nuestro criterio, las normas de Derecho Administrativo son aquellas que tienen por objeto regular las funciones administrativas, sin las limitaciones del llamado Derecho Común o Civil.

III.6. El rechazo del modelo de Derecho Único: la razonabilidad de los subsistemas (doble derecho)

El modelo del Derecho Único tiene déficits que creemos insalvables y que mencionamos anteriormente (*aspecto metodológico y sustancial*). Así, no es posible definir el criterio de distinción material entre el Derecho Común y las ramas del derecho (en particular, el Derecho Administrativo). Por otro lado, este modelo nos lleva al vaciamiento del fundamento del Derecho Administrativo al confundirse el interés privado y público.

Si bien hemos dicho que el Derecho Administrativo se explica a través del criterio de: a) la distribución del poder regulatorio entre varios territorios; b) el juez competente por su especialidad; y c) el reconocimiento —en términos de validez— de las cláusulas exorbitantes o transgresoras; cierto es que el aspecto más relevante —y que no es posible salvar en el contexto de un Derecho Único— es el interés público o colectivo y su distinción con el interés privado.

Al fin y al cabo, la distribución territorial del poder regulatorio y la figura del juez especializado son simplemente herramientas instrumentales; es más, el carácter exorbitante de las cláusulas típicas del Derecho Administrativo (privilegios) es, asimismo, otro instrumento; pero el trasfondo que nos permite anclarnos razonablemente en el Doble Derecho (subsistemas) es, insistimos, el interés público.

En otros términos, ¿es posible alcanzar el ideal de una justicia igualitaria con un Derecho Único? Quizás, sí; pero —sin dudas— es más complejo y trabajoso. Ocurre que el Derecho Público, y Administrativo en particular, debe recomponer las desigualdades preexistentes, en tanto en el contexto del Derecho Privado ello no es así, salvo casos de excepcionales.

En conclusión, el Doble Derecho (subsistemas) satisface con mayor plenitud el reconocimiento de derechos en condiciones igualitarias.

Pero, finalmente, ¿por qué discutimos el Derecho Único o el Doble Derecho en este contexto?

Por un lado, porque cuando intentamos definir el bloque del Derecho Administrativo (es decir, el material jurídico propio) debemos saber claramente qué normas son de Derecho Administrativo y cuáles no. Por caso, si seguimos el criterio de la Corte, las reglas sobre prescripción son parte del Derecho Común y se aplican directamente al Derecho Administrativo ya que constituye sus propias bases.

Por el otro, si nos alejamos de esas ideas —tal como proponemos nosotros—, entonces, esas disposiciones son parte de la pirámide o bloque del Derecho Administrativo (por ejemplo, el plazo de prescripción de las acciones tributarias). Así, no es necesario traerlas a nuestro campo de conocimiento a través de técnicas hermenéuticas —tales como la subsidiariedad o la analogía,

que luego analizaremos con cierto detalle—. De todos modos, si el Derecho Administrativo no reguló el objeto bajo análisis (caso administrativo no previsto), debemos recurrir al Derecho Civil, pero no de modo directo, sino matizándolo y trayéndolo al Derecho Administrativo de modo análogo o subsidiario.

En conclusión, el Derecho Administrativo se elabora con bases, principios y reglas propias porque es un derecho autónomo (subsistema jurídico). No es necesario ni conveniente, según nuestro criterio, crear un Derecho Común por debajo del texto constitucional y menos, claro, vaciar al Derecho Administrativo.

III.7. La distinción entre el Derecho Administrativo Federal y Provincial. El bloque del Derecho Administrativo Federal

El paso propuesto en este apartado es distinguir entre el *Derecho Administrativo Federal* y *local*. Éste es federal cuando su objeto consiste en regular las funciones administrativas que se desprenden de las competencias propias del Estado Federal (por ejemplo, arts. 99 y 100, CN y art. 75, incisos 18 y 19, CN). A su vez, es local cuando recae sobre las materias administrativas de los Estado Provinciales (art. 124, CN). Aquí, es necesario distinguir entre las materias exclusivas, concurrentes y compartidas (Derecho Federal y Provincial) y, dentro de este conjunto competencial, centrarse en las funciones estatales administrativas (Derecho Administrativo).

Si acaso pudiésemos definir los bloques jurídicos como si se tratase de pirámides, cierto es que tras despejar las otras pirámides (derecho privado y derecho público provincial), debiéramos detenemos en el bloque o pirámide del Derecho Administrativo Federal y su composición (esto es, cuáles son los materiales que integran este entramado y cómo ubicarlos dentro de esta figura). Más adelante, veremos el vínculo entre nuestra pirámide (Derecho Administrativo Federal) y las otras —por caso, el Derecho Civil y el Derecho Administrativo Local—.

Un aspecto previo es preguntarnos si el bloque de Derecho Público (ya separados los bloques del derecho privado y del Derecho Público Provincial) es enteramente Derecho Administrativo —obviamente enraizado en el Derecho Constitucional— o, por el contrario, es posible distinguirlo de los Derechos Parlamentario y Judicial. Pues bien, esto depende de cómo definamos el concepto de funciones administrativas y, por tanto, el objeto del Derecho Administrativo. Salvado este punto, debemos remitirnos al Capítulo V sobre fuentes del Derecho Administrativo (Constitución; tratados internacionales; leyes; decretos; resoluciones y principios).

Los aspectos más relevantes y controversiales en este campo (es decir, en el armado de la pirámide propia del Derecho Administrativo Federal) son: a) cómo definir los principios generales y cómo resolver los conflictos entre éstos; b) cómo incorporar las recomendaciones o decisiones de los tribunales u organismos internacionales —dictadas en el marco de los sistemas jurídicos creados por los tratados internacionales con rango constitucional—; c) el valor de los decretos del Poder Ejecutivo con rango legal (decretos delegados y de necesidad); d) el alcance de los decretos dictados por los entes autónomos (en cuyo caso, el acto normativo del ente no está sujeto al poder regulatorio reglamentario del Presidente, de modo que aquél desplaza al acto normativo del Ejecutivo); y, finalmente, e) las resoluciones de los órganos y entes de la Administración (en los casos en que actúan como autoridad de aplicación de la ley o cuando se los reviste de notas de especialidad). Estos aspectos han sido desarrollados en el capítulo específico sobre Fuentes (Capítulo V).

III.8. El Estado y el Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Privado

En principio, el Estado hace uso del Derecho Administrativo; sin embargo, a veces recurre al derecho privado por cuatro vías distintas, a saber:

1. La aplicación directa de reglas del derecho privado (por ejemplo, contratos administrativos cuyo objeto está regido por aquél). En cualquier caso, deben aplicarse los principios y ciertas reglas del Derecho Público. Así, el Derecho Administrativo Privado está alcanzado por las reglas competenciales (mandatos propios y típicos del Derecho Administrativo), los principios generales del Derecho Administrativo y, además, por los Derechos Fundamentales.
2. El uso de los modos de organización propios del derecho privado, conforme la teoría general de las formas (sociedades comerciales; asociaciones; fundaciones; y fondos fiduciarios, entre otros). ¿El uso de tales cauces supone, consecuentemente, aplicar el derecho privado? Las relaciones que nacen de ese escenario se rigen por el derecho privado, pero en los términos detallados en el apartado anterior; esto es, derecho privado rodeado por el Derecho Público (Derecho Administrativo Privado).
3. El uso de recursos públicos por medio de terceros. Es posible —aunque no está dicho así entre nosotros— que, en tal caso y sin perjuicio de recurrir a sujetos que se mueven en el subsistema del derecho privado, se aplique básicamente Derecho Administrativo.
4. La aplicación de las reglas del subsistema del derecho privado en el subsistema del Derecho Público por vía interpretativa (aplicación directa, analógica o subsidiaria).

En este último supuesto (4), el intérprete recurre a reglas —o quizás principios— del derecho privado de modo ocasional y limitado, respetándose los dos subsistemas jurídicos. Sin embargo, en los dos primeros casos (1 y 2) es posible configurar un subsistema propio que llamaremos Derecho Administrativo Privado. Por nuestro lado, creemos que no es un subsistema jurídico en sí mismo, sino simplemente un apartado del subsistema del Derecho Público. Este bloque especial está integrado por: principios del Derecho Público (igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, entre otros); reglas sobre competencia (Derecho Administrativo); reglas del Derecho Privado; y, finalmente, Derecho Presupuestario.

Desde el punto de vista dogmático es posible desarrollar diversas teorías (por caso, las teorías de los actos separables o de los dos niveles), con el propósito de distinguir la aplicación del Derecho Público y Privado sobre el mismo objeto (se trate de actos, contratos o actividades materiales). Por ejemplo, el Estado celebra un contrato por medio del proceso licitatorio y cuyo objeto se rige —total o parcialmente— por el derecho privado. Por tanto, el acto de adjudicación es propio del Derecho Administrativo, pero los derechos y obligaciones de las partes se rigen por el derecho privado.

En general, el Estado recurre al derecho privado cuando se trata de actividades de prestación y no así de ordenación o regulación.

IV. LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Ya hemos definido el bloque del Derecho Administrativo Federal, a cuyo efecto separamos los bloques del Derecho Privado (subsistema) y del Derecho Administrativo Provincial (orden regulatorio y jurisdiccional autónomo). Luego, hemos explicado cómo se compone ese bloque (es decir, cuáles son los materiales jurídicos relevantes y cómo se ubican y relacionan entre sí tales piezas jurídicas).

Antes de avanzar en el camino que nos hemos propuesto, creemos conveniente aclarar cuál es el vínculo entre los bloques antes mencionados. Así, la relación entre *el bloque del Derecho Administrativo Federal y el del Derecho Administrativo Provincial* es —dicho claramente— inexistente en términos jurídicos. Es más, en caso de conflicto entre éstos (por ejemplo, contradicciones entre el bloque federal y el provincial, prevalece aquél que —según las normas constitucionales vigentes— sea competente en razón de las materias reguladas). Veamos un caso plausible. La Ley de Contrataciones del Estado Federal ([decreto 1023/01](#) y su decreto reglamentario) establece que —en caso de revocación del contrato por razones de interés público— el Estado sólo debe indemnizar al contratista por el daño y no el lucro cesante; por su parte, la Ley de Contrataciones del cualquier Estado Provincial dice hipotéticamente que en igual situación el Estado debe reparar integralmente (esto es, daño y lucro). Estos textos jurídicos son evidentemente contradictorios. Es más, imaginemos que la Ley Federal establece que "en caso de revocación de contratos estatales, federales y *provinciales*, el Estado sólo debe indemnizar el daño causado", en cuyo caso el mandato es más claro. Aquí, el punto contradictorio es más nítido e insalvable. Pues bien, ¿cuál de los textos debemos aplicar respecto de los contratos provinciales revocados? Sin dudas, el texto local (Ley de Contrataciones del Estado Provincial) y, por tanto, reconocerle el daño y el lucro. ¿Por qué? Por el ámbito competencial en razón de las materias. *El Derecho Administrativo Federal y Provincial constituyen dos órdenes regulatorios y jurisdiccionales propios —conforme el texto constitucional— y, por tanto, son autónomos (sin vasos comunicantes). Por el contrario, los subsistemas (Derechos Público/Privado) sí se relacionan básicamente a través de las técnicas de interpretación.*

Asimismo, si se presentan contradicciones insalvables entre dos o más bloques de Derecho Administrativo Provincial, el conflicto se resuelve por el ámbito competencial territorial y material.

En síntesis, estos bloques (Federal y Provinciales) se desplazan unos con otros pero no se integran entre sí (por caso, en el supuesto de las lagunas). Es decir, si el bloque del Derecho Administrativo de cualquier Estado Provincial no resuelve ciertos casos (lagunas del Derecho), no es plausible —en el marco de nuestro ordenamiento constitucional— recurrir al bloque del Derecho Administrativo Federal o al de otras Provincias, con el fin rellenar esas lagunas.

A su vez, *el vínculo entre el bloque del Derecho Administrativo Federal y el bloque del derecho privado* es más complejo. En principio, el primero desplaza al segundo por las materias propias, sin complementarse. Sin embargo, en el caso de las lagunas en el Derecho Administrativo (caso administrativo no previsto) es posible ir al bloque del derecho privado con el objeto de buscar reglas, traerlas y resolver el caso. Luego, volveremos sobre este punto al referirnos a las lagunas del Derecho Administrativo.

Respecto del Derecho Administrativo Federal, el paso siguiente es conocer y resolver las inconsistencias de este modelo (esto es, sus indeterminaciones).

Es necesario, entonces, superar los déficits y así integrarlo. Pues bien, ¿cuáles son los déficits más comunes de este modelo? Aquí, es necesario plantear, *por un lado*, las contradicciones; y, *por el otro*, las indeterminaciones propiamente dichas, a cuyo fin seguimos básicamente las explicaciones de C. NINO sobre Teoría General del Derecho.

IV.1. Las contradicciones. Las técnicas de resolución de tales conflictos

Existe contradicción cuando el sistema jurídico nos da dos o más soluciones con el propósito de resolver el caso bajo estudio, pero con la peculiaridad de que éstas son contrarias e

incompatibles. Éste es evidentemente un ejemplo de defecto lógico del modelo jurídico (en este caso, del subsistema del Derecho Administrativo).

Aquí no existen dificultades para derivar las consecuencias; por el contrario, éstas son claras pero no compatibles; mientras que en el caso de las indeterminaciones propiamente dichas es difícil saber cuáles son las consecuencias del caso.

En este escenario, las reglas hermenéuticas son las siguientes:

- (a) la norma superior desplaza a la norma inferior (jerarquía);
- (b) la norma especial desplaza a la norma general (especialidad); y
- (c) la norma posterior desplaza a la norma anterior (temporalidad).

Pero, ¿qué ocurre cuando el conflicto se plantea, por ejemplo, entre una norma superior y general respecto de otra especial e inferior? Es decir, ¿cómo se resuelve el conflicto entre las reglas hermenéuticas antes descritas?

La regla (a) —jerarquía— prevalece sobre las otras; de modo que la norma superior siempre desplaza a la inferior, incluso si esta última fuese especial y posterior.

A su vez, en el caso de conflicto entre (b) y (c) —es decir, *ley especial y anterior vs ley general y posterior*— debe resolverse según criterios meramente pragmáticos. Nótese que en este caso si seguimos el criterio de especialidad, debe primar la ley especial y anterior; pero si nos inclinamos por el estándar de temporalidad, debe primar la ley posterior y general. En efecto, este conflicto de contrariedades entre pautas hermenéuticas debe resolverse por criterios pragmáticos y según cuál sea el resultado más justo.

Por ejemplo: el decreto delegado 1023/01 (Ley de Contrataciones del Estado) se aplica al contrato de obra pública, siempre que no contradiga a la Ley 13.064 (Ley de Obra Pública). Adviértase que, en verdad, el decreto es una ley porque se trata de un decreto delegado. Por tanto, los dos textos tienen rango legal (igual jerarquía normativa) y, consecuentemente, el conflicto no puede resolverse por el criterio (a) —superior/inferior—. A su vez, el decreto delegado 1023 es general y posterior; y la Ley 13.064 es especial y anterior. Pues bien, si seguimos el postulado de la especialidad prevalece la Ley 13.064 y, por el contrario, si nos inclinamos por el estándar de la temporalidad debe primar el decreto delegado 1023/01. Entonces, ¿cómo se resuelve este conflicto? El legislador —según su propio criterio pragmático— decidió aplicar la Ley 13.064 (esto es, el estándar de especialidad por sobre el de temporalidad).

IV.2. Las otras inconsistencias

Los déficits que cabe mencionar aquí son, entre otros: las *vaguedades*, las *ambigüedades* y las *redundancias*.

Quizás, conviene hacer ciertas consideraciones previas sobre el lenguaje jurídico antes de avanzar. Las *palabras de clase* —conceptos— designan ciertas *propiedades* que deben reunir las cosas y, tras ello, delimitan cuáles concretamente están comprendidas bajo su manto, tal como ocurre en el lenguaje natural. En síntesis, las palabras de clase *designan* propiedades y *denotan* objetos.

El aspecto central consiste, entonces, en discernir cuáles son las propiedades relevantes de las palabras o conceptos. Conviene distinguir e insistir entre la *designación* (es decir, el conjunto de propiedades que deben reunir las cosas bajo un mismo concepto) y la *denotación* (esto es, las cosas comprendidas por aquél). Así, cuanto mayor sea la designación (más propiedades) menor es la denotación (conjunto de objetos comprendidos); y, a su vez, en caso de menor designación (es decir, menos propiedades) mayores son las cosas alcanzadas por el concepto (denotación).

Las *propiedades relevantes* son aquellas que llamamos definitorias, mientras las otras son simplemente circunstanciales o concomitantes (es decir, éstas pueden estar presentes o no). *La definición es, entonces, el significado de un concepto (propiedades y cosas) y solo es razonable si incluye algunos objetos; no, si incluyen todos o solo uno.*

Por tanto, definir es vincular objetos con propiedades a través de las palabras. A su vez, en el ámbito de las definiciones es plausible distinguir tres niveles —tal como describe C. NINO—, a saber: claridad, oscuridad y, por último, penumbras (vaguedades).

IV.2.1. Las vaguedades

La ***vaguedad*** es la imprecisión de las palabras y comprende distintos supuestos. Por ejemplo, cuando las palabras incluyen una propiedad relevante, pero es posible que esté presente en diferentes grados. En tal caso, la propiedad es clara, pero su densidad no. Es más, no sabemos cuál es el límite cuantitativo que nos permite usar o desechar el concepto. Por ejemplo, el concepto jurídico de *alteración* de los derechos (art. 28, CN).

Otro caso de vaguedad ocurre, entre nosotros, cuando no es posible definir las propiedades relevantes en el uso del concepto. De modo que ciertas propiedades están o no presentes, según el contexto (este defecto es conocido comúnmente como vaguedad combinatoria). Un ejemplo, es el concepto de *contrato administrativo* (aquí se discute fuertemente sobre cuáles son las propiedades relevantes que nos permiten usar razonablemente este estándar).

Otro tipo de vaguedad consiste en la posibilidad de incorporar en el uso del concepto nuevas propiedades; por caso, el *servicio público*.

Finalmente, otro vicio potencial —siempre en términos de vaguedad del lenguaje— es el de textura abierta, en cuyo caso dice C. NINO debemos añadir "la exigencia de que no se den ciertas circunstancias insólitas, pero que teóricamente podrían darse. Como es imposible prever todas las propiedades extrañas que puedan presentarse, la lista de circunstancias que *no* deben darse para sea aplicable una palabra, tiene que ser abierta". Por ejemplo, el concepto de contrato administrativo en los términos del decreto delegado 1023/01, artículo 5 (contratos excluidos).

En el Derecho Administrativo encontramos conceptos vagos e indeterminados —tales como emergencias públicas, el interés público y el sacrificio compartido, entre tantos otros-. Incluso en el propio texto constitucional es posible hallar conceptos jurídicos vagos e imprecisos; por caso, el *tratamiento inmediato* en el marco de los decretos de necesidad (art. 99, inciso 3, CN).

IV.2.2. Las ambigüedades

Por su parte, la ***ambigüedad*** plantea dudas sobre las consecuencias lógicas de los conceptos (palabras) e incluso textos —trátese de equívocos semánticos o sintácticos—. En principio, la

ambigüedad semántica comprende dos definiciones claras; pero el inconveniente interpretativo es saber cuál de las dos es jurídicamente correcta (las definiciones ya están predeterminadas y *puede ser una u otra*).

Cabe aclarar que el equívoco semántico ocurre cuando la palabra tiene más de un significado, en tanto el equívoco sintáctico se centra en el vínculo entre las palabras.

Así, por ejemplo, las *ambigüedades semánticas* —dice C. NINO— se presentan en diversos casos:

- a) Cuando el concepto refiere a más de un significado; aquí la definición está predeterminada (propiedades y cosas), pero puede ser una u otra —por ejemplo, la idea de *legislación* del art. 42, CN, que es posible interpretar como decreto o ley formal—;
- b) Cuando el concepto incluye actividades y, a su vez, cosas. Verbigracia, la ley de obras públicas dice que se considera "obra pública toda construcción o trabajo o servicios de industria que se ejecute con fondos del Tesoro de la Nación" (es decir, el trabajo y las obras);
- c) Cuando el significado científico del concepto es distinto del vulgar; y, finalmente,
- d) Cuando el concepto es usado con sentido metafórico.

En términos teóricos, es claro que las ambigüedades nos traen varias definiciones plausibles y el operador debe, por tanto, elegir entre ellas. Por su parte, las vaguedades —tal como explicamos anteriormente— no arrojan definiciones claras, de modo que el intérprete debe justamente esforzarse por encontrarlas. Sin embargo, distinguir entre *ambigüedades semánticas* y *vaguedades* es, según nuestro criterio, irrelevante porque en ambos casos el conflicto debe resolverse por las reglas hermenéuticas que veremos más adelante. Es más, creemos que en los hechos es posible confundir las ambigüedades semánticas con las vaguedades.

Por su parte, las *ambigüedades sintácticas* se plantean en la conexión entre los conceptos (palabras); por caso el conector aditivo (y) o disyuntivo (o). Asimismo, este último puede ser incluyente o excluyente, según el texto. Por último, es posible que el lenguaje conecte las palabras con disyuntivos y aditivos conjuntamente (esto es, *o e y*).

Veamos ejemplos. La ley 25.164 (ADM-2341) sobre Empleo Público establece los requisitos e impedimentos respecto del ingreso a la función pública, a saber:

"El ingreso a la Administración Pública Nacional estará sujeto a la previa acreditación de las siguientes condiciones: a) Ser argentino nativo, por opción o naturalizado" (art. 4º). Aquí, es posible advertir el caso de *disyuntivos excluyentes*.

"Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior no podrán ingresar —artículo 5—:

- a) El que haya sido condenado por delito doloso, hasta el cumplimiento de la pena privativa de la libertad, o el término previsto para la prescripción de la pena (*disyuntivo excluyente*).
- b) El condenado por delito en perjuicio de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal.
- c) El que tenga proceso penal pendiente que pueda dar lugar a condena por los delitos enunciados en los incisos a) y b) del presente artículo (*en principio puede interpretarse como aditivo, pero en verdad es disyuntivo*).

d) El que se encuentre en infracción a las leyes electorales y del servicio militar, en el supuesto del artículo 19 de la Ley 24.429 (R-1977) (*en principio puede interpretarse como aditivo, pero en verdad es disyuntivo*).

e) Los que hayan incurrido en actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, conforme lo previsto en el artículo 36 de la Constitución Nacional y el Título X del Código Penal, aun cuando se hubieren beneficiado por el indulto o la condonación de la pena (*disyuntivo excluyente*).

IV.2.3. Las redundancias

Finalmente, la **redundancia** (otro de los defectos lógicos del modelo) supone más de un significado; pero en cualquier caso no se trata de caminos contradictorios ni excluyentes. Es decir, en los casos anteriores no se sabe cuáles son las consecuencias por las dificultades en las definiciones —vaguedades y ambigüedades semánticas— o por las complicaciones lógicas —ambigüedades sintácticas—, mientras que en las redundancias, las consecuencias son en sí mismas claras, múltiples y no contradictorias.

IV.2.4. La resolución de las vaguedades, ambigüedades y redundancias

Finalmente, ¿cómo se resuelven las inconsistencias que hemos detallado en este capítulo (ambigüedades, vaguedades y redundancias)? A través de las técnicas de interpretación y, en especial, la aplicación de los principios generales del Derecho —tal como veremos más adelante—.

IV.3. Las lagunas del Derecho Administrativo

C. NINO sostiene que existe una "laguna del derecho cuando el sistema jurídico carece, respecto de cierto caso, de toda solución normativa". Más allá de la discusión sobre la existencia o no de las lagunas en el Derecho, en el marco del Derecho Administrativo las lagunas (llamadas entre nosotros "casos administrativos no previstos"), están presentes con más fuerzas que en los otros campos jurídicos.

Pero, ¿es válido recurrir a la analogía en el Derecho Administrativo? ¿No existe acaso contradicción entre el principio de legalidad y este criterio hermenéutico? Es decir, ¿es posible conciliar entre, por un lado, el principio de legalidad —presente fuertemente en el Derecho Administrativo— y, por el otro, las interpretaciones analógicas o también llamadas extensivas? Creemos que es válido siempre que por este camino no restrinjamos derechos ni garantías. Por ejemplo, si por vía analógica se extienden actos de gravamen, este recorrido está vedado al intérprete. Es decir, la analogía no puede ser usada en el campo de los poderes de ordenación y regulación del Estado y, particularmente, su poder sancionador, en términos de restricciones de derechos (por ejemplo, revocaciones o caducidades de derechos). En síntesis, en el Derecho

Público el principio de legalidad restringe necesariamente las técnicas de interpretación extensivas (en particular, el instrumento analógico).

Cabe aclarar que el principio de legalidad respecto del Poder Ejecutivo comprende dos aspectos. Por un lado, cuál es el instrumento jurídico que debe autorizar al Poder Ejecutivo a actuar y, por el otro, de qué modo debe hacerlo. Es decir, el postulado de la legalidad exige: a) la ley formal del Congreso; b) las autorizaciones llamadas competencias (permisiones); y, además, c) el uso restrictivo de las técnicas extensivas (analógicas).

¿Cuándo existe una laguna en el Derecho Administrativo? Pues bien, **primero** debemos recurrir al concepto de competencias —propio del Derecho Administrativo— y tras definir su alcance (competencias expresas e implícitas, tal como explicaremos en los próximos capítulos), cabe analizar si existen o no vacíos normativos. Tengamos presente que —además— así como existen potestades expresas e implícitas, también existen prohibiciones expresas e implícitas en nuestro modelo jurídico.

A su vez, el intérprete debe, en **segundo lugar** —y según nuestro criterio— aplicar el postulado de cierre del modelo. En efecto, como ya explicamos, respecto del Estado, "todo lo que no está permitido, está prohibido"; y, en relación con las personas que interactúan con aquél —igual que en el derecho privado—, "todo lo que no está prohibido, está permitido". Es decir, el postulado básico es prohibitivo (respecto de la actividad estatal y, particularmente, cuando se trate de conductas estatales restrictivas de derechos) y, a su vez, permisivo (en relación con las conductas de las personas). Pues bien, en estos casos discutimos, por un lado, el reconocimiento de competencias estatales limitativas de derechos y, por el otro, el ejercicio de derechos sin obligaciones estatales de hacer (sólo de abstención). El caso quizás más complejo es el deber estatal *vs* el derecho del particular (verbigracia, el deber de reparar los daños causados por el Estado o de proveer medicamentos). Aquí, debemos recurrir a los principios con el objeto de definir las reglas y su contenido. Cabe recordar que —en el derecho privado— se ha dicho (aspecto actualmente controvertido) que las inconsistencias se resuelven por aplicación del principio de clausura ("todo lo que no está prohibido, está permitido"); pero ello no es posible en el Derecho Público porque *aquí los postulados son otros: prohibición y permisión, según el actor de que se trate y —además— el uso de principios especiales en las relaciones de deberes de prestación (obligaciones estatales de hacer) y derechos positivos (cuyo contenido es exigir prestaciones)*.

En tercer lugar, este criterio de cierre debe ser abandonado si las soluciones son absurdas o injustas.

Luego de recrear este cuadro —es decir, competencias y postulado de cierre— es posible constatar si existen o no lagunas y cómo rellenarlas. Pues bien, en tal caso, recurrimos a las técnicas expansivas.

Volvamos sobre las lagunas concretas en el Derecho Administrativo. Así, por ejemplo, capítulos centrales, tales como el proceso contencioso administrativo no ha sido objeto de regulación por el legislador federal y, por tanto, debemos preguntarnos, cómo rellenar este vacío normativo. Veamos otros ejemplos más puntuales: la responsabilidad del Estado por los vicios o riesgos de las cosas de su propiedad o que estuviesen bajo su guarda; los vicios redhibitorios en el contrato público; y los plazos de prescripción de las acciones por nulidad de los actos administrativos.

Quizás, conviene aclarar que en el campo de nuestro conocimiento es posible hallar *lagunas parciales* cubiertas por el propio Derecho Administrativo (por ejemplo, el art. 76, CN, sobre decretos delegados no prevé prohibiciones materiales. Por tanto, si se entiende que existe este vacío, es posible rellenarlo con las pautas sobre prohibiciones materiales que establece el art.

99, CN, respecto de los decretos de necesidad). Tal como explicamos anteriormente el intérprete debe, en primer lugar, desarrollar el cuadro de competencias (por caso, si es posible trasladar las prohibiciones del art. 99, CN, en términos de prohibiciones implícitas sobre el artículo 76, CN; es decir, ¿es posible deducir prohibiciones implícitas del principio prohibitivo expreso; o solo es plausible hacerlo desde mandatos prohibitivos específicos? Solo luego de completar normativo, cabe preguntarse por las lagunas del modelo. Otro ejemplo: el plazo de prescripción de las acciones por responsabilidad estatal contractual por aplicación de la ley de Responsabilidad del Estado — [ley 26.944](#) —.

A su vez, otras *lagunas parciales* son rellenadas por el derecho privado (por caso, en el marco contractual, el pacto comisorio —art. 1204, del viejo CC— y la excepción de incumplimiento contractual —art. 1201, CC, antes de la aprobación del decreto delegado 1023/01).

Por su parte, las *lagunas totales* son cubiertas —a veces— por el derecho privado (por ejemplo, el proceso contencioso administrativo, e incluso el acto administrativo y sus nulidades antes del dictado de la LPA).

Veamos el marco jurídico de las medidas cautelares —más allá del art. 198 CPCC—. Así, este vacío (antes de aprobación de la [ley 26.854](#)) podía ser cubierto por las normas del Derecho Administrativo (art. 12, LPA) o por las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial (arts. 230 o 232 del Código), e incluso por un modelo mixto (en ciertos casos la LPA y en otros el CPCC). Los jueces, como es sabido, recurrían al CPCC.

Otro ejemplo, es el trámite de ejecución de sentencias condenatorias del Estado en términos de hacer, no hacer o dar —siempre que no se trate de dar sumas de dinero—. Aquí aplicamos el CPCC.

IV.3.1. La analogía

La técnica más usual, y que reconoce expresamente nuestro sistema jurídico con el objeto de salvar tales indeterminaciones, es la *analogía*. En efecto, el Código Civil y Comercial —en su artículo 2— establece que "la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas...". Cabe recordar en este punto que la Corte dijo —más allá de nuestro parecer— que el art. 16, CC del viejo Código Civil es un principio general propio de todo el ordenamiento jurídico ('Ruffo Antuña c. YPF'). Este mandato ordenaba que "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...".

Un ejemplo puntal es el decreto 893/12 (decreto reglamentario del decreto delegado 1023/01), que establece que "se aplicarán las normas de derecho privado por analogía". En igual sentido, la ley de Responsabilidad del Estado (ley 26.944) establece que "las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria", pero sí analógica (ver, en igual sentido, el art. 1764, Código Civil y Comercial).

¿En cualquier caso es posible recurrir a la analogía? No, solo cuando estén presentes ciertas condiciones. *Primero*, es necesario que los casos sean semejantes (hechos) y, *segundo*, la solución que arroje debe ser justa.

Por ejemplo: el modelo jurídico prevé en el caso A (supuesto de hecho) una solución jurídica y ante el caso B (hecho) guarda silencio. *Primero*, como ya explicamos, los casos o hechos (es decir, los antecedentes) deben ser semejantes y, por tanto, es posible transpolar la regla A y

aplicarla al caso B —no por indicación del legislador sino por el trabajo del intérprete—. *Segundo*, debe analizarse si la solución al caso B —por aplicación de la regla de A— es o no justa.

Entonces, *la analogía sólo procede* cuando estén presentes las siguientes condiciones: (a) un mismo orden jurídico; (b) semejanza de hechos (esto es, conductas, objetos y sujetos) en tanto poseen iguales cualidades y en grados más o menos semejantes; y, finalmente, (c) soluciones justas (es decir, la analogía no es sólo un instrumento lógico-formal sino que incluye un componente valorativo —axiológico—).

Veamos otras consideraciones complementarias sobre la analogía, según M. ATIENZA. 1) La analogía supone ir de lo particular a lo particular, salvo cuando en este contexto recurrimos a los principios generales del Derecho; 2) la analogía no reviste carácter transitivo (así, si A es semejante a B y B semejante a C; A no necesariamente es semejante a C. De modo que la analogía procede entre A y B, y entre B y C; pero no entre A y C); y, finalmente, 3) la analogía es una conclusión de probabilidades y no de certezas.

En *síntesis*, cabe aclarar que la analogía no es un caso de ley incompleta —esto es cuando la ley carece de alguno de sus elementos—, sino de supuestos no regulados y, por tanto, el intérprete debe crear nuevas normas.

En el Derecho Civil y Comercial —como ya sabemos—, el intérprete puede recurrir a reglas escritas, pero no previstas para la solución de caso concreto.

Pero, ¿qué ocurre en el Derecho Administrativo? Pues bien, en el caso de las lagunas, el intérprete debe recurrir a otras reglas del Derecho Administrativo y, si ello no fuese plausible, entonces, ir al derecho privado. En tal caso, el camino es más complejo (y, por eso, le hemos llamado *analogía de segundo grado*). Aquí, el operador debe valorar las semejanzas entre los hechos y —además— adaptar las reglas del derecho privado según los principios del Derecho Administrativo (esto es, adaptar las reglas) y, luego, aplicarlas al caso administrativo, cuya solución no ha sido reglada por el legislador, y siempre —claro— que el resultado sea justo.

Por ejemplo, el Derecho Administrativo Federal no dice cuál es el plazo de prescripción de las acciones por nulidad de los actos administrativos. Por tanto, el intérprete debe suplir ese vacío y con ese objeto recurrir a otras reglas del Derecho Administrativo en términos analógicos. Puestos a bucear entre las reglas del Derecho Administrativo, encontramos —por caso— la Ley de Expropiaciones o de Responsabilidad que sí establecen plazos de prescripción. En este punto, cabe preguntarse, ¿es posible predicar semejanzas entre las situaciones de hecho bajo análisis (por un lado, nulidad de los actos estatales y, por el otro, expropiaciones). Creemos que no, porque el caso previsto —expropiaciones— se refiere a supuestos de responsabilidad por actividades *lícitas* y el caso no previsto —nulidades— comprende las situaciones creadas por las actividades *ilícitas* del Estado. Respecto de la Responsabilidad estatal es dudoso, pues sus bases (presupuestos) son sustancialmente distintas de los fundamentos de las nulidades de las conductas estatales.

Si, por caso, el intérprete no encontrase otras reglas análogas en el Derecho Administrativo, puede recurrir al Derecho Civil. Aunque es curioso observar que el Derecho Civil no recurre en caso de lagunas al Derecho Administrativo.

Así, ya ubicados en el campo del Derecho Civil, leemos que el Código Civil y Comercial dice que "prescriben a los dos años: a) el pedido de declaración de nulidad relativa y de revisión de actos jurídicos" (art. 2562). A su vez, "el plazo de prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local" (art. 2560).

Pues bien, ¿las situaciones de hecho son semejantes (nulidad de los actos jurídicos y de los actos administrativos)? Sí, porque el contenido es similar (*plazo de prescripción de las acciones por nulidad de actos ilícitos*), más allá del autor responsable y de la naturaleza de tales actos.

Sin embargo, resta un paso en este proceso de integración que consiste en cotejar las reglas del derecho privado con los principios del Derecho Administrativo (esto es: pasar las reglas del derecho privado por el tamiz de los principios generales del Derecho Administrativo). Así, fácil es observar que la regla bajo análisis no contradice principio alguno; de modo que no es necesario adaptarla y reescribirla con el objeto de aplicarla al caso administrativo no regulado.

Cabe aclarar que si no es posible rellenar las lagunas del Derecho Administrativo con las reglas del derecho privado, entonces, debemos recurrir a los principios generales del Derecho (en primer término, los principios específicos del Derecho Administrativo y, solo luego, en segundo término, a los principios generales). El paso de un estadio al otro supone no encontrar soluciones jurídicas en el anterior o, en su caso, no hallar soluciones justas.

Finalmente, nos preguntamos ¿es posible aceptar la analogía aún cuando no hubiese lagunas? Es decir, ¿es plausible dejar de lado las soluciones normativas específicas y recurrir a otras? Entendemos que no porque, entre otras razones, las decisiones jurídicas deben ser previsibles. Sin embargo, tal como indica M. ATIENZA, "la distinción en cuestión no se puede establecer de una manera precisa. Lo que existe más bien es una graduación, un continuo que se prolonga, hacia arriba, hasta la creación arbitraria de Derecho y, hacia abajo, hasta la interpretación denominada declarativa".

IV.3.2. La subsidiariedad

Cabe recordar que, además de la analogía, otra técnica usual de integración del modelo de Derecho Administrativo es la ***subsidiariedad***. ¿Cuál es la diferencia entre la analogía y la subsidiariedad? Veamos. F. LINARES dice que la subsidiariedad es lisa y llanamente la aplicación directa de la regla, en tanto la analogía supone un trabajo intelectual y no meramente mecánico por parte del intérprete. Es más, este autor aconseja desterrar la analogía e inclinarnos por la subsidiariedad porque en el primer caso la libertad y discrecionalidad del intérprete (trátase del juez o de la Administración) es mucho mayor.

En este punto es interesante recordar que la Corte ha desandado ambos caminos de modo zigzagueante y sin mayores explicaciones. Por caso, en el capítulo sobre responsabilidad estatal recurrió —antes de la sanción de la ley sobre Responsabilidad estatal— al Código Civil por las vías subsidiarias (ver, entre otros, el caso "Vadell"); y en el capítulo sobre el plazo de prescripción de las acciones en que el Estado es demandado, lo hizo por las vías analógicas y subsidiarias casi indistintamente y según el caso. En efecto, en los precedentes "Laplacette" (1943) y "Cipollini" (1978) siguió el camino analógico y en el caso "Wiater" se inclinó por la subsidiariedad. Asimismo, respecto de las nulidades en el Derecho Público —antes del dictado de la LPA—, la Corte recurrió al Código Civil por vía analógica (caso "Los Lagos") "con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina" (es decir, el Derecho Administrativo).

A su vez, en ciertos supuestos los propios textos normativos prevén las técnicas de subsidiariedad (también llamadas supletorias); por ejemplo, la LPA y su decreto reglamentario. Así, el artículo 106 del decreto reglamentario de la LPA dice que "El CPCC será aplicable supletoriamente para resolver cuestiones no previstas expresamente y en tanto no fuere incompatible con el régimen establecido por la Ley de Procedimientos Administrativos y su decreto reglamentario". Asimismo, el artículo 62 del mismo cuerpo normativo establece que "En

la apreciación de la prueba se aplicará lo dispuesto por el art. 386 del CPCC". Otro ejemplo: el decreto 722/96 sobre procedimientos administrativos especiales que dice que el procedimiento de las contrataciones sigue vigente, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la LPA y su decreto reglamentario.

Por su parte, el decreto 893/12 (decreto reglamentario del decreto delegado 1023/01 sobre contrataciones estatales) dispone que "supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo" (artículo 5).

Por tanto, en el Derecho Administrativo se aplican supletoriamente otras reglas del Derecho Administrativo y el derecho privado, conforme los ejemplos que citamos en los párrafos anteriores.

Creemos que la subsidiariedad sólo procede cuando ha sido regulada por el legislador y no por vía interpretativa. En efecto, el intérprete sólo puede recurrir ante el caso administrativo no previsto a la analogía.

A su vez, las técnicas subsidiarias o supletorias no suponen aplicar lisa y llanamente la solución regulada normativamente (el bloque jurídico), sino analizar previamente si se adecua o no al marco normativo específico y sólo luego aplicarlo. En otras palabras, el *test* a seguir es el de la compatibilidad con el marco jurídico especial en el que hemos de aplicar subsidiariamente la norma.

IV.3.3. La aplicación directa

Otra técnica es la aplicación *directa* de un texto normativo. Así, por ejemplo, la LPA dice que su Título III debe aplicarse directamente a los contratos estatales. Antes el Título III se aplicaba analógicamente; es decir, los contratos se regían por sus propias leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas del presente título si fuere procedente. En este contexto, la Corte se expidió sobre la aplicación del Título IV de la LPA sobre los contratos en los precedentes "Mevopal" y "Gypobras".

Por último, es importante destacar que las técnicas que hemos detallado con el objeto de salvar las lagunas (casos administrativos no previstos) se deben integrar con ***los principios generales del Derecho***. En efecto, éstos —además de guiar el camino interpretativo y enhebrar el sistema jurídico en términos coherentes— nos permiten salvar las indeterminaciones del modelo (entre otras, las lagunas).

V. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Cabe aquí recordar que, según el positivismo, el sistema jurídico es ordenado, armónico y autosuficiente (es decir, completo, concluido y cerrado). Por tanto, las normas son claras, precisas, coherentes y económicas. Pero, ciertamente cualquier observador advierte que —en verdad— las normas son oscuras, imprecisas, contradictorias y redundantes, tal como explicamos en los apartados anteriores.

¿Cuáles son las teorías básicas que nos explican cómo interpretar el Derecho? Es posible, aunque igualmente simple, reconducir las tantas teorías hermenéuticas en dos cauces: ***formalistas*** y ***finalistas***.

En sentido concordante, M. FERRARIS dice, en el marco de la hermenéutica general, que "esquematisando hasta el extremo, no se encontrará más que una gran opción, la que se da entre alegoría y método histórico-gramatical: se puede interrogar un texto (o una expresión) como la anticipación o el revestimiento de un sentido diverso, o bien se puede intentar reconstruir qué significa en la mente de su autor y en la época en que fue escrito. La alternativa entre el espíritu y la letra, así como entre intención del lector e intención del autor (que no engloba exactamente la primera, ya que la intención del autor puede no expresarse felizmente en la letra), se refiere a tal horizonte".

V.1. El criterio formalista

Según el criterio *formalista* interpretar es simplemente reconstruir el significado de las reglas; es decir, interpretar en sentido estricto. Uno de los principales cultores de este modelo ha sido F. V. SAVIGNY. Las características más importantes de su pensamiento son las siguientes: (a) la existencia de un órgano productor de normas, y otro simplemente reproductor de éstas; (b) el método hermenéutico gramatical; y (c) el uso de la dogmática y la Codificación. En este contexto, el intérprete debe excluir su voluntad y valoraciones.

Cabe recordar que posteriormente R. V. IHERING, a través de la nueva escuela histórica, tomó elementos formalistas (históricos y conceptuales) y finalistas (realistas), estos últimos por medio de la creación de los conceptos.

En síntesis, el juez no crea el derecho (solo debe aplicar la ley) y, a su vez, no puede dejar de resolver. Por tanto, *el sistema es necesariamente cerrado y completo*.

Luego se advirtió, a partir de las inconsistencias de este modelo —tal como expone R. RABBI BALDI—, la necesidad de interpretar los textos legales y, consecuentemente, se desarrollaron otras bases interpretativas en el marco del pensamiento formalista. *Veamos*:

- a) el operador debe interpretar solo casos excepcionales (por ejemplo, en los supuestos de oscuridad de los textos normativos);
- b) la interpretación debe hacerse introspectivamente (esto es: hacia dentro de las normas) según el texto y el espíritu del legislador.

Sin embargo, estas modificaciones sobre el método formal, destruyen sus propias bases porque el intérprete debe elegir, al menos y según su propia voluntad, entre los géneros interpretativos (métodos gramatical, lógico, histórico y sistemático que detallaremos más adelante).

V.2. El criterio finalista. Los principios generales del derecho

Por otro lado, y en el extremo opuesto, el criterio *finalista* nos dice que interpretar es una actividad creadora; de modo que interpretar no es descubrir el significado sino atribuírselo, según diversos factores. Es, por tanto, una actividad creadora similar a la que lleva a cabo el legislador. Así, en el marco de estas teorías, el intérprete no debe simplemente repetir el derecho (esto es, reconstruirlo), sino lisa y llanamente construirlo.

Por ejemplo, el Movimiento del Derecho Libre —en el contexto de las ideas finalistas— señala que el intérprete debe tener presente: a) las leyes (reglas) y los principios (valores); b) los hechos

y su interpretación, según los valores; c) las circunstancias del caso; y d) los fines. Cabe señalar, por último, que el fin puede ser entendido como finalidad de la ley, de la institución, del derecho o, incluso, de la sociedad.

Por tanto, debemos pasar necesariamente de un modelo cerrado —ficticio— a otro abierto, porque el sistema jurídico no es completo ni autosuficiente sino incompleto. De todos modos, este nuevo paradigma no le reconoce en verdad mayores atribuciones al juez, sino simplemente permite tomar conciencia de que éste —más allá de sus dichos— actúa de ese modo, es decir, construyendo el derecho.

Pues bien, *en el marco de un modelo abierto es necesario básicamente buscar respuestas en los principios*.

¿Qué son los principios? R. ALEXY dice que "los principios no necesitan ser establecidos explícitamente sino que también pueden ser derivados de una tradición de normaciones detalladas y de decisiones judiciales que, por lo general, son expresión de concepciones difundidas de cómo debe ser el derecho".

Los principios se distinguen de las normas (*reglas*) por los siguientes caracteres: 1) su estructura es abierta (es decir, el principio es preceptivo, pero *inespecífico*; es más, los principios no contienen presupuestos de hecho ni mandatos concretos); 2) las pautas de aplicación de los principios son los criterios de no contradicción y complementariedad. Los principios deben aplicarse en grados, de modo que si bien uno prevalece sobre el otro, no se excluyen). Así, según R. ALEXY "los principios son mandatos de optimización que se caracterizan por que pueden ser cumplidos en diversos grados". Finalmente, 3) el contenido de los principios es valorativo. En tal sentido, R. ALEXY sostiene que "principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico, y en otro caso bajo un aspecto axiológico".

En particular, cabe destacar que la contradicción se plantea entre reglas (normas); por el contrario, entre los principios —mandatos más laxos— no existe contradicción, sino gradaciones. Es posible, entonces, que los principios se desplacen entre sí, sin excluirse. A su vez, en caso de conflicto entre los principios, las *circunstancias del caso* nos permiten aplicar un principio y desplazar —según el contexto particular—, al otro. Como explica R. DWORKIN, las reglas son válidas o inválidas, en tanto los principios son prevalentes o no, según las circunstancias del caso.

A su vez, R. ALEXY ha dicho —tal como adelantamos— que "los principios son mandatos de optimización. Exigen que algo se realice en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Su forma de aplicación es la ponderación. En cambio, las reglas son normas que ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente. En este sentido son mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción".

En síntesis, ¿cuáles son las diferencias entre las leyes (reglas) y los principios (tópicos)? Los principios tienen una estructura abierta; sus pautas de aplicación son distintas a las de las reglas; y, finalmente, su contenido es valorativo.

Por caso, la Corte en los antecedentes "Alvarez" y "Debenedetti", entre otros, recurrió a los principios de equidad y sacrificio compartido. Otro ejemplo es el principio de solidaridad expuesto en los casos "Halabi" y "Q.C., S.Y."

V.3. Las otras herramientas interpretativas

En este contexto, cabe aclarar que en el campo interpretativo, además de las reglas y principios ya estudiados, recurrimos también a: a) *las directivas* como herramientas de justificación y argumentación que si bien no son obligatorias o preceptivas, sí permiten orientar al intérprete y —además—, b) los *argumentos retóricos* (por ejemplo, el sentido contrario).

A su vez, rechazamos otras herramientas, básicamente, los *criterios de autoridad* (doctrina, jurisprudencia y derecho comparado) como fuentes del derecho y pautas hermenéuticas, sin perjuicio de reconocer su valor en tanto nos ayudan a desarrollar los métodos interpretativos.

Dice E. ZULETA PUCEIRO que "las directivas de la interpretación configuran pautas de conducta que conviene distinguir tanto de las reglas como de los principios jurídicos en sentido estricto".

Veamos sucintamente —siguiendo en parte al autor antes citado— cuáles son las *directivas* en el marco de los métodos de interpretación, advirtiendo que no son excluyentes sino complementarias.

a) En el caso de la interpretación gramatical las directivas son las siguientes. *Primero*, los términos legales deben interpretarse igual que en el lenguaje natural; *segundo*, iguales palabras deben tener el mismo significado; *tercero*, distintas palabras deben tener un sentido diverso; y *cuarto*, en el lenguaje técnico deben aplicarse las pautas sintácticas propias del lenguaje natural; entre otras.

b) En el contexto de la interpretación histórica, las directivas son los antecedentes históricos.

c) En el marco de la interpretación sistemática, las directivas son las siguientes: a) el significado atribuido no puede ser contradictorio con las otras normas; b) el significado tampoco puede ser incoherente con las otras normas; y, finalmente, c) el significado debe ser aquel —entre los significados plausibles— que sea el más coherente con las otras normas.

V.4. Los métodos interpretativos. El criterio judicial y legal

En particular, SAVIGNY propuso cuatro géneros interpretativos:

1. Gramatical (es aquel que sigue las palabras);
2. Lógico (las intenciones del legislador al momento de dictarse la ley);
3. Histórico (el sentido que tuvo la ley históricamente, según los legisladores y los juristas);
4. Sistemático (el orden jurídico en su totalidad).

1. *Interpretación gramatical*. El significado literal de las palabras es el primer criterio y, a su vez, es el pilar de los otros métodos interpretativos. Aquí, debemos guiarnos por el significado ordinario de las palabras, salvo que éstas tuviesen un sentido técnico, en cuyo caso debemos inclinarnos por este último. Las *dificultades* más comunes en este contexto son la vaguedad y la ambigüedad.

2. *Interpretación lógica e histórica*. Aquí, nos preguntamos cómo se creó la norma bajo análisis y —en tal sentido— recurrimos a los debates parlamentarios. Este criterio hermenéutico indaga sobre cuál ha sido la intención del legislador (criterio lógico) y, por tanto, es posible confundirlo con el anterior. Al fin y al cabo, en ambos casos se trata de descubrir la voluntad del

legislador, sea por las palabras o por el contexto histórico (antecedentes). Este estándar es evidentemente formalista porque se apoya en las ideas del legislador original y no en el intérprete actual. La mayor *dificultad* es la pluralidad de fuentes; es decir, muchas fuentes y probablemente contradictorias.

3. *Interpretación sistemática*. En este caso, el criterio básico no es el de las palabras o el contexto histórico ni lógico, sino el derecho como sistema; de modo que el significado de las normas debe ser aquel que guarde mayor coherencia con el resto del modelo jurídico. Por cierto, este criterio parte de la idea del legislador racional que es aquel que regula supuestamente en términos ordenados, coherentes, y sin contradicciones ni redundancias.

¿En qué consiste, más puntualmente, el método sistémico? 1) Las normas deben interpretarse, según el contexto; es decir, las otras reglas jurídicas y, en particular, las más cercanas en el orden temático; 2) las normas deben interpretarse según su ubicación material (por caso, los títulos en que estén ubicadas); 3) el modelo se cierra por aplicación del principio de clausura; y, finalmente, 4) es posible recurrir a la analogía y a los principios generales del derecho con el objeto de interpretar e integrar el modelo. A su vez, *si el criterio sistemático no coincide con las soluciones a las que hemos llegado por aplicación de las pautas literales o históricas, entonces, prevalece el criterio interpretativo sistémico por sobre los otros*.

4. *Interpretación teleológica*. Este postulado parte de la idea de que el razonamiento jurídico es fundamentalmente práctico, es decir, persigue ciertos fines. Pero, ¿a qué fines nos referimos? ¿Acaso es el fin que persigue el intérprete, las instituciones, el derecho o la sociedad? Un ejemplo sobre interpretación conforme los fines de la sociedad —según nuestro criterio— es el precedente de la Corte "Halabi".

Un antecedente interesante y reciente de la Corte sobre los métodos de interpretación es el caso "Rizzo". Allí, el Tribunal analizó el caso según los siguientes criterios: a) *el método literal y lógico*. "Esta Corte ha sostenido que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra... pero a ello cabe agregar que su comprensión no se agota con la remisión a su texto, sino que debe indagarse, también, lo que ella dice jurídicamente, dando pleno efecto a la intención del legislador...". Y luego añadió que "el juez [debe] atenerse a las palabras del texto escrito, en la comprensión de que ninguna disposición de la Constitución ha de ser considerada superflua, sin sentido o inoperante. El juez debe entender asimismo las palabras de la Constitución en el significado en el que son utilizadas popularmente y explicarlas en su sentido llano, obvio y común"; b) *el método finalista* ("esta interpretación se encuentra avalada en los objetivos que persigue la Carta Fundamental"; corresponde examinar "los objetivos que persigue la Carta Fundamental"); c) *el método histórico* ("asimismo, la voluntad originaria expresada en la Asamblea Constituyente compone otra pauta de interpretación esencial". A su vez, "corresponde destacar que la intención del constituyente al incorporar el artículo 114 fue elevar el umbral de garantía de independencia judicial" y, en igual sentido, cabe "examinar... las expresiones del constituyente al dar origen al texto"); y d) *el método sistémico* ("el sentido que lógicamente debe deducirse del contexto constitucional en el que está inserto" y "computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional").

Por su parte, el Código Civil y Comercial dice que "la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras (*interpretación literal*), sus finalidades (*interpretación teleológica*), las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento (*interpretación sistemática*)" (art. 2).

Creemos que el intérprete debe tener presente la voluntad del legislador (histórica y actual), el análisis sistemático, el fin de la institución y su propia valoración (esto es, el reconocimiento

de los derechos fundamentales, los valores jurídicos y la utilidad y previsibilidad de sus decisiones).

V.5. La valoración de los hechos

En relación con el valor de los hechos —y su fuerza normativa— es interesante recordar el voto del juez BOFFI BOGGERO en el precedente de la Corte "López de Reyes" (1959). Allí, se sostuvo que "la revisión por los jueces no puede entonces quedar reducida, tal como lo dispone el art. 14ley 14.236, al aspecto que se vincula con la correcta aplicación de las normas jurídicas por el organismo administrativo, sino que, teniendo en cuenta que los procesos judiciales se integran, al menos en una instancia, con la faz "de hecho" y con la "de derecho", esa revisión ha de penetrar el examen de los hechos, aspecto esencial que no puede ventilarse solamente en la órbita administrativa sin que los principios precedentemente expuestos quedasen transgredidos".

Y agregó que "si, como aconteció en esta causa, se dejare exclusivamente en manos de la administración lo que concierne a la prueba de los hechos, todo agravio legítimo al respecto quedaría fuera del examen judicial, sin que el afiliado tuviese la oportunidad, entonces, de reclamar por la violación de sus derechos ante los órganos que la Constitución prevé a esos efectos. Y es fácil concluir que una indebida fijación de los hechos no puede ser subsanada con una acertada selección de las normas jurídicas porque sería equivocado el presupuesto de que entonces se habría partido en el acto de juzgar".

Cabe recordar que históricamente se creyó que el intérprete, una vez conocidos los hechos, debía simplemente subsumirlos en la norma y así resolver el caso planteado. Sin embargo, el trabajo del intérprete es más complejo. Tengamos presente que éste (trátese del juez o de la Administración) debe, primero, seleccionar los hechos relevantes —según su criterio— y, luego, interpretarlos; este trabajo es claramente valorativo. Y sólo, tras ello, subsumirlos en el marco normativo (supuestos de hecho).

Es más, el intérprete *debe relacionar hechos y normas y, asimismo, normas y hechos*. Es decir, no se trata de colocar unos hechos dados en el marco normativo conocido, sino ajustar y adaptar hechos y normas entre sí. *¿Con qué criterio?* El intérprete debe guiarse por los valores (principios).

Por tanto, los hechos y su interpretación nos permiten nutrir y completar las leyes en cada caso y —además— darle un contenido más nítido y un significado más cierto a los principios.

Así, los hechos (circunstancias del caso) y las normas (reglas) deben interpretarse según los principios. Por último, el intérprete debe encastrar esas piezas por medio de un trabajo de adecuación y readecuación entre éstas (esto es, reglas y hechos).

Por ejemplo, cuando un juez declara la inconstitucionalidad de una ley, analiza los hechos del caso y luego el texto normativo (su alcance y eventual inconsistencia), según tales circunstancias. De modo que ese mismo texto legal, relacionado con otros hechos, probablemente sea constitucional.

En síntesis, interpretar no es simplemente razonar en términos lógicos y deductivos sino crear el derecho, y no solo las normas, sino también seleccionar e interpretar los hechos.

V.6. La respuesta jurídica correcta

Es evidente, entonces —tal como nos hemos esforzado en explicar—, que las respuestas jurídicas son múltiples; de modo que no existe una respuesta única o llamémosle correcta.

Un ejemplo interesante, entre muchos otros, es el caso de la Corte "Cía. Mexicana de Aviación" sobre la constitucionalidad de los decretos delegados. Aquí, se debaten iguales hechos y reglas jurídicas y, sin embargo, ciertos jueces —en su voto mayoritario— dicen que el decreto es constitucional, y los otros —en su voto minoritario— concluyen que éste es inconstitucional. Cabe aclarar que el debate se centró en la distinción entre los conceptos de núcleo —propio del legislador— y detalles —potestad regulatoria del Poder Ejecutivo—.

¿Cuál es, entonces, la solución jurídica correcta? Es interesante analizar el fallo y, en particular, a) cómo los jueces seleccionaron el material jurídico; b) cómo es la secuencia en su razonamiento; y, finalmente, c) cómo es posible llegar a soluciones opuestas con igual material fáctico (hechos) y jurídico (Constitución, principios, leyes y decretos).

Por tanto, el primer paso en el trabajo del intérprete no es buscar la solución supuestamente correcta, sino discernir y descubrir cuáles son las interpretaciones jurídicamente plausibles. Es decir, *aquellas que es posible explicar (esto es, justificar en derecho)*. De modo que el criterio a seguir no es verdadero o falso sino posible o no. *Luego, de entre esas interpretaciones, es preciso como paso siguiente convencer a los otros (esto es, argumentar y obtener consenso)*. Así es como el operador debe llegar a la solución jurídica.

En conclusión, no existe una única respuesta jurídica o, dicho en otros términos, una respuesta correcta, sino que las interpretaciones plausibles son varias y tienen por objeto explicar (*justificar*) y convencer a los otros (*argumentar*).

V.7. La distinción entre interpretación jurídica y discrecionalidad

En este punto es necesario distinguir entre la interpretación jurídica y el ejercicio de las potestades discrecionales. Así, el ejercicio de potestades por el Poder Ejecutivo con libertad o arbitrio supone que el ordenamiento jurídico le permite al órgano que debe aplicar las normas ante los casos concretos, elegir entre dos o más caminos posibles. En verdad, el órgano de aplicación debe, primero, interpretar las normas y luego, como segundo paso, aplicarlas (sólo, en este contexto, es posible que pueda optar entre dos o más soluciones igualmente válidas).

Creemos que interpretar es aplicar el ordenamiento en un caso singular, según criterios predeterminados, más allá de sus aspectos subjetivos. Es decir, el operador debe interpretar la ley y sólo puede hacerse de cierto modo. *¿Cuál es este modo?* El método hermenéutico que prevé el propio orden jurídico. De modo que el intérprete no puede decidir libremente cómo interpretar las normas, sin perjuicio de que es posible que coexistan interpretaciones divergentes, e incluso contradictorias. *¿En tal caso, cuál de las interpretaciones es correcta?* Según el modelo jurídico es *la solución que siguen los jueces*.

Luego de que el operador interprete el ordenamiento puede ocurrir que éste reconozca ese margen de arbitrio. En el marco de la discrecionalidad, *cualquiera de las soluciones posibles es jurídicamente correcta* y, consecuentemente, válida.

Veámoslo con mayor detalle. *En primer lugar*, el operador jurídico debe constatar si el hecho, es decir el antecedente, existe o no. Ello está vinculado directamente con las pruebas del caso. Así, las pruebas deben interpretarse conforme las reglas específicas del ordenamiento jurídico

(por ejemplo, las reglas de la sana crítica) y no de modo discrecional. El intérprete no puede optar por unas y rechazar otras en términos igualmente válidos, sino que debe hacerlo según las reglas precisas y específicas. *En segundo lugar*, el operador debe interpretar o valorar ese hecho según el ordenamiento jurídico. Es decir, en ambos pasos, el operador debe respetar las reglas hermenéuticas.

Por ejemplo, supongamos que el agente A dio órdenes de modo irrespetuoso a los agentes jerárquicamente inferiores que dependen de él. Por su parte, el ordenamiento jurídico dice que los agentes no pueden *faltarle el respeto* a los demás y que, en caso de incumplimiento de dicho deber, corresponde sancionarlos con apercibimiento o suspensión de hasta diez días. Así, en este caso particular, el operador debe analizar si el hecho existió (materialidad del maltrato) y, además, interpretarlo. ¿Qué quiere decir, en ese contexto, interpretar el hecho? Quiere decir que el operador debe ubicarlo jurídicamente, o sea subsumir el hecho en el marco jurídico (supuesto de hecho). En otras palabras, el hecho de haberle gritado a los otros, luego de constatarse su materialidad: ¿es o no *falta de respeto* en términos jurídicos? Pensemos que el intérprete considere que sí y, consecuentemente, decida aplicar la sanción de suspensión. En este proceso, los dos primeros pasos del operador (es decir, la constatación de que el hecho existió —materialidad del hecho— y su interpretación en términos jurídicos —subsunción del hecho en el supuesto de hecho—), no supone ejercer potestades discrecionales, sin perjuicio de que en ese proceso existen valoraciones subjetivas del intérprete.

El proceso de interpretación debe hacerse según las pautas que prevé el ordenamiento jurídico, y no con arbitrio o libertad. Pensemos que —al fin y al cabo— el juez dice qué es el derecho, esto es, cómo debe interpretarse el orden jurídico con carácter definitivo. Es decir, según el modelo jurídico, *sólo existe un criterio interpretativo en términos de valor* (solución legalmente válida). Distinto es el caso de las potestades discrecionales, porque aquí el operador no sólo debe interpretar el derecho sino, además, elegir entre dos o más opciones posibles siempre, claro, dentro del marco jurídico. En el ejemplo citado, la aplicación de una sanción de apercibimiento o en su caso de suspensión, sí supone el ejercicio de potestades discrecionales porque el operador, en ese escalón del proceso, no debe interpretar sino elegir.

Entonces, y en principio, el Poder Ejecutivo cuando aplica el derecho debe realizar los siguientes pasos:

- 1) constatar el hecho (es decir, su existencia y alcance);
- 2) interpretarlo, esto es, encuadrarlo en el marco jurídico (subsumir el hecho en el derecho);
- 3) aplicar el derecho; y, por último,
- 4) resolver cómo ejercer sus facultades.

Los primeros escalones, esto es (1) y (2), son operaciones de interpretación, mientras que los otros (3) y (4) son, según el caso, potestades discrecionales o regladas.

I. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

Si bien es cierto que el Derecho Administrativo en nuestro país se construyó básicamente sobre el concepto de acto administrativo, y en tal sentido es común entre nosotros dedicar mayor estudio y análisis a este capítulo que a otros; creemos, sin embargo que —actualmente— el pilar del Derecho Administrativo debe ser el contenido y desarrollo del principio de separación de funciones y el estudio de las funciones administrativas.

De modo que en el marco del análisis de los principios, reglas, directrices e instituciones del Derecho Administrativo —como ocurre en el campo puntual de las potestades regladas o discrecionales—, debemos partir y ubicar su desarrollo dogmático desde el cuadrante del principio constitucional de las funciones estatales y su separación entre los poderes.

En particular, las funciones estatales que se distribuyen según el principio de división de poderes se ejercen según reglas predeterminadas de modo específico por el ordenamiento o, en su caso, conforme ese ordenamiento, pero según los estándares de oportunidad o mérito integrados por el interés público. Es decir, en este último caso, el propio orden jurídico decide dejar librados ciertos aspectos al operador que es quien debe regularlos y, en particular, el Poder Ejecutivo que debe aplicar las normas.

Así, por ejemplo, el Poder Legislativo puede legislar y ejercer ese poder exclusivamente según las reglas prefijadas por el bloque normativo (Constitución y tratados) o, en su caso, sumar el estándar de oportunidad o mérito. Por su parte, el Poder Ejecutivo puede ejercer el poder de administrar de conformidad con las reglas del ordenamiento jurídico o siguiendo, además, el criterio de oportunidad o mérito.

Por último, el Poder Judicial debe juzgar según las reglas preestablecidas y según ciertos valores, pero en ningún caso por estándares de oportunidad o mérito.

Es decir, en los primeros dos casos, esto es, potestades de legislar y administrar, el aspecto discrecional puede estar presente y de hecho siempre es posible hallarlo con mayor o menor extensión y en cualquiera de sus niveles o grados; en tanto en el tercero, esto es, potestades de juzgar, no existe discrecionalidad porque el acto de juzgamiento es justo o injusto y no oportuno o inoportuno.

Aclaremos, entonces, que el concepto de discrecionalidad no es propio o exclusivo del Ejecutivo sino que es común respecto de ese poder y el Legislador, sin perjuicio de que aquí centremos nuestro estudio en el Poder Ejecutivo.

Adelantando varios pasos en nuestro razonamiento diremos que el modelo está pensado en los siguientes términos. Por un lado, el juez es quien —en principio— resuelve el contenido, contorno y perfiles del Estado de Derecho, con carácter definitivo e irrefutable (el juez es quien dice qué es el derecho). Sin embargo, el modelo reconoce ciertas decisiones propias en el ámbito de los otros poderes, sin perjuicio de su sujeción al ordenamiento y su consecuente control judicial. Esas decisiones son potestades discrecionales de los poderes políticos que tienen legitimidad de orden democrático porque sus miembros son elegidos directamente por el Pueblo.

Esta perspectiva nos ayudará quizás a estudiar el concepto de facultades estatales discrecionales o regladas en un marco más amplio para —luego— avanzar en su estudio particular y más profundo.

Cabe aclarar que el ordenamiento jurídico (es decir el marco en el que el Estado ejerce sus funciones según el principio de legalidad) es básicamente un conjunto de reglas, de modo que el ejercicio del poder estatal no es, en ningún caso, absolutamente libre. La discrecionalidad es simplemente el plus de libertad, tras el cumplimiento de las reglas existentes.

Entonces aquí convergen dos encrucijadas. *Por un lado*, cuál es el contenido de ese arbitrio o liberalidad, es decir, en qué consiste y, *por el otro*, cuáles son sus límites.

II. EL VÍNCULO ENTRE EL CONGRESO Y EL PODER EJECUTIVO

Hemos dicho también en el Capítulo sobre las fuentes que uno de los nudos centrales del Derecho Administrativo es la relación entre el Legislador y el Ejecutivo. A su vez, vale recordar que el principio de legalidad es uno de los aspectos de ese vínculo que puede definirse en los siguientes términos: el Congreso en su condición de representante del Pueblo debe dictar las leyes y, por su parte, el Poder Ejecutivo debe sujetarse y ubicarse necesariamente por debajo de esas leyes. Pues bien, éste es básicamente el contenido del principio de legalidad, es decir, las conductas del Ejecutivo deben situarse bajo las leyes y de conformidad con éstas.

Sin embargo, el nexo entre el legislador y el Ejecutivo tiene dos aristas que es necesario distinguir, según cuáles sean las potestades que éste ejerce con el propósito de aplicar la ley:

- (1) *Por un lado*, cuando el Ejecutivo ejerce potestades de regulación complementarias al legislador, en cuyo caso el vínculo es entre ley y reglamento;
- (2) *Por el otro*, cuando el Ejecutivo ejerce facultades materiales de administración —aplicación lisa y llana del bloque normativo— y aquí el nexo es entre ley y acto de alcance particular.

El primer aspecto ya ha sido estudiado en el capítulo sobre las fuentes y, en especial, en el marco de las relaciones entre leyes y reglamentos. El otro aspecto debe ser analizado en este capítulo y, en particular, cuando es ejercido por el Ejecutivo de modo discrecional.

En otras palabras, en este punto estudiaremos ese vínculo y básicamente uno de sus aspectos, esto es: el modo de relacionarse la ley y el acto particular del Ejecutivo. Es decir, las reglas o el marco de libertad que el Poder Ejecutivo debe seguir cuando ejerce sus potestades y, consecuentemente, dicta sus actos de alcance particular (actos administrativos), entre otras conductas.

Antes de continuar, cabe preguntarse cuál es el sentido de estas categorías (reglado/discrecional). Creemos que su valor ya no es el control o el alcance de éste (es decir, si los jueces deben o no controlar el ejercicio de tales poderes o con qué alcance), sino el *modo* en que los jueces deben controlar esos aspectos libres del Ejecutivo. Adelantemos que, en un caso, el juez debe intervenir con reglas más precisas y, en el otro, con reglas más inespecíficas respetando el margen de arbitrio del Poder Ejecutivo.

III. EL ORIGEN HISTÓRICO DE LAS POTESTADES REGLADAS Y DISCRECIONALES

El principio de división de poderes fue interpretado históricamente con alcances sustancialmente diferentes. En efecto, en el *Derecho francés* —tras la Revolución de 1789— se interpretó que, en razón de este principio cardinal, el Poder Judicial no debía controlar al Poder Ejecutivo y, por tanto, se crearon tribunales administrativos (el ejemplo típico es el Consejo de Estado Francés), con el objeto de ejercer ese control sobre el Ejecutivo. Es más, *las decisiones de estos tribunales no son revisables por el Poder Judicial*.

De modo que allí —incluso actualmente— existen dos órdenes jurisdiccionales. Por un lado, el poder jurisdiccional judicial y, por el otro, el poder jurisdiccional administrativo.

Por el contrario, en el *Derecho anglosajón* se entendió que los jueces sí deben ejercer su poder de control sobre el Poder Ejecutivo y que ello no supone necesariamente inmiscuirse en sus competencias, ni romper el principio de división entre los poderes. Este modelo judicial fue luego morigerado por ciertas cortapisas, particularmente, en su alcance. Así, los jueces no deben controlar: a) las cuestiones políticas —criterio que no compartimos—; b) los poderes discrecionales —aspecto que revisaremos más adelante—; c) ni tampoco los casos no judiciales.

El paso siguiente en este derrotero histórico consistió en recortar el campo discrecional y, así, extender el control judicial. En efecto, los poderes discrecionales fueron recortados por las categorías de: a) los conceptos jurídicos indeterminados; b) la discrecionalidad técnica; y c) los principios generales del Derecho. Es decir, si bien el juez no controla la discrecionalidad, sí debe revisar estos tres aspectos excluidos del ámbito discrecional del Poder Ejecutivo.

IV. LAS POTESTADES DISCRECIONALES Y REGLADAS

La *discrecionalidad* conceptualmente es la potestad del Poder Ejecutivo de elegir entre dos o más soluciones igualmente posibles dentro del ordenamiento jurídico. Cualquiera de ellas es, entonces, jurídicamente plausible e igualmente razonable.

Es decir, cualquier solución es indiferente en términos jurídicos de valor. Así, el Ejecutivo puede optar por cualquiera de ellas, según su propio arbitrio o criterio. ¿Este criterio es jurídico? Sí, en tanto esté incorporado en el orden jurídico. De todos modos, el criterio discrecional está contenido en el ordenamiento, pero no existen reglas específicas predeterminadas que guíen su ejercicio y, por tanto, es libre.

A su vez, las potestades del Ejecutivo son claramente *regladas* cuando su ejercicio depende de criterios casi automáticos; es decir cuando éste debe, en el marco de un supuesto de hecho determinado, aplicar las consecuencias prefijadas claramente por el orden jurídico. Es decir, en tal caso el operador (Poder Ejecutivo) no puede optar entre dos o más consecuencias legalmente posibles e igualmente válidas en términos de derecho, sino que debe limitarse a aplicar cierto consecuente preciso y predeterminado.

Ciertos aspectos deben estar regulados necesariamente por las leyes dictadas por el Congreso. Por caso, el *qué* (aquello que el Ejecutivo puede o no hacer); es decir, las competencias del Poder Ejecutivo deben estar regladas por la ley. En ningún caso éste puede reconocerse a sí mismo competencias, sin perjuicio de que sí puede —respetando el principio de legalidad— decidir el *cómo* y *cuándo* en el ejercicio de aquéllas.

La ley, entonces, dice necesariamente si el Ejecutivo puede actuar y sólo en tal caso puede hacerlo. De modo tal que el Poder Ejecutivo no puede intervenir según su propio criterio o arbitrio, sino que sólo puede hacerlo cuando el legislador le dé autorización en ese sentido. Este concepto es, básicamente, el postulado de las competencias estatales.

Entonces, debemos preguntarnos qué otros aspectos prevé o, en su caso, debe prever la ley porque éste es el meollo de la discrecionalidad. Veamos:

- (a) ¿Qué puede hacer o no hacer el Poder Ejecutivo?;
- (b) ¿Cuándo puede hacerlo?; y, por último,
- (c) ¿Cómo puede hacerlo?

El legislador necesariamente debe decirnos: (a) si el Poder Ejecutivo puede o no hacerlo (el *qué*), pero puede reconocerle al Poder Ejecutivo la facultad de decidir (b) en qué momento hacerlo (el *cuándo*) y, por último, (c) de qué modo hacerlo (el *cómo*).

Es decir que el punto (a) es necesariamente reglado y los puntos (b) y (c) pueden ser reglados o discrecionales.

El *cuándo* es el tiempo en el que el Ejecutivo decide actuar, pudiendo elegir entre dos o más momentos posibles (aspecto temporal). Por su parte, el *cómo* comprende la posibilidad del operador jurídico de optar —en el marco de un mismo hecho— entre dos o más consecuencias posibles. Así, el operador debe elegir entre varios caminos y, luego, justificarlo (motivarlo).

Las normas que regulan las actuaciones del Ejecutivo pueden incorporar esos otros aspectos sobre su ejercicio (*cómo* y *cuándo*). Si el legislador así lo hace, esas potestades son regladas ya que el ordenamiento prevé reglas específicas respecto de su ejercicio. En caso contrario, estamos ubicados ante potestades libres o discrecionales del Ejecutivo ya que no existen reglas preestablecidas y de alcance específico.

El ejercicio supuestamente libre por el Poder Ejecutivo, es decir el *cuándo* y el *cómo* (ya excluimos el *qué*), nace del reconocimiento de ese ámbito de arbitrio por el propio legislador.

V. EL ACTO ESTATAL COMO MIXTURA DE ASPECTOS REGLADOS Y DISCRECIONALES

En este punto del análisis ya es posible inferir con certeza la primera conclusión de nuestro razonamiento, a saber: ***no existen potestades íntegramente libres*** porque, como mínimo, el aspecto puntual sobre qué puede o no hacer el Ejecutivo debe estar reglado por el legislador. Esto es, el acto particular a dictar por el Ejecutivo no es íntegramente discrecional —en ningún caso— porque al menos el Legislador debe necesariamente regular el aspecto competencial.

Obvio es también que si el órgano competente reguló todos los otros aspectos (es decir, el cuándo y el cómo hacerlo y —además— con densidad y profundidad) el asunto está reglado y, consecuentemente, el acto que dicte el Ejecutivo es ciertamente reglado. El Poder Ejecutivo sólo debe comprobar el supuesto de hecho previsto en la norma, y en caso de que sea cierto, aplicar la regla ya que no puede actuar de otro modo.

Si el órgano competente sólo regló algunos de esos aspectos, entonces las potestades son en parte discrecionales y el acto dictado en su consecuencia también reviste, al menos parcialmente, este carácter.

Pensemos ejemplos. Así, si el Legislador establece que el Ejecutivo debe cancelar ciertas obligaciones en el término de un año, pero no dice cómo hacerlo; éste puede cancelarlas con dinero en efectivo o títulos públicos. En este contexto, el Legislador no reguló uno de los aspectos que hemos señalado en el desarrollo de este capítulo, esto es, *cómo* el Ejecutivo debe ejercer sus potestades. Por tanto, el acto es en este aspecto discrecional, pues el Poder Ejecutivo puede válidamente ejercer sus facultades de cierto modo u otro, siempre en el marco del ordenamiento jurídico.

Puede ocurrir también que el órgano regule todos los aspectos del caso, y sin embargo, el acto sea igualmente discrecional porque el grado de densidad o desarrollo de las reglas es mínimo. En efecto, si el Legislador dice que el Ejecutivo debe cancelar las obligaciones con títulos públicos, pero no aclara con qué serie, el acto que dicte el Ejecutivo es parcialmente discrecional —en tanto éste puede optar entre una serie u otra con el objeto de cancelar sus deudas y cumplir así el mandato legislativo—.

En este escalón del razonamiento es posible inferir otra conclusión, a saber: ***así como no existen potestades enteramente discrecionales, es casi difícil hallar en el ordenamiento jurídico potestades íntegramente regladas***.

Digámoslo en otras palabras: ***las potestades estatales son más o menos regladas y más o menos discrecionales***. Es decir, los actos son casi siempre en parte reglados y discrecionales.

Veamos otro ejemplo. Imaginemos que la ley dice que el agente público que no cumple con el horario de trabajo es pasible de las sanciones de apercibimiento, suspensión por no más de treinta días o cesantía en el cargo. Pues bien, en este contexto normativo, la Administración advierte que el agente no cumplió con el horario reglamentario en dos oportunidades durante el último mes de trabajo y —además— de modo injustificado. Consecuentemente, el Ejecutivo dicta el acto aplicándole la sanción de suspensión por 30 días. Este acto, ¿es reglado o discrecional? Entendemos que en parte es reglado y —a su vez— parcialmente discrecional. *Por un lado*, el elemento competencia es reglado (es decir, en caso de constatare el incumplimiento del agente, el Ejecutivo debe sancionarlo), y otro tanto ocurre con el antecedente (esto es, el incumplimiento del horario). *Por el otro*, el consecuente (sanciones) es en parte reglado y —a su vez— discrecional. Así, el tipo de sanción y el límite máximo —en el caso particular de las suspensiones— son elementos reglados. Sin embargo, el tipo de sanción (apercibimiento, suspensión o cesantía) y el plazo de suspensión (siempre que no exceda los treinta días) son aspectos discrecionales del acto a dictarse y, en tal contexto, el Poder Ejecutivo decide con libertad.

VI. EL CRITERIO DE POTESTADES REGLADAS O DISCRECIONALES SEGÚN EL DESARROLLO DE LAS REGLAS

El concepto de regla es, según nuestro criterio, el pivote central de distinción entre los aspectos reglados y discrecionales de las decisiones estatales. En este punto del análisis es básico aclarar que ***la distinción entre potestades regladas y discrecionales no es la existencia o no de reglas sino el contenido de éstas***. En verdad, en el ordenamiento jurídico siempre existen reglas y éstas son casi incontables.

Las *reglas específicas* describen poderes reglados y las *reglas generales* e inespecíficas se corresponden con poderes discrecionales pues permiten al Poder Ejecutivo optar entre dos o más soluciones jurídicamente posibles.

¿Cuál es entonces el estándar? El grado de densidad o especificidad de las reglas. Así, si éstas son específicas y su contenido es denso en relación con el caso a resolver, entonces, las potestades son regladas y el acto a dictarse en su consecuencia es también reglado. Por el contrario, si las reglas son vagas, imprecisas e inespecíficas, entonces, las potestades y los actos consecuentes son discrecionales. En efecto, este mandato vago e impreciso del ordenamiento permite al Poder Ejecutivo elegir entre dos o más soluciones posibles dentro del marco jurídico.

En consecuencia, creemos que es necesario abandonar el concepto de discrecionalidad de las decisiones estatales como supuestos a resolver por el Poder Ejecutivo en los que no hay reglas (es decir, *falta o ausencia de reglas*). Así, pues, es posible que no existan reglas en el marco particular y estrecho del derecho específico aplicable, pero no es así en el ordenamiento jurídico general. Veamos, el ejercicio de ciertas potestades son, según el entendimiento mayoritario, discrecionales porque el Legislador no previó reglas al respecto. Sin embargo, sí existen reglas que surgen del resto del ordenamiento jurídico y, particularmente, de los principios generales del Derecho. Claro que estas reglas prevén mandatos más laxos y, por tanto, imprecisos.

En definitiva es una cuestión de grados, es decir, cuánto de libertades o arbitrio dejó el orden jurídico librado al Poder Ejecutivo que es quien debe aplicar las reglas y resolver el caso concreto.

Cabe recordar aquí, tal como sostuvimos desde un principio en este capítulo, que las potestades estatales no son regladas o discrecionales en términos absolutos, sino que esas potestades son más o menos regladas o discrecionales en sus diversos aspectos.

Así, cabe distinguir entre distintas situaciones, según las reglas preexistentes y su densidad:

- (a) la existencia de una regla clara y detallada sobre el ejercicio del Ejecutivo, en cuyo caso la potestad es claramente reglada;
- (b) la inexistencia de reglas específicas, de modo que esa potestad es discrecional;
- (c) la existencia de una regla imprecisa o incompleta, en cuyo caso el poder estatal es parcialmente discrecional.

VII. EL CONTENIDO DE LA DISCRECIONALIDAD ESTATAL. LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Ya hemos dicho que la competencia, entre los elementos del acto que estudiaremos más adelante (igual que respecto de cualquier decisión estatal), es siempre reglada.

Pero, *¿qué ocurre con los otros elementos?* Obviamente que ciertos elementos del acto son habitualmente discrecionales porque, en caso contrario, el acto estatal siempre sería reglado. En principio, los elementos procedimiento y finalidad son reglados, y los otros —en particular el objeto— a veces sí y en otros casos no.

Por ejemplo, recordemos que la Corte en el precedente "APDH" consideró que los elementos reglados del acto son la competencia, la forma, la causa y la finalidad. Por su parte, en el caso "Solá", y en igual sentido, el Tribunal sostuvo que el control judicial de los actos discrecionales encuentra en parte su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión (forma, causa, finalidad y competencia).

Por último, en el antecedente "González, Alejandro", los jueces dijeron que "no cabe duda de que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentran su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión; entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto".

Sin embargo, creemos que esta descripción es imprecisa toda vez que en verdad todo elemento del acto estatal es más o menos reglado o, dicho en otros términos, más o menos discrecional. En síntesis, los actos son en parte reglados y discrecionales, y con sus elementos ocurre otro tanto.

Quizás debamos abandonar estos criterios de actos reglados/discrecionales o elementos reglados/discrecionales, y reemplazarlos por otro estándar: los aspectos (reglados o discrecionales) que atraviesan el acto y sus elementos.

Por ejemplo, *¿el fin es un elemento reglado?* Comúnmente creemos que sí, y eso cree también nuestro máximo tribunal, pero es relativo. Por un lado, el *fin* debe estar previsto en las leyes o el ordenamiento en general pero, por el otro, es posible que el Poder Ejecutivo —partiendo de ese fin más general— deba integrar ese elemento en el marco del caso puntual, definiendo así el fin del acto en términos más específicos. Por tanto, es plausible afirmar que el fin es en parte reglado y discrecional.

En conclusión, ***ciertos aspectos de los elementos del acto estatal son reglados y otros discrecionales***. Así, pues, conviven aspectos reglados y discrecionales en los elementos de un mismo acto.

VIII. EL ALCANCE DE LA DISCRECIONALIDAD. LA OPORTUNIDAD, MÉRITO O CONVENIENCIA

Ahora bien, descripto el concepto y su sentido, cabe preguntarnos: *¿cuál es el criterio que debe seguir el Ejecutivo para ejercer sus facultades discrecionales?* Ante todo, ya sabemos que no es el estándar normativo específico y preciso porque justamente el ordenamiento jurídico dejó en manos de aquél la elección entre diferentes soluciones plausibles.

Creemos que la respuesta es relativamente sencilla, a saber: la oportunidad, el mérito y la conveniencia.

La discrecionalidad y la oportunidad son dos categorías fuertemente entrelazadas y casi imposibles de escindir en términos lógicos y prácticos. ¿Por qué? Porque una vez que nos ubicamos en el campo de la discrecionalidad y que, por tanto, el Poder Ejecutivo puede elegir legítimamente entre dos o más opciones igualmente válidas, el criterio o móvil de aquél para resolver el caso es el mérito u oportunidad. Éste es el motivo por el cual el Poder Ejecutivo decide, en el caso concreto y singular, de un modo y no de otro.

Por ello, el carácter discrecional —insistimos— es la posibilidad del Ejecutivo de optar entre dos o más soluciones plausibles jurídicamente y el criterio de oportunidad o mérito es el motivo por el cual aquél, en el caso puntual, eligió esa solución entre varias posibles.

¿En qué consiste el criterio de oportunidad o mérito? Entendemos que el concepto de oportunidad o mérito es el modo en que el Ejecutivo decide interpretar y rellenar el concepto de interés público en el marco del caso concreto —ya definido por el Legislador en términos más abstractos a través del bloque de legalidad—.

Es decir, el Poder Ejecutivo debe optar entre dos o más soluciones posibles según el criterio de oportunidad o mérito; esto es, el Ejecutivo debe componer el interés colectivo en el caso concreto, según su propio criterio, y de conformidad con el marco jurídico general.

IX. LAS REGLAS INESPECÍFICAS: EL BLOQUE JURÍDICO Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Pues bien, la ley debe decir si el Poder Ejecutivo puede actuar y, a su vez, reconocerle el grado de libertad. Es decir, el carácter discrecional nace de modo expreso o implícito del marco jurídico y con ciertos límites. ¿Cuáles son esos límites en el ejercicio de las facultades discrecionales? Las reglas inespecíficas, esto es, los límites normativos que surgen del propio ordenamiento jurídico. Así, *el Legislador establece cuál es el campo de discreción o libertad por silencio o mandato expreso y, además, cuáles son los límites*.

De modo que los límites en el ejercicio de las potestades discrecionales surgen de las mismas normas de reconocimiento de las competencias y, asimismo, del ordenamiento jurídico en general.

En consecuencia, el aspecto discrecional del acto tiene dos caracteres. Por un lado, el reconocimiento normativo y, por el otro, los límites. Cabe preguntarse más puntualmente *¿cuáles son esos límites?* Veamos.

A) Por un lado, la propia ley que reconoce el ejercicio de las potestades discrecionales constituye ese límite.

- B) Por el otro, el bloque jurídico. Así, cualquier mandato de mayor o menor densidad que esté en el ordenamiento jurídico y que resulte aplicable al caso (es decir, las reglas en sentido estricto —normas jurídicas— y los tópicos —principios generales del derecho—).

Cabe recordar que "los principios son mandatos de optimización. Exigen que algo se realice en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Su forma de aplicación es la ponderación. En cambio, las reglas son normas que ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente. En este sentido son mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción" (ALEXY). Por el contrario, la estructura del principio es abierta pues éste es preceptivo y no contiene presupuestos de hecho ni mandatos concretos.

- C) En particular, el principio de razonabilidad.

Analicemos este último aspecto porque es el más sinuoso y escurridizo entre los límites. En efecto, el principio más paradigmático es —quizás— el carácter razonable, o sea el contenido no arbitrario de las decisiones estatales discrecionales. ¿Cuándo el acto estatal discrecional es razonable y, por tanto, cumple con este estándar? Pues bien, las decisiones estatales discrecionales son razonables cuando: a) el acto y sus consecuencias son adecuadas al fin que persigue el Estado; b) los medios son proporcionados y conducentes a ese fin; c) no es posible —a su vez— elegir otras decisiones menos gravosas sobre los derechos; y, finalmente, d) las ventajas son mayores que las desventajas.

X. LA OBLIGATORIEDAD DE LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DISCRECIONALES

La motivación del acto estatal discrecional es un presupuesto básico porque si no está motivado no es posible controlarlo o, quizás, el control es más difuso y débil en este contexto.

Es simple, el Poder Ejecutivo debe explicar por qué optó por una de las tantas soluciones jurídicamente posibles y el juez, entonces, controlar si aquél cumplió con los límites que prevé el ordenamiento jurídico. El acto es arbitrario o no —básicamente— por el análisis de los motivos que justificaron su dictado, de allí que sea sustancial conocer cuáles son esas razones.

No se trata simplemente de contar los hechos del caso o el derecho aplicable sino de explicar las razones que, a partir de los hechos y según el derecho, el Ejecutivo consideró relevantes cuando decidió como lo hizo. Es decir, el Poder Ejecutivo debe explicar por qué optó, entre dos o más soluciones posibles, por esa y no por otra, y tal explicación debe estar debidamente justificada, razonada y explicitada.

Si el Ejecutivo no da razones sobre su elección, aun cuando la decisión sea jurídicamente válida, no es posible controlarla en términos ciertos. Quizás la decisión del Ejecutivo sea razonable, pero ¿cómo es posible afirmarlo si desconocemos cuáles son dichas razones?

En particular, el Ejecutivo debe explicar: (a) el marco normativo; (b) el interés público comprometido; (c) los antecedentes del caso; (d) las opciones posibles; y (e) cuál es, según su criterio, el nexo entre tales antecedentes, el interés público —en el contexto del caso particular— y su decisorio.

XI. LOS CONCEPTOS EXCLUIDOS DE LA DISCRECIONALIDAD ESTATAL: LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA. SU RELATIVIDAD

En un principio —y hace ya mucho tiempo— se consideró que el ejercicio de las potestades discrecionales por el Poder Ejecutivo no debía cumplir con el orden preestablecido por inexistencia de reglas jurídicas y, además, ese ejercicio y sus actos consecuentes no estaban sujetos al control judicial. Así, es posible sostener que, en ese entonces, las potestades discrecionales estaban ubicadas fuera del ordenamiento jurídico.

En verdad, las categorías de decisiones regladas o discrecionales nacieron como límite al poder de control de los jueces sobre el Poder Ejecutivo. Es decir, los jueces debían revisar las decisiones del Ejecutivo, salvo los actos libres o discrecionales.

Sin embargo, más adelante con el propósito de revertir ese estado de cosas —ciertamente negativo— se intentó reducir el ámbito discrecional por medio de la creación de otros conceptos excluidos de las potestades discrecionales. ¿Por qué tanto esfuerzo en recortar el ámbito discrecional del Poder Ejecutivo? Porque, como ya dijimos, las actividades estatales discrecionales estaban fuera de las reglas y, por tanto, del control judicial.

Es así como se desarrollaron las categorías de: (a) los conceptos jurídicos indeterminados; y (b) la discrecionalidad técnica; ambas excluidas del campo discrecional. Es decir, se introdujeron conceptos que recortaron el campo discrecional. Intentemos explicarlos.

Por un lado, el *concepto jurídico indeterminado* es aquél que nos permite construir una única solución justa, de modo que es sustancialmente diferente del concepto discrecional que, como ya hemos dicho, permite al intérprete optar entre dos o más soluciones jurídicas. Valga como ejemplo de los conceptos jurídicos indeterminados: la oferta más conveniente (en las contrataciones estatales); las conductas indecorosas y las faltas graves o leves (entre las faltas disciplinarias); el personal más idóneo (empleo público); la utilidad pública (expropiaciones); entre tantos otros.

En el plano teórico es posible distinguir entre estas categorías. En efecto, en el ejercicio de las potestades discrecionales el órgano competente puede elegir entre varias soluciones (así, por ejemplo, si la ley autorizase al Poder Ejecutivo a designar en un cargo vacante a cualquier agente que se desempeñe en el Estado. En tal caso, éste puede nombrar al agente A, B, C, D y así sucesivamente. Es más, cualquier decisión —dentro de ese marco— es jurídicamente válida). Por su lado, en el contexto de los conceptos indeterminados, el Poder Ejecutivo debe interpretarlo —esto es, determinar el concepto— y luego decidir (por caso, si la ley dijese que el Poder Ejecutivo debe designar en el cargo vacante al agente más idóneo). Pues bien, aquí no es posible que nombre al agente A, B, C o D, sino sólo a aquél que sea el más capaz (el agente A). De tal modo, la solución jurídicamente correcta es una sola (A).

Sin embargo, creemos que el proceso intelectual de determinación e integración del concepto, en principio indeterminado, debe hacerse por medio de criterios discrecionales de oportunidad o mérito (es decir, la interpretación conlleva —al menos en este contexto— discrecionalidad). Por eso, utilizamos el concepto de doble discrecionalidad (discrecionalidad propiamente dicha y discrecionalidad interpretativa).

A su vez, si el legislador estableció por medio de la ley el criterio de que el agente más idóneo es el de mayor antigüedad en el empleo, el ejercicio de esa potestad es de alcance claramente reglado. Por eso, en un caso o en el otro —según nuestro criterio—, el llamado concepto indeterminado es subsumido en las especies de potestades discrecionales o regladas.

Por su parte, los *conceptos técnicos* han sido considerados como aquellos que las ciencias o las técnicas definen de un modo unívoco y, por tanto en este contexto, existe una única solución posible ante el caso concreto. En general, se cree que el ámbito de discrecionalidad estatal está dado únicamente por la elección de un criterio técnico por sobre otros para aplicarlo luego a las actividades estatales, pero una vez elegido el método científico específico, la posibilidad de optar por una u otra solución generalmente desaparece. Sin embargo, no siempre es así. Es cierto que a veces el conocimiento científico ofrece un solo método o, en el marco del método aceptado, un único resultado, pero en otros casos no es así. Por eso, la discrecionalidad técnica sólo debe excluirse del concepto de discrecionalidad estatal cuando el conocimiento científico ofrece el procedimiento, método y resultado único, de modo tal que —en verdad— no se trata de un criterio libre sino reglado por el ámbito científico. Por el contrario, en aquellos casos en que la ciencia propone dos o más técnicas, procedimientos o soluciones igualmente válidas o plausibles —e incluso soluciones dudosas— estamos, entonces, ante un caso discrecional.

Las reflexiones precedentes nos permiten concluir que las ideas antes desarrolladas (esto es, el concepto indeterminado y la discrecionalidad técnica) tienen un valor relativo en el proceso de reducción del campo discrecional. En definitiva, creemos que estos conceptos deben reconducirse nuevamente al ámbito clásico de las categorías reglado/discrecional.

XII. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ESTATAL

Nuestra Constitución garantiza en su artículo 18 el acceso a la justicia de todos los habitantes al igual que los Tratados incorporados con nivel constitucional (art. 75, inc. 22, CN). A su vez, en nuestro ordenamiento jurídico

también existe el principio *in dubio pro actione*. Por tanto, en caso de indeterminaciones del modelo (vaguedades, ambigüedades, lagunas y contradicciones) debemos estar por la interpretación que resulte más favorable al acceso rápido y sencillo ante el juez.

Por otro lado, el artículo 116, CN, dice que "corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas", sin exclusiones.

La zona de discrecionalidad estatal está dentro del marco jurídico y, por tanto, del control judicial con el límite de que el juez no puede sustituir al Poder Ejecutivo cuando éste elige una de las soluciones normativamente posibles en términos justificados y razonables, según su propio criterio de oportunidad y mérito. Así, la decisión del Poder Ejecutivo es válida e irremplazable, salvo casos de violación de los principios generales o de cualquier regla complementaria del ordenamiento jurídico, en cuyo supuesto el juez debe declarar la nulidad de las decisiones estatales.

Pues bien, ante el ejercicio de una potestad estatal discrecional *¿hasta dónde debe llegar el control judicial?* ¿Qué debe controlar el juez?

El juez debe controlar, *primero*: si el legislador previó el ejercicio de la potestad bajo estudio. *Segundo*: si es o no discrecional y qué aspectos comprende (su alcance o radio). *Tercero*: cuáles son los mandatos a aplicar (por ejemplo, los principios de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad). *Cuarto*: las cuestiones de hecho, particularmente su existencia y su valoración en términos jurídicos. *Quinto*: luego de circumscribir el ámbito de discrecionalidad (elección entre dos o más soluciones posibles) y sus límites, debe analizarse si su ejercicio cumplió con las reglas antes detalladas. Es decir, el Poder Ejecutivo debe explicitar las razones de su decisión y su relación con el interés público comprometido. Por su parte, el juez debe decir si ello cumple o no con los principios y reglas del ordenamiento. *Sexto*: superado el paso anterior, el juez debe declarar su validez aunque no comparta el criterio de oportunidad o mérito seguido por el Poder Ejecutivo.

Hemos dicho que el juez debe controlar la discrecionalidad estatal y que, en caso de arbitrariedad, debe anular el acto. Éste es nulo cuando no esté motivado o cuando, a pesar de estar motivado, sea arbitrario o irrazonable.

Es decir, el juez debe analizar si el acto, según el ordenamiento jurídico, es en verdad discrecional; si los hechos son ciertos —materialidad de los hechos—; si el operador omitió analizar otros hechos claramente relevantes en el marco del caso; si se justificó debidamente la decisión; y, finalmente, el cumplimiento del ordenamiento jurídico, en particular, el carácter razonable de las decisiones estatales.

¿Puede el juez, además de anular la decisión estatal, sustituirla por otra? En igual sentido cabe preguntarse: ¿puede el juez, una vez anulado el acto estatal discrecional, modificarlo? Creemos que el juez sí puede —a veces— modificar el acto, pero en ningún caso sustituirlo por otro, salvo que el nuevo acto esté impuesto de modo claro y reglado por el ordenamiento jurídico. En síntesis, el juez puede anular y dictar el acto respectivo siempre que fuese reglado pues —en tal caso— debe limitarse a aplicar la ley. Por el contrario, si el acto es discrecional, el juez debe anularlo, pero no puede sustituirlo por otro, salvo —como ya adelantamos— cuando se tratase simplemente de la modificación de ciertos aspectos (conversión de los actos).

Así, la Corte —por ejemplo— aceptó que el juez ante las nulidades de los actos estatales sancionadores modifique el acto al reducir el monto de las sanciones.

A su vez, en el campo de los derechos sociales el juez no sólo debe anular las conductas estatales, sino básicamente exigir prestaciones positivas al Estado ante las omisiones de éste. ¿Puede el juez aquí definir las políticas a seguir o sólo debe limitarse a exigir al Poder Ejecutivo (o, en su caso, al legislador) que desarrolle las políticas pertinentes? Pues bien, es común que cuando el juez resuelve sobre omisiones estatales (trátase de incumplimiento de sus deberes o de cumplimiento defectuosos de éstos) en pos del reconocimiento cierto de los derechos sociales defina —a su vez— los lineamientos básicos de las políticas públicas a seguir, salvo que el poder político ya hubiese delineado esas políticas de modo satisfactorio.

El problema nace entonces cuando el Estado no planificó políticas públicas, o lo hizo de modo defectuoso, y consecuentemente incumplió el deber de reconocer derechos sociales y nuevos derechos. Si bien el juez puede limitarse simplemente a condenar y no decir más, ese mandato por sí solo en el contexto de estos derechos (que exigen prestaciones positivas y muchas veces complejas) supone introducirse —en mayor o menor medida— en el terreno propio de la planificación de las políticas públicas, entre otras razones, por su impacto sobre el presupuesto estatal y los recursos públicos. Cabe en un análisis más profundo reflexionar hasta dónde debe

avanzar el juez (es decir, el contenido y alcance de las condenas: mandatos de hacer, qué hacer y cómo hacerlo), más allá de que en el plano práctico es difícil discernir entre estos campos.

Existen en este terreno casos paradigmáticos resueltos por la Corte, entre ellos: "Verbitsky" (2005) sobre la reparación de las cárceles en la Provincia de Buenos Aires; "Mendoza" (2006) sobre la contaminación y recuperación del Riachuelo; y "Badaro" (2006) sobre el reajuste de los haberes jubilatorios.

Por ejemplo, en el primero de los precedentes citados, el Tribunal dijo que "a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicializable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona". El Tribunal también aclaró que "no se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución".

El escenario es aún más complejo porque el juez —al introducirse en el terreno de los derechos sociales y nuevos derechos— lo hace por el camino de los procesos colectivos e incide fuertemente en las políticas públicas (planificación y ejecución). Evidentemente, no es igual la decisión judicial que condena al Estado a proveer agua potable a un individuo o garantizar una vacante en un establecimiento educativo público que —en su caso— obligarlo a proveer ese servicio (y garantizar así el derecho básico de acceso al agua potable) a todo un colectivo (sectores más débiles) o construir un establecimiento educativo.

Este sendero es criticado porque el juez —además de no tener legitimidad popular— decide sobre un objeto parcial (el interés de un cierto sector) y desconoce el interés de otros (incluso, quizás, de individuos o grupos más vulnerables). Sin embargo, creemos que el argumento es débil porque, en cualquier caso, el juez debe garantizar el umbral mínimo en el ejercicio y goce de los derechos, entre ellos, los derechos sociales.

XIII. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SOBRE LA DISCRECIONALIDAD

Entre los precedentes más relevantes, cabe citar los siguientes.

El caso "Almirón" (1983). Aquí, la Corte sostuvo que el Estado debió expresar, por un lado, cuáles fueron las razones que tuvo en cuenta para fijar las condiciones de aptitud psicofísica y, por el otro, la relación de proporcionalidad entre la exigencia de visión en los dos ojos y el estudio del profesorado. Dijo también el Tribunal que "...la exigencia de la visión en los dos ojos no guarda relación de proporción con el objetivo de estudiar el profesorado de geografía, por el contrario, significa un atentado, en el caso, al pleno ejercicio de los derechos de aprender y enseñar consagrados en el artículo 14 de la Constitución Nacional".

El Tribunal remarcó que las facultades discrecionales deben ser ejercidas en términos razonables y que "...la circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicho presupuesto".

Luego, en el antecedente "Comunidad Homosexual Argentina" (1991) la Corte sostuvo que "la resolución por la cual el Poder Ejecutivo, sin arbitrariedad y con explícita enunciación de las razones que deciden su juicio, deniega la autorización necesaria para constituir una sociedad anónima por considerar que su objeto es contrario al interés público, no es susceptible de ser revisado por el Poder Judicial mientras no se demuestre que importa violación a los derechos y garantías constitucionales". Los jueces interpretaron que la asociación reclamante no tenía como principal objeto el bien común y que, por esa razón, el acto de denegación por la Inspección General de Justicia (IGJ) —según su criterio—, no es arbitrario ni ilegítimo.

En el caso "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos" (1992), el Tribunal adujo que "mientras en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos —reemplazando así el criterio del órgano estatal para predeterminar qué es lo más conveniente para el interés público y reducir su actividad a la constatación del presupuesto fáctico definido por la norma en forma completa y la aplicación de la solución que la ley agotadoramente ha establecido (poderes reglados o de aplicación legal automática)—, en otras ocasiones el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal...". Asimismo, la Corte dijo —respecto del alcance del control de los jueces sobre las competencias regladas y discrecionales del Poder Ejecutivo— que "frente al reconocimiento de que no existen actos reglados ni discrecionales cualitativamente diferenciados, sino únicamente actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa (Tribunal Supremo español, sentencia del 24 de octubre de 1962) al no poder hablarse hoy en día de dos categorías contradictorias y absolutas como si se tratara de dos sectores autónomos y opuestos sino más bien de una cuestión de grados, no cabe duda de que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto. La revisión judicial de aquellos aspectos normativamente reglados se traduce así en un típico control de legitimidad... ajeno a los motivos de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en mira a fin de dictar el acto".

Luego, en el antecedente "Solá" (1997), la Corte remarcó claramente el control de los actos discrecionales del Ejecutivo. Así, el control judicial comprende, tal como dijo en otros precedentes, los elementos reglados (competencia, forma, causa y finalidad) y el carácter razonable del acto. En efecto, "este tribunal ha reconocido que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión —entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto... y por otro, en el examen de su razonabilidad... Es precisamente la legitimidad —constituida por la legalidad y la razonabilidad— con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias...".

"Alitt" (2006) es otro caso judicial interesante en el que el Tribunal expuso que "resulta prácticamente imposible negar propósitos de bien común a una asociación que procura rescatar de la marginalidad social a un grupo de personas y fomentar la elevación de su calidad de vida, de sus niveles de salud física y mental, evitar la difusión de dolencias infecciosas, prolongarles la vida, abrir proyectos para que la única opción de vida deje de hallarse en los bordes de la legalidad o en el campo de arbitrariedad controladora y, en definitiva, evitar muertes, violencia y enfermedad". Respecto de las potestades discrecionales, sostuvo que el Estado no puede arbitrariamente negar la personería jurídica a una asociación sino sólo sobre la base de pautas claras y objetivas que muestren disconformidad con el texto constitucional. Finalmente, el Tribunal afirmó que "el arbitrio de la administración no implica arbitrariedad y, por ende, debe ser controlado judicialmente. Actividad discrecional no es igual a facultad de decir que sí o que no, según le plazca a la administración, y mucho menos cuando se trata de conceder la personalidad jurídica, porque están comprometidos derechos de base constitucional".

A su vez, en el caso "Editorial Río Negro S.A. c. Provincia de Neuquén" (2007), el Tribunal señaló que si bien "no existe un derecho subjetivo por parte de los medios a obtener publicidad oficial, el Estado no puede asignar los recursos por publicidad de manera arbitraria, en base a criterios irrazonables". Es más, dijo el Tribunal que "es el Estado quien tiene la carga de probar la existencia de motivos suficientes que justifiquen la interrupción abrupta de la contratación de publicidad oficial". Los jueces argumentaron que el Estado puede dar o no publicidad y que esta "decisión permanece dentro del ámbito de la discrecionalidad estatal". Pero, luego agregaron que "si decide darla, debe hacerlo cumpliendo dos criterios constitucionales: a) no puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios en base a criterios discriminatorios; b) no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión. Por ello, tiene a su disposición muchos criterios distributivos, pero cualquiera sea el que utilice deben mantener siempre una pauta mínima general para evitar desnaturalizaciones".

En el caso "Schnaiderman" (2008), la Corte repitió que "el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión —entre los que debe encuadrar, esencialmente, a la competencia, a la forma, a la causa y a la finalidad del acto— y, por el otro, en el examen de su razonabilidad...".

Más recientemente, en el antecedente "Silva Tamayo" (2011), el Tribunal adujo que "si bien no existen formas rígidas para el cumplimiento de la exigencia de motivación explícita del acto administrativo, la cual debe adecuarse, en cuanto la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo, no cabe la admisión de fórmulas carentes de contenido, de expresiones de manifiesta generalidad o, en su caso,

circunscribirla a la mención de citas legales, que contemplan una potestad genérica no justificada en los actos concretos". Y añadió que "la circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad —constituida por la legalidad y la razonabilidad— con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias".

A su vez, en el precedente "Editorial Perfil" (2011), el actor solicitó que se declare la ilegitimidad de la conducta del Poder Ejecutivo por el abuso de su facultad discrecional en el manejo de los fondos públicos destinados a la contratación de medios para la publicidad oficial. El Tribunal le dio la razón y se remitió a los fundamentos del caso "Editorial de Río Negro".

En el caso "Rodríguez, Nelson" (2012), el actor inició demanda contra el Estado Nacional a fin de que se declare la nulidad de los actos por los cuales se ordenó su pase a disponibilidad y su retiro obligatorio. La Corte sostuvo que "la apreciación de la Junta de Calificaciones de la Policía Federal respecto de la aptitud para ascender, conservar el grado o pasar a situación de retiro del personal policial, comporta el ejercicio de una actividad discrecional que no es susceptible, en principio, de justificar el control judicial, salvo que se demuestre la irrazonabilidad del proceder administrativo". Y adujo que "la calificación que recibió el actor como prescindible para el servicio efectivo, como el posterior acto administrativo que dispuso su pase a retiro obligatorio, no cumplen con las exigencias que establecen [las leyes]... En efecto, al tratar el caso del demandante, la Junta de Calificaciones... se limitó a citar, como único fundamento para discernir la mentada calificación, lo dispuesto por la resolución 670/04 del Ministerio del Interior". Y, concluyó, que "se puede advertir, de esta manera, que en ningún momento existió una verdadera valoración, por parte de los órganos legalmente habilitados para hacerla, de las aptitudes morales, profesionales, físicas e intelectuales, conducta, concepto y todo otro antecedente del actor..." y que "de ningún modo puede considerarse que la mera referencia a una instrucción ministerial... alcance para dar por cumplido el deber de brindar motivación adecuada". Así, "la circunstancia de que la evaluación de la aptitud para ascender, conservar el grado o pasar a situación de retiro del personal policial constituya el ejercicio de una actividad discrecional de los órganos administrativos que intervienen en ese procedimiento, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco la omisión de los recaudos... ya que es precisamente la legitimidad —constituida por la legalidad y la razonabilidad— con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias".

Finalmente, en el fallo "Unión de Usuarios y Consumidores" (2014), se discutió la validez del decreto 104/91 y el trato supuestamente desigualitario entre los usuarios de las líneas de los ferrocarriles de pasajeros Sarmiento y Mitre ("cuestiones vinculadas con la prestación del servicio, la aceptación de rutas de carga, la frecuencia de circulación, la capacidad transportadora de las formaciones, la forma en la que TBA opera el servicio...", entre otros aspectos). La Corte advirtió que "la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes... Esto último sucedería si los jueces —tal como lo ha hecho el magistrado de primera instancia— pretenden sustituir a la Administración en sus atribuciones para decidir el modo más oportuno o conveniente de cumplir sus obligaciones constitucionales; o bien deciden modificar el contenido de las cláusulas del contrato de concesión que liga a las partes". Sin embargo, añadió que "asiste razón al apelante [actor] en cuanto aduce que, aunque se invoque la existencia de un estado de emergencia pública o se alegue que se trata de cuestiones técnicas —ajenas, en principio, a la revisión judicial—, ello no autoriza a avalar el incumplimiento del estándar mínimo constitucional...".

Conviene recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sostuvo en el precedente "López Mendoza" (2011) que "los problemas de indeterminación no generan, *per se*, una violación de la Convención, es decir, que el hecho de que una norma conceda algún tipo de discrecionalidad no es incompatible con el grado de previsibilidad que debe ostentar la norma, siempre y cuando el alcance de la discrecionalidad y la manera en que se debe ejercer sea indicado con suficiente claridad con el fin de brindar una adecuada protección... En efecto, el *test de previsibilidad* implica constatar que la norma delimite de manera clara el alcance de la discrecionalidad que puede ejercer la autoridad y se definan las circunstancias en las que puede ser ejercida con el fin de establecer las garantías adecuadas para evitar abusos".

En este punto nos proponemos analizar el núcleo duro del control judicial sobre las potestades discrecionales del Poder Ejecutivo. Quizás, podamos distinguir tres niveles de análisis por razones simplemente de orden didáctico. *Primero*, ¿el control judicial es o no procedente? *Segundo*, aceptado el postulado anterior, cabe preguntarse ¿los jueces deben controlar de modo amplio o restrictivo? *Tercero* y último, ¿cuáles son los criterios que utilizan los jueces en su tarea de control?

En primer lugar, los jueces aceptan el control sobre la discrecionalidad del Poder Ejecutivo en términos de legitimidad (es decir legalidad sobre los elementos reglados y razonabilidad respecto de los elementos discrecionales). Así, la Corte sostuvo que "la circunstancia de que la administración opere en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede dejar de lado el control judicial suficiente de los actos administrativos de naturaleza jurisdiccional a que obliga el principio de la separación de poderes, ni tampoco puede constituir un justificativo de la conducta arbitraria" ("Ducilo").

En segundo lugar, el criterio es amplio en los antecedentes "Maderera Lanín" (1977), "Almirón" (1983), "Fadlala" (1984), "Ducilo S.A." (1990), "APDH" (1992), "Jalife" (1994), "Solá" (1997), "ALITT" (2006), "Editorial Río Negro" (2007), "Editorial Perfil" (2011), "Silva Tamayo" (2011), "Rodríguez, Nelson" (2012), "Artear" (2014) y "Unión de Consumidores y Usuarios" (2014). Y restrictivo en los precedentes "Astilleros Alianza" (1991) y "CHA" (1991).

Sin embargo, no es posible inferir un criterio unívoco en este aspecto por dos razones. Por un lado, la Corte solo resuelve casos singulares y, por el otro, el campo de la discrecionalidad excede con creces los supuestos sobre el traslado de los agentes públicos y la distribución de la pauta publicitaria oficial.

De todos modos, si bien los jueces reconocen el control judicial sobre el contenido razonable de las potestades discrecionales; sin embargo, no siempre exigen que el Estado motive debidamente los actos dictados en ejercicio de sus potestades discrecionales (salvo los casos "Schnaiderman", "Silva Tamayo" y "Rodríguez, Nelson"), de modo que en definitiva creemos que es posible afirmar que habitualmente el juez sólo controla las decisiones estatales manifiestamente arbitrarias y, a su vez, cuando surge de modo palmario del propio acto estatal.

En tercer y último lugar, el Tribunal utilizó las reglas de: (a) *el control de los elementos reglados*. En este contexto, los jueces sostuvieron que "al no poder hablarse hoy en día de dos categorías contradictorias y absolutas como si se tratara de dos sectores autónomos y opuestos, sino más bien de una cuestión de grados, no cabe duda de que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentran su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión" ("González, Alejandro"). En segundo lugar, (b) *el carácter razonable del acto*. Así, dijo la Corte de modo reiterado que "es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia" ("Ducilo"). A su vez, (c) *el criterio de proporcionalidad*. Así, en los casos "Almirón" y "Arenzón", la Corte consideró que la restricción impuesta por la resolución que impedía el ingreso al profesorado de geografía por tener visión en uno de sus ojos en el primer caso y en el Instituto Superior del Profesorado por razones de estatura en el segundo, fue manifiestamente arbitraria lesionando derechos subjetivos de los actores. Finalmente, reiteró en este último fallo que la "circunstancia de que la recurrente opere en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo a su conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado". Por último, (d) *la motivación suficiente* ("Silva Tamayo"; "Rodríguez, Nelson").

Intentemos dar un paso más en este análisis y hacerlo desde otro plano. Por un lado, vale recordar que los aspectos plausibles de control, en el marco de las decisiones estatales discrecionales, son los siguientes:

- a) los *elementos reglados básicos* (el órgano competente y los procedimientos esenciales —en especial, el ejercicio del derecho de defensa—);
- b) los *antecedentes fácticos* (descripción y materialidad);
- c) el *trabajo de interpretación* (la interpretación de los hechos y de las reglas jurídicas y la subsunción de los hechos en los supuestos de hecho); y
- d) la *discrecionalidad* (la motivación del acto estatal; es decir, las razones y su relación con el objeto y el fin del acto, así como el cumplimiento de los principios generales del Derecho, en especial, su razonabilidad).

En general, los jueces controlan fuertemente los antecedentes fácticos y el contexto procedimental; sin embargo, respecto de la interpretación y la discrecionalidad del acto, el control es más atenuado, salvo el cumplimiento de los principios generales (razonabilidad, proporcionalidad, igualdad y no discriminación).

CAPÍTULO 8 - LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

I. INTRODUCCIÓN

En el desarrollo del presente manual hemos analizado: (a) las bases históricas del Derecho Administrativo; (b) los principios constitucionales; y (c) las potestades estatales de contenido administrativo —es decir, el objeto específico de nuestro estudio—. Luego, las fuentes del Derecho Administrativo y, por último, (d) el principio de legalidad y las actividades discrecionales.

¿Qué debiéramos estudiar en este punto de nuestro análisis? Creemos que el modo de organización del Poder Ejecutivo.

Por un lado, cabe recordar que en un principio el poder político (es decir, el Estado) no estaba constituido como sujeto de derecho y que esto sólo fue posible (es decir, el encuadre del Estado como sujeto jurídico) a través de un proceso histórico complejo. Luego, se sostuvo que el Estado posee una doble personalidad; sin embargo, esta tesis fue rechazada enfáticamente —más allá de reconocer que el Estado actúa en el campo del Derecho Público y Privado—.

En este punto, cabe señalar sucintamente las ventajas que introdujo la *personificación del Estado*, a saber:

- (a) en primer lugar, permitió construir relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares;
- (b) en segundo lugar, responsabilizar al Estado por sus conductas, trátase de acciones u omisiones;
- (c) en tercer lugar, garantizar las obligaciones estatales con el patrimonio estatal; y, por último,
- (d) en cuarto lugar, posibilitar la organización interna del Estado en términos coherentes y de unidad por medio de las técnicas que más adelante describiremos.

Entre nosotros, el viejo Código Civil en su artículo 32 establecía que "todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas". Por su parte, el artículo siguiente de dicho Código disponía que "Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado. Tiene carácter público: 1) el Estado Nacional...", entre otros.

Por su parte, el Código Civil y Comercial —actualmente vigente— señala que las personas son físicas y jurídicas. A su vez, "son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación" (art. 141). Por su parte, "las personas jurídicas son públicas o privadas" (art. 145) y, finalmente, "las personas jurídicas públicas son las siguientes: a) el Estado nacional...".

Una vez reconocido el Estado como persona jurídica (esto es, centro de imputación de derechos y obligaciones) cabe analizar, consecuentemente y como paso siguiente y obligado, cómo es posible que el Estado manifieste su voluntad y trabe así sus vínculos con terceros (situaciones jurídicas).

Es obvio que el Estado debe expresar su voluntad a través de personas físicas que son parte de sus estructuras. Pero, el problema es el siguiente: ¿cómo imputamos la conducta de las personas físicas en el seno de las personas jurídicas; es decir, cómo traspasamos las acciones u omisiones desde los agentes al Estado? Históricamente se intentó contestar estos interrogantes según las construcciones propias de la Teoría general del Derecho Privado.

En efecto, las primeras teorías que intentaron explicar cómo imputar las conductas de los agentes al Estado —en su condición de sujeto jurídico de existencia ideal— fueron las *tesis de la representación y del mandato* que son propias del Derecho Privado.

Sin embargo, el desarrollo de estas teorías y su inserción en el Derecho Público planteó serios problemas. ¿Por qué? Porque básicamente los actos ilegítimos —comunes en el Derecho Administrativo— no pueden en principio imputarse a los representados o mandantes, en tanto exceden el marco de la representación o mandato concedido por éstos a sus representantes o mandatarios.

Luego, se reemplazó el concepto de representación o mandato por el criterio o categoría del principal/dependiente, en los términos del art. 1113, del viejo CC. Cabe recordar que este último precepto decía que la obligación del que ha causado un daño se extiende a los perjuicios que causaren aquellos que estén bajo su dependencia.

Así, la Corte (casos "Devoto" —1933— y "Ferrocarril Oeste" —1938—) no sólo reconoció la responsabilidad del Estado, sino además su **responsabilidad por las conductas ilícitas de sus dependientes** (agentes públicos). En efecto, el Tribunal imputó al Estado las decisiones ilícitas de sus agentes (personas físicas).

Es decir, los jueces aceptaron como principio el criterio de imputación de las conductas ilícitas de los agentes estatales en el propio Estado y, en tal sentido, se apoyaron en la *teoría del principal/dependiente* (Artículo 1113 del antiguo Código Civil).

Sin embargo, más adelante en el marco del Derecho Público se rechazó el traslado indirecto de imputación de las conductas propio del Derecho Civil (por el canal del principal-dependiente), pues el agente es el propio Estado constituyendo, entonces, un centro único de imputación y no dos centros como ocurre en el escenario del principal y el dependiente.

Así, nace la *teoría del órgano* en cuyo marco no cabe distinguir entre las personas físicas y jurídicas sino que ambas —por decisión del legislador— se superponen y entremezclan en sus voluntades. De modo que no es posible discernir, en este contexto interpretativo, entre la voluntad del Estado (persona jurídica) y la del agente (persona física), sino que la ley ha creado un hecho ficticio cuando dice que la voluntad del agente y su decisión es directamente el decisorio estatal. Por tanto, no es necesario trasladar ni imputar conductas porque el centro decisor es uno solo.

Más claro y simple: el agente es el propio Estado. Así, cualquier conducta que realice aquél es lisa y llanamente estatal (trátese de acciones u omisiones). La Corte reconoció la teoría del órgano desde el caso "Vadell" (1985) en adelante.

Sin embargo, esto no es enteramente así porque existen excepciones y, consecuentemente, no es posible trasladar cualquier conducta de los agentes al Estado.

Cabe señalar en este punto del razonamiento que, según esta construcción dogmática cuyo pilar es entremezclar deliberadamente ambas voluntades y superponerlas, la responsabilidad del Estado por los actos de sus agentes es de alcancedirecto y no indirecto, como ocurría anteriormente por aplicación del criterio principal/dependiente.

En conclusión, debemos sostener que, según el análisis realizado, el Estado es un sujeto de derecho con personalidad jurídica propia, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones y que está integrado por órganos (es decir, personas físicas que son quienes dicen directamente cuál es su voluntad).

A su vez, el órgano es una pieza fundamental en el esquema de la organización estatal. El órgano es una unidad (compuesta por el factor humano y material) dentro del aparato estatal que tiene un conjunto de competencias, y particularmente, la virtualidad de imputar su voluntad —en sus relaciones jurídicas con terceros— al propio Estado.

Es decir, *el órgano es el conjunto de potestades, personas físicas y elementos materiales propios del cargo.*

Veamos ahora cómo se distribuyen las competencias (poderes o potestades) entre los órganos estatales.

II. LAS COMPETENCIAS ESTATALES

La competencia es la suma de potestades que surge del ordenamiento jurídico, esto es, la aptitud de los poderes públicos para obrar y cumplir así con sus fines.

El principio básico en cualquier Estado Democrático de Derecho es que el Estado no puede actuar, salvo que la ley lo autorice a hacerlo. Esto surge claramente, según nuestro criterio, del artículo 19, CN. A su vez, tratándose de personas físicas, el principio es la libertad y permisión de sus conductas. Es decir, todas las conductas están permitidas salvo aquellas que estuviesen prohibidas. Más simple, cualquiera de nosotros puede hacer cualquier cosa, salvo que esté prohibido.

Por el contrario, el Estado no puede hacer ni actuar, sino solo aquello que le esté permitido. Aquí, entonces, el principio es la prohibición y las excepciones son las permisiones. Este último postulado de permisiones es el concepto de competencias estatales.

En síntesis, el criterio en el Estado Democrático de Derecho es el siguiente: a) el Estado no puede obrar (principio prohibitivo); b) pero sí puede hacerlo cuando existe autorización normativa en tal sentido (excepciones de permisión). Es decir, necesariamente la ley —concepto que debe ser entendido en sentido amplio como sinónimo de ordenamiento jurídico (Constitución, ley y reglamento)— debe autorizar al Estado para actuar.

Por su parte, la Ley de Procedimientos Administrativos ([ley 19.549](#)) establece 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" y, agrega, el ejercicio de las competencias es obligatorio e improrrogable (artículo 3, LPA).

Veamos los distintos criterios sobre construcción de la teoría de las competencias del Estado.

II.1. Las competencias expresas

En este carril cabe afirmar que el Poder Ejecutivo es competente —en principio y según el criterio de legalidad— cuando así surge del texto normativo (*literalidad*). Ya hemos aclarado que ese texto es la Constitución, la ley e, inclusive, el reglamento. Las competencias expresas son pues permisiones que nacen del propio texto normativo (es decir, de su literalidad).

Sin embargo, es obvio que las normas no pueden prever expresamente todas las competencias del Presidente y sus órganos inferiores que resulten necesarias para el cumplimiento de sus objetivos, fines o cometidos; por ello, es necesario repensar otros criterios de reconocimiento de competencias.

II.2. Las competencias implícitas

La teoría de las potestades expresas debe ser necesariamente matizada porque es imposible que el legislador establezca, con carácter previo y en el propio texto legal, todas las potestades propias y necesarias del Poder Ejecutivo.

En consecuencia, sigue siendo necesario —por razones prácticas y en cumplimiento del ordenamiento jurídico, en particular de sus principios y fines— reconocer otros mecanismos atributivos de competencias. En este contexto, es posible desarrollar otras teorías; entre éstas, el criterio de las potestades implícitas.

Así, la norma reconoce y el órgano estatal recibe, no sólo las facultades textuales sino también aquellas otras que surgen de modo implícito del bloque de legalidad, sin que éste las mencione (*potestades implícitas*).

La Corte dijo reiteradamente que "el vetusto principio de que en derecho administrativo la competencia es la excepción y la incompetencia la regla, y que por tanto toda competencia debe estar conferida por norma expresa... ha sido superado por el progreso de la ciencia jurídica y los requerimientos de una realidad día a día más compleja que exige un mayor y más calificado despliegue de actividad administrativa. El reconocimiento de competencias implícitamente atribuidas a los órganos administrativos cuenta con importantes precedentes jurisprudenciales". En particular, en el caso "Font" (1962) el Tribunal afirmó que "la omisión del legislador no priva... al Estado del ejercicio de las atribuciones que inviste y que le han sido conferidas con vistas al resguardo de las garantías constitucionales y la protección y promoción del bien común".

En igual sentido, y respecto del alcance de las potestades implícitas, sostuvo que "es principio arquitectónico de nuestro ordenamiento constitucional que ningún poder pueda arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido conferido expresamente... la regla según la cual es inválido privar a alguien de lo que la ley prohíbe, ha sido consagrada en beneficio de los particulares... no de los poderes públicos. Éstos, para actuar legítimamente, requieren de una norma de habilitación; para los primeros basta la inexistencia de una prohibición... La Constitución ha establecido, inequívocamente, un sistema de poderes limitados...". Y luego aclaró que "De ahí que sea impensable que de toda atribución conferida expresamente pueda implicarse, sin más, una autoridad que destruya, precisamente, los límites de la concesión... Decir poderes implícitos es, en suma, decir poderes imprescindibles para el ejercicio de los expresamente conferidos, esto es, atribuciones que no son sustantivas ni independientes de estos últimos, sino auxiliares y subordinadas. Es, también, aludir a facultades que tampoco han sido dadas expresamente a órgano alguno. Y es, asimismo y muy especialmente, referirse a atribuciones que puedan considerarse adecuadas y compatibles con el diseño general de la Constitución. (Caso "Peláez"; 1995).

Pero, ¿cuáles son las competencias implícitas? Es posible ensayar distintos criterios al respecto. A saber:

- (a) las potestades implícitas son aquellas *necesarias* para el ejercicio de las facultades expresas (es decir, el órgano sólo puede ejercer sus potestades explícitas si reconocemos en él otras potestades que no están escritas en el texto de las normas);
- (b) las potestades implícitas son el conjunto de competencias que resulten *necesarias* e incluso *convenientes* en el marco de las facultades explícitas (esto es, el operador no sólo reconoce las potestades de orden necesario en el ejercicio de las facultades expresas sino además otras que resulten útiles u oportunas en ese ejercicio); y, finalmente,
- (c) las potestades implícitas son las que se deducen de modo racional y en términos *sistemáticos o finalistas* de las normas.

El inconveniente más grave de esta construcción dogmática (competencias implícitas), más allá de su aceptación casi unánime por los operadores jurídicos, es cómo definir el concepto y contenido de tales *facultades implícitas de permisión* de las conductas estatales. Si el campo de las permisiones implícitas (excepciones) es excesivamente amplio, puede desvirtuarse el principio prohibitivo y, por vía de excepciones, trastocarse éste por el de permisión de las facultades del Estado en perjuicio de los derechos de todos.

II.3. La teoría de la especialidad

Este criterio fue desarrollado en sus orígenes por el Derecho Francés, pero cierto es que el Consejo de Estado de ese país limitó luego fuertemente su alcance (en particular, en el caso "Société Unipain" — 1970 —, entre otros).

Entre nosotros, F. LINARES desarrolló en el campo de las competencias estatales el axioma ontológico de la libertad como principio rector — común a las personas físicas y jurídicas, entre ellas el Estado —. En efecto, este autor sostuvo que las personas físicas son iguales a las jurídicas. En particular, respecto de las personas jurídicas, y entre ellas el Estado, luego de definido el objeto, fin o especialidad como límite externo, el principio que debe regir sus conductas es la libertad dentro de ese marco conceptual.

Si tuviésemos que hacer un gráfico dibujaríamos un círculo a partir del objeto o fin (límite externo) y dentro de él, el criterio es la libertad igual que si se tratase de las personas físicas. Este concepto puede expresarse en los siguientes términos: "*todo está permitido al Estado, siempre que se vincule con el objeto o el fin, salvo que esté prohibido*".

En síntesis, el cuadro es el siguiente.

Primero, el operador debe definir cuál es el objeto y el fin del órgano.

Segundo, luego de circunscribir dicho contorno, el criterio es la permisión de las conductas estatales.

Tercero y último, el límite respecto de tales permisiones es el mandato de las prohibiciones expresas. Más adelante, se incorporó el concepto de las prohibiciones implícitas (por caso, las competencias atribuidas a otro órgano constituyen — a su vez — mandatos prohibitivos implícitos respecto del órgano bajo análisis).

Creemos que este concepto —especialidad— es riesgoso porque el inconveniente aquí es la imprecisión y vaguedad del objeto o fin del órgano que constituye el límite externo de las conductas estatales y permite, así, atribuir facultades igualmente imprecisas y difusas dirigidas al cumplimiento de ese objeto o finalidad. Es más, este criterio interpretado de modo extensivo subvierte el principio de prohibición por el de permisión de las conductas estatales.

El análisis de la tesis de la especialidad es sumamente importante toda vez que, además de su recepción judicial, el legislador también le reconoció validez a través de diversos textos normativos. Por ejemplo, las normas de creación de los entes reguladores de los servicios públicos incorporaron el concepto de especialidad como criterio atributivo de competencias. Por su parte, la Procuración del Tesoro también le reconoce valor jurídico.

Cabe recordar que la Corte en el caso "Angel Estrada" (2005) entendió que el ente regulador es incompetente para expedirse sobre los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la empresa prestadora del servicio de electricidad. ¿Cuáles fueron los argumentos del Tribunal? Éste sostuvo que si bien es cierto que el artículo 72 de la ley respectiva dice que el Ente debe resolver *todas* las controversias que se suscitasen con motivo del suministro de energía eléctrica, este concepto debe interpretarse —según el Tribunal— con criterio restrictivo pues el legislador sustrae tales competencias a los jueces ordinarios.

En nuestro criterio, el Tribunal siguió aquí el concepto de especialidad porque en su opinión el alcance de las competencias del ente —en este caso en particular las potestades para resolver las controversias entre los actores del sistema— debe interpretarse según el fin que persigue el ente. Pues bien, ¿cuál es el fin? El correcto funcionamiento del servicio. Sin perjuicio de esto, los jueces interpretaron que el reclamo por los daños y perjuicios por la prestación irregular del servicio no guarda relación con los fines de aquél.

II.4. Las cláusulas generales de apoderamiento

En estos casos no se trata del reconocimiento de potestades en términos específicos por las leyes (trátase de modo expreso, implícito o por especialidad), sino de cláusulas generales que reconocen un cúmulo de potestades al Estado y sus órganos.

Estas cláusulas deben estar previstas expresamente en la ley y su justificación es la imposibilidad o inconveniencia de precisar los alcances de las competencias con mayor detalle en los textos normativos dada la indeterminación de los supuestos de hecho. Estas cláusulas configuran, entonces, un poder general e impreciso, cuyos límites son el ámbito material y los fines públicos.

En especial, el mayor inconveniente aquí es definir el estándar que deben cumplir tales cláusulas en cuanto a su profundidad o densidad.

II.5. El criterio propuesto

Por nuestro lado, creemos que el criterio rector debe ser el reconocimiento de las facultades expresas e implícitas (entendidas estas últimas como aquellas necesarias, de acuerdo con el marco normativo y las circunstancias del caso, para el ejercicio razonable de las competencias expresas).

¿Cómo sabemos, entonces, si el órgano es competente para el ejercicio de una facultad determinada? Los pasos a seguir, según nuestro criterio, son los siguientes.

Primero: el intérprete debe buscar y describir las facultades expresas que surgen de modo literal de los textos normativos vigentes.

Segundo: si la competencia surge del texto normativo (es decir, si está nombrado literalmente), el órgano es competente y el razonamiento concluye aquí.

Tercero: si esa competencia no surge de modo expreso, entonces, debemos preguntarnos cuáles son las facultades que es posible deducir en términos lógicos del texto normativo; y, finalmente,

Cuarto: ese poder implícito es admisible si, además de ser plausible y razonable deducirlo del texto expreso, su reconocimiento es necesario en el marco del ejercicio de las facultades explícitas. Es decir, el ejercicio de las facultades implícitas es aquel que hace posible el ejercicio de las otras de carácter expreso.

Si la potestad implícita satisface esos estándares, entonces, el órgano es competente y el acto consecuente es válido.

III. LOS TIPOS DE COMPETENCIA

La competencia, concepto que ya hemos analizado, puede clasificarse en razón de los siguientes criterios: (a) materia, (b) territorio, (c) tiempo y, por último, (d) grado. Estos conceptos son jurídicamente relevantes ya que las nulidades de los actos estatales (igual que cualquier otro decisorio del Estado) difiere si el vicio del elemento competencia recae sobre la materia, el territorio, el tiempo o el grado.

Así, el artículo 14 de la Ley de Procedimientos Administrativos (ley 19.549) dice que el acto administrativo es nulo de nulidad absoluta e insanable cuando fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, el territorio, el tiempo o el grado, salvo en este último supuesto si la delegación o sustitución estuvieren permitidas. Por su parte, el artículo 19 del mismo texto normativo agrega, en igual sentido, que el acto administrativo anulable puede ser saneado mediante ratificación por el órgano superior cuando el acto hubiere sido dictado con incompetencia en razón del grado y siempre que la avocación, delegación o sustitución fuesen procedentes.

La *competencia en razón de la materia* es un criterio cuyo contorno depende del contenido de las facultades estatales (sustancia). Por ejemplo, el Ministro del Interior es competente en razón de la materia, entre otros asuntos, para "entender en las cuestiones institucionales en que estén en juego los derechos y garantías de los habitantes".

Por su parte, la competencia en virtud del *territorio* es definida por el ámbito físico (por caso, el Ministro de Salud de la Provincia del Chaco o Tierra del Fuego es competente para ejecutar políticas públicas de prevención de enfermedades en el ámbito territorial de la Provincia). Otro ejemplo, entre tantos, es el de las normas de tránsito o circulación de vehículos que corresponde a un Gobierno u otro en razón del territorio o jurisdicción municipal, provincial o nacional.

La competencia en razón del *tiempo* es un modo atributivo de facultades por un plazo determinado. Por caso, según el texto constitucional vigente, el Poder Ejecutivo podía nombrar jueces con acuerdo del Senado hasta trescientos sesenta días después de la reforma constitucional de 1994. Luego de ese período, sólo es posible designar magistrados con intervención del Consejo de la Magistratura.

La competencia en razón del *grado* es un criterio cuyo eje distintivo es el nivel jerárquico de los órganos administrativos y no la materia, el territorio ni el tiempo. En otros términos, si comparamos dos órganos estatales puede ocurrir, y ello es habitual, que ambos tengan igual competencia en razón de las materias, el territorio y el tiempo; pero no así respecto del grado jerárquico.

IV. LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIAS

Sabemos que el legislador reconoce potestades estatales a veces de modo claro y expreso y en otros casos confusamente (por ejemplo: poderes expresos cuyos textos son abiertos y, por tanto, confusos; poderes implícitos; y especialidad). Consecuentemente, es obvio que existen dudas y conflictos interpretativos. En el marco de los poderes expresos es más infrecuente, pero en el mundo de los poderes implícitos casi siempre es así.

Cuando dos o más órganos creen que son competentes, entonces, existe un conflicto positivo entre ellos. El otro conflicto plausible ocurre cuando los órganos entienden que no deben conocer sobre el asunto. Es decir, en el primer caso concurren dos o más órganos y, en el segundo, ninguno.

¿Cómo deben resolverse estos conflictos? ¿Quién debe resolverlos?

La Ley de Procedimientos Administrativos (ley 19.549) dice que el Ministro resolverá las siguientes controversias competenciales:

- (a) los conflictos entre los órganos que dependen de él;
- (b) los conflictos entre *entes* que actúen en el ámbito de su competencia; y
- (c) los conflictos entre órganos y entes que actúen en su esfera de competencias.

Por su parte, el Presidente debe resolver los conflictos de competencia entre:

- (1) los ministros; y
- (2) los órganos o entes que actúen en el ámbito de distintos ministerios.

¿Cómo es el procedimiento? La Ley 19.549 (artículo 5) establece, en su primera parte, que "cuando un órgano, de oficio o a petición de parte, se declare incompetente, remitirá las actuaciones al que reputare competente; si éste, a su vez, las rehusare, deberá someterlas a la autoridad habilitada para resolver el conflicto". En este caso, existe un **conflicto negativo** de competencias, toda vez que los órganos rechazan su intervención en el asunto bajo análisis.

A su vez, la norma regula el modo de resolución de los **conflictos positivos** de competencias. Veamos: "si dos órganos se considerasen competentes, el último que hubiere conocido en el caso someterá la cuestión, de oficio o a petición de parte, a la autoridad que debe resolverla".

V. BREVE DISTINCIÓN ENTRE LAS PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS Y PRIVADAS. DIFERENCIAS ENTRE LAS PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS ESTATALES Y NO ESTATALES

Las personas, es decir, los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones pueden ser sujetos de existencia visible o ideal. Así, en términos del propio Código Civil y Comercial, las llamamos personas físicas o jurídicas.

Luego, el Código Civil y Comercial distingue entre las *personas jurídicas* de carácter público y privado. Tienen *carácter privado*: "a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; f) las mutuales; g) las cooperativas; h) el consorcio de propiedad horizontal; i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento" (art. 148).

Por su parte, las *personas jurídicas de carácter público* son, según el enunciado del propio Código, las siguientes: "a) el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter; b) los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable; c) la Iglesia Católica" (art. 146).

En este contexto, el asunto parece cerrado y resuelto; sin embargo, no es así porque si miramos con más detenimiento veremos otros tantos sujetos que no están incluidos de modo expreso entre los entes públicos o privados mencionados por el Codificador. ¿Qué ocurre, entonces, con ellos?, ¿esos sujetos son públicos o privados?

Con el propósito de distinguir entre ambas categorías (esto es, personas jurídicas públicas y privadas) se han desarrollado diversas teorías, entre ellas, vale citar: a) el origen o creación por ley o por decisión de sus propios miembros; b) las finalidades de carácter público en términos inmediatos o mediatos; c) las prerrogativas estatales; d) la prestación de servicios públicos; e) las formas solemnes; f) el control estatal; y g) el origen público o privado de sus recursos.

En un principio, las personas públicas se constituyeron bajo formas jurídicas de Derecho Público, caracterizadas por el ejercicio de poderes públicos y cuya regulación le corresponde al Derecho Administrativo. Sin embargo, este esquema se resquebrajó porque en ciertos casos el Estado constituyó personas bajo formas privadas y regidas por el Derecho Privado (empresas y sociedades del Estado, entre otras). A su vez, el Estado reconoció el ejercicio de poderes públicos a personas no estatales (Colegios Profesionales o concesionarios de servicios públicos). Por eso, es necesario intentar reconstruir este concepto, sin desconocer sus casi inevitables imperfecciones.

Volvamos sobre el Código Civil y Comercial. Éste no establece cuál es el criterio de distinción entre ambas categorías o especies; es decir, público/privado. En igual sentido, las normas del Derecho Público tampoco establecen en qué consiste el distingo público/privado.

En efecto, el Código Civil y Comercial, como ya dijimos, dice cuáles son los sujetos públicos y privados, pero no explica cómo debemos ubicar en este cuadro a otros sujetos no mencionados (por caso las sociedades del Estado, los colegios profesionales, las cajas de previsión y las obras sociales, entre tantos otros). Entonces, el entuerto sigue en pie y la oscuridad subsiste, salvo cuando las leyes específicas nos dicen si el ente es público o privado (conforme inc. a)], art. 146 e inc. i)], art. 148, Código Civil y Comercial).

También es cierto que el Codificador establece que las personas jurídicas son privadas si tal carácter "resulta de su finalidad y normas de funcionamiento". Sin embargo, entre los fundamentos del Código, se aclaró que "se considera conveniente evitar una formulación de carácter residual para establecer que todas las personas jurídicas que no son públicas son privadas... De ahí la preferencia por una enumeración de las personas jurídicas privadas basadas en la legislación especial pero que debe dejarse abierta, ya que la personalidad jurídica es conferida por el legislador como un recurso técnico...".

En síntesis, las personas jurídicas públicas son los entes descriptos en el Código y leyes especiales (art. 146) y, por su parte, las personas jurídicas privadas son los sujetos mencionados en el Código y en otras leyes (art. 148), así como las personas cuyo carácter privado resulte de "su finalidad y normas de funcionamiento". El resto de los entes son públicos o privados, según los caracteres (propiedades relevantes) de estas categorías jurídicas.

Una última aclaración: el art. 149 del Código Civil y Comercial dice que "la participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación".

Cabe remarcar que *este criterio sobre sujetos públicos y privados es relevante por el régimen jurídico aplicable*; esto es, el Derecho Público o Privado (principios y reglas).

Así, en ciertos casos el ente es claramente público y en otros privados; sin embargo, muchos entes están ubicados en zonas de penumbras, en cuyo caso su clasificación entre esas especies depende de grados y circunstancias.

Por nuestro lado, creemos que los criterios o propiedades más relevantes en este sentido y que nos permiten configurar el concepto de **persona jurídica de carácter público o privado** son los siguientes: *su creación por acto estatal; el fin público; sus potestades estatales; el control del Estado; y, especialmente, el uso de recursos públicos.*

Hemos dicho que las personas jurídicas pueden ser públicas o privadas y, a su vez, las personas públicas pueden ser **estatales o no estatales**.

Entendemos que aquí el criterio distintivo es su inserción en la estructura estatal. Pero, ¿en qué casos debe interpretarse que el sujeto es parte del Estado y sus estructuras? Los aspectos más relevantes en este proceso de configuración del sujeto como 'sujeto estatal' son el ejercicio de funciones estatales y su vínculo con el Estado.

Así, el criterio propuesto es el carácter material de las actividades que desarrolla el sujeto y sobre todo la dependencia del Estado —esto es, la composición de sus órganos, el control y las fuentes de financiamiento—.

En este punto de bifurcación entre sujetos públicos —estatales y no estatales— conviene pensar que existen casos complejos por su contenido mixto y que, por tanto, es necesario resolverlos de conformidad con las particularidades del sujeto y las circunstancias del caso.

Pues bien, si seguimos el criterio básico que antes desarrollamos cabe concluir que las personas jurídicas públicas estatales son el Estado nacional, las provincias, los municipios, la Ciudad de Buenos Aires, los entes autónomos y los entes descentralizados.

Por su parte, entre las personas jurídicas públicas no estatales, cabe indicar a la Iglesia Católica, los colegios o consejos profesionales que ejercen el poder de ordenación, regulación y control sobre el ejercicio de las profesionales liberales, las cajas de previsión y las obras sociales.

El *régimen jurídico* de las personas públicas estatales es ciertamente el Derecho Público y en el caso de las personas públicas no estatales el Derecho Privado concurre fuertemente en el armado de su bloque normativo.

Sin embargo, decir cuál es el marco jurídico detallado en términos teóricos respecto de los sujetos públicos no estatales es un trabajo quizás inútil y sin sentido; por eso, el operador debe

analizar caso por caso en sus diversos aspectos (así, el régimen de su personal, actos, contratos y bienes, entre otros).

VI. LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN ESTATAL

El Estado como organización burocrática nace en el siglo XV y consigue consolidarse en el marco del Estado Liberal, tras las revoluciones del siglo XIX, como consecuencia del crecimiento de sus funciones y estructuras.

Así, durante este último período histórico, el Estado incorporó cada vez más competencias y agentes en un cuadro de organización más complejo y cuyos caracteres son, *por un lado*, el principio jerárquico de las estructuras como sucedáneo del modelo militar (es decir, de corte piramidal y con cargos unipersonales). *Por el otro*, el principio de división del trabajo entre los distintos órganos o departamentos.

El régimen centralizado fue luego matizado con estructuras descentralizadas de distribución de poder, llamadas comúnmente entes autárquicos o descentralizados.

El criterio básico de distinción entre centralización y descentralización de las estructuras es el grado de autonomía de las unidades de organización en relación con el poder central (es decir, con el Presidente). Así, el ente cercano es concentrado y el más lejano es descentralizado. Claro que entre ambos extremos, como siempre ocurre, hay muchos matices. Entonces, y más allá de estos repliegues, debemos preguntarnos cuál es el punto de inflexión que nos permite pasar de un estadio e ingresar en el otro.

En efecto, *¿cuándo ese cuerpo deja de ser centralizado y pasa a ser descentralizado?* Ello ocurre cuando el ordenamiento jurídico le reconoce personalidad, es decir, capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Entonces, es posible, aunque con cierta arbitrariedad, afirmar que existen básicamente dos modelos de organización estatal. Uno de ellos de corte jerárquico y vertical, y el otro más horizontal y autónomo.

En los Estados modernos, ciertamente complejos, el modelo no es centralizado o descentralizado en términos absolutos, sino que se entremezclan técnicas e instrumentos de ambos paradigmas.

¿Qué ocurre en nuestro país? El propio Convencional indica ciertas pautas preliminares sobre cómo estructurar el Estado en el ámbito del Poder Ejecutivo. En efecto, *por un lado*, el texto constitucional creó tres órganos en el esquema institucional, ellos son: a) el Presidente, b) el Jefe de Gabinete de Ministros, y c) los Ministros. *Por el otro*, el Convencional previó el dictado de una Ley de Ministerios cuyo objeto es crear los órganos administrativos inferiores y distribuir (desconcentrar) las competencias entre éstos.

A su vez, el Convencional recogió el *principio jerárquico* —que nos permite enhebrar las funciones dispersas entre los órganos— y lo volcó, entre otros y sólo como ejemplo, en los siguientes preceptos: 1) el Presidente como Jefe supremo de la nación, Jefe del gobierno y responsable político de la Administración general del país; 2) el Jefe de Gabinete en el ejercicio de la Administración general del país; y, por último, 3) los Ministros que "no pueden por sí solos, en ningún caso, tomar resoluciones".

Por su parte, el *principio de división del trabajo* está plasmado en la distribución de competencias entre esos órganos, en tal sentido y básicamente ver los artículos 99, 100 y 103, CN.

Por último, la Constitución incluyó también ciertos entes descentralizados y autónomos, tales como los entes de regulación de los servicios públicos, el Banco Central y las Universidades.

En síntesis, el modelo está integrado por la Administración central compuesta por órganos y la Administración descentralizada (entes públicos estatales). Entre nosotros, entonces, el sistema es básicamente centralizado con matices o técnicas de descentralización.

VII. EL DESARROLLO DEL MODELO. LAS ESTRUCTURAS ESTATALES

Creemos que desde un punto de vista lógico y didáctico conviene distinguir entre, por un lado, las estructuras estatales y, por el otro, las técnicas de distribución de las competencias.

Si pudiésemos representarlo gráficamente, debiéramos dibujar un conjunto de casilleros (organigrama) y después rellenarlo con funciones. Así, en primer lugar, el modelo estructural y, luego, las competencias.

La teoría de la organización estatal debe construirse con el uso de dos instrumentos teóricos básicos: *el órgano* y *el ente*. Como ya dijimos, el concepto de órgano surge del propio texto constitucional y la Ley de ministerios. A su vez, los entes nacen de la Constitución y de las respectivas leyes o decretos de creación.

La diferencia esencial consiste en que los órganos no tienen personalidad jurídica propia, sino que forman parte del Estado que sí es sujeto de derecho; mientras que los entes, por su parte, sí revisten el carácter de personas jurídicas y, consecuentemente, son capaces de establecer relaciones jurídicas por sí mismos (es decir, adquirir derechos y contraer obligaciones por sí mismos). Recordemos que el propio Código Civil y Comercial dice que "el Estado nacional" y "las entidades autárquicas", entre otros, son personas jurídicas de orden público.

Partiendo de estos conceptos (órgano y ente), es común *distinguir* entre las ideas de administración centralizada y descentralizada.

En síntesis, en el marco del Poder Ejecutivo existen órganos y entes que son parte de él; sin perjuicio de que los primeros no tienen personalidad jurídica, sino sólo cierto grado de subjetividad, y los segundos sí son personas jurídicas.

El Estado centralizado es aquél que está integrado por los órganos estatales y, por su parte, el Estado descentralizado está compuesto por entes estatales. Como ejemplo de órganos podemos citar los ministerios, las secretarías de Estado, las subsecretarías, las direcciones, y así sucesivamente en orden jerárquico decreciente. Entre los entes, cabe mencionar: los entes de regulación de los servicios públicos (el Ente Nacional de Regulación de la Energía Eléctrica, el Ente Nacional de Regulación del Gas) y la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP).

Agreguemos, por último, en el marco de las descentralizaciones y con el objeto de completar sucintamente el cuadro propio de la organización del Estado, las entidades de éste que llevan adelante actividades industriales y comerciales (esto es, las empresas del Estado, las sociedades de economía mixta, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria y, por último, las sociedades anónimas de propiedad del Estado).

De todos modos es importante advertir que en nuestro país no existe un desarrollo planificado y racional sino que el modelo de organización estatal ha ido creciendo en términos singulares y empíricos. En efecto, el legislador —por ejemplo— no ha aprobado una regulación general sobre los entes autárquicos, autónomos o las nuevas sociedades de propiedad estatal.

Por nuestro lado, creemos que no sólo es conveniente por razones de sistematización, sino necesario en términos jurídicos que el legislador cree marcos jurídicos básicos por géneros; sin perjuicio de las singularidades de las diversas especies y casos particulares.

VIII. LOS ÓRGANOS ESTATALES

El órgano es básicamente el centro de imputación de competencias estatales (aspecto objetivo) que está integrado por personas físicas (aspecto subjetivo) y que —a su vez— dispone de ciertos recursos (aspecto material).

El órgano es parte de la estructura del Estado y no tiene personalidad jurídica propia, sin perjuicio de que sí posee cierto grado de subjetividad que le permite interactuar con los otros órganos. Por ejemplo, el Ministerio del Interior, la Secretaría de Salud y la Dirección Nacional del Registro de la Propiedad Automotor, entre tantos otros.

El órgano es, entonces, un concepto jurídico complejo porque está compuesto por las personas físicas que son los titulares de éste, el conjunto de funciones o poderes públicos y los elementos materiales de que se vale el titular con el objeto de ejercer dichas funciones.

Los órganos son parte de la Administración Pública de carácter centralizado, en contraposición con el Estado descentralizado que está integrado por los entes con personalidad y que se encuentran ubicados más lejos de los órganos centrales y, especialmente, del Presidente.

Pues bien, los órganos estatales son parte del sujeto jurídico Estado nacional y no tienen, por consiguiente, personalidad jurídica. Es más, no es posible diferenciar el órgano del Estado nacional respecto de sus relaciones con terceros.

Sin embargo, si bien los órganos no poseen personalidad jurídica y no son sujetos de derecho, sí tienen *cierto grado de subjetividad*. Ello trae dos consecuencias en términos jurídicos: a) por un lado, los órganos pueden relacionarse entre sí, pero siempre que estén contenidos por un mismo sujeto jurídico —Estado nacional—; y b) por el otro, es posible trasladar e imputar su voluntad al Estado, es decir, al sujeto de derecho del cual son parte.

En este punto de nuestro análisis, cabe preguntarse cuál es el criterio que nos permite articular los órganos entre sí. Así, el principio instrumental básico es el *criterio jerárquico* que brinda unidad en el ejercicio de las funciones estatales y le imprime, por tanto, un contenido coherente (unidad de acción).

Pero, ¿qué es la *jerarquía*? Es el modo de relación jurídica entre órganos. Es decir, el Estado, como ya sabemos, está estructurado por órganos que están ubicados en distintos niveles o grados, en posiciones relativas de poder y de modo piramidal, y en cuya cúspide se encuentra el Presidente.

En este cuadro existen grados o categorías superiores e inferiores, de modo que un órgano que está ubicado en un cierto orden de la escala jerárquica o escalafón burocrático está por debajo de unos, pero por encima de otros. El superior jerárquico debe dirigir, ordenar y controlar al inferior.

La jerarquía supone identidad de materias y superioridad de unos sobre otros en razón de los intereses públicos específicos que persigue cada órgano.

Pero, ¿cuál es el contenido de la jerarquía? La jerarquía, como ya hemos dicho, es un modo de relación entre los órganos ubicados en los distintos niveles o grados del escalafón. ¿Cuál es, entonces, el alcance de ese poder? Veamos. El superior jerárquico puede con respecto al órgano inferior, en principio y en términos teóricos:

- a) designar y remover al agente que ocupa el órgano inferior;
- b) dictar instrucciones de alcance general mediante resoluciones, planes o programas;
- c) dar órdenes de alcance particular respecto de asuntos concretos;
- d) coordinar las funciones de los órganos inferiores entre sí de modo de imprimirles unidad de acción en sus tareas;
- e) controlar o fiscalizar el desempeño del inferior;
- f) aplicar sanciones al inferior, según el marco jurídico vigente;
- g) transferir competencias propias en el órgano inferior (delegar);
- h) avocarse respecto de cuestiones propias del inferior;
- i) revocar, modificar o sustituir las decisiones del inferior por petición de parte interesada — a través de los reclamos o recursos administrativos por razones de legalidad u oportunidad — ; y, por último,
- j) resolver los conflictos de competencias entre órganos inferiores, siempre que sea el superior jerárquico común respecto de éstos.

Esta descripción de corte teórico sobre el modelo jerárquico y su contenido debe matizarse según el ordenamiento jurídico vigente. Por caso, en nuestro medio, el superior jerárquico inmediato no ejerce las competencias descriptas en el apartado (a) sobre designación y remoción del inferior. A su vez, en los supuestos detallados en los puntos (g) y (h) (esto es, delegaciones y avocaciones), sólo puede hacerlo en los términos que prevé la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA).

Así, el decreto reglamentario de la ley de procedimientos (decreto 1759/72) establece que el órgano superior podrá: 1) dirigir o impulsar la acción de sus inferiores mediante órdenes, instrucciones, circulares y reglamentos internos; 2) delegarles facultades; 3) intervenirlos; y, por último, 4) avocarse al conocimiento y decisión de los asuntos que tramiten ante ellos.

En el marco del concepto jerárquico — que hemos desarrollado anteriormente en el campo teórico y luego en el derecho positivo—, el ordenamiento jurídico establece en ciertos casos *límites* sobre el alcance de ese poder. Por ejemplo, cuando el órgano inferior tiene atribuidas competencias con carácter exclusivo (exclusividad por especialidad) y, por ende, no compartidas por sus superiores.

Comúnmente el legislador reconoce potestades exclusivas en los órganos inferiores en los siguientes supuestos: (a) órganos con facultades de asesoramiento; (b) órganos con competencias de selección; y, finalmente, (c) órganos con funciones de especialidad técnica o científica. El

criterio jerárquico es reemplazado en estos supuestos por el concepto de *dirección* entre órganos en cuyo caso el órgano superior simplemente dirige, pero no puede predeterminar el contenido de las decisiones del órgano inferior (por ejemplo, los órganos de asesoramiento jurídico).

Asimismo, si bien el modo de relación entre órganos es básicamente el nexo jerárquico (pleno o limitado), ello no es así tratándose de órganos con funciones materialmente diferentes. Veamos. ¿Cuál es, entonces, el modelo de interacción entre ambos? El principio de *cooperación*. La cooperación excluye el poder de mando y se apoya en la colaboración entre órganos, entes y —a su vez— órganos y entes entre sí. Por ejemplo, el deber de información entre el subsecretario de asuntos registrales y el ministro de salud.

En otros supuestos el modelo prevé técnicas de *coordinación* entre órganos con competencias diferentes, pero interdependientes. La coordinación es expresión del poder jerárquico del superior respecto de los inferiores comunes y, consecuentemente, supone cierto poder de mando de unos sobre otros y es, por tanto, de cumplimiento obligatorio. Pero, ¿qué es la coordinación? Es el ejercicio de las competencias propias de cada órgano en términos no contradictorios con los otros, sin duplicidad de esfuerzos y recursos, y en cumplimiento de fines convergentes (por ejemplo, el vínculo entre el secretario de comercio y de finanzas, ubicados ambos en el Ministerio de Economía y Finanzas).

Cabe agregar finalmente que el Congreso es quien ejerce la potestad de organización del Estado o sea el poder de crear, ordenar y regular los órganos estatales. A su vez, el Congreso es quien debe aprobar las partidas presupuestarias correspondientes, sin perjuicio de que en ciertos casos sólo prevé créditos globales luego distribuidos en detalle por el Poder Ejecutivo. Finalmente, los agentes públicos son designados por el Jefe de Gabinete y, en ciertos casos, por el Presidente, conforme el mandato constitucional. Sin embargo, en los hechos éstos son nombrados por el Presidente.

IX. LOS ENTES ESTATALES

El ente estatal es un *centro de imputación de competencias* (aspecto objetivo) desempeñado por un sujeto jurídico con *personalidad propia* (aspecto subjetivo) e inserto en las estructuras del Estado.

Las organizaciones centralizadas están diseñadas sobre el criterio de división del trabajo y unidad de mando y, por su parte, las estructuras descentralizadas (entes) se apoyan en el postulado de división del trabajo y pluralismo de mando.

Creemos que es posible distinguir entre el ente descentralizado con fines estatales específicos y directos y otros con fines industriales o comerciales. El primero de ellos es un *ente descentralizado autárquico* y el segundo es *no autárquico*. Entendemos que este criterio es razonable, en tanto el régimen jurídico de unos y otros es diverso al menos en sus matices o modulaciones. ¿Cuáles son esos matices? La aplicación del Derecho Privado. Es decir, en el primer caso el derecho a aplicar es enteramente el Derecho Público y, en el segundo, es Derecho Público y Privado.

Entonces, el ente autárquico es el ente descentralizado con fines estrictamente públicos y cuyo cumplimiento es de alcance inmediato, excluyendo a los entes con fines industriales o comerciales que constituyen otra de las especies (entes descentralizados no autárquicos). Estos últimos son básicamente las empresas y sociedades del Estado.

Por último, rescatemos que el marco jurídico de los entes autárquicos es el Derecho Público. Sin embargo, en el caso de los entes no autárquicos, el Derecho Privado es parte de su entramado normativo.

Continuemos con el análisis de los siguientes asuntos complementarios del cuadro que intentamos describir: (1) ¿cómo están organizados los entes descentralizados?; y (2) ¿cuál es el vínculo entre los entes descentralizados y los órganos centralizados?

(1) Respecto de cómo están organizados los entes, debemos señalar que están estructurados internamente de modo reflejo o espejo al Estado central. Es decir, su estructura es un conjunto de órganos con subjetividad y sin personalidad jurídica que están relacionados entre sí por el nexo jerárquico.

(2) Por otra parte, el vínculo entre el ente y los órganos de la Administración central no es claramente jerárquico porque si fuese así se rompería el distanciamiento entre el ente y el Presidente —y sus órganos— que es básicamente el valor que persigue el legislador en este contexto de descentralización del poder. Por otro lado, si bien debe preservarse ese distanciamiento entre tales extremos, creemos necesario rescatar el principio de unidad del Estado y de su actuación de modo que el legislador debe unir esas piezas (es decir, órganos y entes). ¿Cómo hacerlo? Pues bien, el criterio es el control del órgano central sobre el ente descentralizado. Este poder es conocido en términos técnicos como control *otutela administrativa*.

¿En qué consiste este control o tutela? Creemos que este juicio comprende las siguientes atribuciones del poder central (Presidente y órganos) sobre el ente estatal. Veamos:

- a) designar a los agentes que integran los órganos máximos del ente;
- b) dar directivas generales;
- c) controlar los actos a instancia de parte; y, por último,
- d) intervenir al ente en casos extremos; es decir, remover los agentes de conducción de éste.

Así como hemos advertido —en el control jerárquico— que el desarrollo teórico debe matizarse con el modelo jurídico vigente, también cabe hacerlo aquí.

Finalmente, debe advertirse que el marco jurídico de los entes descentralizados autárquicos es caótico porque no existe un marco común, sino que cada uno tiene su propio modelo jurídico particular y específico. Por ello, sería razonable que el legislador pusiese un poco de orden y sancionase una ley sobre el régimen jurídico general de estos entes.

De todos modos, es posible a partir del análisis del marco normativo de los entes existentes, inferir algunos elementos comunes, a saber: 1) *personalidad jurídica*; 2) *asignación legal de recursos*; 3) *patrimonio estatal*; 4) *gobierno, conducción y administración propia*; y 5) *control estatal*.

A su vez, los entes descentralizados se pueden clasificar en: (a) autárquicos, (b) no autárquicos y, además, (c) autónomos.

¿Cuál es la diferencia entre los entes autárquicos y autónomos? Históricamente se ha dicho que el concepto de autarquía comprende el poder del ente de administrarse a sí mismo y, por su

parte, el carácter autónomo supone la potestad de dictar sus propias normas e incluso, en ciertos casos, elegir sus propias autoridades. Luego volveremos sobre estos conceptos.

Finalmente, es razonable decir —en principio y con sustento en el art. 75, CN— que el Congreso es el poder competente para crear los entes descentralizados. Pero, además, existen otros argumentos que refuerzan este parecer. Veamos: a) el Poder Legislativo es el órgano que ejerce el poder de policía que nosotros llamaremos de ordenación y regulación (es decir, el poder de limitar los derechos individuales según los artículos 14 y 28, CN); b) el legislador es quien debe aprobar la ley de presupuesto; y —a su vez— c) la "legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional" (art. 42, CN). Por último, la ley 25.565 establece que "toda creación de organismo descentralizado, empresa pública de cualquier naturaleza y Fondo Fiduciario integrado total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado Nacional requerirá del dictado de una ley".

Sin embargo, en el desarrollo de nuestras instituciones, los entes descentralizados han sido creados indistintamente por leyes del Congreso y decretos del Ejecutivo.

X. LAS TÉCNICAS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS. LA DESCONCENTRACIÓN Y LA DESCENTRALIZACIÓN

Por un lado, ya definimos cuáles son las estructuras del Poder Ejecutivo (órganos y entes) y, por el otro, sabemos que éste tiene un conjunto de competencias asignadas por el Convencional Constituyente. Entonces, debemos preguntarnos cómo distribuir ese conjunto de funciones en ese esqueleto de órganos y entes (estructuras administrativas) ya que es absurdo y materialmente imposible que el Presidente concentre el ejercicio de todas las competencias estatales propias del Poder Ejecutivo.

¿Cuáles son las técnicas clásicas de distribución de competencias en el aparato propio del Poder Ejecutivo? Éstas son la centralización y descentralización; y ambas tienen por objeto justamente distribuir las funciones estatales en razón del principio de división del trabajo.

Básicamente, existen dos modos de distribución de competencias que, como ya dijimos, coinciden con el modelo estructural estatal de órganos y entes. En términos simples y sencillos: la *desconcentración* es la herramienta de distribución de competencias estatales entre los órganos que integran el Estado central; mientras que la *descentralización* es el instrumento de traslado de competencias, pero no en órganos, sino en entes estatales que componen el Estado llamado descentralizado. Es decir, en el primer caso, el Estado transfiere potestades en sujetos sin personalidad y, en el segundo, hace eso mismo en sujetos con personalidad jurídica. A su vez, en ambos casos, se transfiere titularidad y ejercicio.

De modo que al binomio estructural de órganos y entes estatales corresponde el criterio de distribución de competencias desconcentración/descentralización, respectivamente.

Entonces, el marco jurídico establece en principio dos técnicas de distribución de competencias de alcance general en sentido concordante con el modelo estructural, ellas son: la desconcentración (órganos) y la descentralización (entes).

Asimismo, las características de la *desconcentración* son las siguientes:

1) su fuente es una norma de alcance general y no particular (Constitución, ley o reglamento);

- 2) el traslado es decisión del Convencional, el legislador o el Poder Ejecutivo, pero en ningún caso del propio órgano;
- 3) es un instrumento de traslado y reconocimiento de titularidad y no simplemente de ejercicio de competencias;
- 4) es un conjunto o bloque de competencias y no competencias específicas, singulares o particulares;
- 5) es de carácter permanente y no transitorio; y, por último,
- 6) es posible dejar sin efecto el traslado de competencias por derogación o modificación de las normas atributivas de alcance general.

A su vez, la **descentralización** es otro modo o técnica de distribución de competencias que reviste las mismas características que describimos en el párrafo anterior, pero con una distinción sustancial. ¿Cuál es, entonces, el criterio distintivo? La descentralización, por un lado, distribuye competencias y, por el otro, reconoce de modo inseparable personalidad jurídica al ente estatal sobre el que se asientan tales facultades.

XI. LAS TÉCNICAS DE REDISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS. LA DELEGACIÓN Y LA AVOCACIÓN

Las técnicas de redistribución de competencias nos permiten volver a distribuir nuevamente las competencias ya transferidas, pero con un alcance limitado (singular). Así, una vez que el legislador atribuyó las competencias con carácter permanente en el marco estructural estatal repartiéndolas entre órganos (desconcentraciones) y entes (descentralizaciones), la ley permite que los propios órganos modifiquen ese cuadro con un alcance restringido o particular. Es decir, estos instrumentos permiten alterar en términos menores el modelo distributivo de facultades estatales.

¿Cuáles son estas técnicas? Ellas son: a) la delegación y b) la avocación.

La **delegación** consiste en la transferencia de una competencia específica o puntual desde un órgano a otro y con carácter transitorio. En verdad, el órgano no traslada la titularidad de sus potestades sino simplemente su ejercicio, y por eso el órgano delegante y titular de las competencias sigue siendo responsable por su ejercicio junto con el órgano receptor (órgano delegado).

Entonces, el concepto de delegación debe definirse como el traslado de competencias desde el órgano superior hacia el órgano inferior en el marco de las estructuras estatales jerárquicas. La técnica de la delegación sólo es posible si existe igual competencia material y vínculo jerárquico entre los órganos delegante y delegado.

A su vez, en el caso de las delegaciones de competencias, el órgano delegante puede, en cualquier momento, reasumir las competencias transferidas de modo expreso o implícito —en este último caso, por el simple ejercicio de tales facultades—.

Pues bien, en el caso de las desconcentraciones, el traspaso de potestades es: 1) de titularidad y no simplemente de ejercicio; 2) general; 3) permanente; y, por último, 4) se lleva a cabo por medio de disposiciones de alcance general. Por su parte, la delegación supone: 1) el traslado del

ejercicio de competencias y no de titularidad; 2) específicas; 3) de carácter no permanente; y 4) por medio de actos de alcance particular y no general.

En el plano normativo, la Ley de Procedimiento Administrativo ([ley 19.549](#)) establece que, por principio, las delegaciones están prohibidas, pues las competencias son improrrogables. Sin embargo, el legislador aclaró que el traspaso —en términos de delegación— está permitido con carácter excepcional.

¿Cuándo es posible delegar? La ley dice que es posible traspasar competencias del superior al inferior cuando esté expresamente autorizado. Ahora bien, ¿el ordenamiento jurídico autoriza explícitamente la delegación en términos generales? Curiosamente sí; y es curioso porque el supuesto de excepción (permisión) se constituye, en razón de su amplio contenido, en principio general. Más simple y sencillo, el ordenamiento jurídico permite que los órganos superiores deleguen en los inferiores sus competencias dictando el respectivo acto de traslado.

Así, el decreto reglamentario de la ley de procedimientos establece que: "los ministros, secretarios de presidencia de la nación y órganos directivos de entes descentralizados podrán... delegarles facultades..." en los órganos inferiores, sin más precisiones (artículo 2). En igual sentido, la Ley de Ministerios establece que el Presidente puede delegar en los ministros y en los secretarios de la presidencia sus competencias. A su vez, los Ministros pueden delegar la resolución de los asuntos sobre el régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos en los agentes inferiores.

En consecuencia, y luego de analizar las normas vigentes, cabe concluir que el principio en nuestro modelo es el de permisión de las delegaciones entre órganos estatales. En efecto, el alcance de la excepción es tan extenso que subvierte el principio de prohibición que fijó —en carácter de principio— la Ley de Procedimiento (LPA).

Además de las delegaciones como técnicas de traslación de competencias específicas entre órganos, es posible describir tres figuras cercanas más o menos conocidas entre nosotros. Ellas son la **delegación de firma**, la sustitución y las encomiendas de gestión.

En el primer caso no hay propiamente transferencia de facultades, sino simplemente sustitución de firmas de un órgano por otro. El segundo (**sustitución**), se trata simplemente del reemplazo de un agente físico por otro, pero no existe traslación de competencias. Finalmente, la **encomienda de gestión** ocurre cuando se transfiere el aspecto o contenido simplemente material de las decisiones (es decir, su cumplimiento o ejecución), pero no las decisiones. En nuestro derecho positivo, estas técnicas no están reguladas, salvo las sustituciones.

Ya hemos visto el traslado por delegación, estudiemos ahora la otra herramienta de redistribución singular de competencias, esto es, el traspaso por **avocación** de potestades específicas. ¿En qué consiste la avocación? Es el conocimiento de asuntos por el superior jerárquico que —en principio— son competencia del inferior, es decir, el superior atrae o llama ante sí un asunto que está sometido a examen y decisión del inferior.

Así, como en el marco de la delegación el superior transfiere el ejercicio de competencias en el órgano inferior; en el caso de la avocación, el superior se arroga el conocimiento de una competencia propia del inferior.

Esta técnica de redistribución o alteración de competencias singulares tiene iguales caracteres que la delegación, a saber:

- a) es un medio de traslación del ejercicio de competencias y no de titularidad;

- b) es un medio de traslación de competencias específicas y no generales;
- c) es de carácter transitorio y no permanente; y, por último,
- d) es realizado por medio de actos de alcance particular y no general.

En el plano normativo, la Ley de Procedimiento Administrativo (ley 19.459) dice que "la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario". De modo que aquí el legislador estableció el principio de permisión de las avocaciones, salvo que las disposiciones normativas fijen de modo expreso el criterio opuesto. Por su parte, el decreto reglamentario de la ley de procedimientos administrativos establece que la avocación no procede cuando "una norma hubiere atribuido *competencia exclusiva* al inferior".

XII. EL ANÁLISIS DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES EN PARTICULAR. EL ÓRGANO PRESIDENTE, EL ÓRGANO JEFE DE GABINETE Y EL ÓRGANO MINISTRO

XII.1. El órgano Presidente

El Presidente, según el mandato constitucional, tiene atribuidas las siguientes competencias: 1) la Jefatura del Estado y de las fuerzas armadas; 2) la Jefatura de gobierno; 3) la responsabilidad política de la Administración general del país; 4) el dictado de decretos reglamentarios, la iniciativa legislativa, el veto y la promulgación y publicación de las leyes; 5) el dictado de decretos de necesidad y urgencia y decretos delegados; 6) la designación y remoción del Jefe de Gabinete de Ministros; 7) la delegación de facultades propias en el Jefe de Gabinete; 8) el nombramiento de los empleados que no esté reglado de otra forma por la Constitución; 9) la supervisión del ejercicio de la facultad del Jefe de Gabinete de Ministros de recaudar las rentas e invertirlas; 10) el pedido de informes al Jefe de Gabinete; y 11) el indulto y la conmutación de penas.

Antes de la reforma constitucional de 1994, el Presidente —como ya hemos dicho— tenía a su cargo la Administración general del país, pero no existía en el modelo institucional la Jefatura de gobierno. Luego, el Convencional introdujo esta jefatura dejando subsistente la Administración, sin perjuicio de su desdoblamiento.

¿Cuál es, entonces, la diferencia entre la Jefatura de gobierno y de la Administración? La Administración históricamente ha sido considerada como una estructura propia, con rasgos técnicos y autónomos, y cuya conducción corresponde al Gobierno. Éste habitualmente dirige a la Administración y, a su vez, ejerce funciones claramente constitucionales. Quizás, sea plausible sostener con cierto grado de acierto que gobernar es definir las políticas públicas (planificación) y, por su parte, administrar es simplemente ejecutarlas (ejecución).

En particular, el Presidente —en su condición de Jefe del gobierno (inciso 1 del artículo 99, CN)— ejerce las potestades que prevé el texto constitucional con carácter exclusivo, sin perjuicio y con excepción de aquéllas que comparte con el Jefe de Gabinete y que son de orden constitucional y administrativo (es decir, responsabilidad y ejercicio de la Administración pública).

De modo que el deslinde de competencias entre ambas jefaturas es el siguiente: (a) Jefatura de Gobierno: competencias exclusivas del presidente; y (b) Jefatura de la Administración Pública: competencias compartidas entre ambos órganos constitucionales (responsabilidad y ejercicio).

En síntesis, el modelo institucional actual distribuye competencias entre Presidente y Jefe de Gabinete con el objeto de descargar sobre este último mayores poderes de ejercicio para resolver así los asuntos cotidianos de la gestión gubernamental.

XII.2. El órgano Jefe de Gabinete de ministros

La Constitución incorporó en el año 1994 un nuevo órgano (jefe de gabinete) cuya ubicación en el tablero institucional es de cierta complejidad. Así, el Poder Ejecutivo está integrado por dos órganos, a saber: el Presidente y el Jefe de Gabinete.

¿Cuál es el sentido de la incorporación de esta figura en nuestro ordenamiento? Pues bien, en caso de que el Presidente cuente con mayoría propia en el Congreso, entonces, es evidente que nombra y remueve por sí solo al Jefe de Gabinete. Sin embargo, si el Presidente no tiene mayoría de legisladores en las Cámaras del Congreso y, consecuentemente, no obtiene la aprobación de los proyectos de ley fundamentales en su gestión de gobierno (políticas públicas), debe concertar con las fuerzas de la oposición. Igual escenario puede plantearse en situaciones de crisis políticas, económicas o sociales.

¿En qué términos institucionales puede concertarse? En tal caso, el Presidente puede armar gobiernos de coalición o cohabitación con los partidos o alianzas opositoras que tengan representación en el Congreso y nombrar así un Jefe de Gabinete opositor o consensuado entre las fuerzas políticas y, luego, delegarle sus facultades.

El sentido de la enmienda constitucional es, entonces, según nuestro criterio, limitar las potestades presidenciales y fortalecer al Congreso y al Poder Judicial pero, además, crear mecanismos institucionales capaces de resolver las crisis gubernamentales y el bloqueo entre los poderes políticos. ¿Cuál es ese mecanismo? Justamente la figura del Jefe de Gabinete.

Éste es nombrado por el Presidente y removido por éste o por el Congreso. En efecto, el Jefe de Gabinete "puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras".

Las *funciones* del Jefe de Gabinete pueden compilarse, por razones de método, entre potestades administrativas, legislativas e institucionales. Veamos este cuadro.

- 1) Funciones administrativas: a) ejercer la Administración general del país; b) hacer recaudar las rentas y ejecutar el presupuesto; c) preparar y convocar a las reuniones de gabinete; d) nombrar a los empleados estatales; y e) dictar los actos en el ejercicio de sus funciones.
- 2) Funciones legislativas: a) expedir los reglamentos en el ejercicio de las facultades propias o de aquellas que le delegue el Presidente con refrendo del ministro del área; b) remitir el proyecto de ley de ministerios y presupuesto; y c) refrendar los decretos reglamentarios, delegados, de necesidad y vetos parciales.
- 3) Funciones institucionales: a) concurrir al Congreso y dar explicaciones; b) presentar informes y la memoria anual ante el Congreso; y c) ejercer otras facultades que le delegue el Presidente.

Otro aspecto central es su relación con el Congreso ya que el Jefe de Gabinete es responsable en términos políticos ante este cuerpo. Por un lado, y según el artículo 71 de la Constitución,

cualquiera de las Cámaras "puede hacer venir a su sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes". Y, en particular, el Convencional estableció que el Jefe de Gabinete debe "producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las Cámaras solicite al Poder Ejecutivo", de conformidad con el inciso 11 del artículo 100, CN. Por el otro, el artículo 101, CN, dispone que "el jefe de gabinete debe concurrir al Congreso al menos una vez por mes... para informar de la marcha del gobierno" y, asimismo, puede "ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura... y ser removido".

XII.3. La relación entre el Presidente y el Jefe de Gabinete

Es necesario preguntarnos, en primer lugar, cuál es el vínculo entre ambos órganos. Los intérpretes discuten si el Presidente es el superior jerárquico del Jefe de Gabinete o si, por el contrario, el vínculo es de coordinación.

Creemos que el Presidente no es el superior jerárquico, sino que entre éste y el Jefe de Gabinete existe una relación de coordinación. ¿Cuáles son las razones?

(1) El sentido de la reforma constitucional de 1994; (2) la incorporación por el Convencional de la jefatura de gabinete como un instituto idóneo para resolver los conflictos institucionales (particularmente el bloqueo entre los poderes); y ello sólo es posible si el Jefe de Gabinete ejerce los poderes propios y, además, otros delegados; y (3) las competencias que el texto constitucional reconoce al órgano Jefe de Gabinete. Además, este último es el responsable político ante el Congreso por mandato constitucional de allí que debe reconocérsele cierto poder propio. Es más, cuando el Presidente no puede nombrar al Jefe de Gabinete porque es removido por el Congreso recurrentemente; entonces, éste debe surgir de un acuerdo con los partidos de la oposición y desempeñar un papel propio y distante del Presidente.

Sin embargo, éste es un parecer controvertido y, en particular, el propio Poder Ejecutivo fijó el criterio contrario mediante el dictado del decreto 977/95 (es decir, el Presidente es, según este texto, el superior jerárquico del Jefe de Gabinete).

XII.4. El órgano ministro. La relación entre el Jefe de Gabinete y los ministros

Los ministros son nombrados por el Presidente y removidos por éste o por el Congreso mediante el proceso de juicio político. Los ministros deben refrendar los actos del Presidente y son responsables de los actos que legalizan y, en particular, en términos solidarios de los que acuerdan con sus colegas. A su vez, no pueden por sí solos —en ningún caso— tomar resoluciones, a excepción de los asuntos sobre el régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos.

Otro aspecto sumamente controvertido es el tipo de relación entre el Jefe de Gabinete y los ministros, planteándose al respecto dos interpretaciones —en principio— plausibles, a saber: a) el Jefe de Gabinete es uno más entre los ministros del Ejecutivo; y b) el Jefe de Gabinete es el órgano jerárquico superior a los ministros.

¿Cuál es nuestro criterio? Creemos que el Jefe de Gabinete es el superior jerárquico de los ministros básicamente por dos razones. Por un lado, el Jefe de Gabinete ejerce la Administración general del país; y, por el otro, es el responsable político del gobierno ante el Poder Legislativo.

Por su parte, el Poder Ejecutivo, mediante el decreto 977/95 ya citado, resolvió las dos cuestiones centrales vinculadas con la ubicación institucional del Jefe de Gabinete y lo hizo con carácter centralizado y presidencial. *Por un lado*, en el marco de la relación entre el Presidente y el Jefe de Gabinete, establece que el Presidente es el superior jerárquico del Jefe de Gabinete. *Por el otro*, en el contexto de las relaciones entre el Jefe de Gabinete y los ministros, aquél es considerado igual que cualquier otro ministro.

En efecto, según el decreto, el Presidente reviste el carácter de superior jerárquico del Jefe de Gabinete y éste, a su vez, tiene un ámbito de actuación limitado toda vez que, por un lado, sólo participa en el refrendo de ciertos actos presidenciales y, por el otro, el Presidente sólo puede transferirle facultades de contenido materialmente administrativo y no así de corte legislativo. Por último, el Jefe de Gabinete es, según el decreto, un ministro más entre los otros ministros del Ejecutivo.

XIII. UNA NUEVA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA. LA INCORPORACIÓN DE LOS ENTES AUTÓNOMOS

El modelo actual en el derecho comparado —y en el propio— avanza hacia la creación de estructuras con mayor grado de descentralización y autonomía respecto del Estado central.

Es decir, según nuestro criterio, el modelo es el siguiente: el Estado central y el Estado descentralizado; y, en este último estadio, el ente autónomo con mayores poderes.

La reforma constitucional de 1994 incorporó figuras y conceptos con características en parte desconocidas en nuestro modelo jurídico anterior. Veamos, por caso, los siguientes ejemplos: a) los entes reguladores (artículo 42, CN); b) las Universidades estatales con sus caracteres de autonomía y autarquía (artículo 75 en su inciso 19, CN); c) la Auditoría General en su condición de ente dependiente del Congreso, pero con autonomía funcional (artículo 85, CN); d) el Defensor del Pueblo creado como sujeto independiente y con autonomía funcional; e) la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (artículo 129, CN); f) los municipios (artículos 5 y 123, CN) y g) el Banco Central.

En verdad, en nuestro país, los entes autónomos —y no simplemente descentralizados— comienzan a desarrollarse mucho antes de 1994. Por ejemplo, la Junta Nacional de Carnes (desde 1978) y la Junta Nacional de Granos (de 1963, en adelante), entre otros. Sin embargo, desde la incorporación en el texto constitucional de 1994 de los entes autónomos, se hizo más notorio que no es posible encuadrarlos en los estándares clásicos (órgano o ente autárquico).

Cabe recordar que la inclusión de los entes autónomos supuso, en términos históricos y en el derecho comparado, desapoderar de facultades administrativas y legislativas al Poder Ejecutivo, pero también al Poder Legislativo, con el objeto de crear un Estado neutral, eficiente e independiente de los poderes políticos.

Sin embargo, creemos que ese no ha sido el propósito de los convencionales en nuestro país. En efecto, el interés del Convencional de 1994 es fortalecer el papel del Congreso, pero no sustituirlo o reemplazarlo por entes independientes. Es más, la reforma constitucional tuvo por objeto, entre otros, concentrar nuevamente las facultades legislativas en el propio Poder Legislativo.

Así, en nuestro modelo, los entes no son independientes de los poderes políticos, sino simplemente autónomos del Poder Ejecutivo. *¿Cuál es el fundamento de su carácter autónomo?*

Básicamente, el criterio de especialización y participación —por un órgano autónomo— en el desarrollo de ciertas políticas públicas.

El postulado de especialidad (carácter idóneo y eficaz) surge del objeto del ente que ha sido previsto en el texto constitucional o las leyes (por ejemplo, los institutos de estadísticas, el sector financiero o los entes reguladores). Por su parte, el principio participativo está vinculado, en este contexto, con los derechos esenciales (por caso, las libertades públicas o la protección de los datos personales).

El Constituyente reconoció el carácter autónomo por medio de los conceptos de "autonomía", "autonomía funcional" y "autonomía y autarquía".

¿Cuáles son los caracteres de los entes autónomos? Veamos.

a) El *poder reglamentario*. El planteo es si estos entes que llamamos autónomos pueden ejercer, por sí mismos o en virtud de delegaciones del Poder Ejecutivo, poderes regulatorios reglamentarios (no legislativos). Es decir, en el supuesto bajo análisis, no debatimos sobre poderes regulatorios legislativos sino —insistimos— reglamentarios.

Entonces, el punto bajo discusión es si el ente puede dictar reglamentos, sin sujeción a los decretos del Poder Ejecutivo (esto es, un poder reglamentario propio).

Creemos que si el ente fue creado por el Convencional, entonces, sí puede ejercer poder reglamentario autónomo y no sujeto a los decretos del Poder Ejecutivo. Sin embargo, este poder reglamentario sólo comprende las materias directamente vinculadas con el carácter especial del ente (especialidad). Por ejemplo, respecto de las universidades, su libertad académica y de cátedra. A su vez, en el campo de los entes reguladores, los asuntos relacionados con los derechos de los usuarios y consumidores o propios de su idoneidad técnica.

Por su parte, respecto de los entes creados por el legislador, el cuadro es distinto y complejo. A saber: el ente puede ejercer poderes reglamentarios propios y prescindentes del Ejecutivo, siempre que el Congreso habilite ese traspaso y, por su parte, el Presidente preste su consentimiento.

En conclusión, es claro que en el modelo estructural de nuestro país no existen entes independientes sino autónomos. Así, el ente es autónomo, pero ¿respecto de quién? Básicamente del Poder Ejecutivo y de su poder regulatorio reglamentario y de control. Cabe aclarar que, en nuestra práctica institucional, es así en el caso de las Universidades públicas, pero no en el de los entes reguladores.

b) El *procedimiento de designación y remoción* de sus miembros. Los integrantes de los entes autónomos deben ser designados mediante procedimientos que garanticen debidamente su capacidad e idoneidad pero, particularmente, su independencia de criterio; sin perjuicio de que su desempeño respete el bloque normativo vigente y las políticas públicas que establece el Congreso.

Existen distintos modos, por ejemplo, el nombramiento por el propio Ejecutivo; la designación por el Ejecutivo con acuerdo del Senado; el proceso de selección mediante concursos públicos; las elecciones por el voto de los integrantes del sector; y el nombramiento por el Presidente a propuesta de un sector determinado; entre tantos otros. Creemos que estos mecanismos de designación son constitucionales, más allá de sus ventajas y desventajas.

Por su parte, el trámite de remoción sólo es válido si está justificado en causales razonables y éstas fueron establecidas con carácter previo y claro por el legislador (tasadas).

c) El *control* de los entes. Los entes autónomos deben ser controlados, al igual que cualquier otro ente estatal, por el órgano de fiscalización externo del Estado (AGN). A su vez, el control del Poder Ejecutivo es mínimo —o quizás inexistente— ya que no existe control jerárquico entre el Presidente y el ente.

Por ejemplo, la Ley de Educación Superior (24.521) dispone que "las instituciones universitarias nacionales sólo pueden ser intervenidas por el Honorable Congreso de la Nación o durante su receso y *ad referendum* de éste, por el Poder Ejecutivo nacional por plazo determinado —no superior a los seis meses—".

A su vez, los desacuerdos entre el Presidente y los entes no constituyen conflictos internos, sino que deben ser resueltos por el Poder Judicial. La Corte se expidió en este sentido en el caso "*Inadi*" (2004), entre otros.

d) El régimen de *financiamiento*. El sistema de financiamiento de los entes autónomos, al igual que otros entes e incluso ciertos órganos del Poder Ejecutivo, está compuesto por recursos del Tesoro y otros de carácter propio. Obviamente, el Poder Ejecutivo o el Congreso pueden recortar el presupuesto del ente en los próximos ejercicios y, consecuentemente, ejercer presión sobre sus políticas de modo indirecto. Por eso, el legislador debe garantizarles recursos mínimos y suficientes.

e) La capacidad de *autogestión y dirección de su personal*. Los entes deben tener las potestades necesarias para gestionar y administrar sus recursos materiales y humanos. Es decir, no sólo fijar sus objetivos y planificar sus políticas sino, además, conducirse.

En síntesis, el carácter autónomo supone reconocer en los entes capacidades propias de regulación, decisión y gestión imprimiéndole su orientación en las políticas públicas respectivas.

XIV. EL ANÁLISIS DE CASOS PUNTUALES DE ENTES AUTÓNOMOS

Los entes autónomos pueden clasificarse en: (a) territoriales (Provincias, Municipios y Ciudad de Buenos Aires); e (b) institucionales (universidad).

XIV.1. Las Provincias

Las Provincias constituyen, en el marco de nuestro sistema federal, centros de poder autónomo que dictan su propia Constitución, en los términos del artículo 5, CN, y se dan sus propias instituciones. A su vez, los Estados provinciales eligen sus gobernadores, legisladores y demás funcionarios, sin intervención del Gobierno Federal.

Pues bien, las Provincias deben dictar su Constitución "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". Es decir, las Provincias son autónomas, sin perjuicio de que deban sujetarse a ciertos principios básicos que prevé el texto constitucional federal.

Vale recordar aquí que el Convencional estableció claramente que la "Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias

extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella"; más allá de cualquier "disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales".

¿Cuál es el contenido y alcance de los poderes provinciales? Dice la Constitución Nacional que las "provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación". En igual sentido, "las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación".

Asimismo, el Convencional reconoció otros poderes exclusivos en los estados provinciales. Veamos: las Provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, intereses económicos y trabajos de utilidad común con conocimiento del Congreso Federal; y convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno Federal o al crédito público de la Nación.

Éste es, entonces, el conjunto de *poderes exclusivos* de los Estados provinciales.

En general, los conflictos de competencias entre el Estado federal y los Estados provinciales deben resolverse por el criterio material; es decir, prevalece el poder federal o provincial —y consecuentemente su producto normativo— según el deslinde de competencias en razón de las materias.

Los Estados provinciales, entonces, ejercen todo el poder no delegado en el Estado central; sin embargo, el Constituyente también reconoció otros poderes a las Provincias (compartidos y concurrentes).

Así, las Provincias ejercen *poderes compartidos* (tal es el caso ambiental en los términos del artículo 41, CN, y las leyes de organización y bases de la educación). En este contexto, el conflicto debe resolverse por el grado o densidad; es decir, las bases son propias del poder federal y el complemento de las Provincias.

Luego, los *poderes concurrentes* o superpuestos con el Estado federal. Dice el texto constitucional que las Provincias pueden promover "su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con recursos propios". Éstas también pueden promover "el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la ciencia, la educación, el conocimiento y la cultura". En igual sentido, el Convencional reconoció esos poderes al Estado federal (artículo 75, incisos 18 y 19, CN). Es decir, las potestades concurrentes son casos de superposición de poderes. En este supuesto, el conflicto normativo debe resolverse por coordinación entre ambos y, si no fuere posible, por superioridad de las normas federales.

A su vez, el artículo 126, CN, establece expresamente aquellas facultades que no pueden ejercer las Provincias, además —claro— del "poder delegado a la Nación" (arts. 75, 99, 100 y 116, CN, entre otros); así "...las provincias no pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso federal; ni dictar los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después de que el Congreso los haya sancionado..."

Las Provincias están organizadas conforme el sistema representativo y republicano por mandato constitucional y —además— adoptaron el modelo de gobierno presidencialista. Así, el Poder Ejecutivo Provincial es unipersonal y ejercido por el "Gobernador" (agente natural del

Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación). A su vez, el Poder Legislativo está conformado por un cuerpo de legisladores (unicameral o bicameral) y, finalmente, el Poder Judicial está compuesto por los tribunales locales.

Por último, cabe señalar que el Gobierno federal puede intervenir las Provincias "para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o reestablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia". En el marco del Gobierno federal, el Congreso es quien debe ordenar la intervención, sin perjuicio de que el Ejecutivo pueda hacerlo en caso de receso de aquél. En este último caso, el Presidente debe convocar simultáneamente al Congreso.

XIV.2. Los municipios

Es interesante estudiar el caso de los municipios porque es aquí en donde discutimos, particularmente y con mayor énfasis, el carácter autárquico o autónomo de los entes.

El artículo 5, CN, dice que "cada provincia dictará para sí una Constitución 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". Y agrega que "bajo estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones".

¿Cuál es el punto más controvertido respecto del régimen municipal? El carácter autónomo o no de los municipios y, en su caso, el contenido y contorno de este concepto.

Veamos cuál ha sido la respuesta de la Corte antes de la reforma constitucional de 1994. Pues bien, el Tribunal tuvo un criterio oscilante; así, en el precedente "Rivademar" (1989) se inclinó por el carácter autónomo, pero luego volvió sobre sus propios pasos e interpretó que los municipios son simplemente entes autárquicos ("Municipalidad de Rosario c. Provincia de Santa Fe", 1991).

Posteriormente, el Convencional incorporó el siguiente texto en el marco constitucional (1994): "cada Provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5 asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero". De modo que, luego de 1994, el municipio es un ente autónomo de conformidad con el artículo 123, CN.

Así, el contenido autonómico de los municipios nace de la propia Constitución y no de las Constituciones locales o leyes provinciales. En consecuencia, ese conjunto de competencias que tiene origen constitucional no puede ser desconocido por el Convencional local o legislador provincial. Dicho en otros términos: ¿cuáles son las potestades de los municipios? Aquí, debemos revisar dos fuentes. *Por un lado*, el texto constitucional nacional y, particularmente, como ya hemos dicho, su artículo 123, CN. *Por el otro*, el bloque normativo provincial. Es decir, el marco competencial de los municipios es rellenado por la Constitución Nacional con un sustrato mínimo e inviolable y por los poderes, mayores o menores según el caso, traspasados por las Provincias.

Pero, *¿qué quiere decir que el municipio es un ente autónomo?* ¿Cuál es el alcance de este concepto? ¿Cuáles son las competencias que están comprendidas en el criterio de autonomía en términos del artículo 123, CN, y que, consecuentemente y en ningún caso, puede desconocer el Estado provincial ni nacional?

En cierto modo, el conflicto que el Convencional intentó resolver, inclinándose por el carácter autónomo del municipio y rechazando así su contenido simplemente autárquico, renace bajo otros términos. En efecto, el aspecto de difícil resolución es cuál es el alcance de ese estándar mínimo. ¿Cuánto debe respetar el Estado nacional y provincial como presupuesto mínimo constitucional, más allá de su desarrollo complementario posterior?

Este conjunto mínimo de competencias es, desde el proceso de reforma constitucional de 1994, mucho más amplio que el anterior, pues el texto actual reconoce no sólo el régimen municipal sino, además y de modo expreso, el carácter autónomo del municipio. El Estado provincial no sólo debe, en cumplimiento del mandato constitucional, reconocer al municipio como tal sino también algo más profundo y extenso.

En este punto del análisis, proponemos estudiar el caso que creemos más paradigmático e ilustrativo dictado por la Corte luego de 1994, esto es, el precedente "Municipalidad de La Plata s/inconstitucionalidad del decreto 9111/78" (2002).

El Tribunal sostuvo que "la cláusula constitucional les reconoce autonomía en los órdenes institucional, político, administrativo, económico y financiero e impone a las provincias la obligación de asegurarla, pero deja librado a la reglamentación que éstas realicen la determinación de su alcance y contenido. Se admite así un marco de autonomía municipal cuyos contornos deben ser delineados por las provincias, con el fin de coordinar el ejercicio de los poderes que éstas conservan... con el mayor grado posible de atribuciones municipales en los ámbitos de actuación mencionados por el artículo 123".

Luego, dijo que el ejercicio que hizo el Estado provincial del poder de regulación sobre la disposición final de los residuos no es desproporcionado con relación al fin perseguido, sino que "aparece como una legítima opción adoptada en la legislación de la provincia, sin agravio del artículo 5 de la Carta Fundamental de la Nación".

Asimismo, en el marco del presente caso y sobre el manejo de los recursos presupuestarios, el Tribunal señaló que el municipio "no logra demostrar eficazmente que la norma cuya validez constitucional cuestiona comprometa su existencia patrimonial. En efecto, no aporta prueba alguna que pueda acreditar la excesiva onerosidad del servicio impuesto por la provincia, limitándose a afirmar que dicho sistema provoca un singular quebranto en los fondos municipales".

Es decir, respecto del fondo del asunto y según el criterio de los jueces, el Estado provincial puede detraer recursos presupuestarios municipales en cualquier caso y sin límite, salvo que "comprometa su existencia patrimonial" (municipal). Además, en el aspecto procesal, es el municipio el que debe probar ese extremo, circunstancia que no ocurrió —según la Corte— en el caso bajo análisis.

A su vez, en el precedente "Ponce c. Provincia de San Luis" (2005), la Corte afirmó que, sin perjuicio de que deban respetarse las prescripciones de la Constitución Nacional, el alcance de la autonomía municipal depende, en cada caso, del constituyente provincial. En este sentido, el procurador señaló —criterio que la Corte compartió— que: "No se trata, entonces, de imponer un alcance determinado a la autonomía municipal, pues ello es atribución del constituyente provincial, sino que una vez ejercido ese poder, las autoridades constituidas respeten el grado de autonomía asignado a los diferentes niveles de gobierno". En este mismo orden de ideas, la mayoría del Tribunal sostuvo que "toda asunción por parte de la autoridad provincial de atribuciones que han sido asignadas exclusivamente a los titulares de los departamentos ejecutivos municipales —como es convocar a elecciones dentro de ese ámbito—, afecta seriamente la autonomía municipal al introducir una modificación en ella de manera incompatible con el diseño constitucional...". Y agregó que "tal intromisión, de ser aceptada, lesionaría la

personalidad y las atribuciones del municipio, pues las autoridades constituidas deben respetar el grado de autonomía asignado a los diferentes niveles de gobierno por el constituyente provincial".

A su vez, en otros antecedentes, por caso "Edenor S.A." (2011), el Tribunal afirmó que "los principios que sirven para deslindar las competencias del Estado Nacional y de las provincias también se extienden a los municipios. En este sentido, la Corte ha señalado que las prerrogativas de aquéllos derivan de las correspondientes a las provincias a las que pertenecen, por aplicación de los principios que surgen de los arts. 5, 121 y 123 de la Constitución Nacional".

Finalmente, en el caso "Municipalidad de La Rioja" (2014), el Tribunal afirmó que "el artículo 123 [establece] un marco para la realización de un sistema federal que incluye un nivel de gobierno municipal autónomo cuyo alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero debe ser reglado por cada constitución provincial". Así, "la reforma de 1994 introduce... en el artículo 123... el municipio en el diseño federal argentino como el orden de gobierno de mayor proximidad con la ciudadanía". Luego, añadió que "el art. 123 enlaza el principio de la autonomía municipal a la capacidad financiera de los municipios para ejercerla: los planos económico y financiero han sido especialmente considerados en el texto constitucional porque tienen una importancia superlativa. De esta manera estamos especificando y dejando en claro que los municipios argentinos van a poder... controlar sus propios recursos...". La reforma de 1994 "establece así un marco cuyos contenidos deben ser definidos y precisados por las provincias con el fin de coordinar el ejercicio de los poderes que conservan (artículos 121, 122, 124 y 125) con el mayor grado posible de atribuciones municipales en los ámbitos de actuación mencionado en el artículo 123". Pues bien, "la Constitución Provincial estableció la obligación de sancionar un régimen de coparticipación municipal... en el que la distribución entre la provincia y los municipios se efectúe en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada uno de ellos, contemplando criterios objetivos de reparto, y sea equitativa, proporcional y solidaria". En conclusión, "es incuestionable que la omisión del dictado de la ley que coparticipa fondos entre los municipios lesiona el diseño mismo establecido por el constituyente, y que por esa vía la provincia traspone los límites de lo racional y razonable para la vigencia efectiva de la autonomía municipal".

Las *conclusiones* de este apartado son las siguientes:

- 1) Antes de la reforma constitucional de 1994, los operadores jurídicos discutían si los municipios eran entes autárquicos o autónomos.
- 2) El Convencional en 1994 introdujo expresamente el concepto de autonomía municipal (art. 123, CN).
- 3) Sin embargo, el carácter autonómico es un concepto indeterminado. Cabe preguntarse, entonces, cuál es el alcance del campo autonómico municipal.
- 4) La Corte sin perjuicio de resaltar el artículo 123, CN, aclaró que el contenido del poder autonómico municipal debe ser: a) definido y precisado por las Provincias y, a su vez, b) con el mayor grado posible de atribuciones.
- 5) De todos modos, no es posible inferir con cierto grado de certezas —de entre los precedentes de la Corte— cuál es el contenido de dicho concepto; sin perjuicio de que el criterio del Tribunal en el precedente "Municipalidad de La Plata" es claramente restrictivo; y más abierto en los casos "Ponce", "San Luis" y "La Rioja".
- 6) Por nuestro lado, sostenemos que el municipio es autónomo en el sentido de que la Constitución le atribuye ciertas competencias, de modo que el municipio tiene más o menos potestades según el marco provincial, pero en ningún caso menos que aquellas que le

reconoce el propio convencional nacional. Es decir, el municipio no sólo tiene los poderes transferidos por las Provincias —por medio de sus constituciones o leyes orgánicas— sino, además, los poderes que el Convencional prevé en el artículo 123 y que las provincias no pueden, en ningún caso, desconocer.

- 7) Así, el contenido de las ideas de autonomía debe definirse básicamente como un concepto comprensivo de: a) el poder de gobierno de sus asuntos; b) el uso y disposición irrestricta de sus recursos; y c) el criterio de que, en caso de dudas, debe estarse a favor del municipio.

XIV.3. El caso de la Ciudad de Buenos Aires

La Ciudad de Buenos Aires es, como veremos, un caso peculiar en términos jurídicos y políticos respecto de los Estados provinciales y municipales. Es decir que, en principio, no es posible ubicar a la Ciudad en el marco ya estudiado de las Provincias y municipios.

El Constituyente en 1994 reconoció a la Ciudad de Buenos Aires un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción. En particular, el Poder Ejecutivo local, según el texto constitucional, es ejercido por el jefe de gobierno elegido directamente por el pueblo de la Ciudad.

Asimismo, el texto constitucional —completando el cuadro normativo— dice que "una ley garantizará los intereses del Estado Nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación" (artículo 129, CN).

Por último, el Convencional estableció que el Congreso debía convocar a una Convención Constituyente con el objeto de que el pueblo de la Ciudad, por medio de sus representantes, dicte el estatuto organizativo o Constitución local. ¿Qué ocurrió luego? La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires fue sancionada en el año 1996 por la Convención Constituyente local.

Por su parte, el Congreso nacional, en cumplimiento del mandato que prevé el artículo 129, CN, —ya citado—, sancionó la ley de garantías de los intereses del Estado nacional en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Así, el legislador nacional sancionó la ley 24.588 (1995), cuyo objeto es "garantizar los intereses del Estado Nacional en la ciudad de Buenos Aires, mientras sea Capital de la República, para asegurar el pleno ejercicio de los poderes atribuidos a las autoridades del Gobierno de la Nación".

Creemos, entonces, que *el poder de la Ciudad de Buenos Aires y su extensión, en virtud del mandato del propio texto constitucional nacional, es igual que el de los estados provinciales*. Veamos. Por un lado, como ya sabemos, los Estados provinciales ejercen todo el poder no delegado en el Estado federal. Pero, ¿cuál es el poder delegado? Básicamente el conjunto de competencias que nacen de los artículos 75, 99, 100 y 116, CN. Éste es, entonces, el criterio de distribución de competencias entre el Estado federal y los Estados provinciales.

Por el otro, la Ciudad de Buenos Aires ejerce el conjunto de competencias reconocidas por el convencional nacional (es decir, los poderes transferidos). Así, en el caso anterior el poder de las Provincias es reservado; mientras que en el escenario de la Ciudad el poder es transferido. Eso dice, justamente, el artículo 129, CN. Pero, ¿cuál es el poder transferido? En principio *todo* (esto es, legislación, administración y jurisdicción). Consecuentemente y sin perjuicio de partir de polos opuestos, el poder de las Provincias y el de la Ciudad coinciden en el halo de sus competencias.

En otras palabras, los Estados provinciales tienen todo el poder, salvo las potestades delegadas en el Estado federal. Por su parte, la Ciudad de Buenos Aires tiene todo el poder delegado por el Estado federal en los términos del artículo 129, CN; es decir, en principio, todo el poder, salvo

—claro— aquel que el propio Convencional reconoció en el Estado federal. Creemos, entonces, que sin perjuicio de los criterios o técnicas que usó el Convencional con el propósito de distribuir competencias entre los poderes territoriales, cierto es que la Ciudad de Buenos Aires tiene iguales competencias que los Estados provinciales, conforme el texto constitucional nacional. Por ello, el debate sobre cuál es el status institucional de la Ciudad de Buenos Aires, —esto es: ¿Estado provincial o municipal?— es ciertamente irrelevante. Por eso, no es conveniente enredarnos inútilmente.

Sin embargo, sí es cierto que existe un punto divergente; esto es, la ley de garantías que resta competencias propias de la Ciudad en razón de los intereses del Estado nacional. En el caso de los Estados provinciales, no es así. Por tanto, la Ciudad no ejerce el poder que el Convencional y el legislador hayan reservado al Estado federal en resguardo de sus intereses y en el marco del artículo 129, CN.

De todos modos, este conjunto de competencias de garantías tiene dos límites claros que el legislador no puede traspasar. *Por un lado*, el marco temporal. Así, el legislador sólo puede detraer competencias del ámbito de la Ciudad de Buenos Aires mientras sea la capital de la república. *El otro* es de contenido material porque el legislador sólo puede hacerlo (es decir, sustraer potestades del terreno propio de la Ciudad y depositarlas en el Estado federal), si ello guarda relación con el cuidado y protección de los intereses de éste.

Dicho esto, agreguemos que la ley 24.588 establece límites respecto de las competencias de la Ciudad de Buenos Aires, básicamente en materias de seguridad, justicia y servicios públicos, con el propósito de resguardar los intereses nacionales. Sin embargo, las limitaciones que prevé el texto legal exceden, sin dudas, las reservas a favor del Congreso (segundo párrafo, artículo 129, CN). En efecto, no se alcanza a comprender de qué modo —por ejemplo— el poder jurisdiccional de la Ciudad o los asuntos de seguridad de sus habitantes comprometen los intereses del Estado nacional mientras la Ciudad sea capital de la República.

La Corte sostuvo, entre otros, en los precedentes "Cincunegui" (1999); "Asociación Civil para la Defensa Ciudadana" (2007); "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Provincia de Jujuy" (2010); "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Provincia de Neuquén" (2011); y "Santa Cruz" (2014) —y en el contexto de las resoluciones sobre cuestiones de competencia originaria— que la Ciudad no tiene el estatus de Provincia.

XIV.4. Las Universidades Públicas

La primera cuestión que debemos plantearnos con respecto a las Universidades Públicas estatales es si son *entes autárquicos o autónomos*.

Pero, ¿cuál es la diferencia, en términos jurídicos, entre las Universidades autárquicas o autónomas? Digámoslo en términos claros: si las Universidades son entes autárquicos, las consecuencias jurídicas más relevantes son las siguientes.

- (a) *Primero*: las Universidades no pueden dictar normas reglamentarias, sino que el poder de reglamentar la ley es propio y exclusivo del Poder Ejecutivo;
- (b) *segundo*: es posible plantear recursos administrativos (alzada) contra los actos de la Universidad ante el Ministro de Educación y, consecuentemente, el Poder Ejecutivo puede revisar por esta vía las decisiones de la Universidad; y

(c) *tercero*: en caso de conflicto entre la Universidad y el Ministro (o cualquier otro órgano o ente del Poder Ejecutivo), éste debe resolverse —en principio— por el Presidente porque es de carácter interadministrativo (es decir, se trata de controversias entre entes autárquicos y órganos administrativos en el marco del propio Poder Ejecutivo y, por tanto, debe sustraerse del conocimiento judicial).

En el contexto antes detallado, muchos creyeron que la Universidad era simplemente un ente autárquico, de modo que el Poder Ejecutivo podía controlar sus actos por medio del recurso de alzada y —además— los conflictos con el ministro del ramo debían ser resueltos por el Presidente.

La Corte, antes de la reforma constitucional de 1994, sostuvo que las Universidades eran entes autárquicos ("Universidad de Buenos Aires c. Estado Nacional s/ inconstitucionalidad del decreto" - 1991). En efecto, los jueces dijeron que las Universidades sólo gozan de "autarquía administrativa, económica y financiera", y que el concepto de autonomía Universitaria debe ser interpretado "no en sentido técnico sino como un propósito compartido de que en el cumplimiento de sus altos fines de promoción, difusión y preservación de la ciencia y la cultura, alcancen la mayor libertad de acción compatible con la Constitución y las leyes".

Creemos que este debate quedó definitivamente zanjado con la reforma constitucional de 1994, en tanto el Convencional definió expresamente a las Universidades como entes autárquicos y autónomos. Luego, el legislador sancionó la Ley de Educación Superior (1995) que definió el alcance del concepto de autonomía académica e institucional de las Universidades Públicas.

Así, pues, éstas son autónomas porque básicamente ejercen poder regulatorio reglamentario (tal es el caso de los estatutos universitarios) y sin sujeción respecto de las potestades normativas del Poder Ejecutivo. Es decir, las Universidades tienen un campo normativo de nivel reglamentario exclusivo y excluyente del Ejecutivo. Precisemos que este poder exclusivo sólo comprende los aspectos vinculados con su especialidad (esto es, las libertades académicas y de cátedra), de modo que el Poder Ejecutivo sí puede reglamentar los otros aspectos universitarios —por ejemplo, los asuntos de postgrado, el régimen de educación a distancia, y el procedimiento de designación de los miembros de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación de las Universidades (CONEAU), entre otros—.

A su vez, (a) *las decisiones del órgano superior de la Universidad son revisables ante el Poder Judicial y no por el Ministro de Educación*; y (b) *no existe conflicto interadministrativo entre Universidad y Poder Ejecutivo, o sea que las controversias entre éstos se resuelven por el Poder Judicial*.

XV. LOS ENTES DESCENTRALIZADOS CON FINES INDUSTRIALES O COMERCIALES

XV.1. El desarrollo histórico. Los regímenes vigentes

A mediados del siglo pasado nuestro país inició un proceso de traspaso de las empresas prestatarias de servicios públicos desde el sector privado al ámbito público y, consecuentemente, el Estado creó distintos marcos jurídicos con el propósito de contener y encauzar este proceso. Tal es el caso de las empresas del Estado y las sociedades de economía mixta regidas básicamente por el Derecho Público. En el presente capítulo hemos ubicado estas figuras como entes descentralizados no autárquicos (industriales y comerciales). Recordemos, simplemente, que los

entes descentralizados (es decir, aquellos que tienen, entre otros atributos, personalidad jurídica) pueden clasificarse en:

- (a) entes autónomos: territoriales (Provincias y Municipios) o institucionales (Universidades);
- (b) entes autárquicos: es decir, territoriales (regiones) e institucionales (AFIP); y
- (c) entes no autárquicos (empresas y sociedades del Estado).

El primer antecedente fue el decreto-ley 15.349 dictado en el año 1946 de creación de las **sociedades de economía mixta** integradas por el Estado y capitales privados. Estas sociedades podían ser personas de Derecho Público o Privado, según el texto legal y —en caso de indeterminaciones normativas— se regían por las disposiciones de las sociedades anónimas. Por último, cabe señalar que estas sociedades no podían ser declaradas en quiebra y que el alcance de la responsabilidad del Estado sólo comprendía el aporte societario.

Luego, la ley 13.653 (ADM-0355), promulgada en el año 1949, dispuso que "las actividades de carácter industrial, comercial o de explotación de los servicios públicos de igual naturaleza, que el Estado, por razones de interés público, considere necesario desarrollar, podrán llevarse a cabo por medio de entidades que se denominarán genéricamente **empresas del Estado**". Estos entes están sujetos al Derecho Privado "en todo lo que se refiere a sus actividades específicas; y al derecho público en todo lo que atañe a sus relaciones con la Administración o al servicio público que se hallare a su cargo". En particular, la ley dice que —en caso de lagunas en el bloque normativo integrado por la ley, los estatutos y las reglamentaciones— debe aplicarse la Ley de Contabilidad (actualmente derogada por la Ley de Administración Financiera) y la Ley de Obras Públicas. Con el objeto de completar la descripción del régimen jurídico cabe señalar que: "las responsabilidades de las autoridades de las empresas del Estado se determinará según las normas aplicables a los funcionarios públicos" y que "no podrán ser declaradas en quiebra".

El control estatal sobre las empresas, y en particular del Poder Ejecutivo, puede observarse a través de las siguientes pautas: a) las empresas funcionan bajo la dependencia del Poder Ejecutivo y son supervisadas por el ministro o secretario de Estado respectivo; b) el Ejecutivo debe designar a un síndico en cada empresa; c) el Ejecutivo debe aprobar el plan de acción y el presupuesto; y, por último, d) el Tribunal de Cuentas (actualmente la AGN) es quien ejerce el control externo sobre éstas.

Más adelante, en razón de las dificultades de las empresas del Estado para competir con el sector privado, conforme las reglas del mercado, se crearon otros regímenes jurídicos con el objeto de darles mayor flexibilidad y competitividad. ¿Cómo? Por aplicación, al menos en parte, de las normas del derecho privado.

Así, nacieron las **sociedades del Estado** y las **sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria**. En ese contexto, el Estado transformó casi todas las empresas del Estado en sociedades del Estado.

En efecto, en el año 1972 el Congreso —a través de la Ley de Sociedades Comerciales— creó el régimen de las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria. Es decir, sociedades en que el Estado es propietario en forma individual o conjunta de acciones que representen, al menos, "el cincuenta y uno por ciento del capital social y que sean suficientes para prevalecer en las asambleas ordinarias y extraordinarias". Estas sociedades no pueden ser declaradas en quiebra y, a su vez, cualquier enajenación que importe la pérdida de la situación mayoritaria del Estado debe ser autorizada por ley. No obstante, tales cláusulas fueron derogadas luego por la ley 24.522.

Posteriormente, en el año 1974 el Congreso sancionó la ley 20.705 de sociedades del Estado. Estas sociedades tienen por objeto desarrollar actividades de carácter industrial o comercial o explotar servicios públicos, con exclusión de toda participación de capitales privados. Con respecto al régimen jurídico aplicable, la ley avanzó en dos aspectos, a saber: el conjunto de normas aplicables ("las normas que regulan las sociedades anónimas, en cuanto fueren compatibles con las disposiciones de la presente ley") y el bloque de reglas no aplicables ("no serán de aplicación a las sociedades del Estado las Leyes de Contabilidad, de Obras Públicas y de Procedimientos Administrativos"). Por último, agreguemos que las sociedades del Estado pueden ser unipersonales y, además, no cabe declararlas en quiebra.

Como surge del mensaje de elevación del Poder Ejecutivo, mediante la figura de la sociedad del Estado se "aspira a amalgamar la flexibilidad operativa propia de las sociedades anónimas, con las garantías de orden social inherentes a la propiedad estatal absoluta".

En efecto, si bien la incorporación de las reglas del derecho privado se explica a partir de la actividad que estas sociedades realizan (actividad industrial, comercial o explotación de servicios públicos); no es posible soslayar que se trata de entidades que integran la organización estatal y que, como tales, se encuentran alcanzadas por las normas del Derecho Público.

Así, por caso, la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional incluye expresamente a las sociedades del Estado entre las entidades comprendidas (art. 8º, inc. b). Por su parte, el artículo 4º del decreto 1883/91 prevé el recurso de alzada contra los actos administrativos definitivos o asimilables del órgano superior, salvo los actos inherentes a la actividad privada de la empresa o sociedad en cuestión. También son de aplicación los reglamentos de audiencias públicas, publicidad de gestión de intereses, elaboración participativa de normas y acceso a la información pública —aprobados mediante el decreto 1172/03—. Asimismo, los funcionarios o empleados de estas sociedades con rango de director o equivalente deben presentar las declaraciones juradas exigidas por la Ley de Ética Pública (25.188). En igual sentido, los funcionarios de las sociedades del Estado también deben observar las normas del Código de Ética Pública (decreto 41/99).

Luego, durante la década de los noventa del siglo pasado, el Estado traspasó las empresas y sociedades del Estado al sector privado, a través del proceso de privatizaciones previsto fundamentalmente en la ley 23.696 (1989). Así, la ley autorizó al Poder Ejecutivo básicamente a: privatizar; otorgar en concesión; o liquidar las empresas o sociedades cuya propiedad perteneciese total o parcialmente al Estado nacional y hubiesen sido declaradas sujetas a privatización. En ese marco normativo, el Poder Ejecutivo casi siempre transformó las empresas y sociedades del Estado en sociedades anónimas y después avanzó en sus privatizaciones.

Si bien es cierto que el Estado privatizó casi todas las empresas y sociedades, unas pocas sobrevivieron; quizás, por ese motivo los regímenes antes mencionados, sin perjuicio del cambio radical de modelo, no fueron derogados. Por ejemplo, entre otras sociedades del Estado, es posible citar: Construcción de Viviendas para la Armada S.E., Administración General de Puertos S.E., Lotería Nacional S.E., EDU.AR S.E., Casa de la Moneda S.E. y TELAM S.E.

A su vez, otras sociedades del Estado fueron creadas en los últimos años. Así, por ejemplo, Operadora Ferroviaria S.E. y Administración de Infraestructuras Ferroviarias S.E. (ley 26.352) y Radio Televisión Argentina S.E. (ley 26.522).

XV.2. Las nuevas Sociedades del Estado

XV.2.1. Los casos de ADIF y Operadora Ferroviaria

Tal como señalamos anteriormente en los últimos tiempos se crearon nuevas sociedades del Estado. Así, por ejemplo, por medio de la [ley 26.352](#) se constituyó la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado (ADIF) "con sujeción al régimen establecido por la [ley N° 20.705](#), disposiciones pertinentes de la [ley N° 19.550](#) y modificatorias que le fueren aplicables y a las normas de su Estatuto, la que tendrá a su cargo la *administración de la infraestructura ferroviaria* actual, la que se construya en el futuro, su mantenimiento y la gestión de los sistemas de control de circulación de trenes".

Dicha sociedad tiene asignadas, entre otras, las siguientes competencias: (a) la administración de la infraestructura ferroviaria y de los bienes necesarios para el cumplimiento de ésta; (b) la confección y aprobación de proyectos de infraestructuras ferroviarias que formen parte de la red ferroviaria, su construcción, rehabilitación y mantenimiento; y (c) el control e inspección de la infraestructura ferroviaria que administre y de la circulación ferroviaria.

A su vez, el Legislador creó la "Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado con sujeción al régimen establecido por la [ley N° 20.705](#), disposiciones pertinentes de la [ley N° 19.550](#) y modificatorias, que le fueren aplicables y a las normas de su Estatuto, la que tendrá a su cargo la *prestación de los servicios de transporte ferroviario* tanto de cargas como de pasajeros, en todas sus formas, que le sean asignados, incluyendo el mantenimiento del material rodante".

XV.2.2. El caso de TELAM

Por medio del decreto 2507/02 se creó Telam S.E., como sociedad del Estado sujeta al régimen de la ley 20.705 y las disposiciones pertinentes de la ley 19.550. TELAM tiene por "objeto la administración, operación y desarrollo de servicios periodísticos y de Agencia de Noticias y de Publicidad.

XV.2.3. El caso de Casa de la Moneda

El estatuto aprobado mediante el decreto 2475/77 establece que esta sociedad se encuentra regida por la ley 20.705 y su objeto es "dedicarse a la fabricación de dinero circulante, especies valoradas, instrumentos de control y recaudación y documentos especiales que requiera el Estado nacional".

XV.2.4. El caso Radio y Televisión Argentina

La [ley 26.522](#) creó "bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo nacional, Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado (RTA S.E.), que tiene a su cargo la administración, operación, desarrollo y explotación de los servicios de radiodifusión sonora y televisiva del Estado nacional".

Esta sociedad se rige por la [ley 20.705](#) y "en las relaciones jurídicas externas, en las adquisiciones patrimoniales y contrataciones está sometida a los regulaciones generales del derecho privado".

XV.3. Un cambio de rumbo: las sociedades anónimas de propiedad del Estado

En los primeros años del siglo XXI es posible advertir claramente la decisión estatal de reasumir actividades en el campo económico, básicamente en la prestación de servicios públicos. En este contexto, cabe analizar —desde el punto de vista jurídico— las nuevas formas que el Estado utiliza en este proceso; esto es, particularmente las sociedades anónimas que pertenecen exclusivamente al Estado (la totalidad de sus acciones son de su propiedad o de sus entes autárquicos) y están regidas por la Ley de Sociedades Comerciales (derecho privado).

El proceso de estatización de ciertos sectores o empresas y la creación de sociedades pertenecientes al Estado se justificó en los inicios del siglo XXI en la necesidad de preservar ciertas *actividades comerciales* que el Poder Ejecutivo consideró *socialmente relevantes* y respecto de las cuales la iniciativa privada resultó insuficiente.

También es posible identificar otros supuestos en los que la gestión empresarial del Estado se apoyó en la necesidad de reasumir *servicios públicos* que, si bien habían sido objeto de privatizaciones recientes, luego y ante los incumplimientos de los concesionarios, se resolvió rescindir los contratos.

En muchos de esos casos el Estado expresó que el proceso de estatización se justificó por "la retracción actual de la inversión privada en el sector financiero, junto a la necesidad de evitar efectos negativos que el cumplimiento tendría sobre las plazas en las que actúan y en el resto de la economía nacional" y, que a su vez, debía procederse a su privatización en el menor tiempo posible.

El ropaje jurídico utilizado por el Estado (sociedades anónimas en los términos de la Ley General de Sociedades —ley 19.550—) tuvo por objeto excluir la aplicación de las normas del Derecho Público, y así se dispuso expresamente en sus actos de creación.

Básicamente la diferencia entre las *sociedades comerciales* y las *empresas y sociedades del Estado* es que estas últimas revisten formas públicas y se rigen por el Derecho Público y Privado; en tanto las *sociedades comerciales de propiedad del Estado* (tipo innovador) usan formas privadas y aplican sólo derecho privado (ley 19.550) —con excepción del control estatal—.

Pero, ¿cuál es el régimen jurídico específico de estas nuevas sociedades? ¿Es igual que el de las sociedades anónimas? ¿Cuál es la diferencia entre estas sociedades y las sociedades anónimas cuyo paquete accionario es de propiedad privada? Veamos ciertos casos puntuales.

XV.3.1. El caso Servicio Oficial de Correo

La sociedad Correo Oficial fue creada "bajo el régimen de la ley 19.550 de sociedades comerciales" y su paquete accionario pertenece en un 99% al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y un 1% al Ministerio de Economía.

En principio, el Correo fue estatizado con el objeto de privatizarlo nuevamente. En tal sentido, el Ministerio de Planificación debía convocar en el plazo de ciento ochenta días a licitación pública nacional e internacional. Sin embargo, posteriormente y mediante los decretos 721/04, 635/05, 1758/05, 1087/06, 1477/07 y 2346/08 se prorrogó ese término con el propósito de consolidar las operaciones de la sociedad.

Cabe destacar que el decreto de creación estableció expresamente que la sociedad se rige por el derecho privado y, consecuentemente, no se aplican la ley 19.549 (Ley de Procedimientos administrativos), el decreto 1023/01 (Régimen de Contrataciones del Estado) ni la ley 13.064 (Ley de Obras públicas) "sin perjuicio de los controles que resulten aplicables por imperio de la ley 24.156".

XV.3.2. El caso ENARSA

Otro caso sumamente interesante es la empresa ENARSA porque no ha sido constituida como consecuencia de una rescisión contractual de concesiones otorgadas por el Estado, como sí ocurrió en el ejemplo anterior. Así, la [ley 25.943](#) dispuso la creación de la empresa "Energía Argentina S.A." bajo el régimen del Capítulo II, Sección V, de la [ley 19.550](#) y las disposiciones de su ley de creación.

El objeto de la sociedad es llevar a cabo, por sí o por intermedio de terceros o asociada con terceros, el estudio, exploración y explotación de los yacimientos de hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos, así como el transporte, almacenaje, distribución, comercialización e industrialización de estos productos y sus derivados. A su vez, la ley dice que ENARSA puede —por sí, o por intermedio de terceros o asociada con ellos— generar, transportar, distribuir y comercializar energía eléctrica y realizar actividades de comercio vinculadas con bienes energéticos.

La ley indica las pautas que necesariamente debe observar el Estatuto de la sociedad, según la ley de sociedades comerciales y conforme el tipo societario, a saber:

- 1) el capital social debe estar representado por acciones de propiedad del Estado nacional;
- 2) la dirección y administración debe integrarse con un directorio de cinco miembros y sus respectivos suplentes;
- 3) el órgano de fiscalización está compuesto por una comisión fiscalizadora de cinco síndicos titulares e igual número de suplentes; y, por último,
- 4) las modificaciones al Estatuto no pueden, en ningún caso, dejar al Estado en situación minoritaria respecto del capital social.

ENARSA está sometida a los controles correspondientes a las personas jurídicas de su tipo, además del control interno y externo del sector público nacional ([ley 24.156](#)).

XV.3.3. El caso AR-SAT

En el año 2005 por medio de ley 26.092, el Congreso aprobó la creación de la sociedad "Empresa Argentina de Soluciones Satelitales S.A." (AR-SAT), cuyo objeto es realizar —por sí o por cuenta de terceros o asociada con terceros— las siguientes acciones:

- 1) el diseño, desarrollo y construcción en el país y lanzamiento o puesta en servicio de satélites geoestacionarios de telecomunicaciones en posiciones orbitales que resulten o resultaren de los procedimientos de coordinación internacionales ante la Unión Internacional de Telecomunicaciones y en bandas de frecuencia asociadas; y
- 2) la correspondiente explotación, uso, provisión de facilidades satelitales y comercialización de servicios satelitales y conexos.

AR-SAT se rige por su ley de su creación, el estatuto social que es parte de la ley y el Capítulo II, Sección VI, artículos 308 a 312, de la ley 19.550. El titular del paquete accionario es el Estado nacional en su totalidad. Así, el 98% corresponde al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y el 2% restante al Ministerio de Economía y Producción.

A su vez, la sociedad está sujeta a los controles internos y externos de las sociedades de su tipo y los controles que prevé la ley 24.156. Por su parte, el Estado central no responde por las obligaciones contraídas por AR-SAT, más allá de su aporte o participación en el capital.

¿Cuál es su régimen jurídico? Básicamente la Ley de Sociedades Comerciales. Asimismo, el Legislador estableció expresamente que no se debe aplicar la Ley de Procedimientos Administrativos, el régimen de contrataciones del Estado y la Ley de Obras Públicas; como así tampoco, en general, las normas o principios del Derecho Administrativo. En particular y en igual sentido, el personal se rige por la Ley de Contrato de Trabajo y no por el régimen de empleo público.

XV.3.4. El caso Agua y Saneamientos Argentinos

En el año 2006 el Gobierno resolvió rescindir, por culpa del concesionario (Aguas Argentinas S.A.), el contrato de concesión sobre el servicio de provisión de agua potable y cloacas en la Capital Federal y 17 partidos bonaerenses.

A su vez, el Poder Ejecutivo creó una sociedad anónima (Agua y Saneamientos Argentinos S.A.) con el objeto de prestar los servicios de agua potable y cloacas en dicha área. El paquete accionario de la sociedad está integrado del siguiente modo: el 90% por el propio Estado (Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios), y el 10% restante por los trabajadores a través de un programa de propiedad participada.

Las acciones de propiedad del Estado nacional son intransferibles y, a su vez, el porcentaje del Estado nacional (es decir, el 90% del paquete accionario) no puede ser disminuido.

La sociedad "Agua y Saneamientos" se rige por las normas y principios de derecho privado y no son aplicables la Ley de Procedimientos Administrativos, el decreto 1203/01 sobre contrataciones del Estado, la Ley de Obras Públicas, ni en general las normas o principios de Derecho Administrativo. Sin perjuicio de ello, el control de la sociedad sigue las previsiones de la Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control de la Administración Pública nacional (ley 24.156). En particular, el personal de la sociedad se encuentra alcanzado por la ley 20.744.

XV.3.5. El caso Aerolíneas Argentinas

El Congreso dispuso por ley rescatar las empresas Aerolíneas Argentinas, Austral y sus empresas controladas por adquisición de sus acciones societarias y con el propósito de "garantizar el servicio público de transporte aerocomercial de pasajeros, correo y carga.

En efecto, la ley 26.466 declaró sujeta a expropiación a las acciones de Aerolíneas Argentinas S.A.

En cuanto a su régimen jurídico, es el de las sociedades comerciales ([ley 19.550](#)). En particular, la ley 26.466 dispuso que "en ningún caso el Estado nacional cederá la mayoría accionaria de la sociedad, la capacidad estratégica y el derecho de veto en las decisiones". Por ejemplo, el decreto 1191/12 establece que los organismos nacionales deben contratar con Aerolíneas y allí se indica que el Estado ejerce los derechos correspondientes al 99,41% de las acciones de Aerolíneas.

En relación con la asistencia financiera del Estado nacional, el Legislador dispuso que: (a) el Poder Ejecutivo puede instrumentar los mecanismos necesarios a los fines de cubrir las necesidades financieras derivadas de los déficit operativos y debe realizar las adecuaciones del presupuesto informando a la Comisión Bicameral de Reforma del Estado y Seguimiento de las Privatizaciones; y (b) el monto de la asistencia financiera debe instrumentarse como aportes de capital y créditos a favor del Estado nacional.

XV.3.6. El caso YPF

La ley 26.741 declaró sujeta a expropiación al 51% del paquete accionario de YPF SA, con el objetivo de garantizar el autoabastecimiento, la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos.

Así, la ley sobre "Soberanía Hidrocarburífera Nacional" declaró de "interés público nacional y como objetivo prioritario de nuestro país el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos a fin de garantizar el desarrollo económico con equidad social, la creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones".

A su vez, la ley excluye la aplicación —respecto de YPF— de toda norma administrativa para el desarrollo de su actividad (art. 15). En efecto, "YPF Sociedad Anónima y Repsol YPF GAS S.A., continuarán operando como sociedades anónimas abiertas, en los términos del Capítulo II, Sección V, de la Ley 19.550 y normas concordantes, no siéndoles aplicables legislación o normativa administrativa alguna que reglamente la administración, gestión y control de las empresas o entidades en las que el Estado nacional o los Estados provinciales tengan participación".

Cabe mencionar que nuestro país y REPSOL S.A. celebraron un acuerdo de transferencia de las acciones objeto de expropiación y el reconocimiento a favor de Repsol del derecho a una indemnización única y total por la expropiación de las acciones y por cualquier otro concepto originado en, o vinculado con, el dictado y ejecución de las normas que dieron sustento al proceso expropiatorio.

XV.3.7. Otros casos de sociedades de propiedad estatal

Finalmente, cabe citar —sólo a título de ejemplo— otras sociedades anónimas del propiedad del Estado: 1) Intercargo S.A.; 2) Dioxitek S.A.; 3) Empresa de Cargas Aéreas del Atlántico Sud S.A.; 4) Corporación Antiguo Puerto Madero S.A.; 5) Emprerimientos energéticos binacionales S.A.; 6) Banco de Inversión y Comercio Exterior; 7) Argentina Televisora Color S.A.; e 8) Innovaciones tecnológicas agropecuarias S.A.

XV.3.8. Conclusiones

Hemos estudiado en los apartados anteriores los entes descentralizados con fines industriales y comerciales (es decir, entes descentralizados no autárquicos y sus diversas figuras —empresas del Estado, sociedades del Estado y sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria—). Por último, analizamos las sociedades anónimas de propiedad estatal. Ciertamente es que cada uno de estos moldes tiene su marco propio y específico, y de allí el interés jurídico en su distinción y conocimiento.

Cabe aclarar, con el objeto de completar y comprender el cuadro existente sobre el Estado y su participación como prestador en el campo industrial y comercial, que éste puede —al igual que cualquier otro sujeto— participar como socio en las sociedades privadas regidas por la ley 19.550. Es decir, además de los tipos específicos creados en interés del Estado, éste puede, por ejemplo, integrar el capital o adquirir acciones de cualquier sociedad anónima y, en tal caso, ese tipo social debe regirse íntegramente por la ley 19.550.

En tal sentido, el Código Civil y Comercial dice que "la participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación" (art. 149).

Comúnmente cuando el Estado interviene como prestador —y no simplemente como regulador de las actividades industriales y comerciales— hace uso de las figuras de las sociedades con formatos propios y específicos (esto es: las empresas del Estado; las sociedades del Estado; y, más recientemente, el tipo de las sociedades anónimas cuyo único o principal accionista es el Estado). De modo que el régimen jurídico, sin perjuicio de otros casos especiales, es básicamente la ley 20.705 (sociedades del Estado) y, en los casos más recientes, la ley 19.550 (sociedades comerciales).

¿Por qué el Estado en ciertos casos sigue el modelo específico y propio, y en otros supuestos las figuras del derecho privado? Es posible, quizás, descubrir en sus orígenes dos razones sobre el uso de las figuras mixtas —públicas/privadas— o de las formas propias del derecho privado. *Por un lado*, el Estado decide seguir políticas intervencionistas en el campo económico y, consecuentemente, crea sociedades dirigidas por él, sin participación de capitales privados. *Por el otro*, es posible que el Estado participe como prestador, y no simplemente como regulador, con el propósito de salvar los déficits del mercado (externalidades).

En el primer caso, el modelo más cercano es el de las sociedades del Estado y, en el segundo, las sociedades comerciales es —quizás— la figura más adecuada.

Así, en el caso particular del nuevo modelo de las sociedades anónimas de propiedad estatal, el trasfondo es más claro porque su integración por el Estado es sólo de carácter transitorio (según su ideario originario), esto es, desde el momento de su creación hasta su posterior traspaso al sector privado. En efecto, estas sociedades sólo pertenecen al Estado con carácter temporal y accidental, justificándose ese traspaso privado por razones coyunturales de orden político y económico. El propio Estado sostiene expresamente, en ciertos casos, que las sociedades deben volver en el menor tiempo posible al sector privado.

Sin embargo, cierto es que el Estado creó luego sociedades anónimas sin el sentido de transitoriedad y que, incluso, las sociedades creadas en un principio temporalmente y con un plazo predeterminado fueron objeto de prórrogas sucesivas. Es decir, *el carácter transitorio fue trastocado, luego, por otro permanente*. De modo que es necesario buscar otro pilar en donde apoyar el porqué de las nuevas sociedades anónimas de propiedad del Estado y el consecuente abandono del modelo de las sociedades del Estado.

Veamos. Cuando el Estado decide participar en el ámbito comercial o industrial puede hacerlo, según su propio criterio, con reglas más o menos rígidas, o en condiciones de paridad o no con los otros. Así, el marco de las sociedades del Estado es rígido (Derecho Público) y, por su parte, el cuadro de las sociedades comerciales es más abierto, flexible y competitivo, conforme las reglas del mercado (derecho privado). A su vez, el Estado —en este último caso— participa bajo dos figuras: (a) las sociedades anónimas de propiedad estatal; y (b) la titularidad de acciones (con o sin mayoría accionaria).

Sin embargo, cabe aclarar que es necesario distinguir entre: (a) el marco de las sociedades anónimas (ley 19.550), incluso con participación del Estado en su paquete accionario; y (b) el de las nuevas sociedades anónimas de propiedad estatal creadas desde principios de este siglo. Pues bien, ¿cuáles son las diferencias? Ciertamente es que ambas figuras se rigen por la Ley General de Sociedades (ley 19.550), pero —pese a ello— es posible marcar las siguientes diferencias:

- (a) El número de socios. Así, las sociedades anónimas de propiedad del Estado pueden estar integradas por un solo socio (Estado), mientras que las sociedades comerciales — entre ellas las sociedades anónimas— debían integrarse necesariamente con dos o más socios. Sin embargo, la Ley General de Sociedades establece actualmente que "Habrà sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. La sociedad unipersonal sólo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal" (art. 1).
- (b) La aplicación del Derecho Público. En el caso de las sociedades anónimas estatales debe aplicarse el Derecho Público; luego veremos con qué alcance. Por su lado, las sociedades comerciales (con o sin intervención estatal) sólo se rigen por el Derecho Privado (Ley General de Sociedades y art. 149 del Código Civil y Comercial).
- (c) El alcance del control estatal. En un caso (sociedades comerciales), el órgano de control es la Inspección General de Justicia (IGJ); sin perjuicio de que si hubiese participación estatal, el órgano de control externo (AGN) debe fiscalizar el aporte estatal. En el otro (sociedades anónimas estatales) el control corresponde a la AGN.
- (d) Por último, el patrimonio de las sociedades anónimas estatales está integrado —sólo y en principio— por recursos presupuestarios.

En síntesis, las sociedades anónimas del Estado reúnen los siguientes caracteres: 1) el socio es el propio Estado con carácter exclusivo, salvo excepciones; 2) el patrimonio es estatal; 3) las

sociedades son fiscalizadas por el órgano de control externo; y 4) la sociedad es parte de las estructuras descentralizadas del Poder Ejecutivo.

Cabe aclarar que no existe un marco jurídico único sobre las sociedades anónimas de propiedad del Estado, sino que los regímenes son dispersos y casuísticos. Sin embargo, desde ese caos jurídico es posible crear un modelo con ciertos caracteres comunes.

Profundicemos sobre el marco jurídico de estos nuevos instrumentos societarios. En principio, los respectivos textos nos dicen que debemos aplicar la ley 19.550 de sociedades comerciales, pero sólo el Capítulo II, Sección V (es decir, "De las sociedades en particular" y "De la sociedad anónima"). Por tanto, el objeto, organización y gobierno están regidos claramente por el derecho privado.

Este criterio normativo permite sostener que el alcance de las competencias de las sociedades anónimas del Estado se define por el principio de especialidad propio de las personas jurídicas del derecho privado (es decir, el sujeto puede hacer todo, en el marco de su objeto y finalidad). En este sentido, el Código Civil y Comercial dispone que las personas jurídicas tienen aptitud "para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación" (art. 141).

El marco jurídico aplicable —tal como ya explicamos— es la ley 19.550, pero en el caso de las indeterminaciones normativas no es claro si el operador debe resolverlas con los principios y reglas del Derecho Público o Privado. Este planteo es sumamente importante porque el marco bajo estudio debe integrarse permanentemente por sus múltiples indeterminaciones. Pensemos, por ejemplo, en las contrataciones, el procedimiento, el personal y su responsabilidad, entre otros aspectos.

Evidentemente, ciertos aspectos de estos sujetos están alcanzados por el derecho privado, en particular, *el objeto y sus reglas sobre organización y gobierno*. Este campo es claramente distinto de los entes descentralizados (en particular, los entes no autárquicos). Pero, más allá de estos asuntos y en relación con otros tantos, nos preguntamos si cabe aplicar el marco jurídico común o, en su caso, exorbitante (Derecho Público). Es decir, si partimos del Derecho Público esos campos e intersticios deben cubrirse con éste y, por el contrario, si construimos el edificio jurídico desde el derecho privado, entonces, las lagunas y los otros resquicios y capítulos deben rellenarse con el derecho privado. Otro aspecto controversial es si debemos aplicar los principios del Derecho Público o Privado, más allá de las reglas jurídicas.

Creemos que si bien en el caso de las sociedades anónimas de propiedad estatal el interés público es alcanzado mediante objetos privados y reglas propias del derecho privado, tras éstos existe un claro interés colectivo que es contenido y explicitado por el Derecho Público. Así, cuando el Legislador dice cuál es el régimen aplicable en términos parciales, éste debe completarse con el Derecho Público en razón del sujeto (Estado) y el fin colectivo de las sociedades (interés colectivo). Ciertamente es, por tanto, un régimen mixto.

Es decir, estas sociedades deben regirse, en caso de indeterminaciones (lagunas y vaguedades) por principios y reglas propios del Derecho Público. Este régimen cuyo comienzo es el Derecho Privado con alcance expreso y específico y, luego, el Derecho Público en sus lagunas e intersticios, tiene otro consecuente claro, a saber, prevalece el Derecho Público.

El escenario jurídico debe integrarse con las siguientes piezas: (1) *las disposiciones de la Ley General de Sociedades con alcance específico*; (2) *en caso de indeterminaciones, ciertamente muchos, el Derecho Público*; y, finalmente, (3) *los principios del Derecho Público*.

Entonces, básicamente el derecho privado cubre la organización (estructuras materiales y factor humano) y las actividades (objeto) de estas sociedades. En los otros aspectos (constitución, fusión, transformación, adquisición, disolución y control) y en los resquicios existentes en el marco jurídico cabe aplicar las reglas del Derecho Público. Por último, los principios del Derecho Público cubren su ámbito público y privado.

Por ejemplo, el personal debe regirse por el Derecho Laboral, sin perjuicio de aplicar los principios de capacidad, mérito e igualdad en el trámite de selección del personal (principios del Derecho Público). En igual sentido, los contratos se rigen por el Derecho Privado, pero se deben respetar los principios de publicidad, transparencia, concurrencia y eficacia en el trámite de elaboración y ejecución de los contratos (principios del Derecho Público).

Sin embargo, *el cuadro es más complejo*. ¿Por qué? porque los regímenes más recientes, sin perjuicio de la aplicación de la ley 19.550, agregan que el operador debe rechazar las leyes de contrataciones estatales, procedimientos administrativos y obras públicas y, además, otro aspecto incluso más concluyente, no cabe aplicar los principios y reglas propios del Derecho Público.

¿Qué ocurre entonces? ¿Cómo debe interpretarse el modelo jurídico? ¿El principio es, finalmente, el derecho privado y no el Derecho Público? Creemos que en los primeros casos el marco es el Derecho Público (principios), luego, cuerpos propios y específicos del Derecho Privado y, finalmente, reglas del Derecho Público (en caso de lagunas). Sin embargo, más allá de nuestros pareceres, el escenario cambió.

Así, *el Legislador no sólo fijó el campo del Derecho Privado en términos positivos* (Capítulo II, Sección V, ley 19.550) y, *luego, negativos* (exclusión de las leyes 19.549 y 13.064 y el decreto 1023/01 y, en general, los principios y reglas del Derecho Público); *sino que —además— ordenó enfáticamente aplicar los principios y normas del Derecho Privado*. Por ejemplo, en el caso del servicio del correo y de agua potable. En estos casos, más recientes, casi no le dejó resquicio al Derecho Público.

Pensemos, por ejemplo, en el régimen de las sociedades del Estado y, entonces, veremos qué tan lejos estamos de ese modelo histórico. Es cierto que la ley 20.705 prohíbe la aplicación de las Leyes de Contabilidad, Obras públicas y Procedimientos Administrativos, en términos casi coincidentes con las sociedades anónimas del Estado. Sin embargo, el Legislador, en ese entonces, no dijo que debíamos aplicar los principios y reglas del Derecho Privado y tampoco excluyó los principios y reglas propios del Derecho Público.

Es decir, el Legislador comenzó, quizás tímidamente, con un régimen mixto y con fuertes trazos de Derecho Público y, luego, desplazó una y otra vez este último campo jurídico.

En síntesis, el Legislador aplicó derecho privado, con excepción del control (Derecho Público) en los términos de la ley 24.156.

Por nuestro lado, creemos que más allá de las exclusiones del Legislador debemos *aplicar los principios del Derecho Público*, en particular los que nacen del marco constitucional y los tratados internacionales. ¿Por qué? Porque el punto clave aquí no son las formas sino las sustancias, y éstas consisten en: a) *las actividades que desarrollan* las sociedades (es decir, si son sustancialmente privadas o públicas); b) *la intervención del Estado* (esto es, si la participación en el capital o en el órgano de conducción le garantiza o no al Estado el control de la sociedad; y, por último, c) *el origen de los recursos* (recursos públicos).

XV.4. La participación del Estado en las sociedades anónimas

A diferencia del caso anterior (sociedades anónimas de propiedad estatal) cuando el Estado tiene participación en sociedades comerciales privadas (acciones, obligaciones o títulos) no debe incorporárselas al sector público ni aplicarles principios ni reglas del Derecho Público. Son simplemente sociedades comerciales con participación estatal, como si se tratase de cualquier otro sujeto. Es decir, no cabe recurrir al régimen del Derecho Público ni siquiera en sus aspectos contables, presupuestarios y de control; ni tampoco a sus principios. Sin embargo, el Derecho Público debe aplicarse en parte a los aportes estatales (origen y control).

Cabe finalmente añadir que, según el Código Civil y Comercial, "la participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación" (art. 149).

A su vez, la [ley 27.181](#) exige que el Congreso autorice —por el voto de las dos terceras partes de sus miembros— la venta de la participación estatal en las sociedades comerciales (es decir: "las participaciones sociales del Estado nacional que integran la cartera de inversiones del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino (FGS)... y de las participaciones accionarias o de capital de empresas donde el Estado nacional sea socio minoritario o donde el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas posea tenencias accionarias o de capital").

Por otro lado, se creó la Agencia Nacional de Participación Estatal en Empresas (ANPEE) con el objeto de coordinar el ejercicio de los derechos del Estado y el trabajo de los directores en representación de éste.

XV.4.1. El caso Aeropuertos Argentina 2000

Como resultado de la renegociación contractual entre el Poder Ejecutivo y Aeropuertos Argentina 2000 S.A. —a cargo la administración de treinta y cuatro aeropuertos del país—, el Congreso aprobó la participación estatal en la mencionada sociedad anónima y, puntualmente, autorizó al Gobierno a adquirir hasta el 20% de las acciones de AA2000 S.A. a cambio de la condonación de las deudas que la sociedad mantenía con el Estado.

XV.4.2. El caso del Anses

La [ley 26.425](#) dispuso la unificación de los regímenes de previsión social a través del sistema solidario de reparto (estatal). Ello implicó la eliminación del modelo de capitalización (sistema privado de ahorro de fondos de previsión creado en los años 90 a cargo de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones AFJP), y la transferencia a la ANSES de los recursos de las cuentas de capitalización individuales. Tengamos presente que en su momento las AFJP adquirieron acciones de sociedades comerciales y, luego, esas acciones pasaron al ANSES (Administración Nacional de la Seguridad Social).

Consecuentemente, el ANSES incorporó el paquete accionario de distintas sociedades comerciales privadas —más de treinta— en el fondo de garantía del sistema de jubilaciones de

reparto (régimen estatal). Así también el ANSES designó a sus representantes en las sociedades comerciales. En síntesis, el Estado es accionista en muchas de las principales empresas del país.

XVI. LOS TRAZOS DEL NUEVO MODELO DE ORGANIZACIÓN ESTATAL

Creemos que el asunto central, en el marco del Estado Democrático de Derecho, es crear estructuras y modelos de organización del Poder Ejecutivo más descentralizadas, abiertas, participativas y eficientes.

En términos históricos, H. Kelsen, entre otros, consideró que el modelo vertical, jerárquico y cerrado de organización cumple acabadamente con el régimen democrático porque el aparato burocrático debe subordinarse, sin discusiones ni debate, al poder político que está legitimado directamente por el Pueblo. Es decir, el poder político legitimado conduce y, por su parte, el poder burocrático simplemente obedece. El razonamiento es simple y lógico.

Sin embargo, en nuestros días, no es así. *¿Por qué?* En el Estado actual existen serios obstáculos si queremos seguir y apoyar este razonamiento. Entre ellos: (a) el legislador y el Ejecutivo transfieren múltiples potestades en los órganos inferiores y en los entes estatales y, consecuentemente, éstos deciden por sí mismos; (b) la crisis de representatividad de los partidos políticos y las instituciones; (c) el reemplazo del modelo burocrático por otro corporativo; y (d) el avance de los grupos de poder (corporaciones) sobre ciertos sectores del aparato estatal.

Por tanto, los pilares centrales del nuevo modelo estatal deben ser, según nuestro criterio y como ya adelantamos, el poder descentralizado, participativo y eficiente.

El concepto de *descentralización* se define por el uso de herramientas que ya estudiamos; así, el reconocimiento de mayores poderes en los entes territoriales e institucionales autónomos (por caso, los municipios, las universidades y los entes reguladores). Esto es razonable porque cuanto más extenso es el aparato burocrático estatal, mayor debe ser el nivel de descentralización con el objeto de decidir con mayor acierto y racionalidad.

Por su lado, el camino *participativo* puede desandarse por dos senderos distintos. *Por un lado*, trasladar las funciones propias del Estado en sujetos privados y, *por el otro*, incorporarlos en las estructuras estatales. A su vez, esto último puede estar motivado por razones técnicas o estrictamente de participación individual, sectorial o plural. Otro criterio novedoso —y poco explorado— es la asociación de los particulares con el Estado en el desarrollo de actividades estatales.

En el pasado, el Estado ejerció por sí mismo sus poderes o transfirió éstos en personas públicas no estatales (colegios públicos) o privadas (concesionarios de servicios públicos) y, más recientemente, incorporó técnicas de participación y control en los procesos estatales. En este marco, el Estado puede utilizar varios instrumentos, entre ellos, el reemplazo de los órganos unipersonales por otros colegiados con el propósito de garantizar mayor participación y consenso. El criterio participativo permite maximizar el acierto, garantizar el cumplimiento de las decisiones estatales y controlar las políticas públicas, tal como explicamos en el capítulo respectivo.

Pero, además del poder descentralizado y participativo, creemos que la *eficiencia* debe ser otro de los puentes entre los dogmas clásicos del Derecho Administrativo y el nuevo edificio a construir. Hemos dicho ya reiteradamente que el Estado debe garantizar los derechos sociales y los nuevos derechos; de modo que, en ciertos casos, debe abstenerse, pero en otros debe hacer. ¿Qué debe hacer el Estado? Esto es objeto de otro capítulo de este manual, pero cabe preguntarse en este contexto, ¿cómo debe hacer el Estado? En el marco del Estado Democrático y Social de

Derecho debe hacerlo con criterios eficientes. Así, el Estado debe planificar e instrumentar el desarrollo de objetivos por programas, controlar por resultados, aplicar técnicas de racionalización y agilidad y crear modelos de responsabilidad por gestión, objetividad, transparencia, simplicidad y claridad.

CAPÍTULO 9 - EL RÉGIMEN DE EMPLEO PÚBLICO

I. INTRODUCCIÓN

Hemos dicho en los capítulos anteriores que el poder de regulación estatal corresponde al Congreso y que, a su vez, el Poder Ejecutivo no tiene una zona de reserva propia en el ámbito regulador. Consecuentemente, entre nosotros, es el Legislador quien debe reglar el empleo público (es decir, las situaciones jurídicas entre el Estado y sus agentes).

Por otro lado, sostuvimos que el Estado —centralizado y descentralizado— está internamente estructurado por órganos y que éstos están integrados por personas físicas que ocupan esos espacios. Las relaciones entre las personas físicas (agentes) y el Estado están regladas por el llamado *régimen de empleo público* con matices y modalidades, según el caso, tal como analizaremos más adelante.

En este marco es posible y conveniente distinguir dos planos, a saber:

- a) las relaciones entre el Estado y los terceros. En este contexto, el Estado y el agente constituyen un mismo sujeto frente a aquéllos; y
- b) las relaciones entre el Estado y el agente. En este escenario, el agente es un tercero respecto del Estado. En este cuadro está inserto el estudio de las relaciones entre ambos y el marco jurídico aplicable que es objeto de análisis particularmente en este capítulo.

Si bien la relación de empleo público reviste diferentes formas, el aspecto sustancial en cualquier caso es el objeto o contenido de las tareas que realiza el agente (esto es, las actividades o funciones propias del Estado). Cabe aclarar que la Corte ha dicho que dentro del concepto de empleo público están comprendidos tanto los supuestos de incorporación permanente a los cuadros de la Administración, como aquellos de personal contratado y temporal.

A su vez, el agente recibe básicamente como contraprestación una remuneración dineraria y periódica.

Los agentes públicos son, entonces, las personas físicas de que se vale el Estado para el cumplimiento de sus fines y, consecuentemente, sus conductas —en el marco del ejercicio de sus funciones— constituyen actuaciones del propio Estado.

En el capítulo anterior estudiamos las estructuras estatales (el marco de organización) y en el presente estudiaremos el marco jurídico del personal del Estado; en especial, el vínculo entre los agentes públicos y el Estado. Creemos que este aspecto es básico porque el Estado sólo puede hacer todo aquello que intentamos explicar en este manual (esto es, el ejercicio de las funciones administrativas) por medio de sus agentes.

II. CUESTIONES PREVIAS EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO PÚBLICO

II.1. Consideraciones previas

Los rasgos más relevantes del modelo jurídico sobre el empleo público entre nosotros son los siguientes.

- (a) *La diversidad de regímenes y la dificultad de su conocimiento y sistematización.* Esta multiplicidad responde a criterios disímiles (por ejemplo, las funciones y su especialidad —así el personal docente y de las fuerzas de armadas y de seguridad—; el carácter autárquico del ente —AFIP y entes reguladores—; o simplemente por tratarse de los otros poderes del Estado —el personal judicial y el del Congreso—).
- (b) *El proceso de negociación colectiva* entre partes como factor central de regulación del empleo público.
- (c) *El ingreso discrecional.* Sin perjuicio de que los procesos de selección deben realizarse mediante los respectivos concursos de oposición y antecedentes (de conformidad con el decreto 2098/08).
- (d) *La regulación por el Derecho Privado.* Por ejemplo, el personal alcanzado por la Ley de Contrato de Trabajo y, asimismo, las personas contratadas por tiempo indeterminado o prórrogas sucesivas. Por último, cabe mencionar al régimen de las pasantías.

Más adelante explicaremos estos caracteres con mayores detalles.

II.2. El carácter reglamentario o contractual del vínculo

Durante mucho tiempo los operadores jurídicos discutieron si el vínculo entre el Estado y sus agentes es contractual o reglamentario, ensayándose diversas teorías al respecto, por caso: a) el contrato; b) el acto bilateral; o, incluso, c) el acto administrativo.

En otros términos, ¿la relación de empleo público reviste naturaleza contractual o es de carácter estatutario? Quienes postulan el *contenido contractual* del nexo parten del hecho de que el ingreso nace del acuerdo de voluntades entre el particular y el Estado y que —a su vez— es instrumentado mediante el convenio que tiene por objeto realizar, por parte del agente, funciones estatales esenciales.

Otros dicen que el vínculo nace de un *acto unilateral estatal* y, por ello, el cuadro es legal (estatutario) y no convencional. De modo que el contrato es reemplazado por el reglamento. En este caso, el consentimiento del agente es interpretado simplemente como elemento o condición de perfeccionamiento del acto estatal, cuyo objeto es el nombramiento de aquél; pero no es parte de su contenido esencial.

Por último, el tercer criterio distingue entre la formación del vínculo (acto bilateral) y el desarrollo de las relaciones de empleo que sí constituye una situación de orden reglamentario (acto unilateral) y, consecuentemente, en sus aspectos más relevantes es susceptible de ser modificada unilateralmente por el Estado.

¿Cuál es nuestro criterio? Creemos que la relación es claramente contractual porque es esencial y necesario el consentimiento del agente con el propósito de perfeccionar el vínculo. Así, el ingreso en el cargo exige de modo inexcusable voluntad y acuerdo entre las partes. Esto es, justamente, el núcleo de cualquier contrato.

La Corte ha sostenido en los precedentes "Chedid" y "Guida", entre otros, que "las relaciones de derecho entre el Estado y el empleado público, no nacen de un contrato de locación de servicios, sino de un acto de imperio o de mando, en virtud del cual se inviste al agente que acepte su designación, de la función pública, reglamentada por leyes, decretos y resoluciones del Superior... [Sin embargo] *puede afirmarse que la relación de función o de empleo público es de naturaleza contractual, pero no configura un contrato de derecho privado*".

Por su parte, el decreto 1023/01 sobre el Régimen General de los Contratos estatales establece el carácter contractual del empleo público.

III. LOS RÉGIMENES DE EMPLEO PÚBLICO

III.1. El régimen marco de empleo público

El régimen básico es la Ley Marco de Regulación del Empleo Público que establece los derechos, garantías y deberes de los agentes públicos ([ley 25.164](#)). Esta ley fue reglamentada por el [decreto 1421/02](#) del Poder Ejecutivo.

Repasemos las cuestiones más relevantes del bloque jurídico detallado en el párrafo anterior, a saber: el ámbito de aplicación; los requisitos de ingreso; las situaciones de revista; los derechos y deberes de los agentes; y el régimen disciplinario.

(A) ¿Cuál es el ámbito personal de aplicación de la ley? Ésta comprende al personal que presta servicios en el Poder Ejecutivo (es decir, la Administración central y descentralizada). *¿Quiénes están excluidos?* El Jefe de Gabinete, ministros, secretarios, subsecretarios, autoridades máximas de los entes descentralizados, personal militar y de las fuerzas policiales y de seguridad, personal diplomático, personal comprendido en convenios colectivos del sector privado y el clero.

A su vez, la ley establece que el personal del Poder Legislativo y Judicial está excluido de su ámbito de aplicación, ya que es regulado por sus respectivos ordenamientos especiales.

¿Cuáles son los otros *sectores excluidos*, en principio, de la ley? Por ejemplo, el personal de los entes reguladores de los servicios públicos que se rige por la *Ley de Contrato de Trabajo*; en cuyo caso, no cabe aplicarle —según la ley específica del sector— el régimen jurídico básico.

En igual sentido, los agentes que trabajan en las empresas y sociedades del Estado y, por supuesto, en las sociedades anónimas de propiedad del Estado.

Por su parte, la [ley 25.164](#) dispone en términos coincidentes que respecto del personal del Estado comprendido en el régimen de la ley de contrato de trabajo, debe aplicarse "las previsiones contenidas en ese régimen normativo" ([Ley 20.744](#)).

Otro caso es el del *personal estatal* que está *regido por los convenios colectivos del sector privado* —aprobados en el marco de la [ley 14.250](#) (t.o. 2004)— y que, consecuentemente, están exceptuados de la aplicación del marco regulatorio del empleo público ([ley 25.164](#)).

Sin embargo, la [ley 25.164](#) dispone que *el personal alcanzado por la [ley 20.744](#) (LCT) o los convenios colectivos del sector privado ([ley 14.250](#)) "podrá insertarse en el régimen de empleo público, a través de la firma de convenios colectivos de trabajo"*.

A su vez, el Estado aprobó la [ley 24.185](#) sobre el régimen de las convenciones colectivas de trabajo del sector público nacional. Sin embargo, los convenios no pueden desplazar —en ningún caso— los derechos y garantías que establece la ley marco. A su vez, la propia ley de Empleo dice que sus disposiciones deben adecuarse, según los sectores especiales del Estado, y por medio de la negociación colectiva sectorial que prevé la [ley 24.185](#) (convenios colectivos en el sector público).

En el año 1999, se firmó el primer convenio colectivo de trabajo entre el Estado y el sindicato UPCN. Posteriormente, en el año 2004 otro de los sindicatos mayoritarios dentro del sector público adhirió a dicho convenio. Luego, en el año 2006, se celebró el convenio colectivo 214/06 que reemplazó al anterior y, finalmente, el Poder Ejecutivo dictó el [decreto 2098/08](#) —modificado luego por el decreto 1318/11— que homologó el Convenio Colectivo de Trabajo Sectorial del Personal del Sistema Nacional de Empleo Público (SINEP); además de los convenios sectoriales salariales.

Por último, cabe resaltar que la aplicación de estos regímenes sobre el personal no siempre es lineal sino que muchas veces se entremezclan unos con otros, creando un modelo jurídico relativamente complejo. Asimismo, junto con estos marcos jurídicos coexisten innumerables escalafones especiales y multiplicidad de cuadros salariales.

(B) ¿Cuáles son los **requisitos de ingreso**? Los requisitos para ingresar en la función pública son los siguientes: 1) ser argentino (la Corte relativizó este criterio en el precedente "Calvo"); y 2) reunir condiciones de conducta, idoneidad y aptitud psicofísica.

(C) ¿Cuáles son las **situaciones de revista** del personal? Éste puede desempeñarse en planta permanente (con derecho a la estabilidad), contratado, o personal de gabinete. Luego volveremos sobre este asunto con mayor detalle.

(D) La ley también establece los **derechos de los agentes**. Entre ellos: estabilidad; retribución justa; igualdad de oportunidades en el desarrollo de su carrera; capacitación permanente; libre afiliación sindical; licencias; renuncia; y participación en los procedimientos de calificaciones y disciplinarios.

En particular, los agentes gozan de **estabilidad**, pero conviene hacer ciertas precisiones. En *primer lugar*, la estabilidad —llamada propia en el empleo público— es el derecho del trabajador a no ser despedido por su empleador, salvo causas justificadas e imputables a él. Por el contrario, en el caso de la estabilidad impropia (derecho privado), el empleador puede despedir sin causa al trabajador, sin perjuicio de que deba indemnizarlo.

En *segundo lugar*, cabe señalar que la estabilidad —en principio— comprende al empleo (cargo), el nivel y el grado del agente; pero no así las funciones (por ejemplo, las funciones de conducción).

En *tercer lugar*, el agente adquiere estabilidad en el cargo cuando se cumplen todas estas condiciones: (1) ingrese por los respectivos procesos de selección (concursos de oposición y antecedentes o curso-concurso); (2) transcurra el período de doce meses desde su incorporación;

(3) apruebe las evaluaciones periódicas; (4) obtenga el certificado de aptitud psicofísica; y, a su vez, (5) sea ratificado por acto expreso dictado por autoridad competente.

Agreguemos que el agente puede ser despedido durante el período en el que no goce de estabilidad (es decir, los doce meses que transcurren desde el acto de su designación y hasta su ratificación). La Corte convalidó este criterio en el antecedente "Sones, Raúl Eduardo c. Administración Nacional de Aduanas" (1987) porque —según su parecer— este régimen "no excede del ámbito propio de la reglamentación del derecho constitucional invocado, ni ha producido desmedro de la garantía fundamental en juego, por hallarse el acto dentro de las atribuciones que competen a la autoridad administrativa, máxime cuando el recurrente no ha intentado demostrar que tuviere ese derecho en los términos de la [ley 22.140](#)...". Es decir, el Tribunal consideró que el derecho a la estabilidad en el marco del empleo público no es absoluto, sino que debe ejercerse de conformidad con las leyes.

Sin embargo, la Corte sostuvo que si el agente es despedido durante el período previo (doce meses) o transcurrido éste, no es incorporado, el Estado debe motivar el acto respectivo (esto es, explicar por qué actuó de ese modo en perjuicio de los derechos del trabajador). Así surge, entre otros, del precedente "Schaiderman" (2008). En igual sentido, el Tribunal afirmó en el caso "Micheli" (2009) que "si bien la cancelación de una designación en planta permanente dentro del período de prueba constituye una facultad discrecional, ello no exime a la Administración de respetar los recaudos que el decreto ley 19.549/72 exige para la validez de los actos administrativos, ni tampoco puede justificar una decisión arbitraria, irrazonable o discriminatoria".

Otro derecho controvertido es el de las **retribuciones** de los agentes y, en particular, la razonabilidad del poder estatal de recortar los salarios. Así, la Corte convalidó las disminuciones del cinco, diez y quince por ciento de los salarios de los agentes públicos ("Guida"), pero rechazó la potestad del Ejecutivo de recortar sin límites las remuneraciones de aquéllos ("Tobar").

(E) Por su parte, los **deberes de los agentes** son, entre otros: prestar el servicio personalmente; observar las normas; obedecer las órdenes del agente superior; observar el deber de fidelidad; excusarse en casos de parcialidad; y cumplir con las disposiciones legales y reglamentarias. La ley también establece una serie de **prohibiciones** a los agentes, entre ellas: patrocinar trámites o gestiones administrativas referentes a asuntos de terceros que se vinculen con sus funciones; dirigir, administrar, asesorar, patrocinar, representar o prestar servicio remunerado o no, a personas de existencia visible o jurídica que gestionen o exploten concesiones o privilegios o que fueran proveedores o contratistas; recibir directa o indirectamente beneficios originados en contratos, concesiones o franquicias que celebre u otorgue la Administración en el orden nacional, provincial o municipal; aceptar dádivas, obsequios u otros beneficios; y hacer uso indebido o con fines particulares del patrimonio estatal.

(F) Por último, el **marco legal disciplinario** de los agentes públicos prevé los principios a aplicar; los hechos reprochables (infracciones disciplinarias); las sanciones; y el trámite de revisión y control judicial. Veamos. Dice la ley respecto de los **principios en materia disciplinaria** que: 1) el procedimiento debe garantizar el derecho de defensa; 2) el agente no puede ser sancionado, más de una vez, por el mismo hecho; 3) la sanción debe graduarse, según la gravedad del hecho y los antecedentes del agente; 4) la sustanciación de los sumarios es independiente del proceso penal, sin perjuicio de que si en el marco de la sentencia penal surge la configuración de una causal más grave, el Estado pueda sustituir la sanción administrativa por otra más gravosa; 5) la imposición de las sanciones menores —tales como el apercibimiento o la suspensión de hasta cinco días y las sanciones por hechos materiales claros (por caso el incumplimiento del horario o las inasistencias)— no requieren instrucción de sumario; 6) los plazos de prescripción son de seis meses a dos años según el hecho de que se trate y —a su vez— debe contarse a partir del momento en que se produjo el hecho; y 7) el plazo de resolución del

sumario debe fijarse por vía reglamentaria, pero no puede exceder el término de seis meses contados desde la comisión del hecho.

Por su parte, los *hechos tipificados* (faltas administrativas) por la ley son, entre otros: 1) el incumplimiento del horario; 2) las inasistencias injustificadas; 3) el incumplimiento de los deberes; 4) el concurso civil o quiebra no causal; 5) la comisión de delito doloso; 6) las calificaciones deficientes durante tres años consecutivos o cuatro alternados, en los últimos diez años de servicios; 7) la falta grave que perjudique materialmente a la Administración; 8) la pérdida de ciudadanía; 9) la violación de las prohibiciones que establece la ley; y 10) la imposición, como pena principal o accesoria, de inhabilitación absoluta o especial para el ejercicio de las funciones públicas.

A su vez, el Legislador dice que las *sanciones* a aplicar son: el apercibimiento; la suspensión de hasta treinta días en un año; la cesantía; y, por último, la exoneración.

Finalmente, las sanciones disciplinarias pueden ser recurridas por las vías administrativas ordinarias o judiciales. En particular, "contra los actos administrativos que dispongan la aplicación de sanciones al personal amparado por la estabilidad prevista en este régimen, el agente afectado podrá optar por impugnarlo por la vía administrativa común y una vez agotada ésta acudir a sede judicial, o recurrir directamente ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal".

III.2. Los convenios colectivos de trabajo

La negociación es el procedimiento de celebración de acuerdos entre, *por un lado*, las asociaciones profesionales de empleadores, grupo de empleadores o el empleador individual; y, *por el otro*, las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial. A su vez, el convenio es fuente de derecho en términos formales y autónomos.

En este punto, cabe señalar respecto de la representación sindical de los agentes estatales que la Corte, en el precedente "ATE" (2008), sostuvo que "los textos legales recordados precedentemente, tributaron al desarrollo progresivo de un designio que ya revistaba en el acto de creación de la OIT... el reconocimiento del principio de libertad sindical". En particular, el artículo 14 *bis* "manda que el régimen jurídico que se establezca en la materia, antes que impedir o entorpecer, debe dejar en libertad las mentadas actividades y fuerzas asociativas, en aras de que puedan desarrollarse en plenitud, vale decir, sin mengua de la participación, y del eventual pluralismo de sindicatos, que el propio universo laboral quiera darse".

En otro de sus párrafos, el Tribunal planteó la cuestión medular a resolver, esto es, la validez de "las legislaciones que preocupadas por encontrar un justo equilibrio entre la imposición de la unidad sindical y la fragmentación de las organizaciones, consagran la noción de sindicatos más representativos y suelen conceder a éstos derechos y ventajas de alcance diverso". Y agregó que "la distinción no debería privar a las organizaciones sindicales, que no hayan sido reconocidas como las más representativas, de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros, ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción".

En conclusión, la Corte señaló que "hay una diferencia fundamental entre el monopolio sindical instituido o mantenido por la ley directa o indirectamente, y el que voluntaria y libremente quieran establecer los trabajadores. El primero, cuando trasciende los límites señalados en este considerando, está en contradicción con las normas expresas del Convenio 87, el cual, aun cuando manifiestamente no apunta a imponer el pluralismo sindical, sí exige que éste [sea] posible en

todos los casos". Así, "el [artículo 41, inciso a\)](#) de la [ley 23.551](#) viola el derecho a la libertad de asociación sindical... en la medida en que exige que los delegados del personal y los integrantes de las comisiones internas y organismos similares previstos en su artículo 40, deban estar afiliados a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegidos en comicios convocados por ésta".

Cabe recordar que —en el sector público— el Estado celebró varios convenios con sus agentes durante las últimas décadas.

Como ya hemos dicho, el Congreso sancionó, en el año 1992, la [ley 24.185](#) sobre el régimen de los convenios colectivos en el sector público reconociéndose ampliamente los derechos colectivos de los agentes. Luego, el Poder Ejecutivo dictó el decreto reglamentario ([decreto 447/93](#)). Por su parte, el texto ordenado de la [ley 14.250](#) —sobre las convenciones colectivas de trabajo en el sector privado— establece expresamente, en sentido concordante con las otras normas antes citadas, que "sólo están excluidos de esta ley los trabajadores comprendidos en las leyes 23.929 y 24.185 en tanto dichas normas regulan sus propios regímenes convencionales".

En síntesis, y en el marco actual, existen tres regímenes sobre convenciones colectivas: el marco jurídico de los agentes públicos ([ley 24.185](#)); de los docentes (ley 23.929); y de los trabajadores privados ([ley 14.250](#)).

Volvamos sobre el régimen de los convenios colectivos en el sector público. En este campo, el Legislador excluyó a los siguientes agentes: el Presidente y Vicepresidente; el Procurador General de la Nación; el Fiscal General de Investigaciones Administrativas y los fiscales adjuntos; los ministros, secretarios y subsecretarios del Poder Ejecutivo; el Procurador del Tesoro; los funcionarios superiores y asesores de gabinete; las personas que, por disposición legal o reglamentaria, ejerzan funciones asimilables o de jerarquía equivalente a los cargos antes mencionados; el personal militar y de seguridad de las fuerzas armadas, gendarmería, prefectura naval, policía federal, servicio penitenciario federal y otros organismos similares; el personal diplomático comprendido en la Ley de Servicio Exterior y que reviste en jerarquías superiores con acuerdo del Senado; el clero oficial; las autoridades y funcionarios directivos o superiores de los entes estatales u organismos descentralizados nacionales; el personal que requiera un régimen particular por las especiales características de sus actividades; y los sectores de la Administración Pública nacional que a la fecha de la sanción de esta ley ya se encuentren incorporados en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo.

Los empleados públicos son representados en el marco de las negociaciones colectivas por las asociaciones sindicales, uniones o federaciones con personería gremial y con ámbito de actuación nacional. Por su parte, el Estado es representado por el Ministro de Economía y el Secretario de la Función Pública, o sus respectivos representantes —con jerarquía no inferior a subsecretario—. Cabe aclarar que las negociaciones pueden ser de carácter general o sectorial.

¿Cómo se inicia el proceso de negociación? Éste comienza por pedido de las partes, debiendo indicar las razones y las materias objeto de negociación. El pedido debe ser notificado al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y éste debe constituir la Comisión que lleve adelante las respectivas negociaciones. Si hubiese acuerdo, las partes deben firmar el convenio colectivo.

El convenio debe contener básicamente el lugar y fecha de su celebración, las partes contratantes, el ámbito personal y territorial de aplicación, y el término de su vigencia. A su vez, el Legislador estableció que ciertos asuntos quedan excluidos de las negociaciones y acuerdos colectivos. Así, "la estructura orgánica de la Administración Pública nacional; las facultades de dirección del Estado; el principio de idoneidad como base del ingreso y de la promoción en la carrera administrativa". A su vez, las discusiones salariales y las condiciones económicas de la relación laboral deben sujetarse a las pautas presupuestarias.

Si no hubiese acuerdo, las partes deben ponerlo en conocimiento del Ministerio de Trabajo con el objeto de iniciar el trámite de conciliación.

Por último, y una vez suscripto el acuerdo, éste debe ser remitido al Poder Ejecutivo para su instrumentación mediante el acto administrativo correspondiente, dentro del plazo de treinta días. Luego, el convenio debe ser enviado al Ministerio de Trabajo para su registro y publicación en el Boletín Oficial. El acuerdo rige desde el día siguiente al de su publicación y se aplica respecto de todos los empleados, organismos y entes comprendidos.

Por ejemplo, en el año 2006, se dictó el [decreto 214/06](#) que homologó el convenio colectivo de trabajo para la Administración Pública nacional celebrado en el año 2005 por el Estado empleador y los sectores gremiales. A su vez, el Poder Ejecutivo dictó el [decreto 2098/08](#) que homologó el Convenio Colectivo de Trabajo Sectorial del Personal del Sistema Nacional de Empleo Público (SINEP), concertado entre el Estado empleador y los sectores gremiales. Este convenio está vigente desde el 1 de diciembre del año 2008 y tuvo por objeto revisar, adecuar y modificar el Sistema Nacional de Profesión Administrativa (SINAPA).

Asimismo, el Poder Ejecutivo homologa habitualmente acuerdos salariales sectoriales. Por ejemplo, el decreto 923/12 sobre el Acta Acuerdo de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional. Otro ejemplo: el decreto 110/14 sobre homologación del acta acuerdo en razón del cual el personal de la Comisión Nacional de Valores (CNV) ya no está comprendido en la LCT sino en el SINEP.

III.3. La Ley de Contrato de Trabajo

Como ya hemos visto, un sector importante del personal del Estado se rige por la Ley de Contrato de Trabajo ([ley 20.744](#)). Veamos las distintas piezas jurídicas.

Por un lado, el artículo 2, LCT, dice que "las disposiciones de esta ley no serán aplicables: a) a los dependientes de la Administración Pública nacional, provincial o municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo...". Es decir, en principio, no debe aplicarse la LCT a los agentes públicos, sin perjuicio de las excepciones — sea por mandato legal o por vía de los convenios colectivos de trabajo—.

Por ejemplo, en el caso de los entes reguladores de los servicios del gas y de la electricidad, y según los marcos legales respectivos, su personal se rige por el Derecho Laboral (LCT). Así, el artículo 60 del marco regulatorio del gas y creación del ENARGAS establece que "las relaciones con su personal se regirán por la Ley de Contrato de Trabajo no siéndoles de aplicación el régimen jurídico básico de la función pública". Otro tanto ocurre con el ENRE (Ente regulador de la electricidad).

En igual sentido, otros entes descentralizados, entes reguladores de servicios públicos y sociedades de propiedad estatal se rigen por la LCT.

Otra de las piezas a interpretar e integrar es la Ley marco de Empleo Público que establece, en términos coincidentes con el material jurídico antes mencionado, que "el personal que preste servicios en organismos pertenecientes a la Administración Pública Nacional, y esté regido por los preceptos de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (texto ordenado 1976)... se les aplicarán las previsiones contenidas en ese régimen normativo".

De modo que este modelo nos permite concluir que es posible jurídicamente construir el empleo público con grandes bloques de Derecho Privado.

Sin perjuicio de ello, es también plausible que estos sectores se reinserten en el régimen del Derecho Público —empleo público— (abandonando así el régimen de la LCT) por la celebración de convenios colectivos de trabajo públicos ([ley 24.185](#)) o privados ([ley 14.250](#)). En tal sentido, el convenio colectivo general aprobado por el [decreto 214/06](#) establece que "al personal regido por la Ley de Contrato de Trabajo 20.744... le será de aplicación las normas del presente convenio con las salvedades que se formulen para cada instituto en particular".

III.4. El decreto 2345/08

Otro elemento clave en el armado de este rompecabezas jurídico sobre el personal estatal es el régimen creado por el decreto 2345/08, modificado parcialmente por el decreto 1318/11, sobre los *contratos* del personal.

Este decreto reguló los contratos cuyo objeto es la prestación de servicios profesionales autónomos a título personal, excluyéndose las actividades administrativas o servicios generales. Es más, entre los fundamentos se dice que "el nuevo régimen debe estar circunscrito a la contratación de consultores de alto nivel de profesionalismo para la provisión de servicios de naturaleza extraordinaria, especializada o específica materializables en términos prefijados". Y, por tanto, el Estado debe establecer "una cantidad máxima de tales contrataciones con relación a la planta permanente". Así, el decreto dispone que "la cantidad de contratos de locación de servicios... incluyendo las entidades bancarias oficiales, no podrá superar el quince por ciento de la cantidad de cargos de planta permanente que tuviera asignada dicha jurisdicción o entidad contratante".

A su vez, los contratos de locación de obras intelectuales en el marco del decreto 2345/08 deben encuadrarse bajo los decretos 1023/01 y 436/00 (este último, sustituido por el decreto 893/12).

III.5. Los estatutos especiales

Además del marco general que describimos en los puntos anteriores, existen regímenes especiales en ciertos sectores del Estado. Estos marcos jurídicos específicos son conocidos comúnmente como estatutos. Por ejemplo, los docentes se rigen por un estatuto propio aprobado por la [ley 14.473](#) —con sus modificaciones—, sin perjuicio de las normas sobre el marco jurídico de negociación colectiva en el sector público.

Así, los docentes no están alcanzados en principio por el marco básico de empleo público, la ley de contrato de trabajo, ni los convenios colectivos del sector público ([ley 24.185](#)), sino por su propio estatuto.

IV. EL DERECHO A LA ESTABILIDAD EN LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO. OTROS DERECHOS Y OBLIGACIONES

IV.1. Concepto y alcance

El Estado moderno desarrolló el modelo de estructuras administrativas y empleo público de corte burocrático —tal como explicamos anteriormente—. Pues bien, estas estructuras son llamadas comúnmente Administraciones públicas.

Cierto es, y no es nuevo, que el gobierno que asume el poder pretende nombrar sus propios agentes de entre sus cuadros políticos reemplazándolos por los ya existentes, sin solución de continuidad. Este escenario es claramente cambiante, inestable e incluso ineficiente en términos de planificación y ejecución de las políticas públicas. Así, y en este contexto, el Estado debe preservar los cuadros de la Administración por su propio interés, como instrumento de ejecución de sus políticas, y más allá de los conflictos e intereses coyunturales. Por otro lado, el modelo debe preservar los derechos de los agentes, en particular, el derecho a trabajar.

¿Cómo es posible lograr estos propósitos? A través del reconocimiento del derecho a la estabilidad de los agentes públicos; es decir, en principio, éstos conservan sus empleos y el Estado no puede despedirlos.

Sin embargo, es razonable que —junto con este modelo de estabilidad— el Estado pueda designar ciertos agentes con libertad y sin estabilidad, sin perjuicio de que los nombramientos deban hacerse de modo transparente y participativo.

La diferencia sustancial entre el Derecho Público y Privado, en el ámbito del empleo, es que los trabajadores en el ámbito privado gozan de estabilidad parcial o comúnmente llamada impropia. Es decir, el empleador puede despedirlos con discrecionalidad sin perjuicio de que, en tal caso, deba resarcirlos mediante el pago de las indemnizaciones correspondientes. Por el contrario, en el campo del empleo público, la estabilidad es de alcance absoluto (propia); esto es, el Estado empleador no puede despedir a sus agentes salvo por causales graves, tasadas e imputables a éstos y —además— por el procedimiento especial que garantice, especialmente, el derecho de defensa de los agentes.

La Constitución Nacional en su reforma de 1957 incorporó el artículo 14 *bis* que consagró, entre otros derechos, la estabilidad del empleado público. En igual sentido, la ley marco de regulación del empleo público nacional (ley 25.164) dispone que "las personas vinculadas laboralmente con la Administración Pública nacional... tendrán los siguientes derechos... a) estabilidad...".

Sin embargo, este derecho constitucional fue limitado en nuestro país básicamente a través de los *regímenes de prescindibilidad* aprobados por el Congreso. En el caso de los gobiernos militares por razones de persecución política e ideológica; y en el marco de los gobiernos democráticos supuestamente por la supresión de cargos y funciones en el Estado. ¿Qué ocurrió en los hechos? Muchas veces el Estado suprimió el cargo y función con el propósito encubierto de despedir al agente y, luego, recreó el cargo bajo otro nombre. *En particular*, el régimen vigente (ley 25.164) ya mencionado dice sobre este aspecto que el personal con estabilidad que resultase afectado por medidas de reestructuración y "que comporten la supresión de organismos, dependencias o de las funciones asignadas a las mismas, con la eliminación de los respectivos cargos, será reubicado". Si ello no fuese posible, el agente pasa a estar en situación de disponibilidad por un período no inferior a los seis ni mayor de doce meses, según su antigüedad. En caso de vacantes en el Estado central y organismos descentralizados, debe privilegiarse a estos trabajadores. Concluido ese período, sin que haya sido reubicado por inexistencia de vacantes o por rechazo del propio agente, entonces, el Estado dispone el cese del agente, pagándole la indemnización correspondiente. Es decir, "una indemnización igual a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de

servicios si éste fuera menor, salvo el mejor derecho que se estableciere en el Convenio Colectivo de Trabajo y las indemnizaciones especiales que pudieren regularse por dicha vía". Por último, el texto dice que "los organismos o dependencias suprimidos y los cargos o funciones eliminados no podrán ser creados nuevamente" en el plazo de dos años.

Otro caso de excepción son las leyes de emergencia. Por ejemplo, la ley 23.697 de emergencia económica —sancionada en el año 1989— estableció que el Poder Ejecutivo podía disponer el cese del personal vinculado por medio del empleo público sin concurso —gozase o no de estabilidad—, y que ocupase las máximas categorías del escalafón correspondiente.

Cabe aclarar que con el propósito de conciliar y armonizar los principios (por un lado, el de *estabilidad* y, por el otro, el de *perfeccionamiento* y *movilidad* de los agentes), el Legislador distinguió varios aspectos.

Así, *el cuadro es el siguiente*: el agente es estable en el cargo o empleo, pero no así en el ejercicio de las funciones. Es decir, la estabilidad comprende el cargo (situación en el escalafón) y los derechos propios del agente, pero no el ejercicio de las funciones. De modo que el Estado puede —en principio— cambiar las funciones, siempre que no vulnere los derechos del agente (por ejemplo prohibición del Estado empleador de asignar al agente tareas impropias de su especialidad o —en su caso— disminuir sus haberes).

Entonces, el derecho a la estabilidad de los agentes es relativo porque debemos excluir las funciones ejecutivas y de jefatura (sólo goza de estabilidad en su ejercicio por tiempo determinado) y los despidos por supresión de cargos y funciones (esto es, por causas no imputables a los agentes).

Por su parte, la Corte ha dicho que el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional "reconoce la estabilidad del empleado público, pero que ese derecho no es absoluto, sino que debe ejercerse de conformidad con las leyes que lo reglamentan y en armonía con los demás derechos individuales y atribuciones estatales establecidos con igual jerarquía por la misma Constitución". Más adelante, agregó que "entre las facultades conferidas por la ley...está la de cancelar el nombramiento del agente designado que no hubiese adquirido el derecho a la estabilidad. La inteligencia dada no excede del ámbito propio de la reglamentación del derecho constitucional invocado, ni ha producido desmedro de la garantía fundamental en juego, por hallarse el acto dentro de las atribuciones que competen a la autoridad administrativa" (310:272).

IV.2. Un caso judicial paradigmático

En el precedente "Madorrán" (2007), la Corte declaró la nulidad e inconstitucionalidad del artículo 7 del Convenio Colectivo 56/1992 "E" —según el texto ordenado por el laudo 16/92 del Ministerio de Trabajo y Seguridad—, invocado por la demandada (empleador) para despedir a la trabajadora sin expresión de causa.

El Tribunal ordenó la reincorporación en razón de que "la estabilidad del empleado público preceptuada por el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional significa, a juicio de esta Corte y dentro del contexto en cuestión, que la actora no pudo válidamente ser segregada de su empleo sin invocación de una causa justificada y razonable, de manera que su reclamo de reinstalación resulta procedente". A su vez, consideró —tras un exhaustivo análisis histórico y jurídico de la génesis y naturaleza de la cláusula constitucional que establece la estabilidad del empleado público— que el artículo 14 *bis* impide al Estado excluir a sus agentes sin invocar causas justificadas y razonables.

Pues bien, la Corte interpretó que "sostener la estabilidad propia del empleado público en las concretas circunstancias de esta causa, es solución que concuerda con los principios y pautas de interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que, en buena medida implícitas en la Constitución histórica, han sido expresamente incorporados a ésta por instrumentos internacionales en la materia". Y agregó que "la estabilidad propia puesta como contrapartida del ejercicio injustificado o incausado del poder de rescisión por parte de las autoridades, responde acabadamente a la protección del derecho a la estabilidad y al trabajo del agente en ocasión de tamañas medidas. Y, al obrar de tal modo, tutela, paralelamente, la dignidad, atributo inherente a toda persona, además del centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional".

En el mismo sendero, el Tribunal recordó que "si se produjera alguna duda en el llamado a interpretar el artículo 14 *bis*, sería entonces aconsejable recordar... el siguiente principio de hermenéutica jurídica: *in dubio pro justitia sociales*. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad". En conclusión, los jueces afirmaron que el convenio colectivo 56/92 es nulo e inconstitucional "por impedir que el artículo 14 *bis* produzca los mencionados efectos, y condena a la Administración Nacional de Aduanas a reincorporar a la actora, dando así operatividad a esta última norma".

En síntesis, la Corte ordenó reincorporar a la agente en su cargo, del que había sido separada sin invocación de causa justificada y razonable, en virtud de la estabilidad propia reconocida por el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional.

Cabe aclarar que el Tribunal no se expidió en este caso sobre el personal contratado por el Estado por tiempo indeterminado, sino sobre el personal de planta permanente, cuya estabilidad fue trastocada mediante el pago de las indemnizaciones por despido. En efecto, el Convenio Colectivo 56/92 "E" establece que "la relación de empleo entre la Administración Nacional de Aduanas y los trabajadores de la *planta permanente*, implica el derecho de estos últimos —dentro del marco de este Convenio— a conservar el mismo. La relación de empleo se extinguirá: a) por las causas que se establezcan en el régimen disciplinario. b) Por acogerse a la jubilación o retiro voluntario. c) *Sin invocación de causa, mediante el pago de la indemnización* prevista en el artículo 245 de la ley 20.744 (t.o. 1976), sustituido por la ley 24.013. Asimismo, no se tendrán en cuenta los años de antigüedad ya indemnizados por cualquier causa de cese de una relación de empleo público anterior". Es decir, el Convenio estableció respecto del personal permanente la posibilidad del despido mediante el pago de las indemnizaciones del caso, en violación del artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional.

IV.3. El quiebre del derecho a la estabilidad. Las contrataciones sin solución de continuidad. El criterio actual de la Corte

Explicado el alcance del derecho a la estabilidad —según los textos normativos y el criterio de la Corte—, cabe aclarar que muchos agentes públicos no gozan de este derecho. Es, básicamente, el caso del personal vinculado por medio *decontratos de locación de servicios*. Este modelo se extiende en el Estado en dos sentidos, por un lado, incorporándose más y más personal y, por el otro, por renovaciones contractuales sin solución de continuidad.

Otro dato relevante es que los *agentes contratados* en estos términos realizan tareas propias y habituales del personal estatal permanente y no otras de carácter excepcional o transitorio, en cuyo caso sí es razonable contratarlos en vez de incorporarlos a las plantas de personal. El consecuente jurídico es que éstos pueden ser despedidos (extinción del vínculo) por el Estado

empleador, respetándoles sólo, en principio, el plazo del contrato y sin derecho siquiera a ser indemnizados.

Creemos que en tal caso debe incorporarse y reconocerse estabilidad a los agentes estatales, cumpliéndose así con el mandato constitucional. En caso contrario, es claro que el Estado puede nombrar y remover a su personal casi sin restricciones ni reglas, e incurrir en situaciones de *fraude laboral*.

De todos modos, cierto es que el Estado puede legítimamente contratar personal sin estabilidad, pero ello debe necesariamente encuadrarse en el siguiente marco: (a) tareas inusuales o excepcionales por sus caracteres o por exceso de trabajo; y, por tanto, (b) carácter transitorio o temporal del contrato.

Tampoco existe estabilidad en el caso de las *plantas transitorias* —cuestión que merece iguales críticas que los contratos cuando se renuevan por tiempo indeterminado— y el *personal de Gabinete*. En este último caso sí es razonable porque se trata de asesores temporales de los funcionarios políticos, seleccionados con criterios de informalidad, agilidad, confianza y formación multidisciplinaria, que naturalmente deben cesar con aquéllos.

Volvamos sobre los contratos del personal estatal; éstos, sus prórrogas y su validez en términos de inestabilidad, fue objeto de reiterados pronunciamientos judiciales.

En principio, la Corte no reconoció al *personal contratado* derecho a la estabilidad ni tampoco derecho a la indemnización en caso de despido.

Así, el Tribunal, en el antecedente "Jasso, Ramón E. y otro", sostuvo que "el mero transcurso del tiempo y el hecho de prestar servicios por un plazo superior a los doce meses, no pueden trastocar de por sí la situación de revista de quien ha ingresado como agente transitorio y no ha sido transferido a otra categoría por acto expreso de la administración". A su vez, agregó que "la mayor o menor conveniencia de recurrir a la creación de tales cargos constituye una decisión de política administrativa no revisable en sede judicial, por estar limitado el control jurisdiccional de los actos administrativos a los aspectos vinculados con su legitimidad". Es decir, "el carácter contractual de dicho vínculo reconocido por el Legislador, permite concluir que cuando éste está sujeto a un plazo cierto y determinado se extingue automáticamente por el mero vencimiento del término convenido".

En igual sentido, en el caso "Filgueira" el Tribunal dijo que "la aceptación de los contratos y sus pertinentes prórrogas, presididos por un régimen de inestabilidad, veda al actor de reclamar los derechos emergentes de la estabilidad en el empleo, dado que, de otro modo, se violentaría el principio que impide venir contra los propios actos".

Más recientemente, la Corte se expidió sobre la estabilidad del personal contratado en sentido contrario (es decir, reconociéndole ciertos derechos).

En efecto, esto ocurrió en el antecedente "Ramos" (2010). Aquí, el actor fue contratado por la Armada Argentina por el término de veintiún años mediante sucesivos contratos. El vínculo contractual se rigió por el decreto 4381/73 que permite el ingreso de agentes mediante contrato de locación de servicios, con una duración máxima de 5 años y sin estabilidad. La Cámara Federal de Apelaciones sostuvo que el hecho de que las contrataciones excediesen el límite máximo de cinco años no tenía como consecuencia el nacimiento de un derecho a favor del actor a ser indemnizado. Más todavía, señaló que el mero transcurso del tiempo no podía trastocar la situación de revista de quien había ingresado como personal no permanente y no había sido transferido a otra categoría por acto expreso de la Administración. Con tal fundamento, concluyó

que el actor no tenía derecho a ser indemnizado por la rescisión del contrato y, menos claro, a ser incorporado en la planta de personal permanente.

Por su parte, la Corte sostuvo que el vínculo laboral que el actor mantuvo con el Estado Nacional por el término de 21 años no puede ser válidamente encuadrado en el régimen de contrataciones del decreto 4831/73. Dicha norma autoriza a contratar personal para proyectos de investigación científica y desarrollo tecnológico, sin que esto genere derecho a indemnización por rescisión, pero limita la posibilidad de renovación de estos contratos por el término máximo de cinco años. Sin embargo, la demandada contrató al actor (en el marco de la norma citada) durante 21 años, en abierta violación al plazo máximo previsto. A su vez, surge del legajo del actor que: a) sus tareas carecían de transitoriedad; b) éste era evaluado y calificado anualmente; y, además, c) el Estado le reconocía la antigüedad y gozaba de los servicios sociales. Las circunstancias descriptas —más la violación de la norma que limita la renovación del contrato a un máximo de cinco años— llevaron al Tribunal a concluir que "la demandada utilizó figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales, con una evidente desviación de poder que tuvo como objetivo encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado". A ello, debe agregarse que las conductas del Estado pudieron generar en el actor una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el art. 14 bis de la CN otorga al trabajador contra el "despido arbitrario".

La Corte destacó que la admisión de la demanda no procede por haberse cuestionado el régimen del decreto 4831/73, sino por el incumplimiento de los límites temporales establecidos. Añadió que la solución propuesta no significa que el mero transcurso del tiempo haya modificado la situación del actor que es *pasible de ser indemnizado —mas no reincorporado al empleo—*, pues ello vulneraría el régimen legal de la función pública y el principio constitucional en virtud del cual es al Congreso a quien corresponde anualmente autorizar el presupuesto general de los gastos de la Administración Nacional y, por tanto, toda erogación que se aparte de esos límites resulta ilegítima. En efecto, sólo se reconoce estabilidad a quienes ingresen a cargos pertenecientes al régimen de carrera y cuya financiación esté prevista en la Ley de Presupuesto. Si se atribuyera estabilidad a quien no ha sido incorporado legalmente no sólo se estaría trastocando el régimen previsto en la ley 25.164, sino también se alteraría el monto autorizado por el Legislador para financiar los gastos correspondientes a personal contratado y permanente.

En síntesis, la conducta del Estado fue ilegítima y ello generó su responsabilidad frente al actor, justificándose así la procedencia del reclamo indemnizatorio.

Por último, toda vez que las partes no tuvieron la intención de someter el vínculo al Derecho Privado, sumado a que se trata de la reparación de una conducta ilegítima del Estado, la solución indemnizatoria —según el criterio del Tribunal— debe buscarse en el ámbito del Derecho Público. Por tanto, en cuanto al monto indemnizatorio, debe aplicarse el criterio previsto en el art. 11 de la ley 25.164 (es decir, un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor a tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual del último año).

En el caso "Sánchez" (2010), los hechos fueron los siguientes: el actor fue contratado por la Auditoría General de la Nación por el término de ocho años por medio de sucesivos contratos hasta su cese. En tal contexto, reclamó su reincorporación. Por su parte, la AGN sostuvo que contrató al actor en los términos de la ley 24.447 y su decreto reglamentario 92/95, normas que hizo suyas mediante resoluciones internas. También invocó el art. 118, incisos b) y c), de la ley 24.156.

La Cámara Nacional del Trabajo condenó a la AGN a indemnizar al actor por los perjuicios derivados de la ruptura del vínculo de empleo.

Finalmente, la Corte revocó la decisión de la Cámara porque según su criterio no se tuvo en consideración que la ley de la AGN autoriza expresamente la celebración de contratos como los suscriptos entre las partes, toda vez que la actividad de este organismo exige contar con un cuerpo de auditores externos (ley 24.156, art. 118, inc. b). Consideró que el hecho de que el actor realizara tareas típicas de la actividad de la demandada no era suficiente —por sí solo— para demostrar la existencia de una desviación de poder tendiente a encubrir (mediante renovación de sucesivos contratos) el vínculo de empleo permanente. Añadió que la normativa específica que rige a la AGN impide considerar el tipo de tareas realizadas por los contratados como un indicador relevante con el propósito de determinar la existencia de una relación de empleo permanente.

A su vez, el Tribunal destacó que se trata de un supuesto diferente al de la causa "Ramos", pues la actora no acreditó que la demandada haya utilizado figuras jurídicas autorizadas legalmente para supuestos excepcionales con desviación de poder.

A su vez, en el precedente "Cirigliano" (2011), el actor —trabajador— inició demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de que se le paguen las indemnizaciones por despido sin causa y los otros créditos laborales previstos en la LCT. Señaló que trabajó durante siete años, mediante diversos contratos de locación de servicios como operario y que, luego, se le negó la posibilidad de trabajar. La Corte le dio la razón al actor y apoyó su decisión en dos circunstancias fundamentales. *Por un lado*, "la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre"; y, *por el otro*, "resulta una evidente desviación de poder la contratación de servicios por tiempo determinado con el objeto de encubrir vinculaciones laborales de carácter permanente". Luego, el Tribunal agregó que "el derecho a trabajar, comprende, entre otros aspectos, el derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo". En síntesis, el criterio de "Ramos" alcanza "a todos los trabajadores que se encuentren ligados por un vínculo como el considerando en ese precedente, ya sea con la Administración pública nacional, provincial, municipal o, como en el presente caso, la específica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

Por último, "el modo de reparar los perjuicios que se hubiesen irrogado al actor ha de encontrarse en el ámbito del derecho público y administrativo", garantizándose el principio de suficiencia.

La Corte reiteró su criterio en el caso "González Dego" (2011) Aquí, el actor se desempeñó durante casi 7 años como pasante en el Tribunal de Servicio Doméstico, en virtud de un convenio de "asistencia técnica" celebrado entre las demandadas (Ministerio de Trabajo y Universidad de Buenos Aires). Allí realizó, durante el período señalado y de modo ininterrumpido, tareas propias del personal de planta permanente. La Cámara llegó a la conclusión de que el vínculo entre las partes no se ajustaba a la normativa prevista en materia de pasantías, ni a las condiciones de excepción que prevé el art. 9 de la ley 25.164. Por ello, consideró que el contrato de pasantía fue mantenido de modo fraudulento para evitar la incorporación del actor a la planta permanente y reconocerle la protección laboral contra el despido arbitrario.

Por su parte, la Corte rechazó los recursos extraordinarios de los demandados, toda vez que los cuestionamientos relativos a la calificación del vínculo entre las partes resultan insustanciales, pues los fundamentos de la Cámara se adecuan —en sustancia— a los expuestos por la Corte en "Ramos". Asimismo, señaló que "la aplicación al caso de los recordados parámetros indemnizatorios de la LCT no causa gravamen económico a los apelantes puesto que, de ser seguidas las pautas del antedicho precedente, se alcanzaría un importe mayor al condenado, en la medida en que debería aplicarse, en lugar del citado art. 232, el párrafo quinto art. 11 (tercero del citado artículo conforme sentencia aclaratoria de la Corte del 26 de abril de 2011), de la Ley marco de Regulación de Empleo Público Nacional, aprobada por la ley 25.164".

A su vez, en el caso "Maurette" (2012), el trabajador había sido contratado por el Ministerio de Economía y luego despedido. La Cámara de Apelaciones hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó al Estado a abonar la indemnización prevista en el último párrafo del art. 11 de la ley 25.164. Sin embargo, el trabajador se agravió por cuanto no se hizo lugar a la indemnización sustitutiva del preaviso y otros rubros de naturaleza estrictamente laboral. La Corte sostuvo que es aplicable al caso la doctrina sentada en "Ramos" y que —si bien en este precedente se excluyó la indemnización sustitutiva del preaviso omitido (art. 232 de la LCT)— corresponde igualmente abonar la prestación que prevé el párrafo tercero del art. 11 de la ley 25.164 (es decir, en el supuesto de disponibilidad), dada la ruptura intempestiva del contrato.

V. LOS DÉFICITS DEL EMPLEO PÚBLICO EN NUESTRO PAÍS

V.1. La falta de planificación de políticas públicas

Quizás, el déficit más elemental y serio en el empleo público es la falta de planificación de las políticas de personal en términos racionales y previsibles (es decir, cuántos agentes debe incorporar el Estado según las funciones y objetivos propuestos). Obviamente que luego es necesario organizar, capacitar y gestionar en el marco del respeto irrestricto de los derechos de los trabajadores estatales.

V.2. El problema del ingreso y ascenso

El ingreso en el Estado puede hacerse por varios caminos. *Por un lado*, el sistema de selección de los postulantes, de conformidad con el mérito y en el marco del régimen general de estabilidad; esto es, por ejemplo el Sistema Nacional de Empleo Público (SINEP). *Por el otro*, por designaciones directas o contrataciones, sin convocatorias ni selección por méritos y antecedentes. Entre estos últimos, cabe citar por caso el régimen general de contrataciones por tiempo determinado en los términos del [artículo 9](#) de la [ley 25.164](#); el régimen de prestación de servicios del personal de gabinete (según el [artículo 10](#) de la [ley 25.164](#)); el régimen de contratos en el marco del [decreto 2345/08](#); y el del personal contratado bajo la Ley de Contrato de Trabajo ([ley 20.744](#)).

Sin dudas, creemos que el mayor déficit es el modo de ingreso y ascenso del personal. En tal sentido, es necesario que el Estado siga un trámite de concursos públicos que garantice el acceso y ascenso por razones de idoneidad y en condiciones igualitarias (es decir, reglas claras, transparentes e igualitarias).

Entendemos que los principios de publicidad, capacidad, mérito e igualdad deben necesariamente respetarse en cualquier proceso de selección y ascenso de los agentes. A su vez, el concurso debe estar rodeado de otras garantías tales como las convocatorias públicas; la participación de jurados colegiados, independientes y especializados; y el uso de criterios imparciales y objetivos. También es cierto que el concurso puede matizarse con el ingreso por antecedentes sin oposición y por cursos de formación y perfeccionamiento.

El SINAPA fue un paso importante en ese camino y actualmente el SINEP ([decreto 2098/08](#)) establece que "para el ingreso a la carrera establecida en el presente Convenio, para la promoción a un nivel escalafonario superior y para la titularidad del ejercicio de las funciones ejecutivas y de jefatura, será de aplicación el régimen de Selección que el Estado empleador establezca...". A su vez, "Los procesos de selección se realizarán mediante los respectivos concursos de oposición y antecedentes, pudiendo prever modalidades de curso-concurso específicamente organizados para tal efecto, los que permitirán comprobar y valorar fehacientemente la idoneidad y las competencias laborales de los candidatos, esto es, de sus conocimientos, habilidades, aptitudes y actitudes, conforme al perfil del puesto o función a cubrir, el nivel escalafonario y agrupamiento respectivo, y asegurar el establecimiento de un orden de mérito o terna, según corresponda..." (art. 34).

Sin embargo y a pesar de los avances descritos, existen múltiples inconvenientes (por ejemplo: el congelamiento de las vacantes que impide designar miles de agentes en plantas permanentes). A veces, tal como describimos anteriormente, los agentes son nombrados en plantas transitorias o simplemente contratados por el Estado.

V.3. Las contrataciones temporarias

Las políticas públicas impulsadas por el Estado, particularmente desde los años noventa del siglo pasado (es decir, el modelo neoliberal), procuró reestructurar el Estado mediante las privatizaciones, las desregulaciones, las reducciones del gasto público y la reforma del empleo público, según criterios propios del sector privado y el mercado.

El ejemplo más claro es quizás el de las contrataciones temporarias en el sector público (por caso, los contratos por tiempo determinado en los términos del artículo 9° de la ley 25.164). Este texto dice que "el régimen de contrataciones de personal por tiempo determinado comprenderá exclusivamente la prestación de servicios de carácter transitorio o estacionales, no incluidos en las funciones propias del régimen de carrera, y que no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente". El Legislador agregó —luego— que el personal contratado por esta modalidad no puede superar en ningún caso el porcentaje que se establezca en el convenio colectivo de trabajo.

Otro modelo de contrataciones temporales es el decreto 2345/08 que regula los contratos cuyo objeto es la prestación de servicios profesionales autónomos a título personal.

Además de los contratos temporales y sus respectivos marcos jurídicos, existe otro modo de incorporación de personal en términos transitorios y sin estabilidad. En efecto, en el año 2009 el Congreso sancionó la ley 26.427 sobre el nuevo régimen de pasantías que derogó el modelo anterior (la ley 25.165). Este nuevo marco fijó básicamente un plazo menor de extensión de las pasantías (un año con la posibilidad de renovar el contrato por un plazo adicional de hasta seis meses), y menor tiempo de dedicación (cuatro horas diarias de trabajo).

La ley define como pasantía educativa al "conjunto de actividades formativas que realicen los estudiantes en empresas y organismos públicos, o empresas privadas con personería jurídica, sustantivamente relacionado con la propuesta curricular de los estudios cursados en unidades educativas, que se reconoce como experiencia de alto valor pedagógico, sin carácter obligatorio".

El mayor inconveniente de estas modalidades de empleo público —contratos temporales y pasantías— es que son utilizadas excediendo el marco legal y, especialmente, su sentido. Así, los contratos tienen por objeto tareas habituales y se extienden en el tiempo sin solución de continuidad.

A su vez, las pasantías —en razón de las tareas y de sus plazos— exceden el marco educativo de formación de los pasantes. Es decir, estas contrataciones temporarias sustituyen indebidamente los cargos permanentes y sus tareas.

En conclusión, el Estado en tales casos y en su condición de empleador no cumple, *por un lado*, con los procesos de ingreso en el empleo público en términos transparentes e igualitarios; y, *por el otro*, desconoce los derechos de los trabajadores.

V.4. Los sistemas de perfeccionamiento

Otro bloque importante en este capítulo es el perfeccionamiento del personal en el marco de sus carreras profesionales. En este contexto, el régimen más significativo fue el Sistema Nacional de la Profesión Administrativa (SINAPA) creado por el decreto 993/91.

Este modelo (SINAPA) fue reemplazado por el *SINEP* ([decreto 2098/08](#)) que distingue, básicamente, entre los procesos de selección generales y abiertos.

Pues bien, en el *trámite general* puede participar todo el personal de planta permanente y transitoria y, en ciertos casos, los agentes contratados. El personal sólo accede a la titularidad de puestos con funciones de jefatura mediante el Sistema de Selección General y goza de estabilidad por tres años.

Por su parte, en el *modelo abierto* puede participar todo postulante que se desempeñe en el ámbito público o privado, siempre que acredite idoneidad y las otras condiciones exigidas. Creemos que —quizás— uno de los avances más importantes de este modelo es el ingreso por el Sistema de Selección Abierto en los cargos de Director y Coordinador General, Regional o Temático; es decir, en el ejercicio de las funciones de conducción y su permanencia o estabilidad por tiempo determinado (el titular goza del derecho a la estabilidad prevista para dicha función por un término de cinco años).

A su vez, el SINEP prevé el encasillamiento del personal en cuatro agrupamientos (esto es: general, científico técnico, especializado y profesional). Estos agrupamientos se abren en *niveles* (cinco en el general; cuatro en el científico técnico y profesional; y dos en el especializado) con sus correspondientes tramos y *grados* —ordenados según complejidad, responsabilidad y requisitos de capacitación, según las funciones—.

El nomenclador de *funciones* y puestos establece el detalle de éstos, conforme el nivel del escalafón. El personal puede promover, dentro del nivel del escalafón en el que fue seleccionado, a uno de los siguientes tramos: general, intermedio y avanzado.

Respecto de la promoción de grado se debe cumplir con los requisitos que establece el SINEP en materia de evaluación del desempeño laboral y de cumplimiento de actividades de capacitación o desarrollo profesional, técnico o laboral.

VI. LA RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES PÚBLICOS. LA RESPONSABILIDAD PENAL, CIVIL Y ADMINISTRATIVA

Como todavía no hemos desarrollado el concepto de responsabilidad estatal, cuestión que trataremos más adelante, conviene aclarar que en este apartado sólo mencionaremos sucintamente las responsabilidades de los agentes, y no del Estado.

En el ámbito de las *responsabilidades penales*, el agente es responsable por sí mismo y personalmente respecto de terceros y ante el propio Estado. Más claro, el Estado no es responsable en términos penales. El único sujeto responsable es el agente por los delitos cometidos en el ejercicio de su cargo (trátese de delitos contra el Estado o en relación con otros bienes jurídicos protegidos por el Codificador). El Código Penal tipificó diversas conductas cuyo sujeto activo es el agente público (Título XI) o, en ciertos casos, cualquier sujeto, pero si el responsable es un agente público entonces éste es un hecho agravante respecto de las penas a aplicar.

A su vez, el ámbito de la *responsabilidad administrativa* es semejante al campo penal, en tanto es un caso de responsabilidad personal del agente y no del Estado. Sin embargo, en este terreno el agente sólo es responsable respecto del Estado y no de terceros, pues el objeto protegido es el interés del propio Estado. Cabe recordar que en los puntos anteriores analizamos el régimen disciplinario de los agentes en los términos de la ley 25.164.

Por último, el espacio *civil* es más complejo. Por un lado, en el caso de los daños sobre terceros, los responsables son el Estado y el agente. En principio, entre nosotros, el Estado es quien debe responder y en su caso es posible que éste inicie acciones de repetición contra los agentes públicos por los daños causados sobre los terceros. Por otra parte, es posible que el agente cause daños al Estado y es evidente que, en tal caso, debe responder patrimonialmente.

Finalmente cabe agregar que estas responsabilidades no son excluyentes sino concurrentes, de modo que el agente puede ser responsabilizado en sede civil, penal y administrativa, por el mismo hecho.

CAPÍTULO 10 - EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de los modelos de control estatal es posible distinguir entre: (a) el control de legalidad y oportunidad de las conductas estatales; (b) el control sobre los aspectos legales, económicos, financieros, presupuestarios y de gestión del Estado; y (c) el control de las conductas de los agentes presuntamente irregulares o delictivas.

Por su parte, los sujetos responsables del control —entre nosotros— son los siguientes: (1) la Auditoría General de la Nación (AGN); (2) la Sindicatura General de la Nación (SIGEN); (3) la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas; (4) la Oficina Anticorrupción; (5) el Defensor del Pueblo; (6) el Poder Judicial (en especial, los jueces penales y contencioso administrativos); y (7) los órganos superiores del Poder Ejecutivo.

Otro criterio plausible de aproximación al estudio del modelo de control del Poder Ejecutivo es el principio de división de poderes y ubicar en este contexto a los órganos particularizados. Así, por ejemplo, el Congreso debe controlar al Poder Ejecutivo y dicha tarea se realiza por medio de la AGN y del Defensor del Pueblo, ambos dependientes del Poder Legislativo y con autonomía funcional. A su vez, en el marco del Poder Judicial y el Ministerio Público cabe ubicar —evidentemente— a los jueces y a la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas. Por último, en el cuadrante propio del Poder Ejecutivo cabe situar a los órganos superiores y a la SIGEN.

Cabe aclarar que estas distinciones no tienen pretensiones de clasificación con valor jurídico; simplemente persiguen describir este cuadro intentando sólo despejar, si ello fuese posible, ciertas superposiciones y contradicciones. Volvamos sobre el esquema anterior.

II. EL CONTROL DE LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD DE LAS DECISIONES ESTATALES. EL CASO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

El propio Poder Ejecutivo a través de sus órganos superiores (por medio de las técnicas de avocación y resolución de los recursos administrativos); el juez contencioso (en el marco de un proceso judicial); y el Defensor del Pueblo controlan las conductas estatales con diferentes matices y alcances desde el escaparte de la legalidad —y en ciertos casos, incluso, la oportunidad—. Los dos primeros (órgano y juez) son objeto de estudio en los capítulos sobre procedimiento administrativo y proceso contencioso administrativo. Por eso, nos dedicaremos aquí al Defensor.

En nuestro país, la figura del Defensor del Pueblo fue incorporada por la ley 24.284 que instituyó la *Defensoría del Pueblo* en el ámbito del Poder Legislativo. La reforma constitucional de 1994 incorporó en el artículo 86 al Defensor del Pueblo como "un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad".

Asimismo, el Convencional dispuso que el titular de este organismo sea elegido por el Congreso de la Nación con el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros presentes y su mandato es de cinco años, pudiendo ser reelegido por una única vez. Asimismo, goza de las inmunidades y privilegios propios de los legisladores.

En cuanto a las facultades del Defensor, el texto constitucional prescribe que, *por un lado*, "su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración"; y, *por el otro*, "el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas".

El Defensor debe controlar y recomendar, pero no tiene poder decisorio o resolutivo. Sin embargo, el Defensor sí está legitimado con el objeto de impugnar judicialmente las conductas estatales —trátese de acciones u omisiones de la Administración—.

Su ámbito de competencia comprende a la Administración centralizada y descentralizada; entidades autárquicas; empresas del Estado; sociedades del Estado; sociedades de economía mixta; sociedades con participación estatal mayoritaria; y todo otro organismo del Estado nacional. Están exceptuados el Poder Judicial, el Poder Legislativo, la Ciudad de Buenos Aires y los organismos de defensa y seguridad. A su vez, el ámbito del Defensor abarca a las personas jurídicas públicas no estatales que ejercen prerrogativas públicas y a los prestatarios de servicios públicos.

Su relación con el Congreso Nacional se manifiesta en la obligación de presentar anualmente, antes del 31 de mayo, el informe donde dé cuenta del número y tipo de actuaciones que tramitó; las presentaciones que fueron rechazadas y sus causas; así como las que fueron objeto de investigación y su resultado.

Cabe agregar que el Defensor del Pueblo actúa *a instancias de los particulares* por medio de la presentación de quejas sobre violaciones, omisiones o irregularidades de la Administración Pública, y también realiza investigaciones *de oficio*. En tal sentido, debe prestar especial atención

a los comportamientos que denoten una falla sistemática y general de la Administración Pública, "procurando prever los mecanismos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter".

Por último, respecto de su legitimación procesal, el bloque normativo vigente —en particular, el texto constitucional— le reconoce legitimación en las acciones de amparo sobre cuestiones ambientales, usuarios y consumidores e intereses colectivos en general (arts. 86 y 43, CN). Luego, volveremos sobre este aspecto en el capítulo sobre situaciones jurídicas subjetivas.

III. EL MODELO DE CONTROL ESTATAL SOBRE LOS ASPECTOS LEGALES, ECONÓMICOS, FINANCIEROS Y DE GESTIÓN DEL ESTADO

En este apartado estudiaremos el control —tanto interno como externo— de los aspectos legales, económicos, financieros y de gestión de las actividades estatales y, en particular, los actos y contratos de disposición de recursos públicos.

III.1. El control externo. La Auditoría General de la Nación

Existen básicamente dos modelos de control, al menos en el plano teórico. Ciertamente es que —en los hechos— los esquemas normativos (positivos) entremezclan piezas de uno y otro, indistintamente. Por razones didácticas, nos proponemos desarrollar aquí los modelos puros.

El primero de éstos es el modelo de los *Tribunales de Cuentas* que estuvo vigente en nuestro país en el ámbito federal desde 1955 hasta 1991 y que rige actualmente en muchas Provincias. Sus características más importantes son las siguientes:

(A) **Integración.** El Tribunal de Cuentas estuvo integrado, entre nosotros, por cinco miembros designados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado. Luego, el Congreso reformó la ley y, en consecuencia, los vocales del Tribunal fueron designados por el Presidente sin el acuerdo legislativo. A su vez, éstos sólo podían ser removidos por el mismo procedimiento de destitución de los jueces federales (es decir, el juicio político). Sin perjuicio de ello, en el año 1991, cuatro de los cinco miembros del Tribunal fueron removidos simplemente por decreto del Ejecutivo.

(B) **Modelo de control.** El Tribunal era un órgano de control externo en relación con el sujeto controlado (Poder Ejecutivo) porque dependía del Congreso.

(C) **Funciones.** El Tribunal ejerció funciones de control, por un lado; y jurisdiccionales, por el otro. En efecto, el Tribunal de Cuentas era un tribunal administrativo que desarrollaba funciones materialmente jurisdiccionales, con el objeto de juzgar la responsabilidad patrimonial de los agentes públicos y —a su vez— funciones materialmente administrativas de control.

(D) **Sujetos controlados.** El Tribunal debía controlar al Poder Ejecutivo centralizado y descentralizado, las empresas y sociedades del Estado, y a los otros poderes estatales.

(E) **Temporalidad.** Cabe señalar que el Tribunal ejercía el control *previo, concomitante y posterior* sobre las decisiones que ordenasen la disposición de recursos públicos (así, los actos y contratos estatales, entre otros). El control previo era de carácter obligatorio y, en caso de observación, el acto no podía ejecutarse; salvo insistencia del titular del poder estatal de que se tratase (Presidente de la Nación, Presidente de las Cámaras o Presidente de la Corte).

(F) **Tipo de control.** El tipo de control era básicamente de *legalidad*. Es decir, el Tribunal de Cuentas debía fiscalizar si el acto había sido dictado de conformidad con las normas vigentes.

(G) **Alcance del control.** El control era además integral (esto es, comprendía la totalidad de los actos y contratos estatales).

(H) **Legitimación.** El Tribunal de Cuentas tenía legitimación procesal para iniciar los juicios ejecutivos contra los agentes responsables por los perjuicios económicos causados por éstos al Estado.

En el paso siguiente de nuestro estudio, veremos esas mismas características en el modelo de *Auditorías* que fue adoptado por nuestro país a partir de la ley 24.156 (1991) y, luego, incorporado en el texto constitucional de 1994.

(A) **Integración.** El artículo 85, CN, establece que "el presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso". Por su parte, la ley 24.156 dispone que el órgano de control esté integrado por siete miembros.

El Presidente es nombrado por resolución conjunta de los presidentes de ambas Cámaras del Congreso; tres auditores por la Cámara de Diputados y tres por el Senado, respetándose la composición de los cuerpos legislativos (es decir, dos auditores por la mayoría y uno por el partido que le sigue en número de legisladores).

Así, el colegio de auditores está compuesto —por aplicación del texto constitucional y la ley respectiva— del siguiente modo: 1) el Presidente designado a propuesta del principal partido de la oposición; 2) cuatro auditores por el partido mayoritario que comúnmente es el partido político del Presidente del país; y, por último, 3) dos auditores por el partido que sigue en el número de representantes en ambas Cámaras del Congreso. Por lo tanto, cuatro auditores sobre un total de siete pertenecen habitualmente al mismo partido político que el Presidente y sólo los tres restantes son del principal partido opositor. Este esquema no es —obviamente— razonable en el marco institucional de control del Poder Ejecutivo. En efecto, si el partido o alianza del Presidente tiene mayoría en el cuerpo legislativo, entonces, la composición del órgano de control es mayoritariamente oficialista.

En cuanto al procedimiento de remoción, éste es igual al trámite de designación de los auditores; es decir, con intervención de las Cámaras del Congreso.

(B) **Modelo de control.** La Auditoría es un órgano de control externo del Poder Ejecutivo porque depende del Congreso.

(C) **Funciones.** El texto constitucional dice que "el examen y opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la Administración Pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación". Y agrega que la Auditoría es un organismo de asistencia técnica del Congreso con autonomía funcional. Por último, el citado precepto señala que el organismo de control "tendrá a su cargo... toda la actividad de la Administración Pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización... intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos". Es decir, el órgano de control externo sólo ejerce funciones de fiscalización; pero, en ningún caso, facultades jurisdiccionales.

(D) **Sujetos controlados.** Los órganos sujetos a control de la AGN son los siguientes: la Administración central; los organismos descentralizados; las empresas y sociedades del Estado; los entes reguladores de los servicios públicos; los entes privados adjudicatarios de procesos de

privatizaciones en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos; el Congreso de la Nación; y, en su caso, el Poder Judicial y el Ministerio Público por medio de convenios.

(E) **Temporalidad.** Cabe señalar que la Auditoría ejerce un control *posterior* y no previo o concomitante, como sí ocurre en el caso de los Tribunales de Cuentas. Quizás, éste es uno de los puntos divergentes más sustanciales entre los dos modelos de control.

(F) **Tipo de control.** El tipo de control que ejerce la AGN es de *legalidad* y *gestión*. Dijimos ya que el control de legalidad consiste básicamente en constatar si el acto o decisión bajo análisis cumple con el bloque normativo vigente y, por su parte, el control de gestión comprende los aspectos sobre la eficacia, eficiencia y economía de las decisiones estatales, conocido comúnmente como las tres E. Es decir, el acto puede ser legal, pero ineficaz, ineficiente y antieconómico.

(G) **Alcance del control.** El control de la AGN no es completo; es decir, no comprende todos los actos y contratos estatales, sino simplemente aquellos que estén indicados en su plan de acción anual. En síntesis, el modelo de control actual es selectivo; en tanto el anterior era integral.

(H) **Legitimación.** La AGN no tiene legitimación procesal, de modo que en caso de que el cuerpo de auditores constate posibles perjuicios patrimoniales debe hacerlo saber a la Sindicatura General y, en su caso, al Procurador del Tesoro.

Creemos que el modelo actual es razonable y quizás mejor que el anterior, siempre que el órgano de control esté dirigido por los partidos opositores. El caso de nuestro país es curioso, pues el órgano de conducción de la AGN es plural y compuesto mayoritariamente por el propio partido político del Presidente, salvo que éste no cuente con mayoría propia en las Cámaras del Congreso. En este contexto, es obvio que resulta necesario darle mayores facultades al presidente del cuerpo (nombrado por la oposición) o reformar su composición de modo que el control esté en manos de las fuerzas políticas opositoras.

Más allá de las diferencias y de los trazos más gruesos del modelo actual, los aspectos más relevantes de la AGN son los siguientes:

a) El Plan de acción

La ley 24.156 señala que la AGN debe cumplir con el plan de acción anual; éste establece —puntualmente— qué es aquello que debe controlarse, cómo y cuándo. Así, el órgano de control debe cumplir y ejecutar ese programa y, por eso, el aspecto más relevante es quién fija y aprueba ese plan.

En tal sentido, el texto de la ley es claro en cuanto establece que la Comisión Revisora de Cuentas y las de Presupuesto y Hacienda de ambas Cámaras del Congreso deben aprobar el plan de acción anual a propuesta de la AGN.

También se ha discutido si, además de la ejecución del plan antes mencionado, el órgano de control (AGN) puede por sí solo, sin intervención del Congreso, ordenar otros exámenes. Algunos hemos creído que la ley autoriza a realizar estos controles, más allá del plan de acción aprobado por las Comisiones del Congreso, en tanto dispone que el Colegio de Auditores puede aprobar exámenes especiales. Entendemos que tal interpretación del texto legal es plausible y razonable; sin embargo, surge el inconveniente del financiamiento de esos exámenes especiales porque el

órgano de control debe, en tal caso, solicitar al Congreso la ampliación de las partidas presupuestarias.

b) El carácter autónomo de la AGN

La Constitución Nacional en su artículo 85 establece que la AGN es un organismo de asistencia técnica del Congreso con ***autonomía funcional***. A su vez, la AGN —según la ley reglamentaria (ley 24.156)— es una entidad con personería propia e independencia funcional. Ahora bien, ¿en qué consiste *la autonomía de la AGN*? ¿Cuál es el alcance de esa autonomía o independencia?

Creemos que el grado de autonomía de la Auditoría es mínimo. ¿Por qué? Por las razones que detallamos seguidamente:

1. la composición del cuerpo es, salvo ciertas circunstancias, del mismo color político que el Presidente de la Nación y, si bien el presidente de la AGN es propuesto por el principal partido de la oposición, la ley no le atribuye facultades relevantes de modo que es un auditor más entre sus pares;
2. el plan de acción es aprobado por el Congreso, a través de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas y de las Comisiones de Presupuesto de ambas Cámaras del Congreso, y no por el propio ente;
3. la AGN no tiene garantizado un presupuesto propio necesario para el cumplimiento de los cometidos constitucionales; y, por último,
4. la ley 24.156 no le reconoce a la AGN facultades reglamentarias.

III.2. El control interno. La Sindicatura General de la Nación

Hasta aquí hemos analizado el control externo (Tribunal de Cuentas y Auditoría General de la Nación como modelos distintos e incluso contrapuestos), resta —entonces— estudiar el modelo de control interno.

La [ley 24.156](#) creó la Sindicatura General de la Nación como órgano de control interno del Poder Ejecutivo dependiente del Presidente de la Nación.

En verdad, tal como dice la ley, el sistema de control interno está integrado, *por un lado*, por la Sindicatura General de la Nación como órgano normativo de supervisión y coordinación y, *por el otro*, por las Unidades de Auditoría Interna (UAI), creadas en cada jurisdicción a controlar. Quizás la característica más peculiar del actual sistema es que las Unidades dependen jerárquicamente del órgano superior de cada organismo, pero son coordinadas técnicamente por la Sindicatura General.

Cabe agregar que el control interno es un examen posterior de las actividades financieras y administrativas de los órganos y entes estatales que abarca los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, fundados en criterios de economía, eficiencia y eficacia.

Entre las funciones de la Sindicatura General están las de: (a) dictar y aplicar las normas de control interno que deben ser coordinadas con la AGN; (b) supervisar la aplicación por parte de

las Unidades correspondientes de las normas de auditoría interna; (c) vigilar el cumplimiento de las normas contables; (d) aprobar los planes de trabajo de las unidades de auditoría interna; (e) comprobar el cumplimiento de las observaciones y recomendaciones de las unidades de auditoría interna; (f) asesorar al Poder Ejecutivo; y (g) poner en conocimiento del Presidente los actos que causen o pudieren causar perjuicios importantes al patrimonio público.

Asimismo, la Sindicatura debe informar: 1) al Presidente de la Nación sobre la gestión financiera y operativa de los organismos comprendidos dentro del ámbito de su competencia; 2) a la Auditoría General de la Nación sobre la gestión cumplida por los entes bajo fiscalización de la Sindicatura —sin perjuicio de atender otras consultas y requerimientos específicos formulados por el órgano externo de control—; y 3) a la opinión pública en forma periódica sobre su gestión.

IV. EL CONTROL DE LOS AGENTES PÚBLICOS POR COMISIÓN DE DELITOS O IRREGULARIDADES EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

Además de la fiscalización que realiza el Defensor del Pueblo, la AGN y la SIGEN, el Estado también controla la regularidad y licitud de los actos estatales en términos de infracciones y delitos, a fin de que se juzgue la eventual responsabilidad administrativa y penal de los agentes públicos. En este apartado estudiaremos los mecanismos establecidos a tales fines y los organismos competentes para realizar este control.

Cabe aclarar que si el Defensor, la AGN o la SIGEN advierten, en el ejercicio de sus funciones, que cualquier agente cometió o pudo haber cometido infracciones o delitos debe comunicárselo al órgano competente, según el cuadro que describiremos seguidamente.

IV.1. La Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas

El Ministerio Público, como ya sabemos, es un poder estatal que tiene por objeto defender los intereses de la sociedad y, en particular, el respeto de los poderes públicos por las leyes (principio de legalidad). Por ejemplo, en el proceso penal el fiscal es el que insta la acción penal, de modo que en tales casos el papel del Ministerio Público es más relevante que en los otros procesos judiciales.

La Ley Orgánica del Ministerio Público incorporó en su ámbito a la figura del Fiscal de Investigaciones Administrativas.

El modelo actual está basado en los siguientes postulados: (a) el Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas integra el Ministerio Público Fiscal. (b) El fiscal no puede ordenar, en el ejercicio de sus tareas de investigación, medidas restrictivas de los derechos individuales. (c) El fiscal puede realizar investigaciones preliminares ante presuntas irregularidades o delitos cometidos por los agentes públicos e informar al órgano competente para iniciar el proceso sumarial o, en su caso, formular la denuncia penal. (d) El fiscal es parte en los procedimientos sumariales. Así, el fiscal puede intervenir en calidad de parte acusadora o coadyuvante en los sumarios: 1) cuyo inicio se le hubiese comunicado a tenor de lo previsto en el Reglamento de Investigaciones, 2) hubiese tomado conocimiento por cualquier otro medio o 3) se tratase de sumarios que se hubiesen iniciado como resultado de las investigaciones iniciadas por él. (e) El fiscal no es parte en las causas penales contra los agentes públicos, pero puede ejercer la acción pública en casos de excepción —esto es, por caso, cuando el fiscal no prosigue con el proceso penal y siempre que éste se hubiese iniciado por actuaciones del propio Fiscal Nacional—. Este último criterio es claramente restrictivo. Por su parte, la Corte en el caso "Moreno" (2012)

siguió el camino contrario al sostener que "la comunicación exigida al juez de la causa por el art. 48 de esa ley extiende la facultad de asunción directa del ejercicio de la acción por parte de la FIA a procesos que no tengan ese origen".

Así, el Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas tiene, según la Ley Orgánica del Ministerio Público (ley 24.94), las facultades de promover la investigación de las conductas administrativas de los agentes de la Administración Pública nacional; efectuar investigaciones en toda institución que tenga como principal fuente de financiamiento recursos estatales; ejercer el poder reglamentario y de superintendencia sobre la propia Fiscalía; y denunciar ante la justicia los hechos que producto de las investigaciones sean considerados delitos.

IV.2. La Oficina Anticorrupción

La Oficina Anticorrupción (OA) es un órgano administrativo que depende del Ministro de Justicia y Derechos Humanos y cumple básicamente tres funciones, a saber: (a) la investigación de presuntos hechos irregulares y delictivos cometidos por los agentes públicos; (b) la planificación de políticas de lucha contra la corrupción; y (c) el registro y archivo de las declaraciones juradas patrimoniales de los funcionarios públicos.

Un aspecto relevante es que la Oficina puede presentarse como parte querellante en los procesos penales que se siguen contra los agentes públicos. Así, se ha expresado la Cámara de Apelaciones; y, luego, la Corte no abrió el respectivo recurso extraordinario en el caso "Gostanián" (2006).

IV.3. La ley de Ética Pública

La [ley 25.188](#) (Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública) fue sancionada en el año 1999 y establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades respecto de los agentes que se desempeñen de modo permanente o transitorio en la función pública, cualquiera haya sido su modo de ingreso. Asimismo, es aplicable a todos los funcionarios y magistrados del Estado.

La ley prevé una serie de deberes y pautas de comportamiento ético a observar por los agentes mencionados. Entre ellos se encuentra el deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos, así como también defender el sistema republicano y democrático de gobierno; el deber de desempeñarse con honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana; y velar por los intereses del Estado privilegiando el interés público sobre el particular.

En consonancia con estas pautas, los agentes tienen el deber de no recibir beneficios por actos inherentes a su función; fundar los actos y dar transparencia a las decisiones; proteger y conservar la propiedad del Estado; y abstenerse de utilizarla en beneficio personal. Asimismo, tienen el deber de excusarse en razón de las causales previstas por la ley procesal civil en los asuntos que tramitan ante sí.

Por último, la ley y su decreto reglamentario prevén el régimen de incompatibilidades y el conflicto de intereses.

I. EL CONCEPTO DE BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO. LOS BIENES DEL DOMINIO PRIVADO. EL PODER REGULATORIO

Hasta aquí hemos visto que el Poder Ejecutivo para el cumplimiento de sus funciones (regulación, ordenación, prestación de servicios y estímulo de actividades económicas) está organizado de determinado modo (organización administrativa); dispone de personal (empleo público); y, asimismo, requiere de bienes (dominio público y privado del Estado). Esto último es obvio, pues uno de los presupuestos de la personalidad jurídica (Estado) es justamente el patrimonio. En efecto, el Código Civil y Comercial señala que "la persona jurídica debe tener un patrimonio" (art. 154).

En primer lugar, es posible definir el **concepto de los bienes del dominio público** como aquel que comprende al conjunto de bienes —trátase de cosas muebles o inmuebles— de propiedad del Estado destinados a la **utilidad o interés común**.

En segundo lugar, es necesario **distinguir** básicamente entre los **bienes del dominio público y privado** del Estado. Así, el Código Civil y Comercial define a los bienes del dominio público (art. 235) y privado (art. 236).

El rasgo distintivo de este modelo (es decir, el carácter de interés general o de utilidad o comodidad común) surge claramente del Código Civil y Comercial (artículo 235, incisos c y f). El primero de los preceptos mencionados dispone que son bienes del dominio público, entre otros, los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas y, además, toda otra agua que "tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general"; y, el segundo, añade "cualquier otra obra pública "construida para utilidad o comodidad común".

El Legislador agrega ciertos ejemplos de bienes del dominio público. Así, las calles, plazas y caminos, entre otros. Sin embargo, esto no nos permite discernir con mayores certezas el alcance de los conceptos indeterminados antes detallados (interés general, utilidad y comodidad común).

A su vez, el artículo 236 establece que son bienes privados del Estado (es decir, bienes no públicos): a) los inmuebles que carecen de dueño; b) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería; c) los lagos no navegables que carecen de dueño; d) las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros, e) los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título".

Pues bien, es claro que el pilar de distinción entre los bienes del dominio privado y público es sustancialmente, según el criterio del Legislador, el destino de interés, uso o utilidad común de los bienes. Así, cabe preguntarse: ¿el destino común de los bienes es necesariamente el uso y goce general de las personas? Por ejemplo, ¿las obras públicas tienen que estar destinadas al uso común y público o es igualmente bien del dominio público si cumple con cualquier otro interés público? ¿Acaso el fin público del dominio estatal es necesariamente el uso común de los bienes por todos?

Creemos que los bienes del dominio público son aquellos que tienen una **utilidad pública**, tratándose del uso común y directo de las personas o **cualquier otro de carácter colectivo**.

En otras palabras, los bienes del dominio público tienen un destino público **directo** (por caso, el uso público y general por las personas como ocurre respecto de las plazas o calles) o **indirecto** (el acceso o goce indirecto; por ejemplo, los edificios destinados como sede de los

poderes públicos o los bienes utilizados en la prestación de un servicio público). En este último caso persiguen un fin público, pero distinto del uso común y directo por todos. En este sentido se expidió la Corte, entre otros antecedentes, en el caso "Germán Puebla c. Provincia de Mendoza".

En síntesis, y sin perjuicio de los criterios antes expuestos (utilidad, comodidad e interés colectivo), cierto es que los bienes del dominio público son aquellos creados o reconocidos por ley (criterio legal) y, a su vez, éstos pueden ser de propiedad del Estado nacional o entes autárquicos o autónomos, pero en ningún caso de los particulares (titularidad).

Veamos puntualmente *cuáles son los bienes del dominio público*. El Código Civil y Comercial establece que son bienes del dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales: "a) el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo; b) las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso; c) los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio de ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos; d) las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares; e) el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial; f) las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común; g) los documentos oficiales del Estado; h) las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos".

Existe entonces una multiplicidad de bienes del dominio público que son regulados no sólo por el Código Civil y Comercial, sino por leyes y decretos específicos y sectoriales —por ejemplo, el espacio radioeléctrico (ley 27.078), entre tantos otros—. Así, el régimen general debe completarse con los marcos jurídicos especiales.

Ahora bien, ¿cuáles son los bienes del dominio privado del Estado? Éstos son definidos en términos positivos por el artículo 236 del Código Civil y Comercial ya mencionado en los párrafos anteriores.

Históricamente se sostuvo que los *bienes del dominio privado del Estado* poseen caracteres más cercanos a los bienes de las personas privadas y, por tanto, el régimen a aplicarles es propio del Derecho Privado (Código Civil y Comercial). En efecto, los bienes del dominio privado no son inalienables, imprescriptibles ni inembargables (art. 237 del Código Civil y Comercial) y su desalojo, por ejemplo, debe hacerse por trámites especiales —con intervención judicial— y no simplemente por decisión del Poder Ejecutivo. Sin embargo, existen ciertas salvedades. *Por un lado*, si bien es cierto que los bienes privados del Estado son enajenables porque están en el comercio, ello depende de *autorizaciones estatales*. Es más, ciertos aspectos —tales como su adquisición o enajenación— se rigen por el Derecho Público. Así, por ejemplo, el Estado debe adquirirlos o venderlos por el procedimiento de la licitación, la subasta y, en casos de excepción, por contrataciones directas. *Por el otro*, los bienes privados cuyo destino es la prestación de

servicios públicos no son embargables (en este sentido coincide con los bienes de los particulares —243, CCyC—).

Finalmente, el artículo 237 del Código Civil y Comercial establece que "la Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos artículos 235 y 236". Es decir, la potestad de regulación de los bienes estatales corresponde al Estado nacional o provincial, siguiéndose el criterio de propiedad de los bienes, de modo que el Código Civil y Comercial sólo comprende el régimen de los bienes que son propiedad del Estado federal.

En igual sentido, "las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales (art. 237, Código Civil y Comercial).

II. LA AFECTACIÓN Y DESAFECTACIÓN

Cabe aclarar que los bienes se incorporan al Estado —en principio entre los bienes privados de éste— y, luego, en su caso, son afectados e integrados al dominio público. Los bienes se agregan al patrimonio estatal por adquisición a título gratuito u oneroso (es el caso de los bienes vacantes y las expropiaciones); decomiso (por sanciones o delitos); prescripción (en virtud de la ocupación por tiempo determinado); y adjudicación (contratos y procedimiento de selección).

La *afectación* es el acto por el cual un bien es incorporado al dominio público; es decir, el bien es destinado al uso, utilidad, interés o beneficio general de modo directo o indirecto y se le aplica el régimen jurídico consecuente (Derecho Público federal o local).

En este contexto es importante distinguir entre los bienes del dominio público natural y artificial. En el primer caso, la afectación es simplemente por ley (tal es el supuesto entre otros de los mares y los ríos); mientras que en el segundo, esto es, el dominio público de carácter artificial, es necesario sumar a la ley el acto de alcance particular (así sucede con las calles, plazas y caminos).

A su vez, la afectación puede ser *expresa* (trátese de una ley o acto) o *implícita*. Esto último ocurre cuando la decisión estatal presupone necesariamente afectar el bien al dominio público. Sin embargo, rechazamos las afectaciones presuntas, es decir, los *hechos administrativos* — simples comportamiento materiales del Estado— que supuestamente afectan bienes de propiedad del Estado al dominio público (por ejemplo, si el Estado hace uso de un inmueble privado de su propiedad con fines de utilidad o comodidad común).

Es posible que el Estado modifique el destino del bien afectado, pero conservándolo dentro del marco del dominio público (así —por ejemplo— si le da otra utilidad o comodidad de alcance colectivo). También puede plantearse el caso de traslado de titularidad entre personas públicas estatales. Estos ejemplos constituyen supuestos de modificación de las condiciones de afectación del bien de que se trate, pero sin excluirlo del ámbito del dominio público.

Por su parte, obvio es concluir que la *desafectación* es el acto o hecho de exclusión de un bien del dominio público y ello debe hacerse, en sentido consecuente y paralelo, por los mismos caminos que trazamos en los procesos de afectación. Sin embargo, en el presente supuesto, sí aceptamos las desafectaciones presuntas por su razonabilidad.

Así, si se tratase de bienes naturales debe hacerse por medio de la ley y, excepcionalmente, por hechos. A su vez, tratándose de bienes artificiales, el cambio puede hacerse por leyes, actos y

hechos. Por ejemplo, la modificación de la traza de un camino, o cuando el Estado abandone una expropiación.

Tras la desafectación del bien por ley, acto o hecho, éste pasa a formar parte del dominio privado del Estado.

III. LOS CARACTERES Y PRIVILEGIOS

Los caracteres del dominio público son los siguientes: a) la inalienabilidad; b) la imprescriptibilidad; y, por último, c) la inembargabilidad.

¿Cuál es el fundamento normativo de estos caracteres? El artículo 237 del Código Civil y Comercial establece que "los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles". Es obvio, entonces, que los bienes del dominio público no están dentro del comercio.

La inalienabilidad supone que el Estado no puede vender ni gravar (por caso, hipotecar) los bienes del dominio público; sin perjuicio de ello, el Estado sí puede conceder su uso o explotación mediante el reconocimiento de derechos reales administrativos. Así, cabe señalar que, por caso, el carácter inalienable no es absoluto, sino que es posible transmitir su titularidad entre personas públicas estatales, e incluso otorgar permisos de uso o concesiones de uso sobre esos bienes. El sentido de la inalienabilidad de los bienes es proteger su afectación y destino en términos de utilidad, uso o comodidad común.

Por su parte, la *imprescriptibilidad* nos dice que ningún particular puede adquirir esos bienes por su posesión más el simple transcurso del tiempo.

Por último, si el bien no puede ser objeto de enajenación ni adquisición por medio de prescripción, es obvio y consecuente entonces que no puede ser embargado (*inembargabilidad*). Es decir, así como la titularidad del bien del dominio público no puede ser transferida, el embargo es irrazonable porque éste es simplemente el paso previo cuyo sentido último es justamente el traspaso del bien entre patrimonios.

Los caracteres descriptos, por un lado, limitan el manejo de los bienes del dominio público pero, por el otro, protegen tales bienes.

El Estado tiene la obligación de cuidar y conservar los bienes del dominio público. En tal sentido, el Estado debe llevar el inventario de sus bienes y —en caso de que fuesen registrables— inscribirlos en el registro respectivo. Es más, el Estado debe prestar regularmente el servicio de custodia y conservación de dichos bienes.

Finalmente, el Estado puede proceder al *desalojo* de los bienes del dominio público, sin intervención judicial, siempre que esté ordenado en estos términos por el propio legislador. De todos modos, el Estado debe realizar un procedimiento previo, salvo casos de urgencias previstas por el propio legislador y debidamente razonadas y justificadas.

IV. EL USO DE LOS BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO

El Código Civil establece en su artículo 237 —ya citado— que "las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales".

Sin embargo, el uso es parte del marco jurídico, de modo que el Estado federal y las Provincias ejercen sus competencias en sus respectivos ámbitos (es decir, dominio público federal y provincial). De todos modos, los bienes del dominio público del Estado federal están sujetos también en este terreno (uso o explotación) y, en ciertos aspectos, a las leyes provinciales y ordenanzas municipales del lugar donde se encuentren situados los bienes.

Hemos dicho ya que los bienes del dominio público pueden ser dados en uso; sin embargo, debemos distinguir entre el uso común y especial. El primero es general y el segundo es exclusivo, en cuyo caso es posible acceder por permiso, concesión o prescripción.

El *uso común* puede prever el cumplimiento de ciertos recaudos de acceso o restricciones temporales, y no por ello se constituye en especial.

El uso común es —por ejemplo— el tránsito por las calles, plazas o playas, y debe sujetarse a los principios de *compatibilidad* (el uso de unos sujetos no puede impedir el de los otros); *prioridad de los menos autónomos* (así, en caso de escasez o uso más restringido debe darse preferencia a los que menos posibilidades tienen de acceder por sus propio medios); y *protección de los bienes* (el deber de cuidarlos, de modo tal que el uso de unos no perjudique al de los otros).

Por su parte, el *uso especial* supone el disfrute o explotación de carácter privativo (exclusivo y excluyente de los otros); y, por ello, es necesario un permiso especial del Estado. Finalmente, es posible que los bienes del dominio público estén destinados al uso exclusivo del propio Estado

CAPÍTULO 12 - LAS ACTIVIDADES ESTATALES DE INTERVENCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Históricamente el Estado usó ciertos institutos clásicos de intervención calificados como poder de policía, servicio público y fomento. Así, las actividades desarrolladas por el Estado fueron clasificadas bajo estos conceptos.

En términos jurídicos dogmáticos clásicos el *poder de policía* es el poder de ordenación y regulación estatal. Por su parte, el *servicio público* y el *fomento* constituyen actividades de prestación del Estado; en el primer caso, se trata de servicios (el servicio eléctrico y el transporte, entre otros) y, en el segundo, promoción de actividades de interés colectivo (por ejemplo, la promoción de ciertos sectores o actividades industriales).

En verdad, el Estado siempre utilizó estos instrumentos (categorías jurídicas), pero existe una diferencia sustancial. ¿Cuál? El mayor o menor uso de estas técnicas, según las circunstancias políticas, sociales y económicas y de conformidad con el modelo estatal (es decir, el Estado liberal, el Estado de bienestar, el Estado subsidiario o el Estado neoliberal).

Por un lado, advertimos que los institutos mencionados aplicados a un caso concreto tienden a confundirse y entremezclarse. En efecto, mucho se ha dicho y escrito sobre la crisis de estos conceptos y ciertamente es correcto, pero es importante agregar que en el ámbito del Derecho Público todos los conceptos viven permanentemente en conflicto y redefiniciones.

Pero, ¿cuál es el estado actual de esta crisis? Ante todo, advirtamos que esta crisis tiene varias aristas. *Primero*, es necesario decir que en nuestro ordenamiento jurídico estos institutos (es decir, el poder de policía, el servicio público y el fomento) tienen bases constitucionales, y desde allí debe construirse el modelo jurídico dogmático. *Segundo*, no existe un régimen jurídico común sino que tras las bases constitucionales nacen múltiples marcos, según el criterio particularizado del legislador. *Tercero*, el alcance de esos conceptos es redefinido constantemente de modo que su contorno es variable; pensemos ¿cuáles son los servicios públicos? ¿Cuáles son los medios de policía? ¿Cuál es el alcance del poder de policía en el estado de emergencia? ¿Cuáles son las medidas de fomento?

Así las cosas, nos proponemos rescatar estas categorías a partir de los principios y reglas constitucionales y redefinir nuevamente su contenido y contorno. Volvamos sobre los conceptos antes de adentrarnos en sus raíces constitucionales.

Creemos que básicamente el *poder de policía* es la potestad de ordenación y regulación estatal; es decir, el poder estatal de limitar los derechos. En este terreno, el punto más controvertido es quizás el equilibrio entre, por un lado, ese poder y, por el otro, el deber estatal de no interferir en el espacio autónomo de las personas y respetar sus derechos fundamentales.

Recordemos que históricamente los ordenamientos jurídicos reconocieron derechos individuales, luego extendieron su reconocimiento y protección al campo de los llamados derechos sociales durante el siglo XX, y más recientemente incorporaron el concepto de derechos colectivos y nuevos derechos.

Así, el Estado debe preservar y garantizar activamente los derechos individuales, sociales y colectivos. ¿Qué debe hacer el Estado para cumplir con ese objetivo? *Por un lado*, abstenerse de conductas propias que restrinjan los derechos; y *por el otro*, realizar acciones positivas de modo que las personas gocen efectivamente y en términos ciertos y reales de sus derechos.

El Estado, en un principio y ya en el marco del Estado de Derecho, cumplió un papel negativo (prestaciones negativas, es decir, abstenciones y regulaciones) y, sólo luego, un papel positivo (prestaciones positivas, esto es, acciones).

Sin embargo, es obvio que el Estado debe intervenir mediante la regulación de los derechos con el propósito de satisfacer otros derechos y resolver así los conflictos entre éstos. Es decir, la intervención estatal restringe ciertos derechos y —a su vez— reconoce, protege y garantiza otros, de modo que *el poder estatal debe limitar unos y extender otros*. Es decir, aunque parezca paradójico, el único modo de garantizar derechos es recortando otros derechos.

¿Cómo debe el Estado resolver estos conflictos? Éste debe reconocer más autonomía a aquellos que tienen menos derechos o cuyo goce sea más limitado.

¿Es posible ubicar el universo de las actividades estatales en estas dos vertientes (acciones positivas y negativas del Estado)? Creemos que sí, toda vez que el Estado debe satisfacer en términos morales y jurídicos el interés colectivo (es decir, el derecho de las personas), y ello sólo es posible mediante prestaciones negativas y positivas. Por ejemplo, el Estado debe regular e intervenir en el mercado sobre los derechos de contenido económico —más aun cuando advertimos que las desigualdades sociales tienden a multiplicarse—, de modo de ampliar y garantizar así otros derechos.

En *conclusión*, el Estado debe, por un lado, abstenerse y regular y, por el otro, actuar por medio de acciones y prestaciones positivas.

Finalmente, ¿es posible escindir las prestaciones positivas de las negativas en el marco del reconocimiento y extensión de derechos? En otros términos: ¿los derechos individuales exigen abstenciones estatales y los derechos sociales prestaciones positivas del Estado? Creemos que, en cualquier caso, el Estado debe realizar prestaciones de corte negativo y positivo.

Veamos diversos ejemplos. En el supuesto de los derechos individuales, por ejemplo el de propiedad, el Estado debe —por un lado— reconocerlo y abstenerse de intervenir (prestaciones negativas) y —por el otro— regularlo (es decir, crear restricciones; verbigracia, la prohibición de construir más allá de tantos metros). A su vez, el Estado debe crear mecanismos de protección del derecho de propiedad ante intromisiones de terceros, por caso, los recursos judiciales y, eventualmente, el uso de los medios policiales (prestaciones positivas). En igual sentido, el Estado debe planificar y ejecutar planes de asistencia habitacional de modo que las personas accedan a su vivienda, garantizándose así ese derecho (prestaciones positivas).

Otro ejemplo: la libertad de expresión y de divulgación de las ideas, en cuyo caso el Estado no debe restringir e interferir en su ejercicio (prestaciones negativas) y, a su vez, debe controlar a los monopolios y otorgar espacios de modo plural y participativo en los medios estatales de comunicación (prestaciones positivas).

En síntesis, creemos que el poder estatal en su derrotero histórico se ensanchó por dos caminos. *Por un lado*, el Estado dejó su papel pasivo y comenzó a desarrollar un rol activo con el objeto de promover el Estado de bienestar y conformar el orden social. *Por el otro*, y en sentido coincidente con el camino anterior, incorporó nuevos títulos de habilitación de su poder de ordenación y regulación, así respecto de la tríada originaria del poder de policía (seguridad, moralidad y salubridad públicas) sumó otros tantos, tales como la economía pública, el bienestar público, la confianza pública y el decoro público. Es decir, el Estado ya no sólo interviene por razones de seguridad, moralidad y salubridad, sino también de economía o finanzas, entre otros.

Ahora bien, como adelantamos, las prestaciones positivas se clasifican en **servicios y fomento**. ¿En qué se diferencian estos conceptos? El servicio es un conjunto de actividades que el Estado debe satisfacer, por sí o por terceros. Por su parte, el fomento es el conjunto de prestaciones estatales con el objeto de promover o ayudar. Estos conceptos (servicios y fomento) están vinculados básicamente con las prestaciones de contenido positivo del Estado.

En suma, el Estado no sólo debe abstenerse sino que además, como ya hemos visto, debe regular (poder de policía) y realizar prestaciones de modo que cada persona pueda elegir y materializar su propio plan de vida (servicio público y fomento).

Como ya adelantamos, en cualquier caso el Estado ejerce su poder de ordenación y regulación en términos de restricción de derechos, pero debe también realizar prestaciones positivas.

Por ejemplo, el Estado debe garantizar la libertad mediante: (a) su abstención; (b) el poder de restricción de los derechos de los otros (regulaciones); y (c) las prestaciones positivas (el servicio de seguridad, el uso de la fuerza en casos extremos y, en ciertos supuestos, el proceso judicial). Este primer ejemplo nos permite ver cómo *el poder de regulación estatal y los servicios prestados por el Estado están entremezclados en el marco del reconocimiento y respecto de los derechos*.

Pensemos otro caso: el derecho a la educación. ¿Qué hace el Estado en este campo? Por un lado, regula el servicio educativo por medio de leyes, reglamentos y resoluciones sobre educación pública y privada, en el ejercicio de su potestad regulatoria sobre los derechos de aprender y enseñar (es decir, *el poder de policía o regulación estatal*). Por el otro, presta por sí mismo el servicio educativo mediante los establecimientos educativos estatales (*servicio estatal público*). Por último, otorga subsidios a los establecimientos de educación privada (*fomento*). ¿Cuál es el fundamento de las conductas estatales de regulación, servicio y fomento? Obviamente el derecho

a enseñar y aprender. ¿Cómo garantiza el Estado el goce pleno y cierto de estos derechos? Mediante prestaciones negativas (absteniéndose él y obligando a otros a abstenerse por medio de regulaciones) y positivas (básicamente, servicio y fomento).

En *conclusión*, ¿cómo es posible que el Estado garantice los derechos? En primer lugar, no interviniendo irregularmente en el ejercicio del derecho de que se trate (abstenciones). En segundo lugar, restringiendo el derecho de los otros (regulaciones) y, en tercer y último lugar, por medio de prestaciones positivas respecto del derecho (acciones). Trátese de derechos individuales, sociales o colectivos.

II. REGULACIÓN ESTATAL, SERVICIO PÚBLICO Y FOMENTO: SU RÉGIMEN CONSTITUCIONAL

En este punto cabe preguntarnos si los conceptos que estudiamos en el capítulo anterior son jurídicamente relevantes. Creemos que sí porque, como ya adelantamos, tienen su asiento en el propio texto constitucional.

¿Cuál es, entonces, el marco constitucional del *poder de policía o regulación*? Este concepto está apoyado básicamente en los artículos 14, 19, 28 y 75 incisos 10, 12 y 13, CN.

¿Cuál es el contenido de estos preceptos? Por un lado, el reconocimiento de ese poder (regulatorio) en tanto el Convencional dice que "todos los habitantes gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio" (artículo 14 y otros). En igual sentido, las cláusulas que autorizan al Estado a regular diversas materias (como por ejemplo, el poder de "reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí"), ya que éste debe interpretarse como poder de regulación estatal de los respectivos derechos.

Por el otro, el respeto de los derechos, es decir, la prohibición de alterarlos (artículo 28, CN) y, además, de no regular las acciones privadas "que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública" (artículo 19, CN). En igual sentido, el artículo 29, CN, establece que "el Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna".

El poder de regulación estatal también está previsto en los tratados internacionales incorporados en el texto constitucional desde el año 1994. Así, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que "en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática". En igual sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que "las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual hayan sido establecidas". Por último, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice que los derechos sólo pueden limitarse por ley y "en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática".

Es claro, entonces, que el Estado puede regular, tal como surge de los textos normativos citados, y por tanto comprimir los derechos. El debate debe centrarse, entonces, en el límite de ese poder. *¿Hasta dónde puede el Estado limitar los derechos?*

En ciertos casos, el Convencional definió el núcleo de los derechos y creemos que este concepto es relevante en términos jurídicos porque el Estado debe respetar ese círculo; es decir, no puede alterarlo. Por ejemplo:

- 1) "Todos los habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad".
- 2) "La propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada".
- 3) "Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley".
- 4) "La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino".
- 5) "Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie".
- 6) "El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación".
- 7) "El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta".
- 8) "El Estado debe defender la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y controlar los monopolios naturales y legales".

Dejemos el poder de regulación y busquemos saber qué dice el Convencional sobre los **servicios estatales**. Por un lado, el artículo 4, CN, establece que el gobierno federal provee a los gastos de la Nación, entre otros fondos, con las rentas del Correo. Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 42, CN, señala que el Estado debe contribuir en la calidad y eficiencia de los servicios públicos y —en particular— el tercer párrafo de ese mismo precepto dice que la legislación establecerá los marcos de regulación de los servicios públicos de competencia nacional. A su vez, el Art. 75, inciso 23, dispone que corresponde al Congreso legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos. Por último, el artículo 14 *bis*, CN, establece que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social y el acceso a una vivienda digna, entre otros.

Finalmente, el **fomento** está fundado, por un lado, en el inciso 18 del artículo 75, CN, que establece que el Poder Legislativo debe proveer aquello que fuere conducente a la prosperidad del país; la promoción de la industria; el establecimiento de nuevas industrias; y la importación de capitales extranjeros; entre otros. En particular, el texto constitucional ordena que el Congreso debe hacerlo por medio de: a) leyes protectoras de estos fines; b) concesiones temporarias de privilegios; y c) recompensas de estímulo. A su vez, el inciso 19 del mismo artículo expresa que el Congreso debe "proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo".

III. EL PODER DE REGULACIÓN Y ORDENACIÓN. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. DESARROLLO CONCEPTUAL

El poder de policía es entendido como la potestad estatal de limitar o restringir derechos. Este concepto tuvo históricamente dos caracteres básicos. *Por un lado*, el poder de regulación e intervención del propio Poder Ejecutivo sin participación del legislador; y, *por el otro*, el poder expansivo y restrictivo sobre los derechos. Vale decir que en términos históricos el poder de policía fue —y a veces sigue siendo— un título de intervención estatal sin más limitaciones.

Por su parte, el artículo 14 de la Constitución Nacional dice que "todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio". Es decir, el legislador por medio de las leyes puede restringir legítimamente los derechos. Pero, ¿en qué casos el Estado puede limitarlos? El Estado sólo puede hacerlo cuando persigue intereses públicos o colectivos.

El Estado debe seguir, entonces, el interés colectivo o también llamado comúnmente interés público —concepto claramente difuso y tan difuso como relevante— porque constituye el título de habilitación de las actuaciones y del ejercicio del poder estatal.

¿Qué es el interés colectivo? Entendemos que es aquel que satisface derechos individuales, sociales y colectivos y, digámoslo claramente, no existe otra razón de ser del Estado (es decir, éste sólo debe intervenir, ordenar, regular, limitar, hacer y prestar con el objeto de garantizar el ejercicio cierto de los derechos).

En otras palabras, *el interés público o colectivo* no es un concepto vago e inasible sino que está integrado necesariamente por los derechos. En los primeros capítulos hemos escrito sobre los derechos —pilar fundamental del Derecho Administrativo— y en el presente capítulo —Poder de Policía— nos dedicaremos al estudio de los deberes que son justamente el lado complementario de aquéllos.

Así, el Estado ejerce sus prerrogativas con el objeto de satisfacer derechos individuales, sociales y colectivos y, consecuentemente, puede y debe en ciertos casos restringir derechos porque éste es el único camino para reconocer otros derechos. Éste es el conflicto básico y más profundo (es decir, el equilibrio entre los derechos de unos y otros) y, asimismo, ese conflicto —en el nivel más superficial— se plantea entre los derechos y las prerrogativas estatales. Insistimos, detrás de las prerrogativas del Estado subyacen derechos.

El Estado debe perseguir el equilibrio entre derechos, pero respetando siempre el principio de inviolabilidad y autonomía de las personas.

Claro que esta aclaración preliminar que creemos básica en un Estado democrático nos plantea otros interrogantes igualmente agudos. ¿Qué derechos deben reconocerse y cuáles no? ¿Cuál es el contenido de esos derechos y cómo satisfacerlos? ¿Qué derechos deben restringirse? ¿Cuál es el límite de tales restricciones?

Todo ello es definido mediante el proceso democrático, es decir, por decisiones de las mayorías en un procedimiento deliberativo con participación de las minorías y respeto de sus derechos (en particular, el derecho de participar en ese proceso en condiciones autónomas e igualitarias). De modo que la intervención estatal debe definirse, en el marco del Estado Democrático y Social de Derecho, como *intervencionismo democrático*.

Sin embargo, el Estado comúnmente pretende desentrañar el contenido del interés público —y justificar así el ejercicio de sus potestades— con el uso de otros *conceptos instrumentales* como

por ejemplo *el orden público, la seguridad pública o la economía pública*, entre otros. Es decir, el *poder de policía* se desagrega en títulos más específicos, pero igualmente impreciso.

Algunos autores advierten sobre *el peligro y los riesgos de utilizar concretamente el título poder de policía u otros títulos instrumentales* en el marco del Estado Democrático de Derecho; sin embargo, creemos que ello no es necesariamente así. Ya hemos dicho que, por un lado, el fundamento filosófico-político del poder de intervención, ordenación y regulación estatal es el reconocimiento de derechos y, por el otro, el marco normativo entre nosotros es el propio texto constitucional que reconoce ese poder y define sus límites.

En este contexto, es claro que *el poder de policía no constituye por sí solo un título de habilitación del ejercicio de los poderes estatales*; sin perjuicio de que el propio Convencional de 1994 incorporó de modo expreso este concepto. En efecto, el art. 75, inciso 30, CN, dice — por ejemplo — que "Las autoridades provinciales y municipales conservarán los *poderes de policía* e imposición sobre estos establecimientos (establecimientos de utilidad nacional), en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines".

En verdad, el problema no es el uso del término poder de policía (denominación jurídica), más allá de su connotación histórica en gran parte reprochable por su contenido autoritario. De hecho, podemos reemplazarlo por cualquier otro; sin embargo, eso no resuelve el aspecto controversial porque el punto relevante es cómo justificar el poder estatal de regulación, su contenido y su efecto expansivo sobre los derechos.

La clave del modelo es, entonces, reconocer el fundamento constitucional de ese poder — llamémosle policía, ordenación o regulación — y sus límites constitucionales.

Como ya hemos dicho, el poder de regulación está apoyado, en general y de modo habitual, en conceptos descriptos comúnmente como bienes públicos (tal es el caso de la salud pública, la moralidad pública, la seguridad pública, la defensa pública, la economía pública, y así sucesivamente). Sin embargo, estos títulos son válidos en términos constitucionales si existe vínculo directo y necesario entre éstos y los derechos.

Creemos que el contenido del interés público en términos de derechos es sumamente importante, pues el Estado no puede cumplir sus cometidos apoyándose en conceptos vagos, imprecisos y —quizás— vacíos en sí mismos como la seguridad, el orden o la moralidad. Por ello, *el Estado sólo puede limitar derechos en razón del reconocimiento de otros derechos*, trátase de derechos individuales, sociales o colectivos.

Concluimos que *en ningún caso puede desconocerse el vínculo directo e inseparable entre el título y los derechos*, llámese poder de policía, seguridad, salubridad, moral o subsistencia estatal. Por ejemplo, el concepto de moral pública es un título válido si se trata de la moral intersubjetiva (es decir, el vínculo entre las obligaciones de unos y los derechos de los otros), y no autorreferente o personal (esto es, las acciones privadas de los hombres en el marco del art. 19, CN).

Sin embargo, más allá del título de habilitación del poder de ordenación y regulación estatal, *este poder debe estar previsto en el marco constitucional o legal de modo claro y específico*. De manera que en un Estado de Derecho no existen títulos de habilitación sin más. El poder de regulación debe nacer del propio texto constitucional o legal y —además— precisar cuál es el ámbito material y el alcance de esos poderes. En síntesis, *el poder de regulación estatal debe estar reconocido por ley y justificarse en el respeto y reconocimiento de los derechos*.

Las decisiones estatales, en cumplimiento del mandato constitucional descripto en los párrafos anteriores, deben necesariamente señalar: (a) cuáles son los derechos restringidos y el alcance de

la limitación; (b) cuáles son los derechos reconocidos (esto es, el fundamento de las restricciones impuestas); (c) el nexo entre las limitaciones de unos y el reconocimiento y goce de los otros; (d) la inexistencia de vías alternativas que permitan compatibilizar los derechos en conflicto, sin restricciones o con limitaciones menores (es decir, el balance entre éstos).

Es más, el *test* a seguir es el siguiente: el ejercicio del poder de regulación debe satisfacer en mayor grado la autonomía de las personas que en el estado anterior y, particularmente, debe prevalecer el derecho de aquellos que estén situados en una posición más desfavorable (es decir, los sujetos menos autónomos).

En síntesis, entendemos que el cuadro es éste: a) el Estado debe, en principio, abstenerse de invadir y obstaculizar el ejercicio de los derechos; b) las personas deben respetar el derecho de los otros y, consecuentemente, también abstenerse; y, por último, c) el Estado debe intervenir y regular el derecho con el objeto de garantizar los derechos de los otros. *En resumen, para garantizar derechos (individuales, sociales o colectivos) es menester restringir otros derechos.*

El concepto del poder de policía, entonces y más allá de su crisis, ***debe pensarse y redefinirse desde los derechos*** y no desde el poder estatal, ***y con fundamento normativo legal.***

Cierto es que, entre nosotros, la Corte ha utilizado conceptos inciertos e indeterminados como títulos de habilitación del poder de regulación estatal, por caso, la subsistencia del propio Estado. Así, el Tribunal reconoció desde el principio el poder estatal de ordenación y regulación, por ejemplo, vale citar entre otros el caso "Saladeristas" (1887).

Entendemos que —quizás— sea posible describir la evolución del ***criterio de la Corte*** en tres etapas en relación con el título de reconocimiento de las potestades de regulación y ordenación estatal y, particularmente, su justificación.

En *primer lugar* la seguridad, salubridad o moralidad pública; en *segundo lugar* el interés económico de la sociedad y el bienestar general; y, en *tercer lugar*, la subsistencia del Estado. Los dos últimos títulos están vinculados en casi todos los precedentes del Tribunal con el estado de emergencia y su consecuente poder, esto es, el poder ordenatorio y regulatorio excepcional del Estado en tales períodos.

Por otra parte, este cuadro y su fundamento imponen un límite. ¿Cuál es ese límite? La regulación estatal no puede, en ningún caso, desconocer el núcleo irreductible de los derechos porque si así fuese rompería su propio sustento (es decir, el respeto y el ejercicio de los derechos).

La Corte viene diciendo, desde hace mucho tiempo, que ***los derechos no son absolutos sino de alcance relativo.*** ¿Cuál es, entonces, el alcance de los derechos individuales? El Estado puede comprimir el derecho y hacerlo relativo. Pero ¿en qué consiste ese carácter relativo? En el poder de limitarlo, pero en ningún caso alterarlo. En efecto, el artículo 28, CN, establece que "los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio". Es decir, el ***Estado no puede romper la sustancia de los derechos (no alteración).***

Finalmente, los ***caracteres*** más sobresalientes del poder de policía en el Estado actual son el principio de reserva legal (el poder y su alcance debe estar previsto en términos completos, previsibles y específicos por ley); la razonabilidad (la relación de causalidad entre el medio y el fin); la proporcionalidad (esto es: el vínculo entre el medio y el fin, rechazándose los poderes innecesarios o exagerados); la no alteración (es decir, el respeto del núcleo propio de los derechos); y el criterio pro libertad (de modo que si es posible optar entre varios medios o soluciones, debe seguirse el camino que restrinja menos la libertad de las personas; o sea aquel que sea menos gravoso en términos de derechos).

Recapitulemos. Así, el cuadro es el siguiente:

- (1) ***El reconocimiento específico y por ley de las potestades de regulación estatal.*** Así, la potestad estatal debe surgir de un texto aprobado por el Congreso de modo claro y preciso. Consecuentemente, debe rechazarse de plano cualquier título de habilitación vago, impreciso o incierto (por ejemplo, el interés público sin más o el orden público y, en igual sentido, los poderes estatales implícitos sin nexo con los poderes expresos);
- (2) ***El fin estatal de regulación debe ser el reconocimiento y goce de derechos,*** de modo que el Estado debe explicar cuál es, en el contexto dado, el nexo entre el ejercicio del poder de regulación y los derechos (es decir, los derechos recortados y —a su vez— aquellos otros reconocidos); y
- (3) ***El límite del poder de restricción estatal.*** Las restricciones son constitucionales, siempre que no alteren el contenido del derecho en los términos del artículo 28, CN y, asimismo, respeten el estándar que prevé el art. 19, CN (autonomía individual).

IV. EL PODER DE REGULACIÓN Y ORDENACIÓN. SU DISPERSIÓN ENTRE LOS PODERES ESTATALES

El poder de regulación, entendido como poder estatal de limitación de los derechos de las personas, es claramente *legislativo*. En tal sentido, ya hemos dicho que el Poder Ejecutivo "no puede limitar los derechos que prevé la ley o, en su caso, extender una situación gravosa o restrictiva". Es decir, las disposiciones reglamentarias que dicte el Poder Ejecutivo deben limitarse a establecer reglas cuyo contenido sea la explicación, interpretación, aclaración y precisión conceptual de las leyes, de modo de lograr su mejor aplicación y cumplimiento.

El poder estatal de regulación de los derechos es competencia del Poder Legislativo y, sólo en casos de excepción y con intervención del Congreso, el Ejecutivo puede ejercer ese poder por medio de los decretos de contenido legislativo. Ello, sin perjuicio del poder regulador de los detalles de las leyes que es concurrente —como ya explicamos en el capítulo respectivo— entre el Congreso y el Presidente.

A su vez, cabe preguntarse si ese poder es compartido por los estados territoriales (Provincias y municipios).

Pues bien, en principio, la potestad de limitar y restringir derechos es competencia del Congreso de la Nación, de conformidad con el artículo 14 y el artículo 75 (en especial, los incisos 10, 11 y 13), CN. Por su parte, las Provincias, además de ejercer las potestades no delegadas en el Estado federal, según el artículo 121 del texto constitucional (*poderes exclusivos*), y dictar normas complementarias en el campo educativo y ambiental (*poderes compartidos*), pueden promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, entre otros (artículo 125, CN) y —asimismo— proveer a su progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura (*poderes concurrentes*).

Es decir, el poder de las Provincias de ordenar y regular los derechos y situaciones jurídicas (poder de policía) es consecuente y correlativo con sus potestades exclusivas, compartidas y concurrentes.

Dijo la Corte reiteradamente que "el poder de policía que ejerce la Nación ocasionalmente puede entrar en colisión con el que se hayan reservado las provincias, lo cual no obsta al principio de la concurrencia entre ambos poderes. El ejercicio por las autoridades locales de las facultades de poder de policía sólo puede considerarse incompatible con las ejercidas por las autoridades nacionales cuando, entre ambas, medie una repugnancia efectiva, de modo que el conflicto devenga inconciliable" (caso "Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte" —2011—, entre muchos otros).

En este punto de nuestro estudio, y luego de analizar el poder de regulación federal y provincial, debemos preguntarnos sobre la *potestad de regulación municipal*. Es común que las cartas orgánicas municipales u ordenanzas locales reconozcan el poder de regulación municipal sobre materias de higiene, seguridad y salubridad, entre otras. Así, pues, los municipios ejercen poder de regulación sobre ciertas materias y con carácter concurrente con los Estados provinciales y federal. Ese poder de los municipios nace, por un lado, de la Constitución Nacional —en tanto reconoce en su artículo 124 el carácter autónomo en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero—; y, por el otro, de las Constituciones provinciales, leyes provinciales y cartas orgánicas municipales.

V. LOS LÍMITES DEL PODER ESTATAL DE REGULACIÓN Y ORDENACIÓN

Creemos que es necesario observar ciertas reglas constitucionales que nos dicen cuál es el límite en el ejercicio del poder estatal de recortar los derechos. Veamos.

Primero. El criterio de **razonabilidad** que prevé el artículo 28, CN, (esto es, el nexo en términos de causalidad entre los medios y los fines estatales) y el concepto de **proporcionalidad** entre estos extremos. En otras palabras, las limitaciones o restricciones (medios); el interés colectivo (fin); y, por último, el vínculo entre ambos en términos razonables y proporcionales (esto es, nexo causal y adecuado).

El poder de regulación y sus medios debe justificarse, asimismo, en la inexistencia de otras vías alternativas que permitan componer los derechos en conflicto sin restricciones o —quizás— con menores restricciones (balance entre los derechos).

Entonces, lisa y llanamente, puede ocurrir que el vínculo entre los medios y fines sea inexistente (en cuyo caso la decisión estatal es irrazonable), o que estén relacionados, pero de modo desproporcionado o inadecuado.

Segundo. El núcleo del derecho objeto de reglamentación debe ser respetado. Es posible que el medio y el fin de las decisiones estatales sean causales y proporcionales pero, además, el Estado debe respetar el contenido de ese derecho no pudiendo alterarlo o destruirlo. Es decir, existe un **contenido mínimo y esencial** que el Legislador no puede menoscabar. Ese campo no reductible e indisponible es el conjunto de condiciones o caracteres que nos permite reconocer al derecho como tal, y sin cuya presencia no es posible identificarlo. A su vez, ese contenido exige su reconocimiento y exigibilidad porque, en caso contrario, se desnaturaliza y desaparece.

¿Cuál es el contenido del derecho como límite no reductible por el poder estatal? El límite depende del derecho de que se trate, las reglas constitucionales específicas y las circunstancias de cada caso. Claro que ello puede marcarnos un cuadro casuístico exacerbado. Es, en este contexto, entonces, en el que debemos refugiarnos en los principios.

¿Cuál es aquí el principio? En caso de dudas sobre el cumplimiento del mandato constitucional de no alterar el derecho regulado, debemos estar por la inconstitucionalidad de la regulación (es decir, inclinarnos por el ejercicio pleno y sin cortapisas de los derechos).

A su vez, el Estado no puede vulnerar el principio de autonomía personal que establece expresamente el art. 19, CN.

Tercero. La restricción debe respetar el **principio de igualdad**, tal como ha sido interpretado por la Corte (esto es, igualdad en iguales condiciones), de modo que, si existe un trato diferente, el estándar de distinción entre unos y otros debe ser razonable.

Cuarto. En caso de dudas, debe estarse por el criterio interpretativo más favorable sobre el campo autónomo de las personas —artículo 19, CN— y el respeto por los derechos. En otros términos, si no es claro cuál es el alcance de las restricciones, debemos estar por el criterio interpretativo menos limitativo de derechos.

Así, creemos que el Estado debe optar por *la solución menos gravosa* respecto de los derechos y su alcance, y dentro del abanico de las opciones posibles.

¿Cuál es el límite del poder de regulación según el criterio de la **Corte**? ¿Qué medios son razonables y cuáles no?

Por caso, en ciertos antecedentes, el Tribunal convalidó: a) la potestad del Poder Ejecutivo de solicitar informes a los frigoríficos y revisar su contabilidad y correspondencia; b) la fijación de precios máximos; c) la imposición de la obligación a los frigoríficos de clasificar el ganado e informar de las operaciones al Poder Ejecutivo; d) la creación de contribuciones obligatorias a los ganaderos a favor de la Junta Nacional de Carnes; y e) la fijación de restricciones sobre la propiedad, por las construcciones llevadas a cabo por parte de empresas prestatarias del servicio público de electricidad; entre muchos otros. Luego volveremos sobre este aspecto.

Sin embargo, en otros precedentes, la Corte consideró que los medios utilizados en el marco del poder de regulación estatal eran irrazonables o desproporcionados. Por ejemplo: (a) el requisito de que los alumnos del profesorado tengan visión en ambos ojos; (b) las exigencias de estatura mínima para enseñar; y (c) el cumplimiento obligatorio del servicio militar.

VI. LOS DEBERES Y OBLIGACIONES

Las limitaciones o restricciones que impone el Estado constituyen deberes de las personas; sin perjuicio de sus derechos que han sido objeto de estudio en los capítulos anteriores.

Tales deberes pueden ser de carácter personal (prestaciones personales) o real (obligaciones tributarias); y, a su vez, formales o de fondo.

Entre los formales, cabe mencionar el deber de información de las personas que le permite al Estado contar con los datos necesarios con el objeto de planificar, ejecutar y controlar las políticas públicas. Otro de los deberes de este tenor es, en ciertos casos, llevar libros o registros propios. Otras veces, por ejemplo, es necesario registrarse o solicitar las autorizaciones respectivas con el propósito de ejercer ciertos derechos.

A su vez, los deberes sustanciales son las obligaciones que impone el Estado en el marco de su poder de regulación y que nacen del propio texto constitucional o, en su caso, de las leyes (por ejemplo, el pago de tasas).

En el supuesto de incumplimiento de los deberes, el Estado ejerce su poder ordenador por medio de intimaciones y órdenes y, en su caso, sanciones e —incluso en supuestos extremos— el uso de la fuerza. Más adelante volveremos sobre estos conceptos.

VII. LOS MEDIOS DE POLICÍA EN TIEMPOS DE NORMALIDAD

Hemos definido el poder de regulación del Estado como un poder básicamente propio del legislador y, en este contexto, cabe aclarar dos cuestiones que creemos importantes. *Por un lado*, el legislador hace uso de distintas técnicas con el propósito de restringir derechos; y, *por el otro*, el Poder Ejecutivo es quien debe cumplir y hacer cumplir las limitaciones o restricciones que ordene el Legislativo. Estudiemos en el paso siguiente de nuestro razonamiento, cuáles son estos instrumentos jurídicos más puntualmente.

VII.1. Las regulaciones. Prohibiciones temporales, suspensiones y reducciones materiales. Las órdenes

Los modos y técnicas estatales más habituales son las limitaciones, reducciones, prohibiciones, suspensiones, órdenes, inspecciones y sanciones. Tales regulaciones se realizan por medio básicamente de leyes y, luego, reglamentos y actos singulares aplicativos.

A su vez, debemos incorporar los planes que son normas de contextura más compleja que las leyes y los decretos porque prevén —además— objetivos y plazos. De todos modos, cierto es que —entre nosotros— los planes no constituyen figuras jurídicas.

Pues bien, en ciertos casos, las leyes regulan el ejercicio de los derechos en términos de prohibición temporal y, en otros, mediante reducciones materiales de su campo.

Tal como dijimos anteriormente, *el legislador debe regular y el Poder Ejecutivo aplicar* las regulaciones estatales.

Vayamos desde los modos más limitativos a las que llevan menos recortes sobre los derechos. En verdad, éste es un campo inclinado con grados que es difícil explicar y sistematizar. Pero, además, no tiene sentido ubicar y clasificar las restricciones entre categorías jurídicas, más allá del mandato constitucional común que sirve de piedra angular al modelo.

Sin embargo, creemos que sí es importante advertir dos cosas: a) *en primer lugar*, el Estado ejerce su poder de regulación de modo más o menos intenso; y b) *en segundo lugar*, el operador debe analizar cada caso particular y su marco jurídico por separado. De todos modos, el punto relevante es el límite en el ejercicio de ese poder. Este aspecto sí es jurídicamente trascendente porque marca el límite constitucional de las conductas estatales. Volvamos sobre los modos y las técnicas restrictivas de derechos.

Por un lado, el Estado hace uso de *modos más extremos y de orden absoluto*; esto es, las *prohibiciones de carácter temporal y las suspensiones*. Por ejemplo, los menores de edad no pueden consumir bebidas alcohólicas; decidir por sí solos su salida del país; o contraer matrimonio. Estas prohibiciones sólo son válidas constitucionalmente si cumplen, al menos, con dos presupuestos. Uno, el límite debe estar previsto expresamente por ley y respetar los principios constitucionales (razonabilidad, proporcionalidad e igualdad) y, segundo, ser de orden transitorio y no permanente.

Por el otro, el Estado puede emplear **límites con alcance relativo**. Por ejemplo, si el particular cumple con determinados recaudos puede, entonces, ejercer su derecho. Es decir, límites relativos sobre el ejercicio del derecho y no ya la prohibición temporal de éste. Así, en ocasiones, ciertos presupuestos son exigidos por el Estado para el ejercicio de los derechos. Cabe aclarar que el derecho es preexistente; sin embargo, su ejercicio es condicionado por el ordenamiento jurídico. Otro caso es el siguiente: el Estado exige recaudos durante el ejercicio del derecho y no como paso previo (por caso, la imposibilidad de edificar más allá de cierta altura o superficies mayores a tantos metros).

Resumiendo, los medios estatales de regulación en términos de acortamiento de derechos pueden describirse más detalladamente en los siguientes términos: (1) las limitaciones absolutas (prohibiciones temporales y suspensiones); y (2) las limitaciones relativas respecto del ejercicio del derecho.

¿Qué **técnicas** específicas utiliza habitualmente el Estado para hacer cumplir las limitaciones sobre los derechos? Básicamente inspecciones, órdenes, sanciones y, excepcionalmente, el uso de la fuerza. Las órdenes, inspecciones y sanciones son actos o comportamientos estatales que deben cumplir con las disposiciones de la ley (LPA y otras más específicas). A su vez, y en particular, los actos sancionadores están gobernados por los principios propios y específicos del Derecho Penal y Procesal Penal. Por último, el uso de la coacción estatal es de carácter excepcional.

En efecto, el Poder Ejecutivo en general —más allá de su poder regulatorio— dicta actos y realiza actividades materiales en tal sentido, a saber:

- (a) efectúa inspecciones con el objeto de constatar el cumplimiento de las regulaciones;
- (b) pide información y documentos;
- (c) imparte órdenes, con sustento legal, para adecuar las conductas de los particulares al marco normativo vigente;
- (d) lleva registros;
- (e) comprueba, en ciertos casos, el cumplimiento de los requisitos legales;
- (f) otorga o rechaza las autorizaciones, permisos o habilitaciones;
- (g) aplica sanciones en caso de incumplimiento; y, por último,
- (h) hace uso de la fuerza.

VII.2. Las restricciones sobre el derecho de propiedad

Hemos dicho que el Estado debe respetar el límite constitucional (art. 28, CN) en el ejercicio de su poder regulatorio. En cambio, en el marco del derecho de propiedad, el Estado puede avanzar mucho más, incluso alterándolo o reemplazándolo, con la salvedad de su deber de reparar económicamente.

Recordemos, entonces, que el cuadro es, según nuestro criterio, el siguiente:

- 1) el Estado puede reglamentar los derechos (es decir, limitar su ejercicio pero no alterar su contenido);
- 2) si el Estado *so pretexto* de reglamentación de los derechos, altera su contenido, entonces, el acto es inconstitucional;
- 3) en el caso específico del derecho de propiedad, el Estado puede alterarlo, pero debe indemnizar al titular.

Así, el **primer paso** está dado por el **límite ordinario y habitual**, básicamente en los términos de los artículos 14 y 28, CN, de reglamentación del derecho (aquí el Estado no debe reparar). El **segundo paso** es la **alteración** del derecho de propiedad, en cuyo caso y consecuentemente, el Estado debe indemnizar (por ejemplo, las servidumbres), pero dejando subsistente el derecho. El **tercer y último paso** es lisa y llanamente la **sustitución** del derecho, de modo que aquí no se trata de alterarlo sino de reemplazarlo por medio de su reparación en términos económicos (es el caso de las expropiaciones).

Los dos últimos pasos sólo valen respecto del derecho de propiedad, y no así en relación con los otros derechos.

En otros términos, es posible trazar los siguientes campos en el derecho de propiedad y el desarrollo de su regulación: (a) las limitaciones o restricciones, igual que si se tratase de cualquier otro derecho; (b) las limitaciones o servidumbres, en cuyo caso el titular tiene derecho a ser reparado económicamente; y, por último, (c) la expropiación en los términos del artículo 17, CN.

Hemos estudiado que el derecho de propiedad tiene ciertos caracteres, a saber: absoluto, exclusivo y perpetuo. Resta, entonces, conectar los extremos (limitaciones y caracteres). Así, las restricciones recaen sobre el carácter absoluto; las servidumbres y las ocupaciones temporáneas sobre el alcance exclusivo; y, por último, las expropiaciones sobre el carácter perpetuo del dominio.

Antes de avanzar más, cabe aclarar que las limitaciones sobre el derecho de propiedad pueden estar fundadas en razones de interés privado o público. En el ámbito del Derecho Administrativo sólo nos ocuparemos —obviamente— de las limitaciones sustentadas en el interés público, ya que las limitaciones apoyadas en el interés privado están reguladas por el Derecho Civil y, en particular, el Código Civil y Comercial.

Las **restricciones** son, entonces, limitaciones creadas por el Estado sobre el derecho de propiedad, por razones de interés colectivo, y que recaen sobre el carácter absoluto de éste. ¿En qué consisten tales restricciones? Pues bien, en obligaciones o cargas impuestas sobre el propietario y cuyo contenido es hacer, no hacer o dejar hacer. ¿Qué bienes pueden ser objeto de restricciones? Las cosas inmuebles, muebles o cualquier otro bien.

En tal caso, tratándose de límites mínimos y que no alteran el derecho, no es razonable imponerle al Estado el deber de indemnizar.

VII.2.1. Las servidumbres

La **servidumbre** es un derecho real constituido por el Estado a favor de terceros por razones de interés público sobre un bien, inmueble o no, del dominio privado o público. ¿Cuál es el contenido de este derecho? El uso de ese bien por otros.

Como ya dijimos la servidumbre es una limitación del derecho de propiedad que recae sobre el carácter exclusivo del dominio y, consecuentemente, produce el quiebre en el derecho porque éste es repartido y, por tanto, su goce compartido entre el titular y los terceros. Así, el propietario del bien sigue siendo su titular, sin perjuicio que sea compartido con otros.

En síntesis, la servidumbre es un derecho real creado por el Estado sobre un bien del dominio privado o público.

¿Quién es el titular de ese derecho? Cualquier persona; sin embargo en ciertos casos, por los caracteres o el fines de las servidumbres, el titular es un conjunto de personas y no cierto individuo.

El titular del bien gravado tiene derecho a ser indemnizado por el menoscabo del carácter exclusivo de su derecho. ¿Cuál es el alcance de la reparación? El daño emergente y no así el lucro cesante.

Entre los casos típicos de servidumbres es posible citar: el camino de sirga; electroducto; acueducto; minero; fronteras; y monumentos y documentos históricos; entre otros.

En el precedente "Las Mañanitas S.A." (2009) la Corte dijo que "el artículo 2639 del Código Civil (camino de sirga) no ha tenido el propósito de establecer en favor de la Nación..., el dominio sobre la calle o camino público inmediato a la orilla de los ríos navegables... ***Aquella disposición sólo importan una restricción a la propiedad***". Y añadió que "en ese marco cabe poner de resalto que el Estado sólo tiene derecho a reglamentar el uso del camino de sirga con el único destino que marca la ley, que obedece a las necesidades de la navegación, de la flotación y de la pesca realizada desde las embarcaciones".

VII.2.2. La ocupación temporánea

La [ley 21.499](#) sobre el régimen de expropiaciones regula conceptualmente el instituto de la ***ocupación temporánea*** en los siguientes términos: existe ocupación cuando el Estado ordena el uso transitorio de un bien o cosa determinada, mueble o inmueble, o de una universalidad de ellos, por razones de utilidad pública —trátase de una necesidad anormal, urgente, imperiosa o súbita; o simplemente de una necesidad normal no inminente—.

Debe distinguirse entre el hecho anormal o normal que sirve de sustento a la ocupación ya que tiene consecuencias jurídicas sobre dos aspectos: a) la autoridad competente; y b) el derecho a la indemnización.

La ocupación anormal de un bien puede ser ordenada directamente por la autoridad administrativa y el titular no tiene derecho a indemnización, salvo los daños causados sobre el bien.

Por el contrario, en el caso de las ocupaciones por razones normales, es el legislador quien debe declarar su utilidad y seguirse el trámite del avenimiento entre las partes o, en caso contrario, ir por el camino judicial. El titular del bien tiene derecho a la indemnización y éste comprende los siguientes rubros: el valor del uso; los daños y perjuicios ocasionados sobre el bien; y, en su caso, el valor de los materiales extraídos de modo necesario e indispensable en ocasión de la ocupación.

Cabe remarcar que la ocupación, igual que ocurre con las servidumbres, recae sobre el carácter exclusivo del derecho de propiedad.

Por último, recordemos que la ocupación — conforme la ley — no puede durar más de dos años. Si se extiende más allá de este término, el propietario puede entonces intimar el reintegro del bien y, luego de transcurridos treinta días sin la devolución de aquél, iniciar la acción de expropiación irregular contra el Estado.

VII.2.3. La expropiación

El artículo 17, CN, reconoce que la propiedad es inviolable y prohíbe la confiscación de bienes, pero sin embargo el Estado pueda expropiar. ¿Qué es la expropiación?

El instituto de la **expropiación** es un instrumento estatal cuyo objeto es la privación singular y con carácter permanente de la propiedad por razones de interés público, garantizándose el contenido económico de ese derecho mediante el pago de una indemnización.

¿Cuáles son los derechos alterados? Por un lado, básicamente el derecho de propiedad y, por el otro, el de igualdad porque la expropiación es un sacrificio individual o particular y no general (sólo afecta a sujetos determinados).

Por último, el fin del instituto — según el texto constitucional — es la utilidad pública, es decir, el interés colectivo.

En otras palabras, la expropiación es una adquisición forzosa del Estado respecto de bienes de propiedad de los particulares. Así, la Corte en el caso "Servicio Nacional de Parques Nacionales" (1995) afirmó que "en la base de la expropiación se halla un conflicto que se resuelve por la preeminencia del interés público y por el irremediable sacrificio del interés particular. Pero la juridicidad exige que ese sacrificio sea repartido y que toda la comunidad... indemnice a quien pierde su bien por causa del bienestar general". Luego, el Tribunal agregó que "ninguna ley puede modificar ni subvertir los principios de raigambre constitucional que han sido preservados aun ante el caso de leyes de emergencia...". Para concluir, más puntualmente, que "sin la conformidad del expropiado, la indemnización en dinero no puede sustituirse por otras prestaciones".

¿Cuáles son los requisitos que exige la Constitución?

- En primer lugar: la existencia de una causa de utilidad pública;
- en segundo lugar: el procedimiento legislativo que declare esa utilidad; y
- en tercer lugar: una contraprestación o indemnización económica justa y previa.

La [ley 21.499](#) (1977) estableció el régimen actual en materia de expropiaciones. Veamos los aspectos más relevantes.

1) *Los sujetos*. ¿Quién puede actuar como sujeto expropiador? El Estado nacional, las entidades autárquicas y las empresas del Estado nacional "en tanto estén expresamente facultadas para ello". En igual sentido, los particulares pueden actuar como expropiadores cuando estuviesen autorizados por ley o por acto administrativo fundado en ley.

Por su parte, el sujeto expropiado es cualquier persona de carácter público —estatal o no estatal— o privada.

Por último, el beneficiario puede ser el propio Estado o un tercero, aun cuando la ley no prevé este último supuesto de modo expreso. Cabe advertir que el beneficiario no es necesariamente el sujeto expropiador.

2) *El objeto*. El objeto es cualquier bien público o privado —cosas o no— que resulte conveniente para satisfacer la utilidad pública que persigue el Estado.

Los bienes deben estar determinados; salvo cuando se trate de obras, planes o proyectos, en cuyo caso la declaración de utilidad pública debe hacerse según los informes técnicos "debiendo surgir la directa vinculación o conexión de los bienes a expropiar con la obra, plan o proyecto a realizar".

En el supuesto particular de los *inmuebles*, cabe señalar que: (a) en caso de expropiaciones genéricas, no sólo debe indicarse la obra, el plan o el proyecto sino, además, las zonas "de modo que a falta de individualización de cada propiedad queden especificadas las áreas afectadas por la expresada declaración"; (b) cuando el Estado expropie parcialmente un inmueble y la otra parte fuese inadecuada para el uso o explotación racional, el expropiado puede exigir la expropiación de la totalidad; (c) cuando la expropiación de un inmueble influyese sobre otros que constituyesen unidades orgánicas, el propietario de estos últimos puede iniciar acción por expropiación irregular; y, por último, (d) es posible expropiar el subsuelo, con independencia del suelo e inmuebles sujetos al régimen de propiedad horizontal.

3) *La causa y el fin*. El fundamento del instituto de la expropiación es la utilidad pública o el bien común de naturaleza material o espiritual.

Por su parte, los jueces deben controlar el proceso de expropiación y, entre sus diversos aspectos, la declaración de utilidad pública. De todos modos cabe aclarar que la Corte sólo aceptó el control sobre este aspecto en casos de arbitrariedad manifiesta.

¿Qué ocurre cuando el trámite de la expropiación no cumple con el fin previsto por el legislador? En tal caso, pueden plantearse dos hipótesis. Por un lado, cuando el Estado dio al bien un destino distinto o, por el otro, si no le dio destino alguno. Veamos:

- (a) Si el Estado asignó al bien expropiado un ***destino distinto*** del que prevé la ley, entonces, el sujeto expropiado puede iniciar las gestiones o acciones del caso con el objeto de dejar sin efecto la expropiación y recuperar así el bien, previo reintegro del precio percibido;
- (b) En caso de que ***el Estado no hubiese dado al bien destino alguno*** y hubiesen transcurrido dos años desde que la expropiación quedó perfeccionada, entonces, el expropiado debe intimar al expropiador de modo fehaciente y, transcurridos seis meses sin que el bien tenga destino o hubiesen comenzado los trabajos según los planos aprobados, el expropiado puede iniciar la ***acción de retrocesión*** sin necesidad de reclamo administrativo previo. Es decir, en tal caso, el actor pretende judicialmente retroceder y volver las cosas al estado anterior. Cabe aclarar que *la expropiación está perfeccionada* cuando la sentencia quedó firme; se produjo la posesión del bien; y el expropiante pagó el precio de la indemnización.

4) *El procedimiento*. En primer término, y según el artículo 17 de la Constitución Nacional, el Congreso debe declarar por ***ley*** la utilidad pública del bien. En particular, el legislador debe decir cuál es el interés colectivo que pretende satisfacer y cuáles son los bienes sobre los que recae ese interés.

Una vez declarada la utilidad pública, el sujeto expropiador puede adquirir el bien directamente del propietario dentro de los valores máximos que indique el Tribunal de Tasaciones o las oficinas técnicas competentes, según se trate de un bien inmueble o no, respectivamente. Este

procedimiento previo es denominado por el legislador como *avenimiento* y es de carácter extrajudicial.

Sin embargo, si no existe acuerdo entre las partes, el sujeto expropiador está obligado a iniciar la acción judicial de expropiación (*regular*) y, ya en el marco del proceso y tras el depósito del monto de la tasación, el juez debe otorgar la posesión del bien. Posteriormente, éste debe fijar el valor definitivo. El actor es, en el marco de este proceso, el sujeto expropiador porque es el que —en verdad— tiene interés en la posesión del bien.

¿Qué ocurre si el sujeto expropiado entiende que el procedimiento o el acto están viciados? El expropiado, entonces, no debe acordar en el marco del procedimiento extrajudicial de avenimiento y, luego, en el proceso judicial de expropiación debatir las cuestiones antes señaladas. En este contexto, el juez debe expedirse sobre la legitimidad del acto expropiador y el proceso consecuente, y no simplemente sobre el valor del bien.

A su vez, si tras la declaración de utilidad pública del bien no hubiese acuerdo extrajudicial entre las partes (avenimiento) y el sujeto expropiador no iniciase la acción judicial, entonces, el expropiado no puede hacer nada, salvo que: a) el expropiador tome la posesión del bien; b) el bien resulte indisponible, según las circunstancias del caso; o c) el Estado imponga una limitación o restricción indebida que lesione el derecho de propiedad.

Pues bien, la acción de *la expropiación irregular o inversa* (el expropiado se constituye en actor) procede en los siguientes casos.

- I. Cuando existe una ley que declare la utilidad pública y el Estado tome la posesión, sin cumplir con el pago previo. Cabe aclarar en este punto que, según el criterio de la Corte, la declaración del Estado de que un inmueble está sujeto a expropiación "no crea un derecho a favor del propietario para obligar a aquél a hacerla efectiva", salvo que medie ocupación del inmueble, privación de su uso o restricción del dominio. Sin embargo, el Tribunal sostuvo que, tal como establece la ley, "la desposesión por parte del Estado por la ocupación material de la cosa, o por la afectación en cualquier grado de su derecho en la posesión, uso o goce de ella en razón del ejercicio del poder de expropiación, faculta al propietario a reclamar la expropiación inversa".
- II. Cuando el bien mueble o inmueble resulta de hecho indisponible para su titular con motivo de la ley de declaración de utilidad pública.
- III. Por último, cuando el Estado impone una limitación o restricción indebida que importe una lesión sobre el derecho de propiedad.

Más allá de ello, cierto es que el expropiador tiene un plazo para promover el juicio (acción de expropiación regular) y, una vez vencido este término y no iniciado el proceso, "se tendrá por abandonada la expropiación" (*abandono*). En efecto, el expropiador debe necesariamente promover la acción judicial de expropiación en el siguiente plazo, contado desde la vigencia de la ley que declare el bien sujeto a expropiación: 1) dos años cuando se trate de bienes individuales determinados; 2) cinco años respecto de bienes comprendidos dentro de una zona, y 3) diez años si son bienes incluidos en una descripción genérica.

5) *El precio*. La indemnización sólo comprende el valor objetivo del bien (es decir, el valor real de mercado, los daños directos e inmediatos causados por la expropiación, y los intereses). En ningún caso, el Estado debe indemnizar el lucro cesante o el mayor valor derivado de las obras, planes o proyectos con motivo del trámite de expropiación. Finalmente, el pago debe hacerse en dinero y con carácter previo.

En conclusión, el criterio central es, según la Corte en el precedente "Fiscalía de Estado" (2004), el siguiente: "el respeto a la propiedad... exige que se restituya íntegramente al propietario el mismo valor de que se lo priva, ofreciéndole el equivalente económico que le permita, de ser posible, adquirir otro bien de similares características".

Por su parte la Corte IDH, en el caso "Salvador Chiriboga" (2006) sostuvo que "no existe un criterio uniforme para establecer la justa indemnización, sino que cada caso es analizado teniendo en cuenta la relación que se produce entre los intereses y derechos de la persona expropiada y los de la comunidad representados en el interés social". Luego añadió que "se debe tomar como referencia el valor comercial del bien, objeto de la expropiación anterior a la declaración de utilidad pública de éste, y atendiendo el justo equilibrio entre el interés general y el interés particular... dicha indemnización deberá realizarse de manera adecuada, pronta y efectiva".

VII.3. Las sanciones administrativas. Las bases constitucionales y legales. Los principios. El procedimiento. Las relaciones especiales de sujeción

Como ya explicamos, el Estado ordena, regula y limita derechos por medio de mandatos normativos restrictivos. En particular, el Poder Ejecutivo debe aplicar las reglas vigentes por medio de órdenes, instrucciones, recomendaciones y, en ciertos casos, sanciones (es decir, actos de gravamen). Por ejemplo, la aplicación de multas y suspensiones, entre otras.

Es sabido que el Estado ejerce su poder punitivo a través de dos canales: el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador. Ambas figuras tienen un basamento constitucional común.

Entre nosotros no existe un marco general sobre sanciones administrativas, de modo que el material jurídico está constituido por los principios constitucionales, los regímenes sancionadores especiales y el desarrollo de criterios judiciales. En particular, entre los principios, es habitual la aplicación de las directrices del Derecho Penal y Procesal Penal en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador.

Asimismo, cabe reconocer que el edificio dogmático del Derecho Sancionador es claramente un conocimiento en pleno desarrollo y con muchos puntos oscuros e inciertos que es necesario despejar.

¿Hacia dónde va el Derecho Administrativo sancionador? Entendemos que el Derecho Sancionador debe crear, tras los principios constitucionales, sus propias técnicas y reemplazar así los instrumentos prestados por el Derecho Penal y Procesal Penal porque, aun cuando parten de principios comunes, el desarrollo de este conocimiento jurídico debe ser matizado con pautas y reglas propias y específicas del Derecho Administrativo.

*El Derecho Sancionador es regulado por el legislador de conformidad con los artículos 14 y 18, CN, y en este aspecto coincide con el Derecho Penal, más allá de sus matices. Sin embargo, el Derecho Sancionador es **aplicado por el Poder Ejecutivo** y no por el juez, sin perjuicio de su revisión judicial ulterior.*

Finalmente, debemos advertir sobre la multiplicidad de marcos jurídicos sancionadores que establecen distintas reglas y procedimientos. Además, este poder es ejercido por una pluralidad de órganos estatales e, inclusive, en ciertos casos por personas públicas no estatales (Colegios profesionales) o privadas.

Antes de avanzar repasemos distintos casos de infracciones incorporados en el ordenamiento jurídico a título de ejemplo. Así, en el marco de la Ley de Empleo Público, el legislador prevé infracciones por: incumplimiento reiterado del horario; inasistencias injustificadas; incumplimiento de los deberes; abandono del servicio; delito doloso; y falta grave que perjudique a la Administración Pública, entre otros.

A su vez, la Ley de Defensa del Usuario y Consumidor dice que "la autoridad nacional de aplicación iniciará actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de la presente ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que en su consecuencia se dicten".

La **regulación del campo sancionador y su aplicación corresponde, en principio, a los Estados provinciales, municipales y, en ciertos casos, al Estado federal**. ¿Cómo debe distribuirse, entonces, el poder sancionador en el ámbito territorial? El Estado federal es quien debe regular delitos y penas; y, por su parte, los Estados provinciales deben legislar sobre infracciones y sanciones administrativas toda vez que, en principio, no delegaron tales competencias. A su vez, el Estado federal es competente en el ámbito sancionador administrativo por vía oblicua cuando este poder regulador surge de las potestades delegadas de modo expreso o generalmente implícito por las Provincias en aquél y, asimismo, en el marco de las potestades concurrentes y compartidas por el Estado federal. Por ejemplo, el poder de regulación y aplicación del régimen sancionador del sistema bancario.

Una vez despejado este interrogante, cabe analizar **cuál de los poderes constituidos, en el ámbito territorial de que se trate, es competente para regular el campo sancionador**. En otras palabras, ¿quién debe dictar el derecho sancionador? Evidentemente es el Poder Legislativo.

Finalmente, nos preguntamos cuál es el órgano competente no ya para regular, sino **para aplicar el régimen sancionador**. En otros términos, no se trata de decir qué es el derecho en términos abstractos, sino de aplicarlo en los casos concretos. Dicho así, ¿cuál es el órgano competente para sancionar? El Derecho Penal es aplicado por el juez; sin embargo, el Derecho Sancionador debe ser aplicado por el Poder Ejecutivo, sin perjuicio de su revisión judicial posterior.

El poder administrativo sancionador, con fundamento constitucional, tiene límites que es sumamente importante detallar y estudiar. Veamos cuáles son éstos.

Estamos convencidos de que en el campo sancionador estatal deben aplicarse los principios constitucionales y los postulados clásicos del Derecho Penal y Procesal Penal, con los matices propios del Derecho Administrativo.

En este sentido, la Corte en nuestro país dijo que "las normas sustanciales de la garantía de la defensa deben ser observadas en toda clase de juicios (Fallos 237:193) sin que corresponda diferenciar causas criminales (Fallos 125:10; 127:374; 129:193; 134:242), los juicios especiales (Fallos 193:408; 198:467) o procedimientos seguidos ante tribunales administrativos (Fallos 198:78; 310:1797)".

A su vez, la Corte IDH sostuvo en el caso "Baena" (2001) que "si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, "sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales" a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal".

Y, en el precedente "López Mendoza" (2011) añadió que "las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas".

Pues bien, *¿qué principios debemos aplicar?* Algunos principios surgen directamente del texto constitucional y otros no, en cuyo caso sí es necesario recurrir al Derecho Penal y Procesal Penal.

Así, los principios de legalidad, tipicidad, igualdad, razonabilidad y proporcionalidad nacen directamente del texto constitucional. Otros principios son propios del Derecho Penal (por caso, el principio de irretroactividad, culpabilidad y *non bis in ídem*).

Analicemos tales principios por separado.

(a) **Los principios de legalidad y tipicidad.** El artículo 18, CN, dice que "ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso". Este principio (*legalidad*) no sólo tiene sustento en el texto constitucional, sino también en el criterio deliberativo y de consenso propio del proceso democrático. Así, la ley debe predeterminedar las conductas y las sanciones a aplicar.

Por su parte, el principio de *tipicidad* debe enmarcarse en el anterior (*legalidad*). Precisemos el alcance de estas reglas. La legalidad consiste en residenciar en el Congreso el poder y el deber de regular el marco sancionador. Por su parte, el elemento típico (*tipicidad*) es el poder y deber del Congreso de crear, en el marco de ese poder de regulación, las infracciones y sanciones con densidad, de modo de cumplir debidamente con el mandato constitucional.

En otras palabras, es posible decir que el principio de legalidad es básicamente formal (intervención del Congreso) y que su contenido material se expresa por la tipicidad (contenido de las leyes).

Así, pues, la ley debe necesariamente contener: (a) los elementos esenciales de las conductas antijurídicas (es decir, la ley debe decir cuál es el núcleo esencial de las obligaciones de hacer, no hacer o dejar hacer); (b) el tipo y límites de las sanciones; y (c) el reconocimiento del poder sancionador al Poder Ejecutivo (el legislador debe reconocer, de modo expreso o implícito, el poder del Ejecutivo de aplicar el régimen sancionador).

Es decir, el precepto legal sancionador es constitucional cuando puede ser aplicado por sí mismo, pues en tal caso cumple con los presupuestos mínimos esenciales. En efecto, el operador debe inferir —desde el propio texto legal— cuál es la acción u omisión que exige el ordenamiento y cuál es la consecuencia en caso de incumplimiento de dicho mandato. Así, el operador puede predecir con un grado de certeza suficiente los comportamientos prohibidos o exigidos, y cuál es el tipo y grado de sanción que cabe aplicar.

Finalmente, cabe añadir que el poder estatal —tal como explicamos en los párrafos anteriores— está limitado por mandato constitucional en términos positivos (principio de legalidad y tipicidad) y —a su vez— negativos (prohibiciones). Es decir, el Convencional y el Legislador no sólo deben decir qué hacer, sino que también establecen aquello que no es posible hacer en el ámbito sancionador. Así, el Poder Ejecutivo no puede allanar domicilios, interceptar correspondencia escrita o con base informática y ordenar escuchas telefónicas (artículo 18, CN).

(b) **El principio de irretroactividad.** Los principios expuestos exigen ley y densidad (*legalidad* y *tipicidad*) pero, a su vez, debe sumarse otro estándar. ¿Cuál? El carácter previo de la ley en los términos del artículo 18, CN. De allí que no sea posible aplicar retroactivamente normas sancionadoras, salvo que fuesen más favorables al infractor.

Vale recordar que el Código Penal dice que "si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley".

(c) **El principio de inocencia.** Las personas acusadas por la comisión de infracciones son inocentes hasta tanto se pruebe su responsabilidad en los hechos reprobados por la ley. En virtud de este principio es el Estado quien debe acreditar la responsabilidad del infractor mediante el procedimiento administrativo respectivo. ¿Qué debe probar el Estado? Dos cuestiones. *Por un lado*, los hechos imputados y, *por el otro*, la responsabilidad, es decir la participación del sujeto imputado en los hechos.

Por ejemplo, el artículo 17 de la Ley de Lealtad Comercial establece que "las constancias del acta labrada... constituirán prueba suficiente de los hechos así comprobados, salvo en los casos en que resulten desvirtuadas por otras pruebas". Es decir, el Estado debe probar el hecho imputado. Por eso, ante la falta o insuficiencia de las pruebas colectadas sobre el hecho el pronunciamiento debe ser absolutorio.

Claro que, una vez dictado el acto administrativo sancionador el orden jurídico presume su validez y es el infractor entonces el que debe probar su ilegitimidad. Es decir, el acto sancionador dictado por el Ejecutivo altera en parte el principio o presunción bajo análisis porque el sujeto imputado es quien, ante este contexto, debe probar su inocencia.

De todos modos, este cuadro está matizado por dos razones. Por un lado, el criterio de las pruebas dinámicas, esto es, si bien el infractor es quien debe probar la ilegitimidad del acto sancionador ante el juez, cierto es que el Estado en ciertos casos debe cargar con la obligación de acreditar su legitimidad si está en mejores condiciones de hacerlo. Por el otro, una vez dictado el acto sancionador, el principio de inocencia y su presunción están alterados por el juego de estas reglas, pero no completamente desvirtuados. Por ello, el Estado no puede —en principio— ejecutar las sanciones hasta tanto no estén firmes.

(d) **El requisito de culpabilidad.** En principio el derecho sancionador exige la culpa del infractor, es decir, el aspecto subjetivo (intencionalidad), de modo que el Estado debe probar que aquél actuó de modo doloso, culposo o negligente. Es decir, el Estado debe probar, como ya dijimos, los hechos constitutivos, su encuadre jurídico y —además— la culpabilidad del infractor de modo razonado y suficiente.

Sin embargo, si el Estado dictó el acto, pero no probó en el trámite de las actuaciones administrativas la culpa del infractor, es éste quien debe hacer valer ese hecho ante el juez; es decir, el recurrente debe probar en el marco del proceso judicial que el Estado no acreditó su culpa en el procedimiento administrativo sancionador.

En ciertos casos, el ordenamiento jurídico establece la presunción de culpabilidad de modo que el Estado no debe probar que el presunto infractor obró negligentemente. Por el contrario, es el imputado quien debe acreditar que lo hizo sin intención de incumplir el mandato legal. Por ejemplo, la ley 25.675 establecía que "se presume *iuris tantum* la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existen infracciones a las normas ambientales administrativas". Sin embargo, este precepto fue luego vetado por el Poder Ejecutivo.

Una vez dictado el acto sancionador, y en razón de su presunción de legitimidad, debe tenerse por cierto que el infractor obró de modo negligente, salvo que éste probase lo contrario.

En conclusión, es posible decir que el elemento culposo debe estar siempre presente, más allá de su presunción o no, sin perjuicio de sus matices y excepciones.

De todos modos, es importante advertir que el concepto de culpa debe asociarse, en el ámbito sancionador administrativo, con la debida diligencia más que con el elemento doloso o culposo propio del Derecho Civil y Penal. ¿Por qué? Porque las infracciones administrativas no exigen, generalmente, la presencia de dolo (entendido como la voluntad o decisión consciente de realizar las conductas prohibidas y afectar así el bien jurídico protegido), sino que basta con el descuido. Por tanto, *es suficiente con la imprudencia o ligereza en el comportamiento del sujeto responsable*. Sin perjuicio de ello, cierto es que existen infracciones dolosas, pero son las menos.

¿Cuáles son *las excepciones respecto del elemento subjetivo*? En ciertos casos, es posible distinguir entre el infractor (el autor material) y el sujeto responsable. En efecto, a veces la ley distingue entre estas dos figuras (por ejemplo, el caso de la responsabilidad del titular de un vehículo automotor a pesar de ser conducido por un tercero). La figura del responsable no exige en este caso culpa de su parte y, sin embargo, es condenado. Otro caso de excepción es la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito sancionador.

(e) *El principio del non bis in ídem*. Este postulado nos dice que nadie puede ser juzgado ni penado dos veces por un mismo hecho; es decir, no sólo no puede ser penado sino tampoco juzgado.

Este principio comprende dos supuestos distintos. Por un lado, la concurrencia de infracciones y delitos y, por el otro, la superposición de dos o más infracciones. A su vez, la identidad del hecho debe recaer sobre el fundamento, el sujeto y el objeto.

La posición mayoritaria sostiene que entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador es plausible y razonable constitucionalmente el doble juzgamiento e, incluso, la doble punición, de modo que no se aplica el principio del *non bis in ídem*. Tal es la solución planteada por la Corte en el caso "Pousa" (1969), entre muchos otros.

Nuestro criterio es el siguiente: el trámite administrativo debe suspenderse en tanto esté sustanciándose el proceso penal. Luego, concluido el proceso penal cabe distinguir entre dos hipótesis: (a) si la resolución del juez penal es absolutoria; o (b) si el fallo es condenatorio. En el primer caso (a), el Poder Ejecutivo puede avanzar siempre que convengamos que los intereses de los marcos jurídicos (penal y administrativo) son diversos y — además — el juez penal no hubiese declarado que el hecho investigado es inexistente (materialidad del hecho). En el segundo caso (fallo condenatorio), el Ejecutivo ya no puede avanzar. Sin embargo, insistimos, éste no es el criterio de la Corte. Por ejemplo, Así, por ejemplo, la ley 25.675 establece expresamente en su artículo 29 que "la responsabilidad civil o penal, por daño ambiental, es independiente de la administrativa".

Otro tema a debatir es la aplicación de más de una sanción de corte administrativo (*infracciones/infracciones*) por un mismo hecho, y no ya la doble imposición penal/administrativa.

En este caso el cuadro (*infracciones/infracciones*) debe construirse, según nuestro criterio, así:

1. el *concurso ideal* cuando un mismo hecho cae bajo dos o más normas (tipos), en cuyo caso debe aplicarse la sanción mayor;
2. el *concurso real*, es decir varios hechos. En tal supuesto, deben analizarse los hechos por separado;
3. el *concurso medial* ocurre cuando una infracción es el medio para cometer otro hecho prohibido. En tal caso, sólo es posible aplicar dos sanciones si las infracciones son independientes entre sí.

(f) **El principio del doble conforme.** Esta regla establece que el sujeto necesariamente debe ser condenado por dos tribunales. Aquí nos preguntamos si debe aplicarse esta directriz del derecho penal en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. La Corte IDH sostuvo en el caso "Mohamed" (2012) que en derecho penal, y siempre que se trate de sentencias condenatorias, debe exigirse el doble conforme, esto es, el sujeto debe haber sido condenado por dos instancias. De modo que la Corte razonablemente no lo hizo extensivo al Derecho Administrativo Sancionador.

(g) **El principio de igualdad.** Este principio constitucional también está presente en los aspectos regulatorios y de aplicación del régimen sancionador. Así, en el terreno legislativo (*regulación*) el Estado puede crear situaciones desiguales, pero sólo de modo razonable y no discriminatorio.

¿Qué ocurre en la *aplicación* del marco sancionador? El Estado sí puede perseguir el cumplimiento de las normas con criterio discrecional, pero en ningún caso en términos arbitrarios o desigualitarios.

(h) **Los principios de razonabilidad, proporcionalidad y motivación.** Por último, la sanción debe ser razonable. Es decir, debe existir nexo de causalidad y vínculo entre las medidas adoptadas (infracciones/sanciones) y el fin que persigue el acto estatal; y, a su vez, las sanciones deben guardar proporción con las faltas cometidas.

Así, las sanciones son razonables si existe nexo de causalidad entre las conductas reprochables, las medidas adoptadas y el fin que persigue el Estado.

Por el otro, las sanciones son proporcionales si se corresponden en términos de dimensión con las faltas imputadas. Asimismo, otro aspecto básico en el marco de la proporcionalidad es que las infracciones no resulten más beneficiosas para el infractor que el debido cumplimiento de las normas infringidas.

Por último, las sanciones deben estar debidamente motivadas.

Cabe añadir que las sanciones administrativas sólo pueden aplicarse a través del **procedimiento administrativo sancionador**. Sin embargo, ciertas leyes —por tratarse de sanciones menores o quizás evidentes— prevén excepciones y dejan de lado el procedimiento, a pesar de que —según nuestro parecer— este criterio es lesivo de derechos fundamentales.

Los derechos y garantías de las personas en el marco del procedimiento sancionador son básicamente las siguientes: (a) la prohibición estatal de extender analógicamente las infracciones; (b) la presunción de inocencia; (c) el derecho de defensa del presunto infractor; (d) la asistencia letrada; (e) el carácter no ejecutorio del acto sancionador, en tanto no esté firme; y, por último, (f) el control judicial del acto sancionador.

Otras cuestiones propias del procedimiento sancionador que debemos valorar son éstas: 1) el Ejecutivo sólo debe rechazar los medios probatorios que fuesen dilatorios o claramente inconducentes; 2) el procedimiento se divide habitualmente entre la instrucción y la resolución. El acto de clausura de la instrucción debe contener los hechos probados, su calificación en términos jurídicos, los sujetos responsables y la sanción a aplicar o, por el contrario, reflejar la inexistencia de los hechos o de responsabilidad del sujeto; 3) el órgano que resuelve puede ordenar medidas complementarias y en su caso modificar la calificación de los hechos y las sanciones, pero no puede desconocer los hechos probados por el instructor; 4) el acto sancionador debe expedirse sobre los hechos, valorar las pruebas y —en su caso— aplicar las sanciones; 5) en situaciones dudosas, debe estarse a favor del imputado; y, por último, 6) el Poder Ejecutivo puede

dictar de oficio o por pedido de parte interesada medidas cautelares —en el trámite de revisión— cuyo objeto sea la suspensión del acto sancionador.

Resta analizar el ejercicio del poder estatal sancionador en el marco de las relaciones especiales de sujeción. Recordemos que, en términos históricos, se distinguió entre las relaciones comunes con el Estado y aquellas otras que revisten carácter especial (por ejemplo, entre los agentes públicos y el Estado). En estos casos, se interpretó que el Estado puede restringir más los derechos en razón de ese título especial. El objetivo histórico fue básicamente saltar la intervención del legislador y limitar los derechos por decisión del propio Poder Ejecutivo. Sin embargo, en el marco del Estado de Derecho debe rechazarse este concepto con ese alcance.

Por tanto, en el contexto de las *relaciones especiales* o más fuertes entre el Estado y las personas, cabe aplicar los mismos criterios que hemos desarrollado en los apartados anteriores. De todos modos, sí creemos que el legislador puede matizar *por ley* ciertos principios, en razón del vínculo entre las partes y el fin perseguido por el Estado. Por ejemplo, entendemos que aquí el principio de legalidad es menos rígido, en cuyo caso es posible integrar el precepto legal con disposiciones reglamentarias.

VII.4. La coacción estatal

¿Qué ocurre cuando las personas no cumplen con las limitaciones o restricciones ordenadas por el Estado en el ejercicio de su poder de ordenación y regulación? Ya hemos dicho que el Estado puede ejercer su poder punitivo —penal o sancionador— con los límites constitucionales y legales e, incluso, en casos extremos ordenar el uso de la fuerza.

Por ejemplo, la Ley de Defensa del Usuario y Consumidor ya citada, dice que "para el ejercicio de las atribuciones a que se refieren los incisos d) y f) del artículo 43 de la presente ley, la autoridad de aplicación podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública" —esto es, en casos de inspecciones, pericias y celebración de las audiencias—.

VII.5. Un caso paradigmático: La Ley de Abastecimiento

En este punto, nos proponemos analizar un caso puntual legislativo sobre el poder de ordenación y regulación estatal, a saber: la Ley de Abastecimiento (ley 20.680).

La ley establece básicamente un conjunto de prohibiciones (mandatos prohibitivos). A su vez, en caso de incumplimiento de éstos, el Estado puede aplicar sanciones e imponer nuevos deberes.

Por un lado, es necesario definir el ámbito de aplicación de la ley. Así, la ley "regirá con respecto a la compraventa, permuta y locación de cosas muebles, obras y servicios —sus materias primas directas o indirectas y sus insumos— lo mismo que a las prestaciones —cualquiera fuere su naturaleza, contrato o relación jurídica que las hubiere originado, de carácter gratuito u oneroso, habitual u ocasional— que se destinen a la producción, construcción, procesamiento, comercialización, sanidad, alimentación, vestimenta, higiene, vivienda, deporte, cultura, transporte y logística, esparcimiento, así como cualquier otro bien mueble o servicio que satisfaga —directa o indirectamente— necesidades básicas...". A su vez, quedan exceptuadas las "micro, pequeñas o medianas empresas".

Por el otro, establece las siguientes prohibiciones (art. 4), a saber:

- a) elevar artificial o injustificadamente los precios en forma que no responda proporcionalmente a los aumentos de los costos;
- b) obtener ganancias abusivas;
- c) revaluar existencias — sin autorización de la autoridad de aplicación —;
- d) acaparar materias primas o productos, o formar existencias superiores a las necesarias;
- e) intermediar o permitir intermediar innecesariamente;
- f) crear artificialmente etapas en la distribución y comercialización;
- g) destruir mercaderías o bienes;
- h) impedir la prestación de servicios o realizar cualquier otro acto que tienda a hacer escasear su producción, venta o transporte;
- i) negar o restringir injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios;
- j) reducir sin causa la producción habitual o no incrementarla habiendo sido intimados por la autoridad de aplicación;
- k) desviar o discontinuar el abastecimiento normal y habitual de una zona a otra sin causa justificada;
- l) no tener para su venta o discontinuar la producción de mercaderías o prestación de servicios con niveles de precios máximos y mínimos o márgenes de utilidad fijados;
- m) no entregar factura o comprobante de venta, o información o documentación; o ejercer actividad fuera de los registros y licencias;
- n) no cumplir con las disposiciones que se dicten en ejercicio de las atribuciones que prevé la presente ley.

La ley también establece que "frente a una *situación de desabastecimiento o escasez de bienes o servicios* que satisfagan necesidades básicas o esenciales orientadas al bienestar general de la población, la autoridad de aplicación podrá disponer mediante resolución fundada su venta, producción, distribución o prestación en todo el territorio... bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de imponer las sanciones previstas en el art. 5". Luego, aclara que "dicha medida durará el tiempo que insuma la rehabilitación de la situación de desabastecimiento o escasez".

A su vez, en caso de incumplimiento de los mandatos prohibitivos mencionados en los apartados anteriores (puntos a) a k)), la Autoridad de Aplicación puede (art. 2):

1. establecer márgenes de utilidad, precios de referencia, y niveles máximos o mínimos de precios;
2. dictar normas reglamentarias sobre comercialización, intermediación, distribución y producción;
3. disponer la continuidad en la producción, industrialización, comercialización, transporte, distribución o prestación de servicios o fabricación de determinados productos dentro de

los niveles o cuotas mínimas (según el volumen habitual, la capacidad productiva, la situación económica del obligado y la ecuación económica del proceso). Si la continuidad no resultase económicamente viable, debe establecerse una justa y oportuna compensación;

4. acordar subsidios para asegurar el abastecimiento o la prestación del servicio;
5. requerir la documentación relativa al giro comercial;
6. exigir la presentación o exhibición de todo tipo de libro y documentos;
7. proceder al secuestro de la documentación;
8. crear registros;
9. establecer regímenes de licencias comerciales.

Es más, sin perjuicio de las obligaciones que establezca la Autoridad de Aplicación, los incumplidores son pasibles de las siguientes sanciones:

- a) multa de pesos quinientos a diez millones. La multa puede alcanzar el triple de la ganancia obtenida en infracción;
- b) clausura del establecimiento por 90 días;
- c) inhabilitación de hasta dos años para el uso o renovación de créditos que otorguen las entidades públicas;
- d) comiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción;
- e) inhabilitación de hasta cinco años para ejercer el comercio y la función pública;
- f) suspensión de hasta cinco años en los registros de proveedores del Estado;
- g) pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales.

Asimismo, las características del régimen sancionador son las siguientes: a) las sanciones se pueden imponer de modo independiente o conjunto; y b) en caso de reincidencia, los límites temporales y el monto pueden elevarse hasta el doble.

Por último, las pautas de graduación están compuestas por las siguientes directrices: la dimensión económica de la empresa; la posición del infractor en el mercado; el efecto e importancia de la infracción; el lucro generado con la conducta sancionada y su duración temporal; y el perjuicio provocado al mercado o a los consumidores.

El plazo de prescripción de las infracciones es de tres años, y éste se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales.

*De modo que la **estructura de la ley** es así. Por un lado, una serie de obligaciones impuestas a los proveedores de bienes y prestadores de servicios; y, por el otro, las consecuencias en caso de incumplimiento (sanciones y nuevos deberes). Y, por último, el ejercicio de ciertas potestades en caso de desabastecimiento —siempre que éste no fuese imputable a los proveedores o prestadores—.*

¿Quién es la Autoridad de Aplicación? Según el texto de la ley, el Poder Ejecutivo "designará la autoridad de aplicación de la presente ley en el ámbito nacional".

¿Cuáles son las atribuciones de la Autoridad de Aplicación? Ésta puede dictar las normas complementarias; aplicar las sanciones —a excepción de la clausura y la inhabilitación especial para ejercer el comercio o la función pública—; requerir el auxilio de la fuerza pública; ingresar e inspeccionar los locales en días y horas hábiles (en caso contrario, o cuando se tratase de la vivienda del presunto infractor, debe solicitar la orden de allanamiento al juez); secuestrar los libros y otra documentación por hasta 30 días hábiles; intervenir la mercadería en infracción cuando estuviere en tránsito; clausurar preventivamente por tres días los locales; intervenir y declarar inmovilizadas las mercaderías; y citar a los presuntos infractores.

¿Cuál es el trámite ante la Autoridad de Aplicación? En primer lugar, el inspector debe labrar el acta de comprobación y "en el mismo acto se notificará al presunto infractor, o a su factor o empleado, que dentro de los diez días hábiles podrá presentar por escrito su defensa y ofrecer las pruebas".

En segundo lugar, las pruebas deben producirse dentro del término de diez días, prorrogables cuando hubiese causa justificada. Finalmente, luego de las diligencias procesales, se debe dictar la resolución definitiva, previo dictamen jurídico. Cabe aclarar que las cuestiones no previstas expresamente en la ley, se resuelven por la aplicación supletoria de la ley 19.549.

¿Cuáles son las vías impugnatorias ante las decisiones de la Autoridad de Aplicación? Cabe distinguir entre dos situaciones distintas.

Por un lado, en caso de que la Autoridad de Aplicación establezca *obligaciones* (por ejemplo, niveles máximos y mínimos de precios) por incumplimiento de las prohibiciones (elevar los precios injustificadamente), el trámite de impugnación es el siguiente: 1. el interesado puede solicitar la revisión de las medidas, sin perjuicio de estar obligado a su cumplimiento; 2. el reclamo debe resolverse en el término de quince días; y "en caso contrario [silencio] quedará sin efecto la medida".

Por el otro, en el supuesto de aplicación de *sanciones*: 1. éstas solo son recurribles por recurso directo ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal o ante las cámaras federales con asiento en las Provincias; y, a su vez, 2. "para interponer el recurso directo contra una resolución administrativa que imponga sanción de multa, deberá depositarse el monto de la multa".

Por último, cabe preguntarse *¿cómo se delimitan las competencias entre Nación, Provincias y Ciudad de Buenos Aires en el ámbito de la presente ley?* Las jurisdicciones locales pueden establecer precios máximos y medidas complementarias, siempre que la Autoridad de Aplicación nacional no lo hubiese hecho. Asimismo, aquéllas pueden reducir los precios fijados por la autoridad nacional; pero en caso de aumento de éstos, es necesaria la conformidad de la autoridad nacional (si ésta no se expide en el término de quince días, "quedará aprobado el precio propuesto por la autoridad local").

VIII. LAS EXCEPCIONES AL PODER DE POLICÍA ESTATAL. LAS VÍAS DE ESCAPE

VIII.1. Las técnicas de habilitación

El Estado ejerce el poder de ordenación y regulación y, consecuentemente, restringe derechos. Esta limitación consiste, tal como hemos desarrollado en los apartados anteriores extensamente, en *restricciones, límites, suspensiones y prohibiciones*. En ciertos casos, el titular no puede ejercer su derecho (prohibiciones y suspensiones); y en otros sí puede hacerlo, siempre que cumpliera con ciertas condiciones (restricciones y límites). Así, cuando el titular del derecho satisface esos recaudos, entonces, el Estado debe habilitar su ejercicio. Pero, ¿en qué consisten estas *técnicas de habilitaciones, licencias, permisos o autorizaciones*? Analicémoslas por separado, sin dejar de advertir que el modelo de sistematización propuesto es simplemente un criterio de orientación para el operador, pues luego la realidad desborda claramente cualquier intento de reconstrucción dogmática. Por ello, sin perjuicio de que avancemos en su desarrollo y justificación, es necesario recurrir en cada caso al marco jurídico específico y recordar el basamento constitucional.

Veamos cuáles son las técnicas más usuales de **habilitación** del ejercicio de los derechos y su criterio de sistematización, en términos simplemente didácticos y prácticos.

a) El **registro** de actividades particulares (es decir, el acto de comunicación del interesado y su registro por el Estado). En ciertos casos puede tratarse simplemente de la comunicación del particular sobre la actividad, los hechos y las circunstancias; y, en otros, el interesado debe hacer saber el cumplimiento de ciertos recaudos. En conclusión, los extremos son los siguientes: a) el acto de comunicación del particular; y b) el registro por el Estado.

b) El acto de **comprobación estatal** (es decir, el particular no sólo debe comunicar sino también acreditar el cumplimiento de los requisitos que exige la ley y, por su parte, el Estado está obligado a constatarlo). Por ejemplo, la homologación de los títulos universitarios otorgados en el exterior.

c) Las **autorizaciones estatales** (en este caso, no se trata simplemente de que el Estado anote, registre u homologue el cumplimiento de los recaudos legales, sino algo más, esto es, un plus estatal que es, por cierto, más complejo: el acto de autorización). Así, el procedimiento de autorización comprende el análisis de los supuestos de hecho y su encuadre jurídico, según el criterio del propio Poder Ejecutivo (poder autorizante).

Paso seguido, cabe recordar que comúnmente los operadores jurídicos distinguen entre *las autorizaciones y permisos*. Veamos si este estándar es o no razonable.

En general, las **autorizaciones** suponen un derecho preexistente. Pensemos el siguiente ejemplo: el Estado restringe el derecho de propiedad, de modo que el propietario sólo puede construir si cumple con ciertos requisitos —por caso, la presentación del plano y el proyecto respectivo, de conformidad con las leyes y ordenanzas vigentes—. En este caso, el propietario del inmueble sí posee el derecho preexistente a construir, pero su ejercicio depende de las autorizaciones estatales.

Por su parte, el **permiso** no supone un derecho preexistente sino simplemente una expectativa del sujeto interesado en relación con el objeto de que se trate (por ejemplo, el permiso para cazar o pescar en un coto de propiedad estatal). El Estado puede prohibirlo, y el interesado no puede esgrimir derecho alguno más allá de sus expectativas. Así, el permiso es el reconocimiento de un derecho no existente; es decir, el titular no tiene derecho y el acto estatal permisivo, consecuentemente, crea ese derecho. El ejemplo más común es el del permiso de uso de los bienes del dominio público.

Pues bien, la distinción entre *habilitaciones y permisos* es clara en el plano teórico, pero absolutamente confusa y anárquica en los hechos. El Estado, por medio del legislador o del Poder Ejecutivo, hizo uso indistintamente de estos conceptos sin respetar un criterio sistemático.

VIII.2. La desregulación y las técnicas de autorización por silencio

El poder de policía es, entonces, la potestad estatal de regular, ordenar, limitar, restringir, prohibir y controlar. Así como el Estado decide regular, es posible y de hecho así ocurre que en otras circunstancias decida retirar las restricciones. Este último proceso es conocido como desregulación. Es decir, la *desregulación* es básicamente la derogación o supresión de las regulaciones, entendidas como límites o restricciones.

En el marco del Estado neoliberal se produjeron cambios sustanciales en el poder de policía. Si bien las potestades de regulación no desaparecieron, sí se eliminaron ciertas restricciones o limitaciones (en particular, la intervención estatal en las actividades económicas).

Así, pues, el poder de control se transformó en simples comunicaciones y se reemplazó en ciertos casos el control previo por el posterior e, incluso, éste fue delegado en sujetos privados. Finalmente, se reconoció que el silencio tuviese efectos positivos cuando se tratase de autorizaciones y permisos. De tal modo, las autorizaciones estatales se convirtieron en simples comunicaciones de los sujetos interesados, más el silencio estatal positivo por el solo transcurso del tiempo.

Más puntualmente, la ley 23.696 sobre Reforma del Estado es un claro ejemplo de desregulaciones. Sin embargo, el arquetipo de las políticas de desregulación —propio de los años noventa— es el decreto 2284/91 sobre la desregulación del comercio interior de bienes y servicios y el comercio exterior, la supresión de entes, la reforma fiscal, el mercado de capitales, el sistema único de la seguridad social y negociación colectiva, entre otros.

IX. EL PODER DE REGULACIÓN Y ORDENACIÓN EN SITUACIONES DE EMERGENCIA. EL CRITERIO LEGISLATIVO Y JUDICIAL. EL ALCANCE DEL CONTROL

El concepto de emergencia pública fue estudiado y discutido con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, ya que si bien no existía en el ordenamiento jurídico norma alguna que claramente estableciese su alcance y validez, los autores y jueces desarrollaron diversas teorías sobre su existencia, fundamento y consecuencias.

Cabe destacar que en nuestro país las emergencias son recurrentes. A título de ejemplo, cabe citar las siguientes normas ciertamente ilustrativas: (A) Decreto 1096/85 (Plan Austral) y decreto 36/90 (Plan Bonex); (B) Ley 23.696 (Reforma del Estado y Privatizaciones); (C) Ley 23.697 (Reforma Económica); (D) Ley 23.982 (Consolidación de Deudas); (E) Decreto 2284/91 (Desregulación); (F) Ley 24.629 (Reforma del Estado —segunda parte— y Privatizaciones de servicios periféricos); (G) Ley 25.184 (Delegaciones legislativas); (H) Ley 25.344 (Emergencia Económica); (I) Ley 25.414 (Delegaciones legislativas); (J) Ley 25.453 (Déficit cero); (K) Decreto 1570/2001 y Ley 25.557 (Corralito financiero) y (L) Ley 25.561 (Emergencia Social, Económica, Administrativa y Financiera) y sus múltiples prórrogas.

La Corte aceptó, aunque en un principio con ciertos titubeos, el concepto amplio del poder de policía inclusivo de la idea de policía de la emergencia (esto es, el poder regulatorio en períodos excepcionales). Uno de los primeros precedentes fue "Ercolano c. Lanteri de Renshaw" (1922) sobre el congelamiento del precio locativo de casas, piezas y departamentos destinados a habitación, comercio o industria, por el término de dos años.

Este antecedente es sumamente importante porque el Tribunal fijó allí los presupuestos o estándares que nos permiten evaluar si una ley de emergencia es o no constitucional. Pues bien, éstos son los siguientes:

- a) La existencia de una situación de emergencia que exija al Estado defender los *intereses vitales* de la sociedad.
- b) La protección de *intereses generales* y no sectoriales o individuales.
- c) El carácter *razonable* de las medidas, de conformidad con las circunstancias del caso.
- d) El *plazo limitado* de las medidas hasta que desaparezcan las causas de la emergencia.

Cabe recordar otros fallos del Tribunal, entre ellos: "Horta c. Harguindeguy" (1922) sobre la validez de la ley 11.157 que ya había sido objeto de debate en el precedente "Ercolano", con la diferencia de que en este caso se trataba de un *contrato de alquiler* con término fijo y *celebrado con anterioridad* a la promulgación de la ley. El Tribunal sostuvo aquí que, si bien el Estado puede ejercer el poder de policía de emergencia con carácter transitorio, y en razón de circunstancias excepcionales, no puede hacerlo hacia el pasado.

Más adelante, en el antecedente "Mango" (1925), la Corte fijó otro límite al poder de regulación estatal, además del carácter no retroactivo de las leyes en tanto alterasen derechos adquiridos. ¿Cuál fue ese otro límite? El alcance ocasional y temporal de los regímenes de emergencia.

En el año 1934, en el caso "Avico c. De la Pesa", la Corte resolvió puntualmente que la prórroga del cumplimiento de las obligaciones con garantía hipotecaria y los intereses pactados —por tres años y seis meses respectivamente—, así como la reducción del máximo de la tasa de interés al 6 % anual, es constitucional. En efecto, "un largo y meditado estudio de los fallos dictados por esta Corte... nos decide a mantener la jurisprudencia establecida en el caso "Ercolano" porque la existencia del contrato escrito no cambia la situación del propietario... Por un lado, los derechos constitucionales no son absolutos y, por el otro, el artículo 5 del Código Civil dispone que ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público".

Más adelante, la Corte confirmó —quizás ya con carácter definitivo y sin más titubeos— el concepto amplio del poder de policía en el precedente "Cine Callao" (1960). Dijo el Tribunal aquí que "esta Corte, luego de haber abandonado la circumscripita concepción del poder de policía expuesta en antiguos pronunciamientos... para acoger la tesis amplia y plena... declaró que dentro de los objetos propios de aquel poder ha de estimarse comprendida... la defensa y promoción de los intereses económicos de la colectividad con apoyo en el inciso 16 del artículo 67 de la Constitución Nacional" (actual artículo 75, inciso 18, CN)". En este caso, el Tribunal debatió la constitucionalidad de la ley 14.226 que estableció la obligatoriedad de los empresarios de incluir espectáculos de variedades (llamados números vivos), en los programas de las salas cinematográficas del país con el objeto de asegurar adecuados niveles de ocupación a las personas dedicadas a este tipo de actividades artísticas.

Estas ideas sobre el "poder de policía de emergencia" se profundizaron en los casos: 1) "Videla Cuello" (1990) sobre la suspensión de las ejecuciones de sentencias condenatorias contra el Estado; y 2) "Peralta" (1990), en donde se discutió la constitucionalidad del decreto 36/90 que ordenó que los depósitos bancarios fuesen reintegrados a sus titulares en dinero en efectivo hasta un cierto monto y el excedente en títulos de la deuda pública externa (serie Bonex 1989) a ser rescatados en el término de diez años.

En este último precedente, la Corte reafirmó la doctrina de la "emergencia económica" en los siguientes términos: "se trata de una situación extraordinaria que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, que origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin". Este caso es, según nuestro criterio, sumamente importante porque si bien el Tribunal, por un lado, ratificó las potestades estatales de regulación en situaciones de emergencia, por el otro, reconoció por primera vez el ejercicio de esas potestades por el Poder Ejecutivo mediante el dictado de decretos de necesidad —y no necesariamente por ley del Congreso—.

La tesis central de los jueces fue que "la emergencia no crea potestades ajenas a la Constitución, pero sí permite ejercer con mayor hondura y vigor las que ésta contempla, llevándolas más allá de los límites que son propios de los tiempos de tranquilidad y sosiego". De modo que, sin perjuicio de reconocer el poder excepcional en la emergencia, éste está limitado por las reglas del artículo 28, CN, y el control judicial.

Más recientemente, en los precedentes "Smith" (2002) y "San Luis" (2003), la Corte ratificó que "el fundamento de las normas de emergencia es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial, como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones, a la vez que atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto". Y agregó que "las medidas tendientes a conjurar la crisis deben, pues, ser razonables, limitadas en el tiempo, un remedio y no una mutación de la sustancia o esencia de la relación jurídica". Sin embargo, en estos casos, si bien el Tribunal convalidó el estado de emergencia, declaró la inconstitucionalidad de las medidas estatales por su carácter irrazonable.

Es decir, la Corte consintió de modo reiterado el cuadro de la emergencia y las medidas estatales consecuentes, siempre que las restricciones fuesen razonables y temporales. A su vez, remarcó que el límite constitucional del poder estatal sobre los derechos, incluso en situaciones de excepción, es la alteración de su sustancia. En síntesis, y según el criterio del Tribunal, el Estado puede limitar el derecho en el tiempo, pero no alterarlo en los otros aspectos o aristas (contenido).

Más adelante, en el caso "Bustos" (2004), la Corte justificó el estado de emergencia y utilizó el *test* de constitucionalidad de las decisiones estatales en períodos de emergencia. Esto es:

- [a] "que se presente una situación de emergencia —declarada por el Congreso y con debido sustento en la realidad— que obligue a poner en ejercicio aquellos poderes reservados para proteger los intereses vitales de la comunidad;
- [b] que la ley persiga la satisfacción del interés público: ello es, que no haya sido dictada en beneficio de intereses particulares sino para la protección de los intereses básicos de la sociedad;
- [c] que los remedios justificados en la emergencia sean de aquellos propios de ella y utilizados razonablemente y
- [d] que la ley sancionada se encuentre limitada en el tiempo y que el término fijado tenga relación directa con la exigencia en razón de la cual ella fue sancionada".

En el caso "Massa" (2006), la Corte puso fin a los cientos de miles de reclamos judiciales iniciados en virtud del denominado "*corralito financiero*" (más propiamente la pesificación), estableciendo el *quantum* que los Bancos debían devolver a los ahorristas depositantes.

En síntesis creemos que, según el criterio histórico de la Corte, el derecho de propiedad debe respetarse, salvo casos de emergencia y en términos de espera (*temporalidad*).

Sin embargo, es posible realizar quitas o recortes del propio capital si fuese necesario para no vulnerar el derecho de propiedad de los más débiles en el vínculo que es objeto de debate. Si bien el Tribunal no convalidó este criterio en el precedente "Massa"; sí lo hizo en los casos "Rinaldi" (2007), "Longobardi" (2007) y "Benedetti" (2008), entre otros.

El precedente "Longobardi" es paradigmático porque la Corte avanzó sobre los aspectos ya señalados (*temporalidad* y sobre todo *sustantividad*) de modo claro y decisivo. Los hechos del caso fueron los siguientes: en el año 1988 la demandada recibió un préstamo por la suma de dólares estadounidenses 392.000 para la construcción de un colegio, obligándose a su devolución en el plazo de un año con un interés compensatorio del 18% anual, gravando con derecho real de hipoteca a favor de sus acreedores dos inmuebles de su propiedad.

En razón de la falta de pago del crédito, los acreedores iniciaron el juicio hipotecario a cuyo efecto sostuvieron que la deudora había dejado de pagar los intereses en el mes de noviembre de 2001 y, a su vez, plantearon la inconstitucionalidad de las normas de emergencia.

El voto mayoritario de la Corte condenó a la demandada —por aplicación del principio del esfuerzo compartido— a pagar a los acreedores la suma que resulte de transformar a pesos el capital reclamado en moneda extranjera a razón de un peso por dólar estadounidense, más el 50% de la brecha que exista entre un peso y la cotización de la mencionada divisa extranjera en el mercado libre de cambio, tipo vendedor, del día en que correspondiese efectuar el pago, con más una tasa de interés del 7,5% anual, no capitalizable, entre moratorios y punitivos desde la fecha en que se produjo la mora y hasta el efectivo pago.

A su vez, el Tribunal aclaró que este caso difiere del precedente "Rinaldi" porque aquí no se discute el crédito hipotecario para vivienda única y familiar del deudor de hasta dólares 100.000; sino que se trata de un mutuo por un valor que excede los dólares 250.000, garantizado con hipoteca sobre un inmueble que no reviste el carácter de vivienda única, permanente y familiar.

Afirmó que "en la búsqueda del restablecimiento de un adecuado equilibrio de las prestaciones, a través de una distribución proporcional de las cargas, el bloque normativo de emergencia ha dejado abierta la posibilidad de recurrir a otras vías (además del CER) cuyo tránsito debería ser abordado con arreglo al principio de equidad. En suma, el sistema legal admite senderos alternativos para alcanzar un único fin, es decir, una solución equitativa. Y es precisamente dentro del marco de esas posibilidades que la jurisprudencia de los tribunales inferiores ha elaborado y empleado en forma generalizada la denominada doctrina del esfuerzo compartido —que más recientemente ha sido receptada en las previsiones del art. 6° de la ley 26.167— que postula la distribución proporcional entre las partes de la carga patrimonial originada en la variación cambiaria".

De modo que el Tribunal, en sus últimos pronunciamientos, no sólo aceptó *esperas* en el ejercicio del derecho de propiedad sino también *quitas* (*contenido*).

¿Puede el juez controlar el estado de emergencia? Es importante señalar que la Corte acompañó sin mayores reparos el desarrollo y expansión del poder de regulación estatal (poder de policía), desde el criterio restrictivo hacia otro cada vez más amplio, y sin solución de continuidad. ¿En qué consiste esta extensión? Creemos que comprende varios aspectos. Veamos:

- 1) *por un lado*, el Estado puede regular otros campos materiales —además de la seguridad, moralidad y salubridad públicas— por caso el interés económico colectivo y la subsistencia del propio Estado;

2) *por otro lado*, el Estado puede regular y hacerlo de un modo más intenso en situaciones o cuadros de emergencia, siempre claro dentro del marco constitucional.

La Corte también aceptó, en particular desde el caso "Peralta", la declaración del estado de emergencia por el propio Poder Ejecutivo, mediante el dictado de decretos de necesidad y urgencia o delegados.

Consecuentemente, es posible afirmar que la Corte reconoció el ejercicio del poder de policía o regulación estatal en períodos de emergencia con un alcance cada vez más intenso y profundo en razón de sus fundamentos, las materias alcanzadas y el poder competente.

Sin perjuicio de ello, cabe reconocer que el Tribunal aceptó el *control judicial* de las situaciones de *emergencias* (situación fáctica).

A su vez, en cuanto al control judicial de las *medidas* dictadas por el Estado en el marco de las emergencias, cabe señalar que la Corte ha dicho que el trazado entre aquello que está permitido o prohibido en un período de emergencia ha sido marcado con bastante precisión por los legisladores y los jueces, desde los años veinte del siglo pasado hasta el presente.

En este sentido y como ejemplo, cabe mencionar entre los instrumentos y herramientas posibles en el marco del estado de emergencia a los siguientes: (1) la fijación de precios y plazos en materia de locaciones urbanas; (2) la reducción de las tasas de interés pactadas entre los contratantes; (3) la fijación de precios máximos; (4) la suspensión de desalojos; (5) la moratoria en materia hipotecaria; (6) la suspensión de juicios contra el Estado; (7) la disminución de jubilaciones y sueldos de los agentes públicos; (8) la rescisión de los contratos estatales; (9) la suspensión temporal de los efectos de los contratos privados (congelamiento de depósitos bancarios, entre otros) y de las sentencias; y (10) la consolidación de deudas del Estado, entre otros.

En el contexto de los antecedentes judiciales, es posible concluir que, según el criterio de la Corte, el *régimen constitucional de las medidas estatales* dictadas en el marco de los estados de excepción es el siguiente:

- 1) Las medidas son constitucionales si: (a) el estado de excepción es evidente y declarado por el Congreso; (b) las medidas son dictadas por el Estado en el marco de sus potestades; (c) las medidas guardan relación con la realidad y el estado de excepción (fin estatal); (d) no lesionan el derecho de propiedad; y, por último, (e) revisten carácter temporal.
- 2) El juez debe controlar el carácter razonable y proporcional de las medidas dictadas por el Estado.
- 3) El Tribunal aceptó en ciertos casos excepcionales —y más allá de las esperas en el ejercicio del derecho— el recorte sobre éste (sustancia), en virtud del criterio del sacrificio compartido o de equidad entre las partes.

Sin embargo, la Corte no se expidió o lo hizo parcialmente sobre otros aspectos que consideramos relevantes.

Por un lado, sobre la distinción en términos claros y fundados entre quitas (disminución del capital e intereses) y esperas (suspensión temporal del ejercicio del derecho), respecto del derecho de propiedad.

Por el otro, el análisis de otras vías estatales posibles para superar las crisis y su mayor o menor restricción sobre los derechos (es decir, si el Estado entre dos o más opciones posibles, eligió el camino menos restrictivo). Es más, la Corte sostuvo en el caso "Clarín" (2013) que "en función del tipo de escrutinio constitucional que corresponde realizar no cabe que el Tribunal controle el requisito de necesidad. Por consiguiente, no debe indagar si era imprescindible legislar al respecto o si existían otros medios alternativos igualmente idóneos y que, al mismo tiempo, hubiesen provocado una menor restricción a los derechos involucrados, en tanto ello implicaría ingresar en un ámbito de exclusiva discrecionalidad legislativa. Cabe recordar que los jueces no deben decidir sobre la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones, ni pronunciarse sobre la oportunidad o discreción en el ejercicio de aquéllas, ni imponer su criterio de eficacia económica o social al Congreso de la Nación".

Por último, si el Estado distribuyó el sacrificio sobre los sectores más autónomos o no, pudiendo hacerlo entre unos y otros, según las circunstancias del caso.

El Tribunal casi siempre convalidó el estado de emergencia y, en particular, las medidas estatales dictadas consecuentemente, por ello cabe resaltar los pocos casos en que así no ha sido. ¿Cuáles son esos pocos casos en que el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de las medidas estatales en el marco de la emergencia? Los antecedentes "Smith", "Tobar", "Benedetti", "Alvarez" y, particularmente, "Provincia de San Luis". En este último, los jueces sostuvieron que "el Congreso fijó una pauta precisa, que fue desatendida por el Poder Ejecutivo nacional al dictar el decreto 214/2002. El Poder Legislativo, conforme al texto legal, sólo lo había habilitado a actuar para afrontar la crisis, con la limitación de preservar el capital perteneciente a los ahorristas"; sin embargo, el Ejecutivo violó las bases fijadas por el legislador.

CAPÍTULO 13 - EL SERVICIO PÚBLICO

I. LAS DISTINCIONES ENTRE EL PODER ESTATAL DE REGULACIÓN Y LOS SERVICIOS ESTATALES

El desarrollo clásico del Derecho Administrativo dice que las técnicas de intervención estatal son, como ya explicamos, el poder de policía y el servicio público. Sin embargo, creemos que el esfuerzo no debe centrarse en reemplazar estas palabras por otras denominaciones jurídicas, sino en modelar su contenido y así redefinirlas, según el fundamento propio del Estado Social y Democrático de Derecho.

El Estado debe garantizar derechos y, para ello, es necesario que preste servicios materiales o garantice su prestación por otros. En este sentido, hemos argumentado que el Estado en parte satisface derechos por medio de su potestad de limitar o restringir otros derechos; sin embargo, no es suficiente por sí solo ya que debe garantizar el goce de múltiples derechos y hacerlo de modo integral (trátase de derechos individuales, sociales y colectivos), con el objeto de que cada cual pueda elegir y materializar su propio plan de vida. Así, es necesario e imprescindible que el Estado intervenga activamente.

Entonces, el Estado debe, *por un lado*, regular; y, *por el otro*, realizar prestaciones positivas (prestar servicios).

Demos un ejemplo. ¿Cómo debe satisfacer el Estado el derecho de aprender? En primer término, por medio de limitaciones, obligaciones y restricciones. Así, por caso, el Estado establece la obligatoriedad de la enseñanza básica; los contenidos curriculares mínimos; y las condiciones de estudio y promoción; entre otros aspectos. Sin embargo, es posible advertir —

claramente— que el derecho a educarse no puede satisfacerse sólo con regulaciones en términos de límites o cortapisas, sino que es necesario que el Estado haga algo más (esto es, prestar el servicio por sí o garantizar su prestación por terceros). De modo que aquí ya dejamos el terreno de las restricciones y nos ubicamos en el campo propio de los servicios.

Otro ejemplo. Así, por caso, sólo es posible garantizar el derecho a la salud mediante regulaciones (prohibiciones, limitaciones y restricciones) y, a su vez, por medio de prestaciones de contenido positivo de servicios de salud, dados directamente por el Estado o por terceros.

Sigamos analizando el caso de los servicios estatales. En este marco, el Estado puede: (a) regular y prestar directamente el servicio; o (b) regular y garantizar el servicio prestado por terceros. Por ejemplo, el servicio de educación, seguridad, salud, vivienda y los llamados servicios domiciliarios (agua potable, luz y gas, entre otros).

Pero, *¿la Constitución establece el deber del Estado de prestar o garantizar los servicios o sólo regularlos?* Respecto de las funciones estatales como es el caso de la seguridad, el servicio de justicia y el servicio exterior, el Estado debe hacerlo obligatoriamente. A su vez, en relación con los otros servicios, también es obligatorio, sin perjuicio de que la Constitución no lo establece en términos expresos sino implícitos. El Estado debe hacerlo en tanto su obligación constitucional es reconocer y hacer ciertos los derechos, y esto sólo es posible si el Estado garantiza la prestación de los servicios por sí o por terceros.

En síntesis, *el Estado debe prestarlos o garantizar su prestación, y ello con el objeto de hacer valer los derechos fundamentales.*

II. LAS FUNCIONES ESTATALES. LOS SERVICIOS SOCIALES Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Luego de distinguir entre el poder de regulación y el deber de prestar o garantizar los servicios estatales, es necesario seguir avanzando y discernir entre los servicios con el propósito de despejar el objeto de nuestro estudio en el marco de este capítulo (es decir, el concepto de *servicio público*).

¿Todo servicio estatal es servicio público? o, quizás, cabe preguntarse: ¿el servicio estatal y el servicio público son dos conceptos distintos? Creemos que el servicio estatal comprende tres ámbitos distintos.

El primer campo es el de las **funciones estatales básicas** de carácter indelegable (tal es el caso de la seguridad, la justicia y el servicio exterior). En efecto, tales funciones estatales son intransferibles, mientras los otros servicios pueden ser prestados por el Estado o por terceros. Así, cuando el servicio es prestado por el Estado con carácter exclusivo por mandato constitucional (esto es, tratándose de funciones estatales esenciales), entonces, es posible distinguirlo de los servicios sociales o públicos. De modo que, por ejemplo, la administración de justicia, sin perjuicio de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, debe ser prestado por el propio Estado conforme el mandato constitucional.

El segundo campo comprende los **servicios sociales** que son aquellos que deben ser prestados por el Estado, sin perjuicio de la participación concurrente de terceros. Es decir, los servicios sociales no son prestados en ningún caso en condiciones de monopolio, sino en situaciones de concurrencia entre el Estado y los particulares. A su vez, *el servicio social satisface de modo directo los derechos básicos y fundamentales* como, por ejemplo, el servicio de salud o educación respecto de sus correlativos derechos. Pues bien, estos servicios están apoyados en criterios básicos de solidaridad y protección social.

El tercer y último campo es ocupado por los *servicios públicos*; es decir, los servicios que el Estado debe garantizar, pero puede abstenerse de prestar. De modo que no es necesario que el Estado preste tales servicios con carácter exclusivo o concurrente. Asimismo, este servicio de contenido económico reconoce derechos instrumentales, según el criterio del propio legislador, y permite hacer más ciertos los derechos fundamentales por su carácter complementario.

III. EL DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO. LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS. SU CRISIS. SU RESCATE: EL RECONOCIMIENTO NORMATIVO

El Estado centró históricamente sus actividades más en el desarrollo de su poder de regulación que en los servicios estatales. En verdad, éstos nacen en el siglo XIX (por ejemplo, la enseñanza pública y la seguridad social) y, particularmente, en el siglo XX con el propósito de suplir las iniciativas privadas (por caso: los ferrocarriles, la electricidad y las comunicaciones, entre otros).

En este contexto, las construcciones dogmáticas definieron el concepto de servicio público, quizás forzosamente, con los siguientes elementos básicos: (a) el sujeto estatal; (b) las prestaciones; (c) el marco jurídico (es decir, el Derecho Público); y, por último, (d) el interés colectivo.

Este concepto — más o menos estable — comenzó a agrietarse fuertemente durante las últimas décadas, sin perjuicio de que debe reconocerse que es sumamente indeterminado, vago e impreciso.

Veamos cómo se desató esta *crisis*. Por un lado, recayó sobre el *elemento subjetivo* (es decir, el sujeto estatal fue claramente desvirtuado por la transferencia de los servicios al sector privado).

Por el otro, el servicio público no supone aplicar exclusivamente el *marco jurídico del Derecho Público*; sin desconocer que ciertos aspectos sí deben estar regulados necesariamente por el Derecho Administrativo. Por ejemplo, cuando el servicio es prestado por el Estado mediante las empresas del Estado y no por el propio Poder Ejecutivo, entonces, el Derecho Privado irrumpe con fuerza. A su vez, si el servicio es explotado por los particulares, el Derecho Privado es, incluso, más fuerte y dominante.

En conclusión, creemos que, a la luz de los cambios analizados y las crisis consecuentes, el elemento subjetivo y el marco jurídico de los servicios públicos que hemos estudiado históricamente deben necesariamente matizarse y redefinirse.

Pues bien, ¿cuál de los *elementos constitutivos del servicio público* — además de su condición de prestación — quedó enteramente en pie? Evidentemente, el interés colectivo. Sin embargo, este interés siempre está presente en el marco de cualquier actividad estatal, de modo que este aspecto es claramente deficiente por sí solo en el camino que nos hemos trazado.

¿Es razonable sostener, entonces, que el servicio público desapareció del mundo jurídico? Creemos que no porque el propio Convencional, el legislador y el Ejecutivo hacen uso de este concepto en sus respectivos textos. Por ejemplo, el artículo 42, CN, y las [leyes 24.065](#), 24.076, 26.221, entre otras, y los decretos 293/02 y 311/03. Es más, las [leyes 27.078](#) y 27.161 declaran ciertos servicios como "servicios públicos esenciales". En igual sentido, cabe mencionar proyectos de ley que declaran ciertas actividades como servicios públicos, por ejemplo, las actividades financieras.

Sin embargo, cabe preguntarse qué quiere decir que cierto servicio es servicio público. Intentaremos contestar este interrogante en los siguientes capítulos.

IV. LOS FUNDAMENTOS DEL SERVICIO PÚBLICO

Respecto del servicio público y sus fundamentos se han creado y desarrollado diversas teorías.

IV.1. La titularidad del Estado

Así, pues, uno de los posibles fundamentos teóricos es la *publicatio*. Según este criterio, el servicio público es un conjunto de actividades que el Estado sustrae del campo privado y las hace propias, con el propósito de regularlas, explotarlas y encuadrarlas en el marco propio del Derecho Público. Es decir, el Estado —por razones de interés público— decide retacear ciertos servicios del sector privado y residenciarlos en el sector público con las siguientes consecuencias: (a) *por un lado, excluir la libre iniciativa* en el intercambio de los servicios; y, (b) *por el otro, aplicar* el marco jurídico exorbitante del *Derecho Público*.

El servicio público es, entonces, según este criterio, el instrumento estatal cuyo contenido es el siguiente: el Estado invade ciertas actividades particulares en razón del interés público haciéndolas propias, desplazando al sector privado, y ejerciendo su titularidad. A su vez, en virtud de este título jurídico propio, el Estado ejerce sus poderes con gran amplitud en el marco del Derecho Público sobre dichos servicios.

Es decir, el concepto de titularidad estatal permite que el Estado ordene, regule, organice y preste el servicio de que se trate por sí solo, con exclusión de otros. Éstos sólo pueden participar eventualmente en la gestión del servicio mediante concesiones —título que sólo es otorgado por el Estado—. En efecto, las personas no tienen un derecho propio y sólo pueden acceder y actuar en el sector de los servicios públicos (es decir, explotarlos), mediante concesiones o permisos que deben ser otorgados por el Estado.

Así, la titularidad es intransferible y, en su caso, la concesión del servicio (gestión por terceros) es discrecional y temporal. *Publicatio* significa, entonces titularidad del servicio por el Estado y, por tanto, responsabilidad de éste por la prestación de aquél.

A su vez, es el propio Estado quien decide qué actividad es servicio público y cuál no; es decir, el Estado resuelve si es o no su titular. Los servicios públicos son actividades que el Estado (léase el Convencional o el legislador) declaró tales porque son esenciales para la comunidad, en cuyo caso éste es el titular, regulador y controlador en términos exclusivos. Ese estatus reconocido por el legislador permite definir cuáles son los caracteres y justifica —a su vez— la aplicación de un régimen jurídico exorbitante y específico sobre este sector de los servicios.

En particular, los caracteres del servicio pueden sintetizarse así: continuidad, regularidad, generalidad, igualdad, obligatoriedad, necesidad y control.

Por su lado, el marco jurídico establece entre sus reglas básicas que: 1) el servicio sólo puede ser prestado por terceros mediante concesión y con carácter temporal (esto es: no por sí mismos, ni de modo permanente); y, además, 2) el reconocimiento de potestades exorbitantes e implícitas a favor del Estado concedente (por ejemplo, el poder de revocación y el rescate del servicio).

Sin embargo, cabe resaltar los principales reparos a la idea de la titularidad del servicio (*publicatio*).

1. El título reconoce facultades implícitas, exorbitantes, vagas e imprecisas a favor del Poder Ejecutivo, y en perjuicio de los derechos de los particulares. Es decir, y entre otras consideraciones, no se sabe cuáles son los poderes a favor del Estado que surgen de modo difuso e implícito de dicho título.
2. Por otro lado, no es necesario construir ese título para regular el sector de que se trate; en efecto, la potestad de regulación es claramente estatal por mandato constitucional.
3. El régimen exorbitante tiene ciertamente un valor histórico en el desarrollo del servicio público y quizás didáctico, pero no posee valor jurídico. En efecto, el régimen jurídico del Derecho Público en el marco del servicio público es simplemente el marco constitucional y legal, esto es, el conjunto de derechos, garantías, prohibiciones, restricciones y prestaciones. ¿Cuál es, entonces, el esquema normativo? Entendemos que debe aplicarse el marco básico constitucional (Derecho Público) y, luego, ver cuál es el bloque específico que es —comúnmente— el cruzamiento entre el Derecho Público y Privado.

De todos modos el argumento más concluyente, en sentido crítico, es que *en el derecho positivo argentino no existe ningún precepto que establezca el criterio de titularidad en términos expresos y claros*.

En conclusión, creemos que no es necesario recurrir a este edificio dogmático (publicista) con el objeto de explicar el instituto que habitualmente llamamos servicio público. Es decir, es posible resguardar los derechos de los usuarios e, incluso, construir dogmáticamente el contrato de concesión del servicio público, sin título alguno.

IV.2. El monopolio

Intentemos otro camino explicativo: el servicio público es —básicamente— el servicio prestado en condiciones de *monopolio*.

Sin embargo, el primer y mayor obstáculo con el que tropezamos aquí es que muchos de los servicios públicos no son prestados en situaciones de monopolio, sino en términos competitivos (por ejemplo, entre nosotros, el servicio de transporte de pasajeros).

IV.3. Los servicios de interés público

El concepto de "servicios de interés público" no reúne los caracteres de responsabilidad del Estado, ni monopolio. Por el contrario, tratándose de servicios públicos el Estado sí es responsable y, a su vez, es posible que el servicio se preste en condiciones no competitivas.

En particular, cabe preguntarse si las propiedades relevantes en el contexto de los servicios públicos son válidas constitucionalmente tratándose de servicios de interés público. Según nuestro criterio, no; en particular las cláusulas de fijación de precios, rescate del servicio y reversión de los bienes. Es más, en el presente caso el poder de regulación estatal implícito sólo comprende: a) la fijación de las reglas sobre el *acceso* en condiciones de continuidad e igualdad de los usuarios; y b) el *modo de prestación* del servicio (en especial los estándares sobre calidad); ciertamente menos extensos que en el marco de los servicios públicos.

Cabe mencionar que en el derecho positivo se incluye este concepto. Así, la ley 24.065 dice que "la actividad de generación, en cualquiera de sus modalidades, destinada total o parcialmente a abastecer de energía a un servicio público será considerada de *interés general*..." (art. 1). A su vez, la ley 26.522 sobre Medios de Comunicación Audiovisual establece que "La actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual se considera una actividad de *interés público*, de carácter fundamental para el desarrollo de la población..." (art. 2). En igual sentido, el desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, las telecomunicaciones y sus recursos asociados son de *interés público*—conforme la ley 27.078—.

IV.4. Las public utilities

Otro criterio es el de las "*public utilities*", de cuño anglosajón, y cuyas características principales son las siguientes: a) las actividades bajo este régimen deben ser declaradas por el legislador; b) las potestades de regulación y aplicación de la ley en ese sector son ejercidas por un ente independiente; c) el Estado no es el titular de estas actividades; d) éstas son prestadas por los particulares simplemente por medio de licencias y autorizaciones (y no por contratos de concesión de servicios); e) éstas pueden ser otorgadas por tiempo indeterminado; f) el rescate sólo puede ser decidido por el Congreso; g) el servicio debe ser prestado obligatoriamente y en términos igualitarios; h) el servicio debe ser seguro; y, por último, i) el precio del servicio debe ser justo y razonable.

Así, este concepto o categoría supone reconocer servicios prestados por empresas privadas en competencia con otras, pero con regulaciones y restricciones impuestas por el Estado. Entre éstas y a título de ejemplo: la obligación de los prestadores de realizar prestaciones no rentables de modo de garantizar el acceso de cualquier habitante a precios razonables.

IV.5. Conclusiones

En síntesis, existen básicamente dos concepciones. Por un lado, el servicio público es la actividad de titularidad estatal (esto es, el Estado decide guardar para sí ciertas actividades con exclusión de los demás), de modo que la gestión por terceros (concesión) es un proceso de transferencia de competencias desde el Estado (concedente) al concesionario.

Por el otro, el servicio público es una actividad desarrollada por las personas (en ejercicio de derechos propios y preexistentes), simplemente regulado por el Estado en el marco de un régimen abierto y participativo, y sin perjuicio de los deberes del prestador.

Sin embargo, estos esquemas conceptuales no resuelven el conflicto central porque el núcleo irresuelto sigue siendo históricamente el mismo, esto es: *cuál es el alcance y extensión del poder de regulación estatal respecto de cierto sector y, especialmente, si en ese marco existen poderes implícitos del Poder Ejecutivo y cuáles son éstos*.

Cabe señalar, por último, que se han desarrollado otros conceptos en términos de complemento o sustitución de la idea del servicio público. Así, por ejemplo, entre nosotros se ha distinguido entre el servicio público (servicios esenciales) y el servicio de interés público (servicios menores, tales como los establecimientos destinados al expendio de medicamentos). Sintéticamente, en el primer caso el poder regulatorio estatal es mayor que en el segundo.

Más recientemente, en el derecho comparado, se han creado los conceptos de servicios de interés general y de servicios económicos de interés general, entre otros.

Como puede advertirse el punto a resolver es el fundamento y sobre todo el alcance del poder regulatorio estatal en las actividades prestadoras de servicios. Los caracteres más sobresalientes de ese poder regulatorio son: a) la libertad en la prestación o su restricción, sea por simples autorizaciones estatales o por contratos de concesión otorgados por el Estado; b) el poder regulatorio explícito o —además— el reconocimiento de poderes estatales implícitos; y, por último, c) las obligaciones específicas del prestador.

De todos modos, no debemos dejar de reconocer que *la idea subyacente, tras los conceptos jurídicos aquí expuestos, es si tales actividades se someten o no a las reglas del mercado.*

V. EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO. SUS PROPIEDADES MÁS RELEVANTES

El concepto de servicio público debe construirse simplemente —según nuestro criterio— desde las normas jurídicas. Intentemos, entonces, explicar y justificar el concepto sobre bases normativas más sólidas y ciertas. *¿Cuál son esas bases?* El texto constitucional y su interpretación. Así, ya dejamos asentado que el servicio público debe pensarse nuevamente, pero desde el texto constitucional.

El servicio puede ser prestado materialmente por el propio Estado o por terceros, y esto es indistinto según el criterio del Convencional, de modo que el legislador puede optar por un modelo u otro.

Cabe aclarar también que el monopolio y el oligopolio son situaciones de *excepción* en el ordenamiento jurídico y, en particular, en el terreno de los servicios públicos. Es el legislador quien decide si el servicio es prestado o no en condiciones de exclusividad. ¿Por qué este marco es más complejo y merece un trato jurídico especial? Porque si bien el Estado, por un lado, decide crear un monopolio y consecuentemente darle más derechos a su titular (así, por caso, el derecho a explotar cierto servicio en términos de exclusividad), por el otro, restringe otros derechos (por ejemplo, el derecho de los otros a ejercer el comercio y —a su vez— el derecho colectivo sobre el libre intercambio de bienes y servicios en el mercado).

Por ello, en el marco del servicio público prestado en condiciones de monopolio, el poder de regulación estatal es mucho mayor. Es decir, cuando el Estado concede el intercambio de bienes o servicios en condiciones monopólicas, altera el contenido de ciertos derechos. ¿Cuáles son estos derechos? Particularmente, el derecho a trabajar y a ejercer libremente el comercio, así como el derecho de los usuarios y consumidores en el libre intercambio de los servicios. ¿Cómo hace el Estado, entonces, para recomponer el contenido de los derechos alterados? Pues bien, el Estado debe garantizar los derechos que resulten restringidos a través del monopolio, por medio del precio justo de los servicios objeto de intercambio.

Otro aspecto que el Convencional dejó en las orillas del legislador es definir cuál de los servicios es público; en otros términos, cuáles son los derechos instrumentales que el Estado decide satisfacer por medio del servicio público, según las circunstancias del caso, con el objeto de hacer más ciertos los derechos fundamentales. En tal caso, el servicio debe ser prestado obligatoriamente.

En efecto, si bien es cierto que *el servicio público satisface derechos instrumentales*, tras éstos subyacen derechos fundamentales y, por tanto, una vez reconocidos por el legislador, el prestador del servicio debe brindarlo obligatoriamente por el vínculo que existe entre los derechos fundamentales e instrumentales.

Por último, cabe recordar que el servicio público satisface derechos instrumentales de contenido económico, consecuentemente, el usuario debe pagar el precio (tarifas) con el objeto de resguardar el derecho de propiedad del prestador. Igualmente, y puesto que subyacen derechos fundamentales, el modelo debe garantizar el acceso de todos mediante, por ejemplo, las tarifas sociales.

En ciertos casos, el Estado decide, entonces, reconocer el servicio y garantizar su prestación, calificándolo consecuentemente como servicio público con el objeto confeso de satisfacer los derechos instrumentales de las personas y así reforzar sus derechos fundamentales.

Intentemos avanzar sobre el concepto de servicio público. Así, éste puede definirse en los siguientes términos:

- A) la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio;
- B) la prestación en condiciones de competitividad y, excepcionalmente, en situaciones de monopolio u oligopolio;
- C) el carácter retributivo del servicio, en razón de su contenido económico;
- D) la obligatoriedad de las prestaciones; y
- E) el reconocimiento del servicio por el legislador.

(A) *La responsabilidad del Estado por la prestación del servicio.* Si bien creemos que no existe titularidad estatal del servicio público, cierto es que el ordenamiento jurídico reconoce mayor poder de regulación al Estado en este campo y, a su vez, le endilga la obligación de garantizar el servicio con el objeto de reconocer ciertos derechos.

Volvamos sobre el mismo argumento e intentemos reforzarlo. Dijimos que el Estado debe satisfacer el interés colectivo (es decir, los derechos). Tengamos presente también que esos derechos no son simplemente los derechos clásicos de libertad y propiedad (pilares del Derecho Administrativo en términos históricos), sino también derechos económicos, sociales, culturales y los llamados nuevos derechos. ¿Cómo es posible que el Estado garantice estos derechos? ¿Cuáles son las herramientas que debe utilizar el Estado en ese sentido? El interés público y otros intereses instrumentales de éste constituyen —en el plano teórico y abstracto— el fundamento filosófico político del Estado. Sin embargo, vale recalcar que tales intereses son simplemente el conjunto de los derechos de las personas y su reconocimiento.

El Derecho Administrativo fue construido históricamente y en términos dogmáticos desde el pilar del poder y su fundamento casi excluyente es el interés público. Sin embargo, es necesario repensar y reconstruir el Derecho Administrativo y sus institutos, por ejemplo, el servicio público, desde el cuadrante de los derechos fundamentales. Éste debe ser el fundamento del Estado y especialmente de sus intervenciones. Dicho en términos más simples y claros, *el Estado sólo debe actuar con el fin de reconocer y hacer ciertos los derechos.*

Dijimos entonces que el Estado, con el propósito de reconocer y satisfacer derechos, debe realizar conductas negativas —particularmente abstenciones— y, a su vez, otras de contenido positivo —esto es, regulaciones y prestaciones—. Es decir, el Estado debe satisfacer derechos mediante prestaciones de alcance negativo y positivo. Sin embargo, hace falta un eslabón más con el objeto de entrelazar este razonamiento. ¿Cuál es ese eslabón? Las técnicas e instrumentos concretos de intervención estatal (entre ellos, el servicio público). Es decir, el servicio público debe garantizar los derechos de los usuarios mediante prestaciones positivas en condiciones de igualdad, regularidad, obligatoriedad y continuidad.

A su vez, la responsabilidad del Estado por la falta de prestación o prestación irregular del servicio es directa cuando éste es prestado por el Estado, e indirecta cuando es llevado a cabo por otros.

En síntesis, *el servicio es público no por la titularidad estatal sino porque el Estado asume la responsabilidad de su prestación (por sí o terceros), con el fin de satisfacer derechos; y, por ello, se le reconoce mayor poder de regulación y ordenación.*

(B) *La prestación en condiciones de competitividad y, excepcionalmente, en situaciones de monopolio u oligopolio.* El Estado debe garantizar el servicio en cumplimiento del mandato constitucional y legislativo, y con fundamento en el reconocimiento de derechos; pero —además— debe hacerlo en términos de libertad y competitividad (es decir, en el marco del **libre intercambio de los servicios**).

Hemos dicho que el Estado regula cualquier actividad y no sólo los servicios llamados públicos; sin embargo, el poder de regulación es mayor en este escenario que en otros. Pero, ¿por qué? ¿Acaso es así porque existe un título jurídico de intervención estatal llamado servicio público que permite mayor ordenación, regulación, dirección, control e intromisión estatal? Creemos que no y que —en verdad— el fundamento jurídico que permite construir dogmáticamente el concepto del servicio público es el reconocimiento y goce cierto de derechos. En este contexto, el Estado interviene e interviene más.

A su vez, cuando el servicio es prestado en situaciones excepcionales de monopolio u oligopolio, entonces, el Estado debe remediar el contenido de los derechos alterados (en particular, el derecho de los usuarios) mediante mayores regulaciones sobre los derechos y obligaciones del concesionario prestador.

La Constitución, como ya hemos visto, establece —entre otros— el derecho de propiedad, el derecho de comerciar, así como el derecho de intercambiar libremente bienes y servicios en términos enfáticos cuando dice que "las autoridades proveerán... a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados...".

Sin embargo, el mercado es cuestionado, entre otras razones, por las tendencias y deslices constitutivos de monopolios, oligopolios y posiciones dominantes; y —a su vez— por sus externalidades positivas y negativas. Esto último ocurre cuando las transacciones que se lleven a cabo en el mercado recaen sobre terceros que no han participado en el intercambio de bienes o servicios, favoreciéndolos o perjudicándolos.

Otro de los aspectos negativos del mercado es su dificultad o imposibilidad de ofrecer por sí mismo ciertos servicios (servicios sociales); esto es, por ejemplo el servicio de salud. ¿Por qué? Porque el servicio social en tanto permite el acceso de todos, incluso de aquellos que no contribuyen a su sostenimiento, es rechazado por las leyes del mercado.

En este contexto, es obvio que el Estado debe intervenir y suplir fuertemente estos déficits. Pero el Estado no sólo debe regular directamente el mercado y los derechos sino que, muchas veces, y con el objeto de resguardar derechos, debe participar en el mercado prestando servicios directamente.

Luego, en ciertos casos y según las circunstancias, el poder de regular junto con las prestaciones positivas exige, además, el carácter exclusivo de éstas (monopolios). El principio, como ya dijimos, es el libre intercambio de servicios, pero existen excepciones (por ejemplo, el monopolio). Pues bien, en el supuesto de los **monopolios**, el Estado debe prohibirlos o, en su caso, regularlos y controlarlos fuertemente.

En particular, en el marco del monopolio, el Estado está obligado a restringir mucho los derechos del concesionario. Así, el Estado debe regular las obligaciones y el modo de prestación del servicio, y reservarse el poder de revocación y rescate de éste y la reversión de los bienes, de modo de garantizar así la prestación del servicio y la recomposición de los derechos entre las partes (concesionarios y usuarios). En igual sentido, el Estado puede y debe regular el marco de las tarifas y, particularmente, su valor.

Así, tratándose de monopolios, las prerrogativas del Estado en el marco de los servicios públicos nacen expresamente —o en términos implícitos— de los derechos de los usuarios. En tal caso, es plausible deducir poderes implícitos; pero, insistimos, no desde el poder estatal sino desde los derechos y su reconocimiento. Aquí, cobra especial relevancia el rescate del servicio y la reversión de los bienes, pues el Estado sólo puede garantizar los derechos y la prestación del servicio (responsabilidad del propio Estado), si se le reconoce el poder de revocar y recobrar el servicio.

(C) *El carácter retributivo del servicio, en razón de su contenido económico.* El fundamento de ese postulado (pago de un precio justo y razonable) es el contenido económico del derecho de los usuarios (derechos instrumentales).

Este elemento permite distinguirlo claramente, y entre otros conceptos, de los servicios sociales —tales como la educación y la salud— que deben ser prestados por el Estado en términos de gratuidad, sin perjuicio del carácter concurrente de su prestación con los particulares.

El usuario del servicio público debe, en principio, pagar el precio de éste, salvo casos de excepción (*tarifas sociales*). De modo que es posible decir, en este punto de nuestro análisis, que el servicio social satisface derechos fundamentales de modo directo y debe ser, consecuentemente, gratuito; mientras que los servicios públicos reconocen derechos instrumentales y su carácter es oneroso.

De todos modos, cuando el servicio social es prestado por terceros, éste es oneroso y el Estado debe regular el precio —entre otros aspectos—.

(D) *La obligatoriedad de las prestaciones.* El servicio público es **obligatorio** porque sólo así es posible garantizar los derechos (en especial, los derechos de los usuarios). Este presupuesto tiene un nexo directo con el derecho instrumental de acceso de los usuarios y, más aún, el de acceso en condiciones de continuidad e igualdad sin discriminaciones y de modo razonable.

Es decir, el servicio público debe prestarse obligatoriamente y en condiciones de continuidad e igualdad.

A su vez, los aspectos instrumentales en el desarrollo de este principio son los siguientes: (1) el *precio de las tarifas* debe estar regulado por el Estado y ser razonable. En particular, en el caso de los monopolios, el Estado debe fijar las tarifas; y (2) el *plan de inversiones* debe ser aprobado y supervisado por el Estado. Cabe recalcar que estos aspectos son necesarios e imprescindibles para prestar el servicio de modo continuo e igualitario.

En síntesis, el servicio cumple con el estándar de obligatoriedad —en términos ciertos y reales— siempre que el prestador brinde el servicio eficientemente y el usuario pueda acceder sin discriminaciones y mediante el pago de tarifas justas y razonables.

(E) *El reconocimiento del servicio por el legislador.* Otro punto relevante es el reconocimiento del carácter público por parte del legislador. Así, el servicio público no nace de un criterio vago e impreciso, o quizás de un título genérico, sino estrictamente de la ley. El alcance de los servicios como públicos depende de las demandas sociales y las necesidades de seguridad y bienestar que

la sociedad considere básicas e irrenunciables en un tiempo dado. A su vez, el legislador es quien decide cuáles son públicos y cuáles no.

Por ejemplo, el servicio básico telefónico y el uso y acceso a las redes de telecomunicaciones es servicio público (ley 27.078). En igual sentido, los servicios de navegación aérea son servicios públicos esenciales (ley 27.161). Por su parte, la ley 24.065 establece que: a) el transporte y distribución de electricidad es un servicio público. A su vez, la ley 24.076 señala que el transporte y distribución de gas natural constituye un servicio público nacional. Por último, la ley 26.221 dispone que "el servicio público regulado por el presente Marco Regulatorio se define como la captación y potabilización de agua cruda, transporte, distribución y comercialización de agua potable; la colección, transporte, tratamiento, disposición y comercialización de desagües cloacales, incluyéndose también aquellos efluentes industriales que el régimen vigente permita se viertan al sistema cloacal y su fiscalización".

En otras palabras, el servicio es público si el legislador dice que es así. Entonces, ¿qué ocurre si el servicio reúne en términos normativos los recaudos mencionados en los puntos anteriores, pero no es calificado por el legislador expresamente como servicio público? ¿Cabe, en tal caso, calificarlo igualmente como servicio público? Creemos que sí. Así, *si el legislador describe los elementos que mencionamos en los párrafos anteriores en el propio texto legal de modo expreso o razonablemente implícito, el servicio es, según nuestro criterio, público.*

VI. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO PÚBLICO

El *régimen jurídico del servicio público* es el siguiente: 1) el marco constitucional; y 2) el modelo legislativo. En ese contexto, cabe reconocer el poder estatal de ordenación y regulación (*expreso o implícito*), en términos de reconocimiento de los derechos de los usuarios.

Pero, ¿cuáles son estos derechos? y ¿cuál es la relación entre tales derechos y el servicio? Los derechos de los usuarios que guardan relación de modo directo y estrecho con el servicio son, como ya dijimos, el derecho de acceder en condiciones razonables e igualitarias, el derecho de proteger sus intereses económicos y, finalmente, el derecho a elegir libremente el servicio. Más puntualmente, en el caso de los monopolios, el Estado debe recomponer los derechos —en especial, los de los usuarios que estén en condiciones menos favorecidas— por medio de fuertes limitaciones sobre el prestador del servicio.

Este entrecruzamiento entre derechos y servicio nos permite sostener ciertas premisas sobre los *poderes estatales* y su alcance —en particular y con mayor énfasis cuando es prestado en condiciones de monopolio u oligopolio—. Así:

(a) La potestad de regulación del Estado comprende básicamente el poder de fijar las reglas sobre: el acceso de los usuarios en condiciones de continuidad e igualdad; los términos de prestación del servicio (en especial los estándares sobre calidad); y el precio de éste. Es decir, el Estado por medio de tales regulaciones debe garantizar los derechos de los usuarios.

(b) El poder de regulación en el marco de los monopolios. El inciso 18 del artículo 75, CN, dice que corresponde al Congreso "proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la

exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo".

Por su parte, el artículo 42, CN, establece que "las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, a la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios".

Es decir, el texto constitucional prevé expresamente el carácter excepcional de los monopolios y —además— el control sobre éstos. Por eso, en este contexto, el Estado debe regular más y más profundamente con el mismo propósito, esto es, garantizar los derechos de los usuarios.

(c) El control sobre los servicios públicos. Éste es simplemente el corolario de los puntos anteriores.

(d) El poder estatal de rescindir el contrato de concesión del servicio por razones de incumplimiento contractual, o de revocarlo por ilegitimidad o inoportunidad. En este último caso, el Estado debe indemnizar al prestador, según el marco jurídico vigente (es decir, el daño emergente y no así el lucro cesante).

(e) Por último, el poder estatal implícito —en el marco de los monopolios— de rescatar el servicio (extinguir la concesión y prestar el servicio por sí mismo) y revertir los bienes. En ambos casos, como instrumentos necesarios para continuar con el servicio y garantizar el derecho de los usuarios.

En síntesis, el Estado puede —en cualquier caso— revocar el servicio. Es más, en el escenario de los monopolios debe reconocérsele el poder de rescatarlo y —a su vez— revertir los bienes, sin intervención del legislador, y sin perjuicio, en su caso, del deber de reparar al prestador.

Finalmente, cabe aclarar que *el marco jurídico del servicio público es mixto* (es decir, público y privado). ¿Cuál es, en particular, el vínculo entre el servicio público y el Derecho Público? En general, es común sostener que el servicio público debe regirse por el Derecho Público. Sin embargo, ¿qué significa que el servicio público deba regirse por éste? ¿Qué aspectos del servicio están en verdad gobernados por el Derecho Público?

Pensemos el siguiente caso: cualquier servicio público prestado por los particulares. En tales casos, ¿qué normas debemos aplicar? El vínculo entre el prestador y el Estado es de carácter público; mientras que el nexo entre el prestador y el usuario es público/privado. Por su lado, el operador debe ubicar las relaciones entre el prestador y los terceros (es decir, no usuarios) en el campo propio del Derecho Privado.

En conclusión, es cierto que el servicio público debe regirse por el Derecho Público, pero con matices.

VII. LOS CARACTERES DEL SERVICIO PÚBLICO

En general se reconocen los siguientes caracteres como propios de los servicios públicos: (a) la continuidad; (b) la regularidad; (c) la generalidad; (d) la igualdad; y e) la mutabilidad.

La *continuidad* supone que el servicio no puede interrumpirse, sin perjuicio de que su prestación puede revestir carácter continuo o discontinuo, según las modalidades del caso. Por

ejemplo, el Estado puede regular más fuertemente el derecho de huelga y, en ciertas circunstancias, prestar el servicio por sí mismo. En síntesis, el servicio debe ser permanente y sólo es posible su interrupción en casos debidamente justificados.

Por su lado, la **regularidad** establece que el servicio debe prestarse según las reglas vigentes (es decir, de conformidad con el ordenamiento jurídico). En este contexto, cabe mencionar especialmente la calidad del servicio (características de las prestaciones, transparencia en las facturaciones, información al usuario y medidas de seguridad, entre otras). También, es razonable incorporar en el marco normativo compromisos de calidad y evaluaciones periódicas.

Por su parte, el carácter **general** exige que todos tengan acceso al servicio y, en tal sentido, el prestador no puede impedirlo o restringirlo.

A su vez, el significado del rasgo **igualitario** es que todos deben acceder y hacerlo en condiciones similares (es decir, en igualdad y sin discriminación). Este aspecto tiene un vínculo directo con el precio del servicio que debe ser razonable y justo; sin perjuicio de que el Estado pueda establecer categorías entre los usuarios sobre bases razonables y no discriminatorias.

La igualdad supone también accesibilidad de cualquier usuario, de modo que el precio debe estar al alcance de todos incorporando en su caso tarifas sociales y, si fuese necesario, subsidios con ese objetivo. El criterio, en tales supuestos, no es el costo del servicio sino la capacidad económica de los usuarios.

Por último, la **mutabilidad** supone que el Estado pueda reformar el servicio en términos de calidad y —por tanto— modificar el propio contrato en términos razonables y, en su caso, indemnizar al concesionario. En tal sentido, cabe citar a las cláusulas de progreso —a veces incorporadas en los contratos— que establecen la obligación del concesionario de prestar el servicio en las mejores condiciones conforme el avance y las innovaciones tecnológicas.

VIII. EL ÓRGANO COMPETENTE PARA CREAR, REGULAR, EXPLOTAR Y EXTINGUIR EL SERVICIO

La regulación de los servicios es de orden federal siempre que:

1. el Convencional o el legislador hayan establecido expresamente —o en términos implícitos— el carácter federal del servicio (por ejemplo, el correo);
2. el servicio se desarrolle entre jurisdicciones, excediendo el ámbito propio de las provincias en los términos del inciso 13 del artículo 75, CN. De modo que el servicio público entre jurisdicciones es de carácter nacional; y, por último,
3. el servicio esté incluido entre los poderes concurrentes del Estado federal y las provincias, tal es el caso de la cláusula del progreso (artículo 75, incisos 18 y 19, CN).

Dicho esto, cabe analizar entonces, y ya ubicados en el ámbito nacional, cuál de los poderes federales constituidos es competente para crear, regular, ordenar, gestionar y extinguir el servicio público.

Creemos conveniente, y tal vez necesario, distinguir entre estas facetas del servicio:

(a) *El acto de creación de éste*. Así, el servicio público debe ser creado por el legislador porque el Estado, en este marco, restringe y reconoce derechos.

Este concepto es reforzado por las potestades del Congreso en el campo presupuestario y tributario y, particularmente, su poder de planificación de las políticas públicas.

(b) *El poder de fijar las reglas.* ¿Quién debe regular los servicios públicos? ¿La regulación del servicio es competencia del legislador, el Ejecutivo o —quizás— los entes reguladores? Entendemos que en este punto cabe usar las mismas argumentaciones y conclusiones que en el punto anterior sobre creación del servicio. El Legislativo es, entonces, el poder competente para ordenar y regular los servicios públicos, sin perjuicio del poder regulatorio complementario del Poder Ejecutivo y los entes reguladores.

(c) *El poder de prestar y controlar el servicio.* En este aspecto existe un punto de inflexión toda vez que torcemos el criterio legislativo por el del Ejecutivo. Éste es quien debe prestar el servicio por sí o por terceros.

A su vez, en el marco normativo vigente, el órgano competente para controlar los servicios públicos es el ente regulador. Sin embargo, el Poder Ejecutivo reasumió las potestades propias del ente, incumpliendo así de un modo mucho más claro el postulado según el cual "el poder que concede el servicio no debe consecuentemente controlarlo".

Entre nosotros, el Poder Ejecutivo regula, gestiona, concede y controla el servicio por medio del ejercicio de las potestades delegadas por el legislador y el dominio de los entes reguladores.

(d) *El poder de extinguir el servicio.* Creemos que este punto es relativamente simple ya que el poder competente en términos de supresión del servicio es el mismo que puede crearlo, es decir, el legislador.

IX. LA GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

El servicio puede ser prestado (gestión) por el propio Estado, los particulares o mediante esquemas mixtos (Estado/particulares). En este último caso, cabe citar las sociedades de economía mixta y las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria.

A su vez, el legislador tiene un amplio margen de discrecionalidad para optar por un modelo u otro.

Analicemos cuál ha sido el derrotero histórico de la gestión y prestación del servicio público en nuestro país.

IX.1. La gestión estatal y mixta

En un principio, los servicios que comúnmente llamamos *servicios públicos* fueron prestados por empresas privadas, en su mayoría de capitales extranjeros. Sin embargo, a mediados del siglo pasado, durante el primer y segundo gobierno del presidente J. PERÓN, el país inició un proceso de traspaso de las empresas del sector privado prestatarias de servicios públicos al ámbito público y, consecuentemente, el Estado creó distintos marcos jurídicos, tal es el caso de las empresas del Estado y las sociedades de economía mixta, regidas básicamente por el Derecho Público.

Así, el Estado creó históricamente, en el propio sector público, estructuras cuasi empresariales y —además— especializadas por sus funciones. Ciertamente también que, luego, el Estado intentó desplazar al Derecho Público y reemplazarlo por el Derecho Privado, pero casi sin éxito.

Veamos las figuras jurídicas del Derecho Público utilizadas por el Estado en el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales. El primer antecedente es el decreto-ley 15.349 (1946) de creación de las sociedades de economía mixta integradas por el Estado y capitales privados.

Posteriormente, la ley 13.653 sobre empresas del Estado (1949) dispuso que "las actividades de carácter industrial, comercial o de *explotación de los servicios públicos* de igual naturaleza, que el Estado, por razones de interés público considere necesario desarrollar, podrán llevarse a cabo por medio de entidades que se denominarán genéricamente empresas del Estado".

Cabe recordar que, en este primer período (1946-1949), el Gobierno nacionalizó —entre otros— los servicios ferroviarios, telefónicos, de gas, electricidad y transporte aéreo.

Posteriormente, y en razón de las dificultades de las empresas del Estado para competir en los mercados en igualdad de condiciones con las empresas del sector privado, el Estado creó otros marcos jurídicos con el objeto justamente de dar a las figuras estatales un ropaje de mayor flexibilidad mediante la aplicación de las normas propias del Derecho Privado.

Por ello, el Estado creó las sociedades del Estado (ley 20.705) y las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria (ley 19.550). Desde 1974 casi todas las empresas del Estado fueron transformadas en sociedades del Estado.

IX.2. Las privatizaciones

En el marco de la gestión del servicio público es posible dibujar a grandes trazos dos modelos. Uno, es la prestación por el propio Estado, por sí solo o con los particulares (mixto), tal como analizamos en el apartado anterior. El otro, es la prestación por terceros.

En este último caso, ¿quién puntualmente debe prestar el servicio? Una solución plausible es que el mercado decida quiénes son los prestadores del servicio. Sin embargo, creemos que es el propio Estado el que debe decir quiénes serán los prestadores. ¿Por qué? Por los caracteres del servicio público y, con mayor claridad, cuando el servicio es prestado en condiciones de monopolio.

El Estado debe seleccionar al prestador del servicio por medio de procesos participativos y transparentes que garanticen el derecho de los potenciales prestadores y, en particular, el derecho de los usuarios —actuales y futuros—. En general, el instrumento mediante el cual el Estado ejerce ese poder es el contrato de concesión del servicio.

Durante el gobierno del Presidente R. ALFONSÍN (1983-1989) se inició un proceso de privatizaciones fuertemente rechazado por la oposición con representación en el Congreso.

Posteriormente, el Presidente C. MENEM impulsó la aprobación de las leyes 23.696 y 23.697 (Reforma del Estado; Privatizaciones y Reforma Económica). Así, en el transcurso de los años noventa, el Estado traspasó las empresas y sociedades del Estado desde el sector público al sector privado por medio de un proceso de privatizaciones previsto fundamentalmente en la ley 23.696 (1989). Luego, la ley 24.629 dispuso el traspaso y privatización de los servicios llamados periféricos.

En síntesis, las leyes 23.696 (Reforma del Estado) y 23.697 (Emergencia Económica); el decreto 2284/91 sobre desregulación; y la ley 24.629 sobre privatización de los servicios públicos periféricos constituyen el marco normativo básico sobre la transformación del Estado que reemplazó al modelo del Estado intervencionista por el Estado subsidiario y neoliberal.

Los casos más paradigmáticos de privatizaciones fueron los siguientes: Aerolíneas Argentinas; ferrocarriles; peajes; y Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF). En igual sentido, cabe citar al Correo.

IX.3. El proceso de reestatizaciones

A partir del año 2003 es posible advertir la decisión del Estado de reasumir actividades y servicios. En este contexto, el Estado tomó directamente la gestión de ciertos servicios públicos (ya sea por deficiencias del mercado o por incumplimiento de los concesionarios), a cuyo efecto creó órganos estatales o sociedades específicas.

Así, hizo uso de las figuras de las sociedades del Estado regidas por la ley 20.705 y sobre todo del ropaje de las sociedades anónimas en los términos de la ley 19.550 (Ley General de Sociedades).

Cabe añadir que el Estado avanzó en este proceso por medio de la rescisión de los contratos de concesión o por vías expropiatorias.

Repasemos ciertos casos de estatización de los servicios públicos: Nucleoeléctrica S.A.; Líneas Aéreas Federales S.A. (LAFSA S.A.); Correo Oficial de la República Argentina S.A.; Energía Argentina S.A.; ARSAT S.A., Aguas y Saneamientos Argentinos S.A.; Aerolíneas Argentinas S.A., e Y.P.F. S.A.

X. LOS MARCOS DE REGULACIÓN. EL CONTROL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS PRIVATIZADOS

El proceso de privatizaciones de los años 90 hizo necesario, por un lado, crear un conjunto de principios y reglas, de conformidad con el nuevo modelo llamado comúnmente *marco de regulación de los servicios*.

Por el otro, construir instituciones especializadas con el objeto de regular, administrar y controlar los servicios públicos traspasados al sector privado y, en especial, garantizar los derechos de los usuarios. Es así como se crearon *entes reguladores* por cada servicio. Entre ellos: el Ente Nacional Regulador de la Energía Eléctrica (ENRE); el Ente Regulador del Gas (ENARGAS); el Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS); y, por último, el Organismo Regulador de los Servicios Nacionales de los Aeropuertos (ORSNA), entre muchos otros.

Veamos los aspectos más relevantes de estos esquemas jurídicos.

X.1. El marco regulatorio

El marco de regulación comprende, en términos generales, los siguientes aspectos: (a) la declaración del carácter de servicio público o de interés general de las actividades; (b) los objetivos que persigue el Estado; (c) las reglas generales; (d) los actores del sector; (e) la participación de los terceros; (f) las obligaciones y derechos de los prestatarios; (g) los derechos de los usuarios; (h) el plazo de los permisos y concesiones; (i) el marco de los bienes; y (j) la extinción de los permisos y concesiones.

Por ejemplo, analicemos —a título de ejemplo— el *sector eléctrico* (ley 24.065) y las *tecnologías de la información y comunicación* (ley 27.078). Así, pues:

(a) El legislador establece que el servicio de transporte y distribución de la electricidad es servicio público; mientras que la generación es simplemente un servicio de interés general.

A su vez, la ley respectiva define al desarrollo de las TIC como servicio de interés público, y al uso y acceso a las redes de telecomunicaciones como servicio público esencial;

(b) Los objetivos estatales en el sector eléctrico son, entre otros: proteger los derechos de los usuarios; promover la competitividad; promover la operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios; regular las actividades asegurando que las tarifas sean justas y razonables; y alentar la realización de inversiones privadas.

Por su parte, el Estado —respecto de las TIC— persigue los objetivos de garantizar el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones; reconocer a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) como un factor preponderante en la independencia tecnológica y productiva del país; promover el rol del Estado como planificador, incentivando la función social de dichas tecnologías; facilitar la competencia y la generación de empleo mediante el establecimiento de pautas claras y transparentes que favorezcan el desarrollo sustentable del sector, procurando la accesibilidad y asequibilidad de las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otros;

(c) Asimismo, la ley 24.065 dispone —entre tantas otras reglas— que: "la exportación e importación de energía eléctrica deberán ser previamente autorizadas"; las actividades a privatizar "serán asumidas por cuenta y riesgo del particular adquirente"; y el servicio eléctrico debe ser prestado por particulares siempre que haya sujetos interesados en hacerlo.

Por su lado, la ley 27.078 establece que: "la prestación de los Servicios de TIC se realizará en régimen de competencia"; "los licenciatarios de servicios TIC fijarán sus precios, los que deberán ser justos y razonables, cubrir los costos de explotación y tender a la prestación eficiente y a un margen razonable de apreciación"; a su vez, las tarifas pueden ser reguladas por la AFTIC (ente regulador);

(d) La ley también prevé que son actores del mercado eléctrico: "los generadores o productores, transportistas, distribuidores y grandes usuarios";

(e) El transporte y la distribución de electricidad debe hacerse por personas jurídicas privadas mediante concesiones otorgadas por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento de selección establecido por la Secretaría de Energía. El Estado debe proveer estos servicios si no existen oferentes.

A su vez, para la prestación de las TIC se requiere la previa obtención de la licencia habilitante"; "las licencias se otorgarán a pedido y en la forma reglada, habilitando a la prestación de los servicios previstos en esta ley en todo el territorio de la Nación Argentina, sean fijos o móviles, alámbricos o inalámbricos, nacionales o internacionales, con o sin infraestructura propia"; "los licenciatarios de los servicios previstos en esta ley podrán brindar servicios de comunicación audiovisual, con excepción de aquellos brindados a través de vínculo satelital, debiendo tramitar la licencia correspondiente ante la autoridad competente"; "la transferencia, la cesión, el arrendamiento, la constitución de cualquier gravamen sobre la licencia y toda modificación de las participaciones accionarias o cuotas sociales, en los términos de la reglamentación vigente, deberán obtenerla previa autorización de la Autoridad de Aplicación, bajo pena de nulidad"; y "la Autoridad de Aplicación podrá declarar la caducidad de la licencia o registro";

(f) Respecto del transportista y el distribuidor del servicio eléctrico, la ley establece que éstos *no pueden*, por ejemplo: (1) abandonar total o parcialmente las instalaciones destinadas al servicio, ni dejar de prestar el servicio sin contar con la aprobación del ente, y éste puede — incluso — exigirles la continuación del servicio por un período no mayor de doce meses desde la finalización de la concesión; (2) ofrecer ventajas o preferencias, salvo disposición del ente en sentido contrario; ni (3) realizar actos que impliquen competencia desleal o abuso de una posición dominante. A su vez, el transportista o distribuidor *debe*, por caso: (1) abonar una tasa de inspección y control a fijar por el ente regulador; (2) mantener sus instalaciones y equipos en forma que no constituyan peligro alguno para la seguridad pública; y (3) cumplir con los reglamentos y las resoluciones que dicte el ente. Finalmente, entre los *derechos* de los transportistas y distribuidores, cabe citar el derecho de servidumbre que prevé la ley 19.552 y, en particular, el derecho del distribuidor de interrumpir o desconectar el suministro en caso de falta de pago del servicio por los usuarios. A su vez, los transportistas y distribuidores tienen derecho a cobrar las tarifas por el servicio prestado.

Por su parte, entre los derechos de los licenciarios (TIC) cabe citar: a) usar y proteger sus redes e instalaciones empleadas en la prestación del Servicio de TIC; b) instalar sus redes y equipos en todo el territorio nacional; y c) los demás derechos que se deriven de la presente ley y su reglamentación. A su vez, los licenciarios tienen las obligaciones de: a) brindar el servicio bajo los principios de igualdad, continuidad y regularidad, cumpliendo con los niveles de calidad establecidos en la normativa vigente; b) no incluir en los contratos cláusulas que restrinjan o condicionen en modo alguno a los usuarios la libertad de elección de otro licenciario o que condicionen la rescisión del mismo o la desconexión de cualquier servicio adicional contratado; c) garantizar que los grupos sociales específicos, las personas con discapacidad y los usuarios con necesidades sociales especiales tengan acceso al servicio en condiciones equiparables al resto de los usuarios; d) contar con mecanismos gratuitos de atención a los usuarios; y e) garantizar a los usuarios la confidencialidad de los mensajes transmitidos y el secreto de las comunicaciones, entre otras;

(g) En cuanto a los usuarios del servicio eléctrico; éstos tienen derecho —por ejemplo— a recibir el servicio y, particularmente, a que el concesionario responda, en el término de treinta días, las solicitudes de instalación de éste.

Respecto de las TIC, los usuarios gozan de los siguientes derechos: acceder al servicio de TIC en condiciones de igualdad, continuidad, regularidad y calidad; ser tratado por los licenciarios con cortesía, corrección y diligencia; tener acceso a toda la información relacionada con el ofrecimiento o prestación de los servicios; elegir libremente el licenciario, los servicios y los equipos o aparatos necesarios para su prestación, siempre que estén debidamente homologados; presentar, sin requerimientos previos innecesarios, peticiones y quejas ante el licenciario y recibir una respuesta respetuosa, oportuna, adecuada y veraz; protección de los datos personales que ha suministrado al licenciario; y pagar un precio que sea justo y razonable. A su vez, entre las obligaciones del usuario, cabe mencionar: el pago del servicio de conformidad con los precios contratados o las tarifas establecidas; el mantenimiento de las instalaciones domiciliarias a su cargo; no alterar los equipos terminales y no realizar un uso indebido del servicio; entre otras.

(h) Por su lado, el plazo de concesión de los servicios de transporte y distribución de electricidad es de noventa y cinco años. Es más, los transportistas y distribuidores tienen derecho a solicitar la prórroga de la concesión por el término de diez años más o, inclusive, nuevas concesiones. Si el ente decide no otorgar la prórroga o nuevas concesiones, entonces, debe iniciarse el procedimiento de selección correspondiente.

Por su parte, respecto de las TIC, son causales de caducidad de las licencias: a) la falta de prestación de los servicios registrados conforme la normativa vigente; b) la falta de inicio de la prestación de los servicios dentro del plazo; c) la falta reiterada de pago de tasas, derechos,

cánones y el aporte al Servicio Universal; d) la materialización de actos sin la autorización; y e) la quiebra, disolución o liquidación del licenciatario.

(i) La ley también prevé que "en las concesiones de servicio público [electricidad] de jurisdicción nacional..., se establecerán especialmente... las condiciones en que se transferirán al Estado o al nuevo concesionario, según corresponda, los bienes afectados a la concesión, en el caso de caducidad, revocación o falencia"; y, en especial, "la afectación de los bienes destinados a las actividades de la concesión y propiedad de los mismos, y....el régimen de las instalaciones costeadas por los usuarios"; y, por último,

(j) Cabe añadir que, en el sector eléctrico, el modelo vigente no establece de modo expreso el rescate del servicio, ni tampoco la revocación por razones de oportunidad, como causales de extinción de los permisos o concesiones.

X.2. Los entes reguladores

Los entes reguladores son, según el texto de las normas de creación respectivos, *entes autárquicos* (sujetos con personalidad jurídica) que actúan en el campo del Derecho Público y Privado.

Así, por ejemplo, el ENRE (Ente Nacional Regulador de la Energía Eléctrica), según el texto legal, es un ente autárquico con plena capacidad para actuar en los ámbitos del Derecho Público y Privado, y otro tanto ocurre con el ENARGAS (Ente Nacional Regulador del Gas).

Los entes fueron creados en ciertos casos por ley, y en otros por decretos del Poder Ejecutivo. Por ejemplo, el ENRE, el ENARGAS, el ERAS, la AFSCA y la AFTIC fueron creados por ley y, por su parte, el ORSNA por decreto del Poder Ejecutivo.

Pero, ¿los entes deben ser creados por ley o decreto y, en particular, qué ocurre tras el proceso constitucional de 1994? Creemos que, en el marco constitucional actual, esto es, las disposiciones que prevén específicamente los artículos 42, 75 (inciso 20), 99 (inciso 7) y 100 (inciso 3), CN, los entes deben ser creados por ley.

A su vez, las normas de creación de los entes reguladores (leyes o decretos) establecen las estructuras internas y, en este marco, los órganos máximos de gobierno y conducción de éstos. En general, el ente es conducido por un directorio integrado por varios miembros y presidido por uno de ellos en carácter de presidente. Los miembros del directorio son designados y removidos, comúnmente y según el cuadro normativo, por el Poder Ejecutivo y éste es, quizás, el déficit más importante de los entes. Sin embargo, en ciertos casos, el Congreso interviene a través de la Comisión competente en el trámite de designación y remoción de los miembros del directorio. Por último, el término del mandato de los directores es fijo, sin perjuicio de que puedan ser reelectos.

Cabe agregar que el artículo 42, CN, dice que la legislación debe prever "la necesaria participación... de las provincias interesadas, en los organismos de control". Así, por ejemplo, en el sector del gas, la ley prevé la participación de las Provincias a través de las delegaciones regionales, ubicadas en cada área de distribución, para tratar la relación entre las empresas distribuidoras y los usuarios.

El sentido de incorporar a los entes reguladores en la estructura estatal es crear, supuestamente y en términos teóricos, *modelos más eficientes*. El ente ejerce un conjunto de poderes sobre el servicio público y su fundamento es el traspaso de los objetivos y poderes, múltiples y complejos, desde el Poder Ejecutivo con el objeto de residenciarlos en él, dado su carácter autónomo y técnico.

El *régimen jurídico* de los entes es el Derecho Público. Así, por ejemplo, el ente debe seguir la Ley de Procedimientos Administrativos y el decreto sobre las contrataciones estatales, y encuadrarse —además— en el control externo estatal.

Sin embargo, ciertos aspectos están regidos excepcionalmente por el Derecho Privado cuando es ordenado expresamente por las leyes respectivas. Por ejemplo, el personal debe guiarse por la Ley de Contrato de Trabajo (LCT).

Los *recursos* de los entes son, habitualmente, los siguientes: las tasas de inspección y control; el producido de las multas; y los recursos presupuestarios estatales. En particular, en el caso del ENRE debemos sumar: "a) la tasa de inspección y control... b) los subsidios, herencias, legados, donaciones o transferencias bajo cualquier título... c) los demás fondos, bienes o recursos que puedan serle asignados en virtud de las leyes y reglamentaciones... d) el producido de las multas y decomisos, e) los intereses y beneficios resultantes de la gestión de sus propios fondos".

Las *funciones* de los entes consisten en: planificar, regular y ejecutar las políticas sobre los servicios públicos por medio de las siguientes *herramientas* (a) el dictado de reglas complementarias y de detalle; (b) la aplicación y ejecución del marco de regulación; (c) el control de los agentes y las actividades del sistema; (d) la resolución de controversias; y (e) la protección de los usuarios.

Los entes ejercen las *facultades* expresas previstas en el ordenamiento jurídico e, inclusive, aquellas otras de orden implícito. Pero, además, los marcos regulatorios nos dicen que el ente es competente para realizar todo otro acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y fines.

Entonces, el cuadro sobre las competencias del ente (es decir, qué puede hacer el ente) es el siguiente: a) las potestades expresas; b) las potestades implícitas; y c) las potestades necesarias para el cumplimiento del objeto y finalidad (especialidad). Sin embargo, creemos que el criterio que sigue el legislador no es correcto, pues abre con exceso las puertas del poder estatal y sus competencias.

En síntesis, el marco jurídico establece que los entes deben, por un lado, fijar las políticas de regulación (es decir, en términos materiales *legislar*). Por el otro, cumplir y hacer cumplir el bloque normativo (esto es, el poder de *administrar*) y, por último, ejercer potestades materialmente judiciales (*juzgar* y resolver conflictos entre los actores del modelo).

Por tanto, el ente ejerce facultades materialmente legislativas, judiciales y administrativas.

Por ejemplo, cuando el ente dicta reglamentos sobre las condiciones de prestación del servicio, ejerce ***potestades materialmente legislativas*** porque emite normas generales, abstractas y de cumplimiento obligatorio respecto de los actores del modelo y cuyo objeto es reglamentar el servicio.

Cabe aclarar que —en verdad— los entes no ejercen potestades legislativas; es decir y dicho de modo más claro, el ente no puede legislar. Sin embargo, sí es cierto que el ente dicta normas de alcance general y obligatorio, pero *con alcance complementario y de carácter subordinado a las leyes*. En este contexto, las facultades materialmente legislativas del ente son, por ejemplo, en

el sector eléctrico, el dictado de normas reglamentarias sobre: 1) el procedimiento de audiencias públicas; 2) la seguridad, medición, facturación, uso de medidores, interrupción de conexiones y calidad de los servicios; 3) las bases para el cálculo de las tarifas; 4) las bases y condiciones de selección para otorgar concesiones; y 5) el procedimiento sancionador.

Luego, cuando el ente resuelve controversias entre los agentes del sector, entonces, ejerce *potestades materialmente jurisdiccionales*.

Cabe recordar que el ente sólo puede ejercer poderes materialmente jurisdiccionales siempre que el juez esté habilitado a revisar tales decisiones y sin restricciones. Este es el criterio que la Corte sostuvo desde el caso "Fernández Arias" y, más recientemente, en el precedente "Ángel Estrada". En este último caso, ya comentado, el debate recayó sobre las competencias del ente para resolver los reclamos de los usuarios por daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones de los prestadores del servicio (resarcimiento económico). En otros términos, ¿quién debe resolver este reclamo, el ente o el juez? En este contexto, el Tribunal sostuvo que el ente regulatorio es incompetente porque sólo puede ejercer poderes jurisdiccionales cuando el asunto guarde relación directa con las materias específicas, técnicas y propias del servicio. Es decir, el alcance de las competencias jurisdiccionales de los entes reguladores debe ser interpretado con carácter restrictivo.

A su vez, cuando el ente decide, por ejemplo, otorgar licencias y permisos, ejerce *funciones materialmente administrativas*. Otro ejemplo, es el ejercicio del poder sancionador.

Finalmente, cabe recordar que los entes reguladores son controlados en el plano político e institucional por el órgano de control externo del Estado (AGN), el órgano de control interno (SIGEN) y el Defensor del Pueblo. Además, las decisiones de los entes son revisadas por el Poder Judicial —en el ejercicio de su poder jurisdiccional— en el marco de los procesos judiciales.

XI. LAS CONCESIONES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Hemos dicho que el servicio puede ser prestado por el propio Estado o los particulares. En este último caso, el vínculo entre el Estado y el particular es el contrato de concesión del servicio público (concedente y concesionario).

Cabe aclarar que, excepcionalmente, el servicio público es prestado por terceros por medio de licencias otorgadas por el Estado (por ejemplo, el uso y acceso a las redes por los prestatarios de servicios de TIC).

Pues bien, el servicio debe ser otorgado por concesión y, particularmente, con carácter temporal porque su traslado supone la delegación de potestades estatales y, con mayor razón, en el caso de los servicios prestados en situaciones monopólicas.

En este apartado proponemos analizar, *por un lado*, ese contrato y, *por el otro*, el vínculo entre el particular concesionario y los usuarios.

La concesión es, entonces, el contrato que tiene por objeto transferir la gestión del servicio público a manos de los particulares (trátese de personas físicas o jurídicas). El núcleo del acuerdo consiste en que el concesionario asume la obligación de prestar el servicio en determinadas condiciones y, al mismo tiempo, adquiere, entre otros, el derecho a cobrar el precio por el servicio prestado.

En definitiva, *la concesión es básicamente un contrato, sin perjuicio de que ciertos elementos de ese vínculo estén alcanzados directamente por disposiciones reglamentarias y legales*. Es decir, el nexo es contractual y —a su vez— fuertemente reglamentario. ¿Por qué el componente reglamentario irrumpe de este modo en el marco del contrato de concesión de los servicios? ¿Es razonable que así sea?

Hemos dicho que el Estado debe garantizar derechos y, consecuentemente, prestar servicios por sí o por terceros. En este contexto, el Estado tiene herramientas, entre ellas, el poder de reglamentar el servicio, incluso ese poder es mayor —como ya sabemos— cuando el servicio es prestado en condiciones de monopolio.

En particular, el contrato no puede interpretarse aisladamente de las cláusulas reglamentarias sino que, según nuestro criterio, debe verse como un acto único, complejo, sistemático y coherente (esto es, un bloque integrado por normas constitucionales, legales, reglamentarias y convencionales). Pero, ¿acaso las normas contractuales pueden prevalecer sobre las otras? Entendemos que no es posible subvertir el marco jurídico por el acuerdo entre las partes, sin perjuicio de que sí es plausible rellenar convencionalmente los intersticios. Este marco es propio de cualquier contrato estatal, pero aquí el componente reglamentario es más penetrante y complejo con el objeto de resguardar debidamente los derechos de los usuarios. Y, a su vez, el contrato de concesión debe interpretarse conjuntamente con los acuerdos entre el concesionario y usuarios, pues se constituyen como convenios interdependientes.

Por su parte, la Corte dijo, por ejemplo, que el concesionario no puede fijar libremente las condiciones del servicio o, en su caso, modificarlas por acuerdos con los usuarios.

Es más, *en caso de dudas sobre cuál es el alcance de los derechos de los concesionarios, éstos deben interpretarse con carácter restrictivo*. Sin embargo, el Tribunal reconoció, por otro lado, que los derechos del concesionario están incorporados en su derecho de propiedad y que el Estado "cuando contrata, no puede invocar su soberanía para justificar un acto subsiguiente tendiente a alterar las obligaciones nacidas del acto jurídico realizado" ("*Ferrocarril del Sud*").

Creemos que del análisis de estos antecedentes, entre tantos otros, es posible sostener que el criterio de la Corte es que *el vínculo entre el Estado y el concesionario es mixto*.

Asimismo, el marco jurídico del servicio público otorgado en concesión debe prever especialmente las siguientes reglas: (a) el principio de transparencia en la gestión de éste; (b) el reconocimiento de los derechos de los usuarios actuales y futuros por medio de tarifas justas y razonables; (c) el principio de solidaridad social (por ejemplo, las tarifas sociales); y d) la libre competencia en el intercambio de los servicios, salvo monopolio (excepcional y temporal).

En cuanto al marco jurídico específico del contrato de concesión de los servicios públicos, debe señalarse que está regido por el decreto delegado 1023/01 (contrataciones del Estado) y excluido del ámbito de aplicación del decreto reglamentario 893/12.

¿Quién debe otorgar las concesiones? Creemos que el Poder Legislativo es quien debe hacerlo, según el mandato constitucional. En verdad, el legislador debe estatizar, privatizar, contratar y renegociar los contratos de los servicios públicos. Sin embargo, el Congreso delegó esas potestades en el Poder Ejecutivo. A su vez, los marcos reguladores reconocen en los entes ciertas facultades en este aspecto. Por caso: (a) determinar las bases para otorgar las licencias; (b) intervenir en el proceso de elaboración de las bases y condiciones de selección; (c) intervenir en el proceso de adjudicación, modificación, renegociación, prórroga o rescisión de los contratos; y (d) asesorar al Poder Ejecutivo.

El *procedimiento de selección del concesionario* es la licitación pública y, a su vez, el contrato debe adjudicarse al que haga el ofrecimiento más conveniente, teniendo en cuenta el precio, la calidad, la idoneidad del postulante y demás condiciones de la oferta.

¿Cuáles son las *obligaciones y derechos básicos del concesionario*?

Por un lado, **el concesionario debe**: a) prestar el servicio de modo continuo y regular, garantizando el acceso general e igualitario de los usuarios; b) ejecutar el contrato por sí; y c) cumplir las prestaciones en todas las circunstancias, salvo caso fortuito o fuerza mayor —ambos de carácter natural— o actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del acuerdo.

Por otro lado, los **derechos** del concesionario son, entre otros: a) obtener un beneficio económico razonable, sin perjuicio de que el riesgo empresario deba ser asumido por él; y, b) en ciertos casos, el derecho de recomponer y rescindir el contrato.

¿Cuáles son los **derechos y obligaciones básicas del concedente** (Estado)? Entre los derechos cabe mencionar: (a) regular el servicio y modificar el contrato de conformidad con el marco normativo; (b) aprobar las tarifas; (c) controlar la prestación del servicio por sí o por medio de los entes reguladores (en este contexto, el Estado puede aplicar sanciones y, en su caso, rescindir el contrato por incumplimientos del concesionario); (d) revocar el contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia; y, finalmente, (e) en caso de monopolio, rescatar anticipadamente el servicio y revertir los bienes. A su vez, el Estado está obligado a garantizar el precio y recomponerlo, según las modalidades y circunstancias.

En particular, en los términos del *decreto 1023/01*, la autoridad administrativa puede, más allá de las facultades y obligaciones establecidas en los reglamentos, pliegos y el propio contrato: (1) interpretarlo; (2) modificarlo o revocarlo por razones de interés público; (3) decretar su caducidad, rescisión o resolución, y determinar sus efectos; (4) incrementar o disminuir el monto total del contrato hasta en un veinte por ciento —en más o menos—; (5) dirigir su ejecución y controlar e inspeccionar su cumplimiento; (6) imponer penalidades; (7) ejecutar directamente el contrato, cuando el contratante no cumpliera sus obligaciones en plazos razonables —pudiendo incluso disponer de los bienes y medios del contratante incumplidor—; y, por último, (8) prorrogar el plazo contractual.

El contrato puede ser modificado en el trámite de ejecución en los siguientes casos o circunstancias: (a) por decisión del propio Estado y de modo unilateral (esto es, en ejercicio del llamado *ius variandi*); (b) por el *hecho del príncipe* (es decir, por medidas estatales que no tienen por objeto modificar el contrato, pero que inciden sobre él). En tal caso, el contratista tiene derecho a ser reparado; (c) por hechos imprevistos e imprevisibles —*teoría de la imprevisión*— (es decir, cuando existe un hecho de orden natural o económico y no previsible que sobreviene y es ajeno a la voluntad del contratista). Este hecho quiebra la ecuación económico financiera del acuerdo y el contratista debe —en principio— continuar con la ejecución del acuerdo; y, por último, (d) la *revisión de precios* por variación de costos (en tal caso, no es necesario un hecho extraordinario o imprevisible y, además, el mayor precio no debe ser necesariamente excesivo). Cabe recordar que, entre nosotros, la ley prohíbe las actualizaciones de precios.

Por último, la **extinción** tiene lugar por: 1) *vencimiento del plazo de concesión o cumplimiento del objeto*; 2) *revocación por razones de ilegitimidad* del contrato, en cuyo caso el concesionario no tiene derecho a ser reparado; 3) *revocación por razones de oportunidad*; es decir, el Estado extingue el vínculo anticipadamente y debe por tanto indemnizar al concesionario, 4) *rescisión*, esto es, cuando el concesionario no cumple con sus obligaciones; 5) *rescisión por incumplimiento*

del Estado de sus obligaciones contractuales; y, finalmente, 6) *resolución del vínculo de común acuerdo* entre las partes.

En este estado de nuestro análisis y antes de concluir este apartado, es necesario distinguir el nexo entre, *por un lado*, el concedente y el concesionario (ya estudiado en los párrafos anteriores) y, *por el otro*, el concesionario y los usuarios. En el marco de este último vínculo y respecto de su contenido (nexo entre concesionario y usuario) es posible ensayar distintas ideas sobre su carácter, a saber: 1) contractual privado; 2) contractual público; 3) reglamentario (derecho público); y, por último, 4) mixto. En particular, en ciertos marcos regulatorios, tal es el caso del servicio de electricidad, el vínculo entre el concesionario y el usuario es claramente contractual.

XII. LAS TARIFAS DE LOS SERVICIOS. LAS TARIFAS SOCIALES

En términos conceptuales, la *tarifa* es el precio que debe pagar el usuario al concesionario por el servicio prestado. Uno de los aspectos más controversiales es el carácter contractual o reglamentario de las tarifas y su consecuente jurídico más relevante, esto es: si las tarifas pueden fijarse o modificarse por el propio Estado, sin acuerdo entre las partes.

Ciertos autores entienden que las tarifas revisten carácter mixto (es decir, reglamentario y contractual). Este criterio es razonable, pero creemos que las tarifas y su fijación —más claramente cuando el servicio es prestado en condiciones de monopolio— revisten carácter reglamentario y no contractual.

El precio del servicio es, entonces, el valor regulado por el Estado y no simplemente el valor de mercado, y más cuando el servicio es prestado en condiciones de monopolio, en cuyo contexto no existe mercado ni libre intercambio de servicios.

Es decir, *las tarifas deben ser fijadas por el Estado*. En este sentido, la Corte dijo que "si se explota alguna concesión, privilegio o monopolio concedido para la explotación de servicios públicos que importe un monopolio, aun cuando sólo sea virtual, como es el caso de los ferrocarriles, lleva implícita la condición de que sus precios o tarifas están sometidos al contralor de la autoridad administrativa". De todos modos, no es posible dejar de advertir que el carácter claramente reglamentario de las tarifas tiene efectos sobre el contrato de concesión de los servicios.

El Estado puede modificar las tarifas y, en ciertos casos y en términos consecuentes, el concesionario debe reducir sus beneficios. *¿Cuál es el límite?* ¿Hasta dónde puede llegar el Estado? Creemos que —en supuestos excepcionales— el Estado puede avanzar más y más, pero en ningún caso avasallar el capital invertido por el prestador.

Sin embargo, la Corte en el caso "Maruba" (1998) señaló que "aun cuando las tarifas no constituyen un precio único e inmutable para regir durante todo el tiempo de la concesión, el concesionario tiene derecho a reclamar la indemnización correspondiente en el caso de que los nuevos precios alteren la ecuación económico-financiera de la concesión. En el caso, para la determinación de las tarifas, la autoridad de aplicación estaba obligada a asegurar que el concesionario obtuviera una "razonable rentabilidad" por la explotación del servicio (conforme artículo 5 de la ley 21.892), pauta que atenuaba sensiblemente el riesgo empresario...".

¿Cuál es el contenido de las tarifas? Éstas comprenden los costos, impuestos, amortización de activos y rentabilidad.

¿Cómo deben ser las tarifas? Pues bien, éstas deben ser justas, razonables y accesibles; y esto constituye un aspecto reglamentario y no contractual. Es decir, las tarifas deben respetar los caracteres de proporcionalidad en los términos del artículo 28, CN; igualdad (artículo 16, CN); e irretroactividad (artículo 17, CN).

La Corte sentó su criterio sobre el régimen de las tarifas, entre otros, en los precedentes "Gómez", "Yantorno", "Ventafrida", "Banco Nación c. Municipalidad de San Rafael", "Cía. de Tranvías", "Prodelco", "Maruba" (1998), "Fernández, Raúl" (1999), "Provincia de Entre Ríos" (2000) y "Central Térmica Güemes" (2006).

En particular, en el caso "Maruba" —ya mencionado— el Tribunal sostuvo que "resulta ilegítima la pretensión de que un régimen tarifario se mantenga inalterado a lo largo del tiempo si las circunstancias imponen su modificación, ya que ello implicaría que la Administración renunciara ilegítimamente a su prerrogativa de control de la evolución de las tarifas y, en su caso, de la necesidad de su modificación, y, por otra parte, afectaría el principio de igualdad en la licitación, ya que los demás oferentes, al momento de presentarse en aquélla, tuvieron en cuenta las pautas de posible modificación tarifaria posterior, y sobre esas condiciones efectuaron sus propuestas" y que, en especial, esos poderes estatales "no se ejercen en forma discrecional, sino sujetas a la demostración objetiva del fundamento de las modificaciones que se efectúen". Es decir, según los jueces, el Estado puede modificar las tarifas, sin perjuicio de que la tasa de retorno del empresario debe ser —en cualquier caso— razonable.

A su vez, en el precedente "Fernández", la Corte analizó nuevamente el poder estatal de fijar las tarifas de los servicios públicos, en particular sobre el servicio del transporte de subterráneo. En este contexto y con citas del caso "Maruba", dijo que "en todo régimen de prestación de servicios públicos por medio de concesionarios, las tarifas son fijadas, aprobadas o verificadas por el poder público conforme a lo que disponen la ley o el contrato, atribución que tiene en mira consideraciones de interés público, tales como asegurar la prestación del servicio en condiciones regulares y la protección del usuario". Aquí, los jueces reconocieron en términos claros y expresos que el poder administrador ejerce la potestad de fijar las tarifas.

Asimismo, en el caso "Provincia de Entre Ríos c. Estado Nacional", el Tribunal sostuvo que "el control de legalidad administrativa y el control de constitucionalidad que compete a los jueces en ejercicio de su poder jurisdiccional, no los faculta para sustituir a la Administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad, y mucho menos ciertamente en la fijación o aprobación de las tarifas por la prestación del servicio".

Finalmente, cabe mencionar el fallo dictado por la Corte en los autos "Central Térmica Güemes". Para la mayoría del Tribunal, "...la ley 25.790, prorrogada por la ley 25.792, establece que las decisiones adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional en los procesos de renegociación no se hallarán condicionadas o limitadas por las estipulaciones contenidas en los marcos regulatorios que rigen los respectivos contratos de concesión. Es decir, dada la profunda transformación de la realidad económica vigente que tuvo lugar con posterioridad a la sanción de la ley 25.561, la redeterminación de las tarifas...no está ceñida con exclusividad al examen de los costos, inversiones, y restricciones futuras, sino que permite considerar la razonabilidad de las tarifas fijadas en el período inmediato precedente...".

Es posible concluir que, según el criterio del Tribunal, el Poder Ejecutivo puede fijar y modificar el cuadro de las tarifas (subas y bajas) y, a su vez, el Poder Judicial controlar su legitimidad.

Justamente, el aspecto más conflictivo en los últimos años respecto de los servicios públicos privatizados en nuestro país es, quizás, el de los cuadros tarifarios. Ya hemos dicho que el usuario

debe pagar el precio como contraprestación del servicio, pero ese valor debe ser justo, razonable y accesible.

¿Cuál es el criterio para la fijación de las tarifas de los servicios públicos? Básicamente, existen dos modos de regular y fijar las tarifas. Asimismo, cabe aclarar que en la práctica estos dos sistemas de regulación se presentan con variantes y matices.

Por un lado, el sistema denominado **tasa de retorno** (*rate of return o cost plus*) que consiste en que el Estado (es decir, el ente regulador) apruebe —cada cierto tiempo— tarifas que permitan cubrir todos los costos que razonablemente tiene el concesionario (prestador), incluyendo la retribución por el capital invertido.

Este modelo tiene por objeto establecer un límite razonable sobre las ganancias. Así, pues, éstas se deben calcular multiplicando el capital invertido por el prestador por una tasa preestablecida (llamada justamente tasa de retorno).

Sin embargo, el mayor obstáculo de este modelo en términos teóricos es cómo fijar el valor del capital invertido y, asimismo, la tasa de retorno.

A su vez, en tanto la utilidad se fija como un porcentaje máximo del capital invertido, el sistema no incentiva la gestión eficiente del servicio e, incluso, el prestador puede aumentar desmesuradamente la inversión en activos fijos, pues al incrementar la base sobre la cual se aplica la tasa de retorno, acrecienta consecuentemente sus ganancias.

El otro sistema se denomina **precio tope** (*price cap*) y se originó en el Reino Unido —con la privatización de *British Telecom* en el año 1984— justamente como consecuencia de las críticas al sistema de la tasa de retorno, y es el que seguimos básicamente en nuestro país.

Este modelo se apoya en los incentivos (productividad), más que en los costos del servicio; y prevé niveles máximos de precios fijos durante un período determinado que luego se incrementan, en razón de la inflación, mediante un factor basado en el índice de precios minoristas. Así, el prestatario no puede aumentar las tarifas por sobre el índice de actualización.

Es decir, el valor de las tarifas no puede —en ningún caso— exceder el valor máximo permitido, según los estándares señalados. ¿Cómo es posible obtener, entonces, mayores ganancias? En principio, por medio de la disminución de los costos del servicio. En otras palabras, si la empresa pretende ganar más, no puede aumentar las tarifas, sino que debe disminuir sus costos.

De todos modos, cuando se reajustan las tarifas —en general tras cinco años—, esos beneficios deben trasladarse a favor de los usuarios por medio del cálculo de las futuras tarifas (es decir, el cuadro tarifario de los próximos cinco años). Cabe destacar que la ineficiencia del prestador disminuye sus ganancias de modo que, a diferencia del sistema de la tasa de retorno, los costos de la sobreinversión recaen sobre la empresa y no sobre el usuario.

El interrogante obviamente, en el marco de este último modelo, es si la disminución de los costos es necesariamente por mayor productividad o si, por el contrario, es posible alcanzar menores costos con menos productividad e inversiones. *Éste es un claro déficit de este sistema.* Por eso, en ciertos casos, además del factor de eficiencia ya mencionado debe incorporarse otro factor que represente la inversión del prestador en el servicio.

A su vez, otro aspecto deficitario es que la fijación de las tarifas máximas —en razón de los factores de eficiencia en la prestación del servicio—, sólo puede hacerse cada cinco años y, en

este contexto, las ventajas económicas son trasladadas a los usuarios, pero sólo tras haber transcurrido ese plazo (es decir, en el momento del cálculo del nuevo factor de eficiencia).

Ya definidos los sistemas sobre el cálculo de las tarifas del servicio, cabe preguntarse *¿quién debe fijarlas?* En principio, y según los marcos regulatorios, el ente es quien debe fijar las tarifas de acuerdo con el marco jurídico vigente (es decir, de conformidad con las reglas que previó el legislador y el Ejecutivo). Sin embargo, a partir de la emergencia del año 2002, el Poder Ejecutivo es el poder competente, despojándose a los entes de dicho poder.

¿Puede el juez controlar la fijación de las tarifas de los servicios públicos? Creemos que sí, pues el acto de aprobación de las tarifas es de contenido jurídico y, consecuentemente, debe sujetarse al ordenamiento jurídico y ser controlado por el juez. Éste no puede deferir ese control al ente de regulación del servicio.

¿Cuál es el límite del control judicial? Como ya hemos dicho, el juez debe controlar —en principio— sin límites y sólo respetar el meollo de las decisiones estatales discrecionales.

Por último, cabe mencionar el concepto de las *tarifas sociales*. Hemos dicho que los servicios públicos son de carácter oneroso porque satisfacen derechos instrumentales y, por eso, justamente los usuarios deben pagar un precio. Sin embargo, este principio no es absoluto, sino que es necesario matizarlo con los derechos de los usuarios actuales y potenciales, con el objeto de garantizar así el acceso igualitario en términos ciertos y reales.

En este sentido, los marcos regulatorios prevén que las tarifas deben ser justas y razonables. Pero, sin perjuicio de ello, debemos incluir el concepto de las tarifas sociales. Éstas están apoyadas en los derechos de los usuarios, el acceso igualitario al servicio y el principio de solidaridad social.

XIII. LA RENEGOCIACIÓN DE LOS CONTRATOS DE PRIVATIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Luego de la caída del gobierno del presidente F. DE LA RÚA, y tras un breve interregno, el Congreso designó como presidente al senador E. DUHALDE. Una de las primeras medidas fue el envío al Congreso de un proyecto de ley sobre emergencia que fue aprobado por las Cámaras y luego prorrogado sucesivamente.

Esta ley delegó en el Poder Ejecutivo —entre otras cuestiones— la fijación del tipo de cambio entre el peso argentino y las monedas extranjeras, modificándose así la Ley de Convertibilidad que había establecido la paridad en términos igualitarios entre el peso y el dólar estadounidense.

En este contexto, el inconveniente que se planteó fue que las tarifas de los servicios públicos privatizados estaban atadas al dólar estadounidense; por eso, la ley dejó sin efecto estas cláusulas y se inició un proceso de renegociación de los contratos.

El legislador, en el marco de la Ley de emergencia (ley 25.561), autorizó al Poder Ejecutivo a renegociar los contratos celebrados por la Administración Pública que contuviesen cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras, o cláusulas de actualización basadas en índices de precios de otros países.

En particular, en el caso de *los contratos que tuvieran por objeto la prestación de servicios públicos*, el Ejecutivo debe evaluar —en el proceso de renegociación— los siguientes criterios: 1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión cuando ellos estuviesen previstos

contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y, por último, 5) la rentabilidad de las empresas.

Posteriormente, en octubre de 2003, el Congreso sancionó la ley 25.790 —vigente por sucesivas prórrogas— que dispuso, en los aspectos que aquí nos interesan, lo siguiente:

- 1) la extensión del plazo para llevar a cabo la renegociación de los contratos de servicios públicos;
- 2) las negociaciones no están limitadas o condicionadas por los marcos de regulación;
- 3) los acuerdos de negociación podrán abarcar elementos parciales de los contratos de concesión o licencia, contemplar fórmulas de adecuación contractual o enmiendas transitorias, incluir la posibilidad de revisiones periódicas pautadas, y establecer la adecuación de los parámetros de calidad de los servicios.

Otro de los aspectos controvertidos de la ley 25.790 —que creemos inconstitucional— es que el silencio del legislador (transcurrido el plazo de sesenta días), respecto de las propuestas de renegociación contractuales remitidas por el Poder Ejecutivo a la Comisión Bicameral de Seguimiento del Congreso, debe interpretarse como aprobación del acuerdo.

Luego, el decreto 311/03 creó la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (UNIREN), en el ámbito del Poder Ejecutivo, con el objeto de continuar con el proceso de renegociación de los contratos. Cabe remarcar que estos acuerdos deben ser elevados al Congreso.

Por ejemplo, en este contexto, el gobierno negoció los contratos con las empresas Gas Natural Ban, Gasnor, Edesur, Edenor, Ferroexpreso Pampeano y Ferrosur Roca. En algunos casos, se arribó a acuerdos de transición (por ejemplo, Distribuidora de Gas Cuyana y Distribuidora de Gas del Centro) y, en otros, concluyó con la rescisión de las concesiones (tales son los casos del Correo Argentino, Transportes Metropolitanos Gral. San Martín, Aguas Argentinas, Transportes Metropolitanos Gral. Roca y Transportes Metropolitanos Belgrano Sur). Sin embargo, restan renegociar con carácter definitivo muchos de los contratos.

Casi todos los convenios renegociados fueron ratificados por silencio del Congreso, salvo los acuerdos con EDELAP y Aeropuertos Argentina 2000.

Finalmente, en otros casos —tal como ocurre con las concesiones viales (más de ocho mil kilómetros de rutas otorgadas en concesión)— los contratos vencidos fueron prorrogados por el Poder Ejecutivo.

XIV. LA SITUACIÓN DEL USUARIO. SUS DERECHOS

El vínculo contractual entre el usuario y el concesionario es básicamente de Derecho Privado, con notas propias del Derecho Público —de contenido legal y reglamentario—. Este último aspecto excluye el concepto de libre voluntad entre las partes (es decir, su subjetividad).

En particular, el **derecho** básico que asiste al usuario es el de *acceso al servicio en términos razonables, regulares, igualitarios y continuos*. El usuario tiene un derecho subjetivo, según las modalidades o matices del caso, e incluso antes de su admisión por el prestatario del servicio.

Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice que "todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

De todos modos, el criterio igualitario no impide que se establezcan ciertas condiciones de acceso razonables y no discriminatorias. Es más, en los casos en que el acceso al servicio no es indiscriminado, sino que tiene un número cerrado de usuarios, el proceso de selección debe hacerse por medio de procedimientos objetivos y transparentes.

Es cierto que los usuarios tienen *obligaciones*, por caso y entre otras, el cumplimiento de las reglas del servicio, el respeto por la buena marcha de éste y el pago de las tarifas.

En particular, el artículo 42, CN, reconoce los siguientes derechos a los usuarios: a) la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; b) información adecuada y veraz; c) libertad de elección; y d) condiciones de trato equitativo y digno.

Cabe agregar que el Estado con el propósito de proteger esos derechos —y según el propio marco constitucional—, debe proveer a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia, al control de los monopolios, a la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la conformación de asociaciones.

Por último, la Constitución también reconoce el derecho colectivo de los usuarios a participar en los organismos de control.

Respecto de las leyes de protección de los derechos de los usuarios, además de los marcos reguladores, cabe mencionar a las siguientes:

1) *La Ley 22.802 de Lealtad Comercial* del año 1983 (modificada por la ley 26.993) establece básicamente las reglas sobre identificación de servicios (obligaciones y prohibiciones), publicidad y promociones. El resto de la ley, en trazos generales, define cuál es la autoridad de aplicación y sus facultades, y el régimen sancionador en caso de incumplimiento de sus reglas.

En especial, el texto normativo describe cuáles son los mandatos que deben cumplir los prestadores de servicios y cuyo incumplimiento constituye infracciones que son pasibles de sanciones administrativas. En efecto, el legislador establece las reglas de protección y defensa de los usuarios, entre ellas: el deber de información de los prestadores; las condiciones de la oferta y venta; la prestación de los servicios; los servicios públicos domiciliarios; los términos abusivos; y las cláusulas ineficaces. Luego, la ley dice cuáles son las sanciones a aplicar, la Autoridad de Aplicación y el procedimiento a seguir.

2) *La Ley 24.240 de Defensa del Usuario y Consumidor* del año 1993 regula los derechos de los usuarios y consumidores. Cabe agregar que esta ley fue modificada por las leyes 26.361, 26.993 y 26.994.

El consumidor o usuario es, según dice la ley, "toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social".

La Corte dijo, en el precedente "Flores Automotores" (2001), que "la ley 24.240 de Defensa del Consumidor fue sancionada por el Congreso, dentro de las facultades otorgadas por el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional llenando un vacío existente en la legislación argentina, pues otorga una mayor protección a la parte más débil en las relaciones comerciales —los consumidores— recomponiendo, con un sentido ético de justicia y de solidaridad social, el

equilibrio que deben tener los vínculos entre comerciantes y usuarios, que se veían afectados antes las situaciones abusivas que se presentaban en la vida cotidiana".

El texto normativo describe cuáles son los mandatos que deben cumplir los proveedores de bienes y prestadores de servicios, y cuyo incumplimiento constituye infracciones castigadas con sanciones administrativas. En efecto, el Legislador establece las reglas de protección y defensa de los consumidores sobre diversos aspectos, entre ellos: a) el deber de información de los prestadores; b) las condiciones de la oferta y ventas; c) las cosas muebles no consumibles; d) la prestación de los servicios; e) los servicios públicos domiciliarios; f) la venta domiciliaria o por correspondencia; g) las ventas de crédito; h) los términos abusivos y las cláusulas ineficaces; y, por último, i) el daño directo. Luego, la ley ordena cuáles son las sanciones a aplicar, la autoridad de aplicación y el procedimiento administrativo a seguir.

3) *La ley 26.993 sobre el Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo.* La ley creó el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC). Este Servicio interviene "en los reclamos de derechos individuales de consumidores o usuarios, que versen sobre conflictos en las relaciones de consumo, cuyo monto no exceda de un valor equivalente a 55 salarios mínimos, vitales y móviles" regidas por la ley 24.240. Cabe agregar que su intervención es previa y obligatoria al reclamo ante la Auditoría en las Relaciones de Consumo o, en su caso, a la demanda ante la justicia.

4) *La Ley 25.156 de Defensa de la Competencia* del año 1999, establece capítulos sobre los acuerdos y las prácticas prohibidas; la posición dominante; y las concentraciones y fusiones. Luego, claro, cabe relatar los capítulos sobre la Autoridad de Aplicación, el procedimiento y, por último, las sanciones.

La primera cuestión es cómo debemos interpretar este bloque legislativo complejo y yuxtapuesto. Veamos.

La Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240) dice que "las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas..., en particular las de *defensa de la competencia* y de *lealtad comercial*".

Así, la Ley de Lealtad Comercial 22.802 en conjunción con las leyes de Defensa de la Competencia 25.156 y Defensa del Consumidor 24.240 constituye un sistema protector. De tal modo, las tres leyes deben interpretarse en forma conjunta y armónica a los efectos de cumplir con una finalidad que tienen en común (esto es, defender y proteger los derechos de los usuarios).

Otro estándar básico en materia de interpretación de este bloque normativo es el principio según el cual —en caso de dudas— debe estarse por el criterio más favorable a los intereses del usuario.

La segunda cuestión, ya descripto el bloque legislativo sobre defensa de los derechos de los usuarios y consumidores, es centrarnos específicamente en el análisis del marco regulador de *los servicios públicos domiciliarios* en los términos de la Ley de Defensa del Usuario y Consumidor (ley 24.240).

La ley 24.240 establece que las empresas prestatarias de los servicios domiciliarios deben: (a) informar por escrito a los usuarios sobre las condiciones del servicio, sin perjuicio de mantener esa información a disposición de los usuarios en las oficinas de atención al público; (b) colocar en toda facturación y en las oficinas de atención la siguiente leyenda: "Usted tiene derecho a reclamar una indemnización si le facturamos sumas o conceptos indebidos o reclamamos el pago de facturas ya abonadas"; (c) otorgar a los usuarios reciprocidad de trato "aplicando para los reintegros o devoluciones los mismos criterios que establezcan para los cargos por mora"; (d)

garantizar a los usuarios el control individual de los consumos; y (e) entregar a los usuarios las facturas con no menos de diez días de anticipación a su fecha de vencimiento.

A su vez, en caso de interrupción o alteración del servicio, la ley presume que es imputable al prestador; salvo que éste demuestre que no es así. Por otro lado, el prestador debe hacer constar en las facturas o documentación expedida por él, si existen deudas pendientes. Es más, "la falta de esta manifestación hace presumir que el usuario se encuentra al día con sus pagos y que no mantiene deudas con la prestataria". Por último, cuando el prestador facturase en un período consumos que excediesen el 75% del promedio de los dos años anteriores, la ley presume que existe error en la facturación y "el usuario abonará únicamente el valor de dicho consumo promedio".

¿Cómo debemos integrar el marco regulador específico del servicio y las presentes disposiciones de la ley de defensa del consumidor? Conviene recordar que la ley 24.240 decía que los servicios públicos domiciliarios —con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla— serán regidos por esas normas, aplicándose la presente ley supletoriamente. Por ello, una de las cuestiones controversiales más relevantes antes de la reforma de la ley fue qué normas debíamos aplicar en relación con los servicios públicos domiciliarios, esto es: 1) la ley del usuario y consumidor (ley 24.240); o 2) la ley específica del servicio de que se trate —por ejemplo, respecto del servicio eléctrico, el marco regulador (ley 24.065)— con exclusión o, quizás, aplicación supletoria de la ley 24.240.

Más allá de nuestro parecer, cierto es que la ley actual resuelve este conflicto en los siguientes términos: "las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley [ley 24.240] y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica".

Por su parte, el artículo 25 del texto normativo, en su actual redacción, dispone —con alcance más puntual— que "los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley". Ese mismo precepto añade luego que "en caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor. Los usuarios de los servicios podrán presentar sus reclamos ante la autoridad instituida por legislación específica o ante la autoridad de aplicación de la presente ley".

Finalmente, el artículo 31 de la ley —tras la reforma introducida por la ley 26.361— reafirma el criterio expuesto en los párrafos anteriores. Así, dice el Legislador que: "la relación entre el prestador de servicios públicos y el usuario tendrá como base la integración normativa dispuesta en los artículos 3º y 25 de la presente ley".

En conclusión, la ley 24.240 debe aplicarse de modo directo en el marco de los servicios públicos domiciliarios y no con carácter simplemente supletorio.

XV. LA PARTICIPACIÓN EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El control de los servicios comprende, por un lado, la intervención de ciertos organismos estatales (tal es el caso de los entes reguladores, el Defensor del Pueblo, la AGN y la Autoridad de Aplicación de la ley de Defensa de la Competencia) y, por el otro, el control por los órganos administrativos y judiciales en el marco del conflicto entre prestadores y usuarios. Finalmente, cabe detenernos en el control directo por los usuarios (individual o grupal).

Es más, el capítulo de participación de los usuarios en el marco de los servicios públicos no debe limitarse simplemente al campo del control, sino que debe expandirse sobre otros aspectos, particularmente sobre el ámbito de las decisiones.

En este contexto, no es razonable soslayar la desigualdad existente entre las empresas prestatarias de servicios y los usuarios. Por ello, el desafío consiste en crear mecanismos alternativos de participación que garanticen debidamente el equilibrio entre las partes.

¿Cuál es el fundamento de la participación? Además de las razones que explicamos en los párrafos anteriores, el derecho de los usuarios encuentra sustento normativo, *por un lado*, en los tratados internacionales incorporados en el texto constitucional; y, *por el otro*, en el artículo 42, CN.

Veamos en particular las distintas técnicas de participación en relación con los entes reguladores.

(A) La participación de los interesados en el ***proceso de elaboración de las normas*** que está prevista en los marcos reguladores y en el decreto 1172/03 (anexo V). Comúnmente, el trámite de participación consiste en la posibilidad de presentar observaciones por escrito en un plazo determinado, antes de la aprobación de la resolución estatal. A su vez, como ya explicamos, tales observaciones no tienen alcance vinculante.

(B) Las ***audiencias públicas*** están reguladas expresamente en los marcos de los servicios privatizados y en el decreto 1172/03. Por ejemplo, en los sectores del gas, electricidad, agua, aeropuertos y telecomunicaciones, entre otros. En particular, el decreto 1172/03 dice que el régimen de las audiencias públicas debe aplicarse en el marco de los entes reguladores.

El objeto de las audiencias es el debate de un proyecto de resolución de alcance general o particular. Por su parte, las opiniones e ideas expuestas en el trámite de las audiencias no son vinculantes, sin perjuicio de que deban ser consideradas por el órgano competente.

En particular, el anexo VIII del decreto 1172/03 establece que las ***reuniones abiertas de los entes reguladores*** constituyen una instancia de participación en la cual el órgano de dirección habilita a la ciudadanía un espacio institucional para que observe el proceso de toma de decisiones.

(C) Por último, las técnicas de participación de los representantes de los usuarios en los órganos de gobierno y asesoramiento de los entes reguladores. Cabe recordar que el artículo 42, CN, dispone que "la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las *asociaciones de consumidores y usuarios*... en lo

CAPÍTULO 13 - EL SERVICIO PÚBLICO

I. LAS DISTINCIONES ENTRE EL PODER ESTATAL DE REGULACIÓN Y LOS SERVICIOS ESTATALES

El desarrollo clásico del Derecho Administrativo dice que las técnicas de intervención estatal son, como ya explicamos, el poder de policía y el servicio público. Sin embargo, creemos que el esfuerzo no debe centrarse en reemplazar estas palabras por otras denominaciones jurídicas, sino en modelar su contenido y así redefinirlas, según el fundamento propio del Estado Social y Democrático de Derecho.

El Estado debe garantizar derechos y, para ello, es necesario que preste servicios materiales o garantice su prestación por otros. En este sentido, hemos argumentado que el Estado en parte satisface derechos por medio de su potestad de limitar o restringir otros derechos; sin embargo, no es suficiente por sí solo ya que debe garantizar el goce de múltiples derechos y hacerlo de modo integral (trátase de derechos individuales, sociales y colectivos), con el objeto de que cada cual pueda elegir y materializar su propio plan de vida. Así, es necesario e imprescindible que el Estado intervenga activamente.

Entonces, el Estado debe, *por un lado*, regular; y, *por el otro*, realizar prestaciones positivas (prestar servicios).

Demos un ejemplo. ¿Cómo debe satisfacer el Estado el derecho de aprender? En primer término, por medio de limitaciones, obligaciones y restricciones. Así, por caso, el Estado establece la obligatoriedad de la enseñanza básica; los contenidos curriculares mínimos; y las condiciones de estudio y promoción; entre otros aspectos. Sin embargo, es posible advertir —claramente— que el derecho a educarse no puede satisfacerse sólo con regulaciones en términos de límites o cortapisas, sino que es necesario que el Estado haga algo más (esto es, prestar el servicio por sí o garantizar su prestación por terceros). De modo que aquí ya dejamos el terreno de las restricciones y nos ubicamos en el campo propio de los servicios.

Otro ejemplo. Así, por caso, sólo es posible garantizar el derecho a la salud mediante regulaciones (prohibiciones, limitaciones y restricciones) y, a su vez, por medio de prestaciones de contenido positivo de servicios de salud, dados directamente por el Estado o por terceros.

Sigamos analizando el caso de los servicios estatales. En este marco, el Estado puede: (a) regular y prestar directamente el servicio; o (b) regular y garantizar el servicio prestado por terceros. Por ejemplo, el servicio de educación, seguridad, salud, vivienda y los llamados servicios domiciliarios (agua potable, luz y gas, entre otros).

Pero, ¿la Constitución establece el deber del Estado de prestar o garantizar los servicios o sólo regularlos? Respecto de las funciones estatales como es el caso de la seguridad, el servicio de justicia y el servicio exterior, el Estado debe hacerlo obligatoriamente. A su vez, en relación con los otros servicios, también es obligatorio, sin perjuicio de que la Constitución no lo establece en términos expresos sino implícitos. El Estado debe hacerlo en tanto su obligación constitucional es reconocer y hacer ciertos los derechos, y esto sólo es posible si el Estado garantiza la prestación de los servicios por sí o por terceros.

En síntesis, *el Estado debe prestarlos o garantizar su prestación, y ello con el objeto de hacer valer los derechos fundamentales.*

II. LAS FUNCIONES ESTATALES. LOS SERVICIOS SOCIALES Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Luego de distinguir entre el poder de regulación y el deber de prestar o garantizar los servicios estatales, es necesario seguir avanzando y discernir entre los servicios con el propósito de despejar el objeto de nuestro estudio en el marco de este capítulo (es decir, el concepto de *servicio público*).

¿Todo servicio estatal es servicio público? o, quizás, cabe preguntarse: ¿el servicio estatal y el servicio público son dos conceptos distintos? Creemos que el servicio estatal comprende tres ámbitos distintos.

El primer campo es el de las **funciones estatales básicas** de carácter indelegable (tal es el caso de la seguridad, la justicia y el servicio exterior). En efecto, tales funciones estatales son intransferibles, mientras los otros servicios pueden ser prestados por el Estado o por terceros. Así, cuando el servicio es prestado por el Estado con carácter exclusivo por mandato constitucional (esto es, tratándose de funciones estatales esenciales), entonces, es posible distinguirlo de los servicios sociales o públicos. De modo que, por ejemplo, la administración de justicia, sin perjuicio de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, debe ser prestado por el propio Estado conforme el mandato constitucional.

El segundo campo comprende los **servicios sociales** que son aquellos que deben ser prestados por el Estado, sin perjuicio de la participación concurrente de terceros. Es decir, los servicios sociales no son prestados en ningún caso en condiciones de monopolio, sino en situaciones de concurrencia entre el Estado y los particulares. A su vez, *el servicio social satisface de modo directo los derechos básicos y fundamentales* como, por ejemplo, el servicio de salud o educación respecto de sus correlativos derechos. Pues bien, estos servicios están apoyados en criterios básicos de solidaridad y protección social.

El tercer y último campo es ocupado por los **servicios públicos**; es decir, los servicios que el Estado debe garantizar, pero puede abstenerse de prestar. De modo que no es necesario que el Estado preste tales servicios con carácter exclusivo o concurrente. Asimismo, este servicio de contenido económico reconoce derechos instrumentales, según el criterio del propio legislador, y permite hacer más ciertos los derechos fundamentales por su carácter complementario.

III. EL DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO. LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS. SU CRISIS. SU RESCATE: EL RECONOCIMIENTO NORMATIVO

El Estado centró históricamente sus actividades más en el desarrollo de su poder de regulación que en los servicios estatales. En verdad, éstos nacen en el siglo XIX (por ejemplo, la enseñanza pública y la seguridad social) y, particularmente, en el siglo XX con el propósito de suplir las iniciativas privadas (por caso: los ferrocarriles, la electricidad y las comunicaciones, entre otros).

En este contexto, las construcciones dogmáticas definieron el concepto de servicio público, quizás forzosamente, con los siguientes elementos básicos: (a) el sujeto estatal; (b) las prestaciones; (c) el marco jurídico (es decir, el Derecho Público); y, por último, (d) el interés colectivo.

Este concepto — más o menos estable — comenzó a agrietarse fuertemente durante las últimas décadas, sin perjuicio de que debe reconocerse que es sumamente indeterminado, vago e impreciso.

Veamos cómo se desató esta *crisis*. Por un lado, recayó sobre el *elemento subjetivo* (es decir, el sujeto estatal fue claramente desvirtuado por la transferencia de los servicios al sector privado).

Por el otro, el servicio público no supone aplicar exclusivamente el *marco jurídico del Derecho Público*; sin desconocer que ciertos aspectos sí deben estar regulados necesariamente por el Derecho Administrativo. Por ejemplo, cuando el servicio es prestado por el Estado mediante las empresas del Estado y no por el propio Poder Ejecutivo, entonces, el Derecho Privado irrumpe

con fuerza. A su vez, si el servicio es explotado por los particulares, el Derecho Privado es, incluso, más fuerte y dominante.

En conclusión, creemos que, a la luz de los cambios analizados y las crisis consecuentes, el elemento subjetivo y el marco jurídico de los servicios públicos que hemos estudiado históricamente deben necesariamente matizarse y redefinirse.

Pues bien, *¿cuál de los elementos constitutivos del servicio público —además de su condición de prestación— quedó enteramente en pie?* Evidentemente, el interés colectivo. Sin embargo, este interés siempre está presente en el marco de cualquier actividad estatal, de modo que este aspecto es claramente deficiente por sí solo en el camino que nos hemos trazado.

¿Es razonable sostener, entonces, que el servicio público desapareció del mundo jurídico? Creemos que no porque el propio Convencional, el legislador y el Ejecutivo hacen uso de este concepto en sus respectivos textos. Por ejemplo, el artículo 42, CN, y las [leyes 24.065](#), 24.076, 26.221, entre otras, y los decretos 293/02 y 311/03. Es más, las [leyes 27.078](#) y 27.161 declaran ciertos servicios como "servicios públicos esenciales". En igual sentido, cabe mencionar proyectos de ley que declaran ciertas actividades como servicios públicos, por ejemplo, las actividades financieras.

Sin embargo, cabe preguntarse qué quiere decir que cierto servicio es servicio público. Intentaremos contestar este interrogante en los siguientes capítulos.

IV. LOS FUNDAMENTOS DEL SERVICIO PÚBLICO

Respecto del servicio público y sus fundamentos se han creado y desarrollado diversas teorías.

IV.1. La titularidad del Estado

Así, pues, uno de los posibles fundamentos teóricos es la **publicatio**. Según este criterio, el servicio público es un conjunto de actividades que el Estado sustrae del campo privado y las hace propias, con el propósito de regularlas, explotarlas y encuadrarlas en el marco propio del Derecho Público. Es decir, el Estado —por razones de interés público— decide retacear ciertos servicios del sector privado y residenciarlos en el sector público con las siguientes consecuencias: (a) *por un lado*, **excluir la libre iniciativa** en el intercambio de los servicios; y, (b) *por el otro*, **aplicar** el marco jurídico exorbitante del **Derecho Público**.

El servicio público es, entonces, según este criterio, el instrumento estatal cuyo contenido es el siguiente: el Estado invade ciertas actividades particulares en razón del interés público haciéndolas propias, desplazando al sector privado, y ejerciendo su titularidad. A su vez, en virtud de este título jurídico propio, el Estado ejerce sus poderes con gran amplitud en el marco del Derecho Público sobre dichos servicios.

Es decir, el concepto de titularidad estatal permite que el Estado ordene, regule, organice y preste el servicio de que se trate por sí solo, con exclusión de otros. Éstos sólo pueden participar eventualmente en la gestión del servicio mediante concesiones —título que sólo es otorgado por el Estado—. En efecto, las personas no tienen un derecho propio y sólo pueden acceder y actuar en el sector de los servicios públicos (es decir, explotarlos), mediante concesiones o permisos que deben ser otorgados por el Estado.

Así, la titularidad es intransferible y, en su caso, la concesión del servicio (gestión por terceros) es discrecional y temporal. **Publicatio** significa, entonces titularidad del servicio por el Estado y, por tanto, responsabilidad de éste por la prestación de aquél.

A su vez, es el propio Estado quien decide qué actividad es servicio público y cuál no; es decir, el Estado resuelve si es o no su titular. Los servicios públicos son actividades que el Estado (léase el Convencional o el legislador) declaró tales porque son esenciales para la comunidad, en cuyo caso éste es el titular, regulador y controlador en términos exclusivos. Ese estatus reconocido por el legislador permite definir cuáles son los caracteres y justifica —a su vez— la aplicación de un régimen jurídico exorbitante y específico sobre este sector de los servicios.

En particular, los caracteres del servicio pueden sintetizarse así: continuidad, regularidad, generalidad, igualdad, obligatoriedad, necesidad y control.

Por su lado, el marco jurídico establece entre sus reglas básicas que: 1) el servicio sólo puede ser prestado por terceros mediante concesión y con carácter temporal (esto es: no por sí mismos, ni de modo permanente); y, además, 2) el reconocimiento de potestades exorbitantes e implícitas a favor del Estado concedente (por ejemplo, el poder de revocación y el rescate del servicio).

Sin embargo, cabe resaltar los principales reparos a la idea de la titularidad del servicio (*publicatio*).

1. El título reconoce facultades implícitas, exorbitantes, vagas e imprecisas a favor del Poder Ejecutivo, y en perjuicio de los derechos de los particulares. Es decir, y entre otras consideraciones, no se sabe cuáles son los poderes a favor del Estado que surgen de modo difuso e implícito de dicho título.
2. Por otro lado, no es necesario construir ese título para regular el sector de que se trate; en efecto, la potestad de regulación es claramente estatal por mandato constitucional.
3. El régimen exorbitante tiene ciertamente un valor histórico en el desarrollo del servicio público y quizás didáctico, pero no posee valor jurídico. En efecto, el régimen jurídico del Derecho Público en el marco del servicio público es simplemente el marco constitucional y legal, esto es, el conjunto de derechos, garantías, prohibiciones, restricciones y prestaciones. ¿Cuál es, entonces, el esquema normativo? Entendemos que debe aplicarse el marco básico constitucional (Derecho Público) y, luego, ver cuál es el bloque específico que es —comúnmente— el cruzamiento entre el Derecho Público y Privado.

De todos modos el argumento más concluyente, en sentido crítico, es que *en el derecho positivo argentino no existe ningún precepto que establezca el criterio de titularidad en términos expresos y claros*.

En conclusión, creemos que no es necesario recurrir a este edificio dogmático (publicista) con el objeto de explicar el instituto que habitualmente llamamos servicio público. Es decir, es posible resguardar los derechos de los usuarios e, incluso, construir dogmáticamente el contrato de concesión del servicio público, sin título alguno.

IV.2. El monopolio

Intentemos otro camino explicativo: el servicio público es —básicamente— el servicio prestado en condiciones de **monopolio**.

Sin embargo, el primer y mayor obstáculo con el que tropezamos aquí es que muchos de los servicios públicos no son prestados en situaciones de monopolio, sino en términos competitivos (por ejemplo, entre nosotros, el servicio de transporte de pasajeros).

IV.3. Los servicios de interés público

El concepto de "servicios de interés público" no reúne los caracteres de responsabilidad del Estado, ni monopolio. Por el contrario, tratándose de servicios públicos el Estado sí es responsable y, a su vez, es posible que el servicio se preste en condiciones no competitivas.

En particular, cabe preguntarse si las propiedades relevantes en el contexto de los servicios públicos son válidas constitucionalmente tratándose de servicios de interés público. Según nuestro criterio, no; en particular las cláusulas de fijación de precios, rescate del servicio y reversión de los bienes. Es más, en el presente caso el poder de regulación estatal implícito sólo comprende: a) la fijación de las reglas sobre el *acceso* en condiciones de continuidad e igualdad de los usuarios; y b) el *modo de prestación* del servicio (en especial los estándares sobre calidad); ciertamente menos extensos que en el marco de los servicios públicos.

Cabe mencionar que en el derecho positivo se incluye este concepto. Así, la ley 24.065 dice que "la actividad de generación, en cualquiera de sus modalidades, destinada total o parcialmente a abastecer de energía a un servicio público será considerada de *interés general*..." (art. 1). A su vez, la ley 26.522 sobre Medios de Comunicación Audiovisual establece que "La actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual se considera una actividad de *interés público*, de carácter fundamental para el desarrollo de la población..." (art. 2). En igual sentido, el desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, las telecomunicaciones y sus recursos asociados son de *interés público*—conforme la ley 27.078—.

IV.4. Las public utilities

Otro criterio es el de las "*public utilities*", de cuño anglosajón, y cuyas características principales son las siguientes: a) las actividades bajo este régimen deben ser declaradas por el legislador; b) las potestades de regulación y aplicación de la ley en ese sector son ejercidas por un ente independiente; c) el Estado no es el titular de estas actividades; d) éstas son prestadas por los particulares simplemente por medio de licencias y autorizaciones (y no por contratos de concesión de servicios); e) éstas pueden ser otorgadas por tiempo indeterminado; f) el rescate sólo puede ser decidido por el Congreso; g) el servicio debe ser prestado obligatoriamente y en términos igualitarios; h) el servicio debe ser seguro; y, por último, i) el precio del servicio debe ser justo y razonable.

Así, este concepto o categoría supone reconocer servicios prestados por empresas privadas en competencia con otras, pero con regulaciones y restricciones impuestas por el Estado. Entre éstas y a título de ejemplo: la obligación de los prestadores de realizar prestaciones no rentables de modo de garantizar el acceso de cualquier habitante a precios razonables.

IV.5. Conclusiones

En síntesis, existen básicamente dos concepciones. Por un lado, el servicio público es la actividad de titularidad estatal (esto es, el Estado decide guardar para sí ciertas actividades con

exclusión de los demás), de modo que la gestión por terceros (concesión) es un proceso de transferencia de competencias desde el Estado (concedente) al concesionario.

Por el otro, el servicio público es una actividad desarrollada por las personas (en ejercicio de derechos propios y preexistentes), simplemente regulado por el Estado en el marco de un régimen abierto y participativo, y sin perjuicio de los deberes del prestador.

Sin embargo, estos esquemas conceptuales no resuelven el conflicto central porque el núcleo irresuelto sigue siendo históricamente el mismo, esto es: *cuál es el alcance y extensión del poder de regulación estatal respecto de cierto sector y, especialmente, si en ese marco existen poderes implícitos del Poder Ejecutivo y cuáles son éstos*.

Cabe señalar, por último, que se han desarrollado otros conceptos en términos de complemento o sustitución de la idea del servicio público. Así, por ejemplo, entre nosotros se ha distinguido entre el servicio público (servicios esenciales) y el servicio de interés público (servicios menores, tales como los establecimientos destinados al expendio de medicamentos). Sintéticamente, en el primer caso el poder regulatorio estatal es mayor que en el segundo.

Más recientemente, en el derecho comparado, se han creado los conceptos de servicios de interés general y de servicios económicos de interés general, entre otros.

Como puede advertirse el punto a resolver es el fundamento y sobre todo el alcance del poder regulatorio estatal en las actividades prestadoras de servicios. Los caracteres más sobresalientes de ese poder regulatorio son: a) la libertad en la prestación o su restricción, sea por simples autorizaciones estatales o por contratos de concesión otorgados por el Estado; b) el poder regulatorio explícito o —además— el reconocimiento de poderes estatales implícitos; y, por último, c) las obligaciones específicas del prestador.

De todos modos, no debemos dejar de reconocer que *la idea subyacente, tras los conceptos jurídicos aquí expuestos, es si tales actividades se someten o no a las reglas del mercado*.

V. EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO. SUS PROPIEDADES MÁS RELEVANTES

El concepto de servicio público debe construirse simplemente —según nuestro criterio— desde las normas jurídicas. Intentemos, entonces, explicar y justificar el concepto sobre bases normativas más sólidas y ciertas. *¿Cuál son esas bases?* El texto constitucional y su interpretación. Así, ya dejamos asentado que el servicio público debe pensarse nuevamente, pero desde el texto constitucional.

El servicio puede ser prestado materialmente por el propio Estado o por terceros, y esto es indistinto según el criterio del Convencional, de modo que el legislador puede optar por un modelo u otro.

Cabe aclarar también que el monopolio y el oligopolio son situaciones de *excepción* en el ordenamiento jurídico y, en particular, en el terreno de los servicios públicos. Es el legislador quien decide si el servicio es prestado o no en condiciones de exclusividad. ¿Por qué este marco es más complejo y merece un trato jurídico especial? Porque si bien el Estado, por un lado, decide crear un monopolio y consecuentemente darle más derechos a su titular (así, por caso, el derecho a explotar cierto servicio en términos de exclusividad), por el otro, restringe otros derechos (por ejemplo, el derecho de los otros a ejercer el comercio y —a su vez— el derecho colectivo sobre el libre intercambio de bienes y servicios en el mercado).

Por ello, en el marco del servicio público prestado en condiciones de monopolio, el poder de regulación estatal es mucho mayor. Es decir, cuando el Estado concede el intercambio de bienes o servicios en condiciones monopólicas, altera el contenido de ciertos derechos. ¿Cuáles son estos derechos? Particularmente, el derecho a trabajar y a ejercer libremente el comercio, así como el derecho de los usuarios y consumidores en el libre intercambio de los servicios. ¿Cómo hace el Estado, entonces, para recomponer el contenido de los derechos alterados? Pues bien, el Estado debe garantizar los derechos que resulten restringidos a través del monopolio, por medio del precio justo de los servicios objeto de intercambio.

Otro aspecto que el Convencional dejó en las orillas del legislador es definir cuál de los servicios es público; en otros términos, cuáles son los derechos instrumentales que el Estado decide satisfacer por medio del servicio público, según las circunstancias del caso, con el objeto de hacer más ciertos los derechos fundamentales. En tal caso, el servicio debe ser prestado obligatoriamente.

En efecto, si bien es cierto que *el servicio público satisface derechos instrumentales*, tras éstos subyacen derechos fundamentales y, por tanto, una vez reconocidos por el legislador, el prestador del servicio debe brindarlo obligatoriamente por el vínculo que existe entre los derechos fundamentales e instrumentales.

Por último, cabe recordar que el servicio público satisface derechos instrumentales de contenido económico, consecuentemente, el usuario debe pagar el precio (tarifas) con el objeto de resguardar el derecho de propiedad del prestador. Igualmente, y puesto que subyacen derechos fundamentales, el modelo debe garantizar el acceso de todos mediante, por ejemplo, las tarifas sociales.

En ciertos casos, el Estado decide, entonces, reconocer el servicio y garantizar su prestación, calificándolo consecuentemente como servicio público con el objeto confeso de satisfacer los derechos instrumentales de las personas y así reforzar sus derechos fundamentales.

Intentemos avanzar sobre el concepto de servicio público. Así, éste puede definirse en los siguientes términos:

- A) la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio;
- B) la prestación en condiciones de competitividad y, excepcionalmente, en situaciones de monopolio u oligopolio;
- C) el carácter retributivo del servicio, en razón de su contenido económico;
- D) la obligatoriedad de las prestaciones; y
- E) el reconocimiento del servicio por el legislador.

(A) *La responsabilidad del Estado por la prestación del servicio.* Si bien creemos que no existe titularidad estatal del servicio público, cierto es que el ordenamiento jurídico reconoce mayor poder de regulación al Estado en este campo y, a su vez, le endilga la obligación de garantizar el servicio con el objeto de reconocer ciertos derechos.

Volvamos sobre el mismo argumento e intentemos reforzarlo. Dijimos que el Estado debe satisfacer el interés colectivo (es decir, los derechos). Tengamos presente también que esos derechos no son simplemente los derechos clásicos de libertad y propiedad (pilares del Derecho Administrativo en términos históricos), sino también derechos económicos, sociales, culturales y

los llamados nuevos derechos. ¿Cómo es posible que el Estado garantice estos derechos? ¿Cuáles son las herramientas que debe utilizar el Estado en ese sentido? El interés público y otros intereses instrumentales de éste constituyen —en el plano teórico y abstracto— el fundamento filosófico político del Estado. Sin embargo, vale recalcar que tales intereses son simplemente el conjunto de los derechos de las personas y su reconocimiento.

El Derecho Administrativo fue construido históricamente y en términos dogmáticos desde el pilar del poder y su fundamento casi excluyente es el interés público. Sin embargo, es necesario repensar y reconstruir el Derecho Administrativo y sus institutos, por ejemplo, el servicio público, desde el cuadrante de los derechos fundamentales. Éste debe ser el fundamento del Estado y especialmente de sus intervenciones. Dicho en términos más simples y claros, *el Estado sólo debe actuar con el fin de reconocer y hacer ciertos los derechos*.

Dijimos entonces que el Estado, con el propósito de reconocer y satisfacer derechos, debe realizar conductas negativas —particularmente abstenciones— y, a su vez, otras de contenido positivo —esto es, regulaciones y prestaciones—. Es decir, el Estado debe satisfacer derechos mediante prestaciones de alcance negativo y positivo. Sin embargo, hace falta un eslabón más con el objeto de entrelazar este razonamiento. *¿Cuál es ese eslabón?* Las técnicas e instrumentos concretos de intervención estatal (entre ellos, el servicio público). Es decir, el servicio público debe garantizar los derechos de los usuarios mediante prestaciones positivas en condiciones de igualdad, regularidad, obligatoriedad y continuidad.

A su vez, la responsabilidad del Estado por la falta de prestación o prestación irregular del servicio es directa cuando éste es prestado por el Estado, e indirecta cuando es llevado a cabo por otros.

En síntesis, *el servicio es público no por la titularidad estatal sino porque el Estado asume la responsabilidad de su prestación (por sí o terceros), con el fin de satisfacer derechos; y, por ello, se le reconoce mayor poder de regulación y ordenación*.

(B) *La prestación en condiciones de competitividad y, excepcionalmente, en situaciones de monopolio u oligopolio*. El Estado debe garantizar el servicio en cumplimiento del mandato constitucional y legislativo, y con fundamento en el reconocimiento de derechos; pero —además— debe hacerlo en términos de libertad y competitividad (es decir, en el marco del **libre intercambio de los servicios**).

Hemos dicho que el Estado regula cualquier actividad y no sólo los servicios llamados públicos; sin embargo, el poder de regulación es mayor en este escenario que en otros. Pero, ¿por qué? ¿Acaso es así porque existe un título jurídico de intervención estatal llamado servicio público que permite mayor ordenación, regulación, dirección, control e intromisión estatal? Creemos que no y que —en verdad— el fundamento jurídico que permite construir dogmáticamente el concepto del servicio público es el reconocimiento y goce cierto de derechos. En este contexto, el Estado interviene e interviene más.

A su vez, cuando el servicio es prestado en situaciones excepcionales de monopolio u oligopolio, entonces, el Estado debe remediar el contenido de los derechos alterados (en particular, el derecho de los usuarios) mediante mayores regulaciones sobre los derechos y obligaciones del concesionario prestador.

La Constitución, como ya hemos visto, establece —entre otros— el derecho de propiedad, el derecho de comerciar, así como el derecho de intercambiar libremente bienes y servicios en términos enfáticos cuando dice que "las autoridades proveerán... a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados...".

Sin embargo, el mercado es cuestionado, entre otras razones, por las tendencias y deslices constitutivos de monopolios, oligopolios y posiciones dominantes; y —a su vez— por sus externalidades positivas y negativas. Esto último ocurre cuando las transacciones que se lleven a cabo en el mercado recaen sobre terceros que no han participado en el intercambio de bienes o servicios, favoreciéndolos o perjudicándolos.

Otro de los aspectos negativos del mercado es su dificultad o imposibilidad de ofrecer por sí mismo ciertos servicios (servicios sociales); esto es, por ejemplo el servicio de salud. ¿Por qué? Porque el servicio social en tanto permite el acceso de todos, incluso de aquellos que no contribuyen a su sostenimiento, es rechazado por las leyes del mercado.

En este contexto, es obvio que el Estado debe intervenir y suplir fuertemente estos déficits. Pero el Estado no sólo debe regular directamente el mercado y los derechos sino que, muchas veces, y con el objeto de resguardar derechos, debe participar en el mercado prestando servicios directamente.

Luego, en ciertos casos y según las circunstancias, el poder de regular junto con las prestaciones positivas exige, además, el carácter exclusivo de éstas (monopolios). El principio, como ya dijimos, es el libre intercambio de servicios, pero existen excepciones (por ejemplo, el monopolio). Pues bien, en el supuesto de los *monopolios*, el Estado debe prohibirlos o, en su caso, regularlos y controlarlos fuertemente.

En particular, en el marco del monopolio, el Estado está obligado a restringir mucho los derechos del concesionario. Así, el Estado debe regular las obligaciones y el modo de prestación del servicio, y reservarse el poder de revocación y rescate de éste y la reversión de los bienes, de modo de garantizar así la prestación del servicio y la recomposición de los derechos entre las partes (concesionarios y usuarios). En igual sentido, el Estado puede y debe regular el marco de las tarifas y, particularmente, su valor.

Así, tratándose de monopolios, las prerrogativas del Estado en el marco de los servicios públicos nacen expresamente —o en términos implícitos— de los derechos de los usuarios. En tal caso, es plausible deducir poderes implícitos; pero, insistimos, no desde el poder estatal sino desde los derechos y su reconocimiento. Aquí, cobra especial relevancia el rescate del servicio y la reversión de los bienes, pues el Estado sólo puede garantizar los derechos y la prestación del servicio (responsabilidad del propio Estado), si se le reconoce el poder de revocar y recobrar el servicio.

(C) *El carácter retributivo del servicio, en razón de su contenido económico.* El fundamento de ese postulado (pago de un precio justo y razonable) es el contenido económico del derecho de los usuarios (derechos instrumentales).

Este elemento permite distinguirlo claramente, y entre otros conceptos, de los servicios sociales —tales como la educación y la salud— que deben ser prestados por el Estado en términos de gratuidad, sin perjuicio del carácter concurrente de su prestación con los particulares.

El usuario del servicio público debe, en principio, pagar el precio de éste, salvo casos de excepción (*tarifas sociales*). De modo que es posible decir, en este punto de nuestro análisis, que el servicio social satisface derechos fundamentales de modo directo y debe ser, consecuentemente, gratuito; mientras que los servicios públicos reconocen derechos instrumentales y su carácter es oneroso.

De todos modos, cuando el servicio social es prestado por terceros, éste es oneroso y el Estado debe regular el precio —entre otros aspectos—.

(D) *La obligatoriedad de las prestaciones.* El servicio público es **obligatorio** porque sólo así es posible garantizar los derechos (en especial, los derechos de los usuarios). Este presupuesto tiene un nexo directo con el derecho instrumental de acceso de los usuarios y, más aún, el de acceso en condiciones de continuidad e igualdad sin discriminaciones y de modo razonable.

Es decir, el servicio público debe prestarse obligatoriamente y en condiciones de continuidad e igualdad.

A su vez, los aspectos instrumentales en el desarrollo de este principio son los siguientes: (1) el *precio de las tarifas* debe estar regulado por el Estado y ser razonable. En particular, en el caso de los monopolios, el Estado debe fijar las tarifas; y (2) el *plan de inversiones* debe ser aprobado y supervisado por el Estado. Cabe recalcar que estos aspectos son necesarios e imprescindibles para prestar el servicio de modo continuo e igualitario.

En síntesis, el servicio cumple con el estándar de obligatoriedad —en términos ciertos y reales— siempre que el prestador brinde el servicio eficientemente y el usuario pueda acceder sin discriminaciones y mediante el pago de tarifas justas y razonables.

(E) *El reconocimiento del servicio por el legislador.* Otro punto relevante es el reconocimiento del carácter público por parte del legislador. Así, el servicio público no nace de un criterio vago e impreciso, o quizás de un título genérico, sino estrictamente de la ley. El alcance de los servicios como públicos depende de las demandas sociales y las necesidades de seguridad y bienestar que la sociedad considere básicas e irrenunciables en un tiempo dado. A su vez, el legislador es quien decide cuáles son públicos y cuáles no.

Por ejemplo, el servicio básico telefónico y el uso y acceso a las redes de telecomunicaciones es servicio público (ley 27.078). En igual sentido, los servicios de navegación aérea son servicios públicos esenciales (ley 27.161). Por su parte, la ley 24.065 establece que: a) el transporte y distribución de electricidad es un servicio público. A su vez, la ley 24.076 señala que el transporte y distribución de gas natural constituye un servicio público nacional. Por último, la ley 26.221 dispone que "el servicio público regulado por el presente Marco Regulatorio se define como la captación y potabilización de agua cruda, transporte, distribución y comercialización de agua potable; la colección, transporte, tratamiento, disposición y comercialización de desagües cloacales, incluyéndose también aquellos efluentes industriales que el régimen vigente permita se viertan al sistema cloacal y su fiscalización".

En otras palabras, el servicio es público si el legislador dice que es así. Entonces, ¿qué ocurre si el servicio reúne en términos normativos los recaudos mencionados en los puntos anteriores, pero no es calificado por el legislador expresamente como servicio público? ¿Cabe, en tal caso, calificarlo igualmente como servicio público? Creemos que sí. Así, *si el legislador describe los elementos que mencionamos en los párrafos anteriores en el propio texto legal de modo expreso o razonablemente implícito, el servicio es, según nuestro criterio, público.*

VI. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO PÚBLICO

El *régimen jurídico del servicio público* es el siguiente: 1) el marco constitucional; y 2) el modelo legislativo. En ese contexto, cabe reconocer el poder estatal de ordenación y regulación (*expreso o implícito*), en términos de reconocimiento de los derechos de los usuarios.

Pero, ¿cuáles son estos derechos? y ¿cuál es la relación entre tales derechos y el servicio? Los derechos de los usuarios que guardan relación de modo directo y estrecho con el servicio son,

como ya dijimos, el derecho de acceder en condiciones razonables e igualitarias, el derecho de proteger sus intereses económicos y, finalmente, el derecho a elegir libremente el servicio. Más puntualmente, en el caso de los monopolios, el Estado debe recomponer los derechos —en especial, los de los usuarios que estén en condiciones menos favorecidas— por medio de fuertes limitaciones sobre el prestador del servicio.

Este entrecruzamiento entre derechos y servicio nos permite sostener ciertas premisas sobre los *podere*s estatales y su alcance —en particular y con mayor énfasis cuando es prestado en condiciones de monopolio u oligopolio—. Así:

(a) La potestad de regulación del Estado comprende básicamente el poder de fijar las reglas sobre: el acceso de los usuarios en condiciones de continuidad e igualdad; los términos de prestación del servicio (en especial los estándares sobre calidad); y el precio de éste. Es decir, el Estado por medio de tales regulaciones debe garantizar los derechos de los usuarios.

(b) El poder de regulación en el marco de los monopolios. El inciso 18 del artículo 75, CN, dice que corresponde al Congreso "proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo".

Por su parte, el artículo 42, CN, establece que "las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, a la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios".

Es decir, el texto constitucional prevé expresamente el carácter excepcional de los monopolios y —además— el control sobre éstos. Por eso, en este contexto, el Estado debe regular más y más profundamente con el mismo propósito, esto es, garantizar los derechos de los usuarios.

(c) El control sobre los servicios públicos. Éste es simplemente el corolario de los puntos anteriores.

(d) El poder estatal de rescindir el contrato de concesión del servicio por razones de incumplimiento contractual, o de revocarlo por ilegitimidad o inoportunidad. En este último caso, el Estado debe indemnizar al prestador, según el marco jurídico vigente (es decir, el daño emergente y no así el lucro cesante).

(e) Por último, el poder estatal implícito —en el marco de los monopolios— de rescatar el servicio (extinguir la concesión y prestar el servicio por sí mismo) y revertir los bienes. En ambos casos, como instrumentos necesarios para continuar con el servicio y garantizar el derecho de los usuarios.

En síntesis, el Estado puede —en cualquier caso— revocar el servicio. Es más, en el escenario de los monopolios debe reconocérsele el poder de rescatarlo y —a su vez— revertir los bienes, sin intervención del legislador, y sin perjuicio, en su caso, del deber de reparar al prestador.

Finalmente, cabe aclarar que *el marco jurídico del servicio público es mixto* (es decir, público y privado). ¿Cuál es, en particular, el vínculo entre el servicio público y el Derecho Público? En general, es común sostener que el servicio público debe regirse por el Derecho Público. Sin

embargo, ¿qué significa que el servicio público deba regirse por éste? ¿Qué aspectos del servicio están en verdad gobernados por el Derecho Público?

Pensemos el siguiente caso: cualquier servicio público prestado por los particulares. En tales casos, ¿qué normas debemos aplicar? El vínculo entre el prestador y el Estado es de carácter público; mientras que el nexo entre el prestador y el usuario es público/privado. Por su lado, el operador debe ubicar las relaciones entre el prestador y los terceros (es decir, no usuarios) en el campo propio del Derecho Privado.

En conclusión, es cierto que el servicio público debe regirse por el Derecho Público, pero con matices.

VII. LOS CARACTERES DEL SERVICIO PÚBLICO

En general se reconocen los siguientes caracteres como propios de los servicios públicos: (a) la continuidad; (b) la regularidad; (c) la generalidad; (d) la igualdad; y e) la mutabilidad.

La **continuidad** supone que el servicio no puede interrumpirse, sin perjuicio de que su prestación puede revestir carácter continuo o discontinuo, según las modalidades del caso. Por ejemplo, el Estado puede regular más fuertemente el derecho de huelga y, en ciertas circunstancias, prestar el servicio por sí mismo. En síntesis, el servicio debe ser permanente y sólo es posible su interrupción en casos debidamente justificados.

Por su lado, la **regularidad** establece que el servicio debe prestarse según las reglas vigentes (es decir, de conformidad con el ordenamiento jurídico). En este contexto, cabe mencionar especialmente la calidad del servicio (características de las prestaciones, transparencia en las facturaciones, información al usuario y medidas de seguridad, entre otras). También, es razonable incorporar en el marco normativo compromisos de calidad y evaluaciones periódicas.

Por su parte, el carácter **general** exige que todos tengan acceso al servicio y, en tal sentido, el prestador no puede impedirlo o restringirlo.

A su vez, el significado del rasgo **igualitario** es que todos deben acceder y hacerlo en condiciones similares (es decir, en igualdad y sin discriminación). Este aspecto tiene un vínculo directo con el precio del servicio que debe ser razonable y justo; sin perjuicio de que el Estado pueda establecer categorías entre los usuarios sobre bases razonables y no discriminatorias.

La igualdad supone también accesibilidad de cualquier usuario, de modo que el precio debe estar al alcance de todos incorporando en su caso tarifas sociales y, si fuese necesario, subsidios con ese objetivo. El criterio, en tales supuestos, no es el costo del servicio sino la capacidad económica de los usuarios.

Por último, la **mutabilidad** supone que el Estado pueda reformar el servicio en términos de calidad y —por tanto— modificar el propio contrato en términos razonables y, en su caso, indemnizar al concesionario. En tal sentido, cabe citar a las cláusulas de progreso —a veces incorporadas en los contratos— que establecen la obligación del concesionario de prestar el servicio en las mejores condiciones conforme el avance y las innovaciones tecnológicas.

VIII. EL ÓRGANO COMPETENTE PARA CREAR, REGULAR, EXPLOTAR Y EXTINGUIR EL SERVICIO

La regulación de los servicios es de orden federal siempre que:

1. el Convencional o el legislador hayan establecido expresamente —o en términos implícitos— el carácter federal del servicio (por ejemplo, el correo);
2. el servicio se desarrolle entre jurisdicciones, excediendo el ámbito propio de las provincias en los términos del inciso 13 del artículo 75, CN. De modo que el servicio público entre jurisdicciones es de carácter nacional; y, por último,
3. el servicio esté incluido entre los poderes concurrentes del Estado federal y las provincias, tal es el caso de la cláusula del progreso (artículo 75, incisos 18 y 19, CN).

Dicho esto, cabe analizar entonces, y ya ubicados en el ámbito nacional, cuál de los poderes federales constituidos es competente para crear, regular, ordenar, gestionar y extinguir el servicio público.

Creemos conveniente, y tal vez necesario, distinguir entre estas facetas del servicio:

(a) *El acto de creación de éste*. Así, el servicio público debe ser creado por el legislador porque el Estado, en este marco, restringe y reconoce derechos.

Este concepto es reforzado por las potestades del Congreso en el campo presupuestario y tributario y, particularmente, su poder de planificación de las políticas públicas.

(b) *El poder de fijar las reglas*. ¿Quién debe regular los servicios públicos? ¿La regulación del servicio es competencia del legislador, el Ejecutivo o —quizás— los entes reguladores? Entendemos que en este punto cabe usar las mismas argumentaciones y conclusiones que en el punto anterior sobre creación del servicio. El Legislativo es, entonces, el poder competente para ordenar y regular los servicios públicos, sin perjuicio del poder regulatorio complementario del Poder Ejecutivo y los entes reguladores.

(c) *El poder de prestar y controlar el servicio*. En este aspecto existe un punto de inflexión toda vez que torcemos el criterio legislativo por el del Ejecutivo. Éste es quien debe prestar el servicio por sí o por terceros.

A su vez, en el marco normativo vigente, el órgano competente para controlar los servicios públicos es el ente regulador. Sin embargo, el Poder Ejecutivo reasumió las potestades propias del ente, incumpléndose así de un modo mucho más claro el postulado según el cual "el poder que concede el servicio no debe consecuentemente controlarlo".

Entre nosotros, el Poder Ejecutivo regula, gestiona, concede y controla el servicio por medio del ejercicio de las potestades delegadas por el legislador y el dominio de los entes reguladores.

(d) *El poder de extinguir el servicio*. Creemos que este punto es relativamente simple ya que el poder competente en términos de supresión del servicio es el mismo que puede crearlo, es decir, el legislador.

IX. LA GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

El servicio puede ser prestado (gestión) por el propio Estado, los particulares o mediante esquemas mixtos (Estado/particulares). En este último caso, cabe citar las sociedades de economía mixta y las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria.

A su vez, el legislador tiene un amplio margen de discrecionalidad para optar por un modelo u otro.

Analicemos cuál ha sido el derrotero histórico de la gestión y prestación del servicio público en nuestro país.

IX.1. La gestión estatal y mixta

En un principio, los servicios que comúnmente llamamos *servicios públicos* fueron prestados por empresas privadas, en su mayoría de capitales extranjeros. Sin embargo, a mediados del siglo pasado, durante el primer y segundo gobierno del presidente J. PERÓN, el país inició un proceso de traspaso de las empresas del sector privado prestatarias de servicios públicos al ámbito público y, consecuentemente, el Estado creó distintos marcos jurídicos, tal es el caso de las empresas del Estado y las sociedades de economía mixta, regidas básicamente por el Derecho Público.

Así, el Estado creó históricamente, en el propio sector público, estructuras cuasi empresariales y —además— especializadas por sus funciones. Ciertamente es también que, luego, el Estado intentó desplazar al Derecho Público y reemplazarlo por el Derecho Privado, pero casi sin éxito.

Veamos las figuras jurídicas del Derecho Público utilizadas por el Estado en el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales. El primer antecedente es el decreto-ley 15.349 (1946) de creación de las sociedades de economía mixta integradas por el Estado y capitales privados.

Posteriormente, la ley 13.653 sobre empresas del Estado (1949) dispuso que "las actividades de carácter industrial, comercial o de *explotación de los servicios públicos* de igual naturaleza, que el Estado, por razones de interés público considere necesario desarrollar, podrán llevarse a cabo por medio de entidades que se denominarán genéricamente empresas del Estado".

Cabe recordar que, en este primer período (1946-1949), el Gobierno nacionalizó —entre otros— los servicios ferroviarios, telefónicos, de gas, electricidad y transporte aéreo.

Posteriormente, y en razón de las dificultades de las empresas del Estado para competir en los mercados en igualdad de condiciones con las empresas del sector privado, el Estado creó otros marcos jurídicos con el objeto justamente de dar a las figuras estatales un ropaje de mayor flexibilidad mediante la aplicación de las normas propias del Derecho Privado.

Por ello, el Estado creó las sociedades del Estado (ley 20.705) y las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria (ley 19.550). Desde 1974 casi todas las empresas del Estado fueron transformadas en sociedades del Estado.

IX.2. Las privatizaciones

En el marco de la gestión del servicio público es posible dibujar a grandes trazos dos modelos. Uno, es la prestación por el propio Estado, por sí solo o con los particulares (mixto), tal como analizamos en el apartado anterior. El otro, es la prestación por terceros.

En este último caso, ¿quién puntualmente debe prestar el servicio? Una solución plausible es que el mercado decida quiénes son los prestadores del servicio. Sin embargo, creemos que es el propio Estado el que debe decir quiénes serán los prestadores. ¿Por qué? Por los caracteres del

servicio público y, con mayor claridad, cuando el servicio es prestado en condiciones de monopolio.

El Estado debe seleccionar al prestador del servicio por medio de procesos participativos y transparentes que garanticen el derecho de los potenciales prestadores y, en particular, el derecho de los usuarios —actuales y futuros—. En general, el instrumento mediante el cual el Estado ejerce ese poder es el contrato de concesión del servicio.

Durante el gobierno del Presidente R. ALFONSÍN (1983-1989) se inició un proceso de privatizaciones fuertemente rechazado por la oposición con representación en el Congreso.

Posteriormente, el Presidente C. MENEM impulsó la aprobación de las leyes 23.696 y 23.697 (Reforma del Estado; Privatizaciones y Reforma Económica). Así, en el transcurso de los años noventa, el Estado traspasó las empresas y sociedades del Estado desde el sector público al sector privado por medio de un proceso de privatizaciones previsto fundamentalmente en la ley 23.696 (1989). Luego, la ley 24.629 dispuso el traspaso y privatización de los servicios llamados periféricos.

En síntesis, las leyes 23.696 (Reforma del Estado) y 23.697 (Emergencia Económica); el decreto 2284/91 sobre desregulación; y la ley 24.629 sobre privatización de los servicios públicos periféricos constituyen el marco normativo básico sobre la transformación del Estado que reemplazó al modelo del Estado intervencionista por el Estado subsidiario y neoliberal.

Los casos más paradigmáticos de privatizaciones fueron los siguientes: Aerolíneas Argentinas; ferrocarriles; peajes; y Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF). En igual sentido, cabe citar al Correo.

IX.3. El proceso de reestatizaciones

A partir del año 2003 es posible advertir la decisión del Estado de reasumir actividades y servicios. En este contexto, el Estado tomó directamente la gestión de ciertos servicios públicos (ya sea por deficiencias del mercado o por incumplimiento de los concesionarios), a cuyo efecto creó órganos estatales o sociedades específicas.

Así, hizo uso de las figuras de las sociedades del Estado regidas por la ley 20.705 y sobre todo del ropaje de las sociedades anónimas en los términos de la ley 19.550 (Ley General de Sociedades).

Cabe añadir que el Estado avanzó en este proceso por medio de la rescisión de los contratos de concesión o por vías expropiatorias.

Repasemos ciertos casos de estatización de los servicios públicos: Nucleoeléctrica S.A.; Líneas Aéreas Federales S.A. (LAFSA S.A.); Correo Oficial de la República Argentina S.A.; Energía Argentina S.A.; ARSAT S.A., Aguas y Saneamientos Argentinos S.A.; Aerolíneas Argentinas S.A., e Y.P.F. S.A.

X. LOS MARCOS DE REGULACIÓN. EL CONTROL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS PRIVATIZADOS

El proceso de privatizaciones de los años 90 hizo necesario, por un lado, crear un conjunto de principios y reglas, de conformidad con el nuevo modelo llamado comúnmente *marco de regulación de los servicios*.

Por el otro, construir instituciones especializadas con el objeto de regular, administrar y controlar los servicios públicos traspasados al sector privado y, en especial, garantizar los derechos de los usuarios. Es así como se crearon *entes reguladores* por cada servicio. Entre ellos: el Ente Nacional Regulador de la Energía Eléctrica (ENRE); el Ente Regulador del Gas (ENARGAS); el Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS); y, por último, el Organismo Regulador de los Servicios Nacionales de los Aeropuertos (ORSNA), entre muchos otros.

Veamos los aspectos más relevantes de estos esquemas jurídicos.

X.1. El marco regulatorio

El marco de regulación comprende, en términos generales, los siguientes aspectos: (a) la declaración del carácter de servicio público o de interés general de las actividades; (b) los objetivos que persigue el Estado; (c) las reglas generales; (d) los actores del sector; (e) la participación de los terceros; (f) las obligaciones y derechos de los prestatarios; (g) los derechos de los usuarios; (h) el plazo de los permisos y concesiones; (i) el marco de los bienes; y (j) la extinción de los permisos y concesiones.

Por ejemplo, analicemos —a título de ejemplo— el *sector eléctrico* (ley 24.065) y las *tecnologías de la información y comunicación* (ley 27.078). Así, pues:

(a) El legislador establece que el servicio de transporte y distribución de la electricidad es servicio público; mientras que la generación es simplemente un servicio de interés general.

A su vez, la ley respectiva define al desarrollo de las TIC como servicio de interés público, y al uso y acceso a las redes de telecomunicaciones como servicio público esencial;

(b) Los objetivos estatales en el sector eléctrico son, entre otros: proteger los derechos de los usuarios; promover la competitividad; promover la operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios; regular las actividades asegurando que las tarifas sean justas y razonables; y alentar la realización de inversiones privadas.

Por su parte, el Estado —respecto de las TIC— persigue los objetivos de garantizar el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones; reconocer a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) como un factor preponderante en la independencia tecnológica y productiva del país; promover el rol del Estado como planificador, incentivando la función social de dichas tecnologías; facilitar la competencia y la generación de empleo mediante el establecimiento de pautas claras y transparentes que favorezcan el desarrollo sustentable del sector, procurando la accesibilidad y asequibilidad de las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otros;

(c) Asimismo, la ley 24.065 dispone —entre tantas otras reglas— que: "la exportación e importación de energía eléctrica deberán ser previamente autorizadas"; las actividades a privatizar "serán asumidas por cuenta y riesgo del particular adquirente"; y el servicio eléctrico debe ser prestado por particulares siempre que haya sujetos interesados en hacerlo.

Por su lado, la ley 27.078 establece que: "la prestación de los Servicios de TIC se realizará en régimen de competencia"; "los licenciarios de servicios TIC fijarán sus precios, los que deberán

ser justos y razonables, cubrir los costos de explotación y tender a la prestación eficiente y a un margen razonable de apreciación"; a su vez, las tarifas pueden ser reguladas por la AFTIC (ente regulador);

(d) La ley también prevé que son actores del mercado eléctrico: "los generadores o productores, transportistas, distribuidores y grandes usuarios";

(e) El transporte y la distribución de electricidad debe hacerse por personas jurídicas privadas mediante concesiones otorgadas por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento de selección establecido por la Secretaría de Energía. El Estado debe proveer estos servicios si no existen oferentes.

A su vez, para la prestación de las TIC se requiere la previa obtención de la licencia habilitante"; "las licencias se otorgarán a pedido y en la forma reglada, habilitando a la prestación de los servicios previstos en esta ley en todo el territorio de la Nación Argentina, sean fijos o móviles, alámbricos o inalámbricos, nacionales o internacionales, con o sin infraestructura propia"; "los licenciarios de los servicios previstos en esta ley podrán brindar servicios de comunicación audiovisual, con excepción de aquellos brindados a través de vínculo satelital, debiendo tramitar la licencia correspondiente ante la autoridad competente"; "la transferencia, la cesión, el arrendamiento, la constitución de cualquier gravamen sobre la licencia y toda modificación de las participaciones accionarias o cuotas sociales, en los términos de la reglamentación vigente, deberán obtenerla previa autorización de la Autoridad de Aplicación, bajo pena de nulidad"; y "la Autoridad de Aplicación podrá declarar la caducidad de la licencia o registro";

(f) Respecto del transportista y el distribuidor del servicio eléctrico, la ley establece que éstos *no pueden*, por ejemplo: (1) abandonar total o parcialmente las instalaciones destinadas al servicio, ni dejar de prestar el servicio sin contar con la aprobación del ente, y éste puede — incluso — exigirles la continuación del servicio por un período no mayor de doce meses desde la finalización de la concesión; (2) ofrecer ventajas o preferencias, salvo disposición del ente en sentido contrario; ni (3) realizar actos que impliquen competencia desleal o abuso de una posición dominante. A su vez, el transportista o distribuidor *debe*, por caso: (1) abonar una tasa de inspección y control a fijar por el ente regulador; (2) mantener sus instalaciones y equipos en forma que no constituyan peligro alguno para la seguridad pública; y (3) cumplir con los reglamentos y las resoluciones que dicte el ente. Finalmente, entre los *derechos* de los transportistas y distribuidores, cabe citar el derecho de servidumbre que prevé la ley 19.552 y, en particular, el derecho del distribuidor de interrumpir o desconectar el suministro en caso de falta de pago del servicio por los usuarios. A su vez, los transportistas y distribuidores tienen derecho a cobrar las tarifas por el servicio prestado.

Por su parte, entre los derechos de los licenciarios (TIC) cabe citar: a) usar y proteger sus redes e instalaciones empleadas en la prestación del Servicio de TIC; b) instalar sus redes y equipos en todo el territorio nacional; y c) los demás derechos que se deriven de la presente ley y su reglamentación. A su vez, los licenciarios tienen las obligaciones de: a) brindar el servicio bajo los principios de igualdad, continuidad y regularidad, cumpliendo con los niveles de calidad establecidos en la normativa vigente; b) no incluir en los contratos cláusulas que restrinjan o condicionen en modo alguno a los usuarios la libertad de elección de otro licenciario o que condicionen la rescisión del mismo o la desconexión de cualquier servicio adicional contratado; c) garantizar que los grupos sociales específicos, las personas con discapacidad y los usuarios con necesidades sociales especiales tengan acceso al servicio en condiciones equiparables al resto de los usuarios; d) contar con mecanismos gratuitos de atención a los usuarios; y e) garantizar a los usuarios la confidencialidad de los mensajes transmitidos y el secreto de las comunicaciones, entre otras;

(g) En cuanto a los usuarios del servicio eléctrico; éstos tienen derecho —por ejemplo— a recibir el servicio y, particularmente, a que el concesionario responda, en el término de treinta días, las solicitudes de instalación de éste.

Respecto de las TIC, los usuarios gozan de los siguientes derechos: acceder al servicio de TIC en condiciones de igualdad, continuidad, regularidad y calidad; ser tratado por los licenciarios con cortesía, corrección y diligencia; tener acceso a toda la información relacionada con el ofrecimiento o prestación de los servicios; elegir libremente el licenciario, los servicios y los equipos o aparatos necesarios para su prestación, siempre que estén debidamente homologados; presentar, sin requerimientos previos innecesarios, peticiones y quejas ante el licenciario y recibir una respuesta respetuosa, oportuna, adecuada y veraz; protección de los datos personales que ha suministrado al licenciario; y pagar un precio que sea justo y razonable. A su vez, entre las obligaciones del usuario, cabe mencionar: el pago del servicio de conformidad con los precios contratados o las tarifas establecidas; el mantenimiento de las instalaciones domiciliarias a su cargo; no alterar los equipos terminales y no realizar un uso indebido del servicio; entre otras.

(h) Por su lado, el plazo de concesión de los servicios de transporte y distribución de electricidad es de noventa y cinco años. Es más, los transportistas y distribuidores tienen derecho a solicitar la prórroga de la concesión por el término de diez años más o, inclusive, nuevas concesiones. Si el ente decide no otorgar la prórroga o nuevas concesiones, entonces, debe iniciarse el procedimiento de selección correspondiente.

Por su parte, respecto de las TIC, son causales de caducidad de las licencias: a) la falta de prestación de los servicios registrados conforme la normativa vigente; b) la falta de inicio de la prestación de los servicios dentro del plazo; c) la falta reiterada de pago de tasas, derechos, cánones y el aporte al Servicio Universal; d) la materialización de actos sin la autorización; y e) la quiebra, disolución o liquidación del licenciario.

(i) La ley también prevé que "en las concesiones de servicio público [electricidad] de jurisdicción nacional..., se establecerán especialmente... las condiciones en que se transferirán al Estado o al nuevo concesionario, según corresponda, los bienes afectados a la concesión, en el caso de caducidad, revocación o falencia"; y, en especial, "la afectación de los bienes destinados a las actividades de la concesión y propiedad de los mismos, y...el régimen de las instalaciones costeadas por los usuarios"; y, por último,

(j) Cabe añadir que, en el sector eléctrico, el modelo vigente no establece de modo expreso el rescate del servicio, ni tampoco la revocación por razones de oportunidad, como causales de extinción de los permisos o concesiones.

X.2. Los entes reguladores

Los entes reguladores son, según el texto de las normas de creación respectivos, *entes autárquicos* (sujetos con personalidad jurídica) que actúan en el campo del Derecho Público y Privado.

Así, por ejemplo, el ENRE (Ente Nacional Regulador de la Energía Eléctrica), según el texto legal, es un ente autárquico con plena capacidad para actuar en los ámbitos del Derecho Público y Privado, y otro tanto ocurre con el ENARGAS (Ente Nacional Regulador del Gas).

Los entes fueron creados en ciertos casos por ley, y en otros por decretos del Poder Ejecutivo. Por ejemplo, el ENRE, el ENARGAS, el ERAS, la AFSCA y la AFTIC fueron creados por ley y, por su parte, el ORSNA por decreto del Poder Ejecutivo.

Pero, ¿los entes deben ser creados por ley o decreto y, en particular, qué ocurre tras el proceso constitucional de 1994? Creemos que, en el marco constitucional actual, esto es, las disposiciones que prevén específicamente los artículos 42, 75 (inciso 20), 99 (inciso 7) y 100 (inciso 3), CN, los entes deben ser creados por ley.

A su vez, las normas de creación de los entes reguladores (leyes o decretos) establecen las estructuras internas y, en este marco, los órganos máximos de gobierno y conducción de éstos. En general, el ente es conducido por un directorio integrado por varios miembros y presidido por uno de ellos en carácter de presidente. Los miembros del directorio son designados y removidos, comúnmente y según el cuadro normativo, por el Poder Ejecutivo y éste es, quizás, el déficit más importante de los entes. Sin embargo, en ciertos casos, el Congreso interviene a través de la Comisión competente en el trámite de designación y remoción de los miembros del directorio. Por último, el término del mandato de los directores es fijo, sin perjuicio de que puedan ser reelectos.

Cabe agregar que el artículo 42, CN, dice que la legislación debe prever "la necesaria participación... de las provincias interesadas, en los organismos de control". Así, por ejemplo, en el sector del gas, la ley prevé la participación de las Provincias a través de las delegaciones regionales, ubicadas en cada área de distribución, para tratar la relación entre las empresas distribuidoras y los usuarios.

El sentido de incorporar a los entes reguladores en la estructura estatal es crear, supuestamente y en términos teóricos, *modelos más eficientes*. El ente ejerce un conjunto de poderes sobre el servicio público y su fundamento es el traspaso de los objetivos y poderes, múltiples y complejos, desde el Poder Ejecutivo con el objeto de residenciarlos en él, dado su carácter autónomo y técnico.

El *régimen jurídico* de los entes es el Derecho Público. Así, por ejemplo, el ente debe seguir la Ley de Procedimientos Administrativos y el decreto sobre las contrataciones estatales, y encuadrarse —además— en el control externo estatal.

Sin embargo, ciertos aspectos están regidos excepcionalmente por el Derecho Privado cuando es ordenado expresamente por las leyes respectivas. Por ejemplo, el personal debe guiarse por la Ley de Contrato de Trabajo (LCT).

Los *recursos* de los entes son, habitualmente, los siguientes: las tasas de inspección y control; el producido de las multas; y los recursos presupuestarios estatales. En particular, en el caso del ENRE debemos sumar: "a) la tasa de inspección y control... b) los subsidios, herencias, legados, donaciones o transferencias bajo cualquier título... c) los demás fondos, bienes o recursos que puedan serle asignados en virtud de las leyes y reglamentaciones... d) el producido de las multas y decomisos, e) los intereses y beneficios resultantes de la gestión de sus propios fondos".

Las *funciones* de los entes consisten en: planificar, regular y ejecutar las políticas sobre los servicios públicos por medio de las siguientes *herramientas* (a) el dictado de reglas complementarias y de detalle; (b) la aplicación y ejecución del marco de regulación; (c) el control de los agentes y las actividades del sistema; (d) la resolución de controversias; y (e) la protección de los usuarios.

Los entes ejercen las *facultades* expresas previstas en el ordenamiento jurídico e, inclusive, aquellas otras de orden implícito. Pero, además, los marcos regulatorios nos dicen que el ente es competente para realizar todo otro acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y fines.

Entonces, el cuadro sobre las competencias del ente (es decir, qué puede hacer el ente) es el siguiente: a) las potestades expresas; b) las potestades implícitas; y c) las potestades necesarias para el cumplimiento del objeto y finalidad (especialidad). Sin embargo, creemos que el criterio que sigue el legislador no es correcto, pues abre con exceso las puertas del poder estatal y sus competencias.

En síntesis, el marco jurídico establece que los entes deben, por un lado, fijar las políticas de regulación (es decir, en términos materiales *legislar*). Por el otro, cumplir y hacer cumplir el bloque normativo (esto es, el poder de *administrar*) y, por último, ejercer potestades materialmente judiciales (*juzgar* y resolver conflictos entre los actores del modelo).

Por tanto, el ente ejerce facultades materialmente legislativas, judiciales y administrativas.

Por ejemplo, cuando el ente dicta reglamentos sobre las condiciones de prestación del servicio, ejerce **potestades materialmente legislativas** porque emite normas generales, abstractas y de cumplimiento obligatorio respecto de los actores del modelo y cuyo objeto es reglamentar el servicio.

Cabe aclarar que —en verdad— los entes no ejercen potestades legislativas; es decir y dicho de modo más claro, el ente no puede legislar. Sin embargo, sí es cierto que el ente dicta normas de alcance general y obligatorio, pero *con alcance complementario y de carácter subordinado a las leyes*. En este contexto, las facultades materialmente legislativas del ente son, por ejemplo, en el sector eléctrico, el dictado de normas reglamentarias sobre: 1) el procedimiento de audiencias públicas; 2) la seguridad, medición, facturación, uso de medidores, interrupción de conexiones y calidad de los servicios; 3) las bases para el cálculo de las tarifas; 4) las bases y condiciones de selección para otorgar concesiones; y 5) el procedimiento sancionador.

Luego, cuando el ente resuelve controversias entre los agentes del sector, entonces, ejerce **potestades materialmente jurisdiccionales**.

Cabe recordar que el ente sólo puede ejercer poderes materialmente jurisdiccionales siempre que el juez esté habilitado a revisar tales decisiones y sin restricciones. Este es el criterio que la Corte sostuvo desde el caso "Fernández Arias" y, más recientemente, en el precedente "Ángel Estrada". En este último caso, ya comentado, el debate recayó sobre las competencias del ente para resolver los reclamos de los usuarios por daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones de los prestadores del servicio (resarcimiento económico). En otros términos, ¿quién debe resolver este reclamo, el ente o el juez? En este contexto, el Tribunal sostuvo que el ente regulatorio es incompetente porque sólo puede ejercer poderes jurisdiccionales cuando el asunto guarde relación directa con las materias específicas, técnicas y propias del servicio. Es decir, el alcance de las competencias jurisdiccionales de los entes reguladores debe ser interpretado con carácter restrictivo.

A su vez, cuando el ente decide, por ejemplo, otorgar licencias y permisos, ejerce **funciones materialmente administrativas**. Otro ejemplo, es el ejercicio del poder sancionador.

Finalmente, cabe recordar que los entes reguladores son controlados en el plano político e institucional por el órgano de control externo del Estado (AGN), el órgano de control interno (SIGEN) y el Defensor del Pueblo. Además, las decisiones de los entes son revisadas por el Poder Judicial —en el ejercicio de su poder jurisdiccional— en el marco de los procesos judiciales.

XI. LAS CONCESIONES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Hemos dicho que el servicio puede ser prestado por el propio Estado o los particulares. En este último caso, el vínculo entre el Estado y el particular es el contrato de concesión del servicio público (concedente y concesionario).

Cabe aclarar que, excepcionalmente, el servicio público es prestado por terceros por medio de licencias otorgadas por el Estado (por ejemplo, el uso y acceso a las redes por los prestatarios de servicios de TIC).

Pues bien, el servicio debe ser otorgado por concesión y, particularmente, con carácter temporal porque su traslado supone la delegación de potestades estatales y, con mayor razón, en el caso de los servicios prestados en situaciones monopólicas.

En este apartado proponemos analizar, *por un lado*, ese contrato y, *por el otro*, el vínculo entre el particular concesionario y los usuarios.

La concesión es, entonces, el contrato que tiene por objeto transferir la gestión del servicio público a manos de los particulares (trátese de personas físicas o jurídicas). El núcleo del acuerdo consiste en que el concesionario asume la obligación de prestar el servicio en determinadas condiciones y, al mismo tiempo, adquiere, entre otros, el derecho a cobrar el precio por el servicio prestado.

En definitiva, ***la concesión es básicamente un contrato, sin perjuicio de que ciertos elementos de ese vínculo estén alcanzados directamente por disposiciones reglamentarias y legales.*** Es decir, el nexo es contractual y —a su vez— fuertemente reglamentario. ¿Por qué el componente reglamentario irrumpe de este modo en el marco del contrato de concesión de los servicios? ¿Es razonable que así sea?

Hemos dicho que el Estado debe garantizar derechos y, consecuentemente, prestar servicios por sí o por terceros. En este contexto, el Estado tiene herramientas, entre ellas, el poder de reglamentar el servicio, incluso ese poder es mayor —como ya sabemos— cuando el servicio es prestado en condiciones de monopolio.

En particular, el contrato no puede interpretarse aisladamente de las cláusulas reglamentarias sino que, según nuestro criterio, debe verse como un acto único, complejo, sistemático y coherente (esto es, un bloque integrado por normas constitucionales, legales, reglamentarias y convencionales). Pero, ¿acaso las normas contractuales pueden prevalecer sobre las otras? Entendemos que no es posible subvertir el marco jurídico por el acuerdo entre las partes, sin perjuicio de que sí es plausible rellenar convencionalmente los intersticios. Este marco es propio de cualquier contrato estatal, pero aquí el componente reglamentario es más penetrante y complejo con el objeto de resguardar debidamente los derechos de los usuarios. Y, a su vez, el contrato de concesión debe interpretarse conjuntamente con los acuerdos entre el concesionario y usuarios, pues se constituyen como convenios interdependientes.

Por su parte, la Corte dijo, por ejemplo, que el concesionario no puede fijar libremente las condiciones del servicio o, en su caso, modificarlas por acuerdos con los usuarios.

Es más, *en caso de dudas sobre cuál es el alcance de los derechos de los concesionarios, éstos deben interpretarse con carácter restrictivo.* Sin embargo, el Tribunal reconoció, por otro lado, que los derechos del concesionario están incorporados en su derecho de propiedad y que el Estado "cuando contrata, no puede invocar su soberanía para justificar un acto subsiguiente tendiente a alterar las obligaciones nacidas del acto jurídico realizado" ("*Ferrocarril del Sud*").

Creemos que del análisis de estos antecedentes, entre tantos otros, es posible sostener que el criterio de la Corte es que *el vínculo entre el Estado y el concesionario es mixto.*

Asimismo, el marco jurídico del servicio público otorgado en concesión debe prever especialmente las siguientes reglas: (a) el principio de transparencia en la gestión de éste; (b) el reconocimiento de los derechos de los usuarios actuales y futuros por medio de tarifas justas y razonables; (c) el principio de solidaridad social (por ejemplo, las tarifas sociales); y d) la libre competencia en el intercambio de los servicios, salvo monopolio (excepcional y temporal).

En cuanto al marco jurídico específico del contrato de concesión de los servicios públicos, debe señalarse que está regido por el decreto delegado 1023/01 (contrataciones del Estado) y excluido del ámbito de aplicación del decreto reglamentario 893/12.

¿*Quién debe otorgar las concesiones?* Creemos que el Poder Legislativo es quien debe hacerlo, según el mandato constitucional. En verdad, el legislador debe estatizar, privatizar, contratar y renegociar los contratos de los servicios públicos. Sin embargo, el Congreso delegó esas potestades en el Poder Ejecutivo. A su vez, los marcos reguladores reconocen en los entes ciertas facultades en este aspecto. Por caso: (a) determinar las bases para otorgar las licencias; (b) intervenir en el proceso de elaboración de las bases y condiciones de selección; (c) intervenir en el proceso de adjudicación, modificación, renegociación, prórroga o rescisión de los contratos; y (d) asesorar al Poder Ejecutivo.

El *procedimiento de selección del concesionario* es la licitación pública y, a su vez, el contrato debe adjudicarse al que haga el ofrecimiento más conveniente, teniendo en cuenta el precio, la calidad, la idoneidad del postulante y demás condiciones de la oferta.

¿*Cuáles son las obligaciones y derechos básicos del concesionario?*

Por un lado, **el concesionario debe**: a) prestar el servicio de modo continuo y regular, garantizando el acceso general e igualitario de los usuarios; b) ejecutar el contrato por sí; y c) cumplir las prestaciones en todas las circunstancias, salvo caso fortuito o fuerza mayor —ambos de carácter natural— o actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del acuerdo.

Por otro lado, los **derechos** del concesionario son, entre otros: a) obtener un beneficio económico razonable, sin perjuicio de que el riesgo empresario deba ser asumido por él; y, b) en ciertos casos, el derecho de recomponer y rescindir el contrato.

¿*Cuáles son los derechos y obligaciones básicas del concedente (Estado)?* Entre los derechos cabe mencionar: (a) regular el servicio y modificar el contrato de conformidad con el marco normativo; (b) aprobar las tarifas; (c) controlar la prestación del servicio por sí o por medio de los entes reguladores (en este contexto, el Estado puede aplicar sanciones y, en su caso, rescindir el contrato por incumplimientos del concesionario); (d) revocar el contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia; y, finalmente, (e) en caso de monopolio, rescatar anticipadamente el servicio y revertir los bienes. A su vez, el Estado está obligado a garantizar el precio y recomponerlo, según las modalidades y circunstancias.

En particular, en los términos del *decreto 1023/01*, la autoridad administrativa puede, más allá de las facultades y obligaciones establecidas en los reglamentos, pliegos y el propio contrato: (1) interpretarlo; (2) modificarlo o revocarlo por razones de interés público; (3) decretar su caducidad, rescisión o resolución, y determinar sus efectos; (4) incrementar o disminuir el monto total del contrato hasta en un veinte por ciento —en más o menos—; (5) dirigir su ejecución y controlar e inspeccionar su cumplimiento; (6) imponer penalidades; (7) ejecutar directamente el contrato, cuando el contratante no cumpliera sus obligaciones en plazos razonables —pudiendo incluso disponer de los bienes y medios del contratante incumplidor—; y, por último, (8) prorrogar el plazo contractual.

El contrato puede ser modificado en el trámite de ejecución en los siguientes casos o circunstancias: (a) por decisión del propio Estado y de modo unilateral (esto es, en ejercicio del llamado *ius variandi*); (b) por el *hecho del príncipe* (es decir, por medidas estatales que no tienen por objeto modificar el contrato, pero que inciden sobre él). En tal caso, el contratista tiene derecho a ser reparado; (c) por hechos imprevistos e imprevisibles —*teoría de la imprevisión*— (es decir, cuando existe un hecho de orden natural o económico y no previsible que sobreviene y es ajeno a la voluntad del contratista). Este hecho quiebra la ecuación económico financiera del acuerdo y el contratista debe —en principio— continuar con la ejecución del acuerdo; y, por último, (d) la *revisión de precios* por variación de costos (en tal caso, no es necesario un hecho extraordinario o imprevisible y, además, el mayor precio no debe ser necesariamente excesivo). Cabe recordar que, entre nosotros, la ley prohíbe las actualizaciones de precios.

Por último, la ***extinción*** tiene lugar por: 1) *vencimiento del plazo de concesión o cumplimiento del objeto*; 2) *revocación por razones de ilegitimidad* del contrato, en cuyo caso el concesionario no tiene derecho a ser reparado; 3) *revocación por razones de oportunidad*; es decir, el Estado extingue el vínculo anticipadamente y debe por tanto indemnizar al concesionario, 4) *rescisión*, esto es, cuando el concesionario no cumple con sus obligaciones; 5) *rescisión por incumplimiento del Estado* de sus obligaciones contractuales; y, finalmente, 6) *resolución del vínculo de común acuerdo* entre las partes.

En este estado de nuestro análisis y antes de concluir este apartado, es necesario distinguir el nexo entre, *por un lado*, el concedente y el concesionario (ya estudiado en los párrafos anteriores) y, *por el otro*, el concesionario y los usuarios. En el marco de este último vínculo y respecto de su contenido (nexo entre concesionario y usuario) es posible ensayar distintas ideas sobre su carácter, a saber: 1) contractual privado; 2) contractual público; 3) reglamentario (derecho público); y, por último, 4) mixto. En particular, en ciertos marcos regulatorios, tal es el caso del servicio de electricidad, el vínculo entre el concesionario y el usuario es claramente contractual.

XII. LAS TARIFAS DE LOS SERVICIOS. LAS TARIFAS SOCIALES

En términos conceptuales, la *tarifa* es el precio que debe pagar el usuario al concesionario por el servicio prestado. Uno de los aspectos más controversiales es el carácter contractual o reglamentario de las tarifas y su consecuente jurídico más relevante, esto es: si las tarifas pueden fijarse o modificarse por el propio Estado, sin acuerdo entre las partes.

Ciertos autores entienden que las tarifas revisten carácter mixto (es decir, reglamentario y contractual). Este criterio es razonable, pero creemos que las tarifas y su fijación —más claramente cuando el servicio es prestado en condiciones de monopolio— revisten carácter reglamentario y no contractual.

El precio del servicio es, entonces, el valor regulado por el Estado y no simplemente el valor de mercado, y más cuando el servicio es prestado en condiciones de monopolio, en cuyo contexto no existe mercado ni libre intercambio de servicios.

Es decir, *las tarifas deben ser fijadas por el Estado*. En este sentido, la Corte dijo que "si se explota alguna concesión, privilegio o monopolio concedido para la explotación de servicios públicos que importe un monopolio, aun cuando sólo sea virtual, como es el caso de los ferrocarriles, lleva implícita la condición de que sus precios o tarifas están sometidos al contralor de la autoridad administrativa". De todos modos, no es posible dejar de advertir que el carácter claramente reglamentario de las tarifas tiene efectos sobre el contrato de concesión de los servicios.

El Estado puede modificar las tarifas y, en ciertos casos y en términos consecuentes, el concesionario debe reducir sus beneficios. *¿Cuál es el límite?* ¿Hasta dónde puede llegar el Estado? Creemos que —en supuestos excepcionales— el Estado puede avanzar más y más, pero en ningún caso avasallar el capital invertido por el prestador.

Sin embargo, la Corte en el caso "Maruba" (1998) señaló que "aun cuando las tarifas no constituyen un precio único e inmutable para regir durante todo el tiempo de la concesión, el concesionario tiene derecho a reclamar la indemnización correspondiente en el caso de que los nuevos precios alteren la ecuación económico-financiera de la concesión. En el caso, para la determinación de las tarifas, la autoridad de aplicación estaba obligada a asegurar que el concesionario obtuviera una "razonable rentabilidad" por la explotación del servicio (conforme artículo 5 de la ley 21.892), pauta que atenuaba sensiblemente el riesgo empresario...".

¿Cuál es el contenido de las tarifas? Éstas comprenden los costos, impuestos, amortización de activos y rentabilidad.

¿Cómo deben ser las tarifas? Pues bien, éstas deben ser justas, razonables y accesibles; y esto constituye un aspecto reglamentario y no contractual. Es decir, las tarifas deben respetar los caracteres de proporcionalidad en los términos del artículo 28, CN; igualdad (artículo 16, CN); e irretroactividad (artículo 17, CN).

La Corte sentó su criterio sobre el régimen de las tarifas, entre otros, en los precedentes "Gómez", "Yantorno", "Ventafrida", "Banco Nación c. Municipalidad de San Rafael", "Cía. de Tranvías", "Prodelco", "Maruba" (1998), "Fernández, Raúl" (1999), "Provincia de Entre Ríos" (2000) y "Central Térmica Güemes" (2006).

En particular, en el caso "Maruba" —ya mencionado— el Tribunal sostuvo que "resulta ilegítima la pretensión de que un régimen tarifario se mantenga inalterado a lo largo del tiempo si las circunstancias imponen su modificación, ya que ello implicaría que la Administración renunciara ilegítimamente a su prerrogativa de control de la evolución de las tarifas y, en su caso, de la necesidad de su modificación, y, por otra parte, afectaría el principio de igualdad en la licitación, ya que los demás oferentes, al momento de presentarse en aquélla, tuvieron en cuenta las pautas de posible modificación tarifaria posterior, y sobre esas condiciones efectuaron sus propuestas" y que, en especial, esos poderes estatales "no se ejercen en forma discrecional, sino sujetas a la demostración objetiva del fundamento de las modificaciones que se efectúen". Es decir, según los jueces, el Estado puede modificar las tarifas, sin perjuicio de que la tasa de retorno del empresario debe ser —en cualquier caso— razonable.

A su vez, en el precedente "Fernández", la Corte analizó nuevamente el poder estatal de fijar las tarifas de los servicios públicos, en particular sobre el servicio del transporte de subterráneo. En este contexto y con citas del caso "Maruba", dijo que "en todo régimen de prestación de servicios públicos por medio de concesionarios, las tarifas son fijadas, aprobadas o verificadas por el poder público conforme a lo que disponen la ley o el contrato, atribución que tiene en mira consideraciones de interés público, tales como asegurar la prestación del servicio en condiciones regulares y la protección del usuario". Aquí, los jueces reconocieron en términos claros y expresos que el poder administrador ejerce la potestad de fijar las tarifas.

Asimismo, en el caso "Provincia de Entre Ríos c. Estado Nacional", el Tribunal sostuvo que "el control de legalidad administrativa y el control de constitucionalidad que compete a los jueces en ejercicio de su poder jurisdiccional, no los faculta para sustituir a la Administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad, y mucho menos ciertamente en la fijación o aprobación de las tarifas por la prestación del servicio".

Finalmente, cabe mencionar el fallo dictado por la Corte en los autos "Central Térmica Güemes". Para la mayoría del Tribunal, "...la ley 25.790, prorrogada por la ley 25.792, establece que las decisiones adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional en los procesos de renegociación no se hallarán condicionadas o limitadas por las estipulaciones contenidas en los marcos regulatorios que rigen los respectivos contratos de concesión. Es decir, dada la profunda transformación de la realidad económica vigente que tuvo lugar con posterioridad a la sanción de la ley 25.561, la redeterminación de las tarifas...no está ceñida con exclusividad al examen de los costos, inversiones, y restricciones futuras, sino que permite considerar la razonabilidad de las tarifas fijadas en el período inmediato precedente...".

Es posible concluir que, según el criterio del Tribunal, el Poder Ejecutivo puede fijar y modificar el cuadro de las tarifas (subas y bajas) y, a su vez, el Poder Judicial controlar su legitimidad.

Justamente, el aspecto más conflictivo en los últimos años respecto de los servicios públicos privatizados en nuestro país es, quizás, el de los cuadros tarifarios. Ya hemos dicho que el usuario debe pagar el precio como contraprestación del servicio, pero ese valor debe ser justo, razonable y accesible.

¿Cuál es el criterio para la fijación de las tarifas de los servicios públicos? Básicamente, existen dos modos de regular y fijar las tarifas. Asimismo, cabe aclarar que en la práctica estos dos sistemas de regulación se presentan con variantes y matices.

Por un lado, el sistema denominado **tasa de retorno** (*rate of return o cost plus*) que consiste en que el Estado (es decir, el ente regulador) apruebe —cada cierto tiempo— tarifas que permitan cubrir todos los costos que razonablemente tiene el concesionario (prestador), incluyendo la retribución por el capital invertido.

Este modelo tiene por objeto establecer un límite razonable sobre las ganancias. Así, pues, éstas se deben calcular multiplicando el capital invertido por el prestador por una tasa preestablecida (llamada justamente tasa de retorno).

Sin embargo, el mayor obstáculo de este modelo en términos teóricos es cómo fijar el valor del capital invertido y, asimismo, la tasa de retorno.

A su vez, en tanto la utilidad se fija como un porcentaje máximo del capital invertido, el sistema no incentiva la gestión eficiente del servicio e, incluso, el prestador puede aumentar desmesuradamente la inversión en activos fijos, pues al incrementar la base sobre la cual se aplica la tasa de retorno, acrecienta consecuentemente sus ganancias.

El otro sistema se denomina **precio tope** (*price cap*) y se originó en el Reino Unido —con la privatización de *British Telecom* en el año 1984— justamente como consecuencia de las críticas al sistema de la tasa de retorno, y es el que seguimos básicamente en nuestro país.

Este modelo se apoya en los incentivos (productividad), más que en los costos del servicio; y prevé niveles máximos de precios fijos durante un período determinado que luego se incrementan, en razón de la inflación, mediante un factor basado en el índice de precios minoristas. Así, el prestatario no puede aumentar las tarifas por sobre el índice de actualización.

Es decir, el valor de las tarifas no puede —en ningún caso— exceder el valor máximo permitido, según los estándares señalados. ¿Cómo es posible obtener, entonces, mayores ganancias? En principio, por medio de la disminución de los costos del servicio. En otras palabras, si la empresa pretende ganar más, no puede aumentar las tarifas, sino que debe disminuir sus costos.

De todos modos, cuando se reajustan las tarifas —en general tras cinco años—, esos beneficios deben trasladarse a favor de los usuarios por medio del cálculo de las futuras tarifas (es decir, el cuadro tarifario de los próximos cinco años). Cabe destacar que la ineficiencia del prestador disminuye sus ganancias de modo que, a diferencia del sistema de la tasa de retorno, los costos de la sobreinversión recaen sobre la empresa y no sobre el usuario.

El interrogante obviamente, en el marco de este último modelo, es si la disminución de los costos es necesariamente por mayor productividad o si, por el contrario, es posible alcanzar menores costos con menos productividad e inversiones. *Éste es un claro déficit de este sistema.* Por eso, en ciertos casos, además del factor de eficiencia ya mencionado debe incorporarse otro factor que represente la inversión del prestador en el servicio.

A su vez, otro aspecto deficitario es que la fijación de las tarifas máximas —en razón de los factores de eficiencia en la prestación del servicio—, sólo puede hacerse cada cinco años y, en este contexto, las ventajas económicas son trasladadas a los usuarios, pero sólo tras haber transcurrido ese plazo (es decir, en el momento del cálculo del nuevo factor de eficiencia).

Ya definidos los sistemas sobre el cálculo de las tarifas del servicio, cabe preguntarse *¿quién debe fijarlas?* En principio, y según los marcos regulatorios, el ente es quien debe fijar las tarifas de acuerdo con el marco jurídico vigente (es decir, de conformidad con las reglas que previó el legislador y el Ejecutivo). Sin embargo, a partir de la emergencia del año 2002, el Poder Ejecutivo es el poder competente, despojándose a los entes de dicho poder.

¿Puede el juez controlar la fijación de las tarifas de los servicios públicos? Creemos que sí, pues el acto de aprobación de las tarifas es de contenido jurídico y, consecuentemente, debe sujetarse al ordenamiento jurídico y ser controlado por el juez. Éste no puede deferir ese control al ente de regulación del servicio.

¿Cuál es el límite del control judicial? Como ya hemos dicho, el juez debe controlar —en principio— sin límites y sólo respetar el meollo de las decisiones estatales discrecionales.

Por último, cabe mencionar el concepto de las *tarifas sociales*. Hemos dicho que los servicios públicos son de carácter oneroso porque satisfacen derechos instrumentales y, por eso, justamente los usuarios deben pagar un precio. Sin embargo, este principio no es absoluto, sino que es necesario matizarlo con los derechos de los usuarios actuales y potenciales, con el objeto de garantizar así el acceso igualitario en términos ciertos y reales.

En este sentido, los marcos regulatorios prevén que las tarifas deben ser justas y razonables. Pero, sin perjuicio de ello, debemos incluir el concepto de las tarifas sociales. Éstas están apoyadas en los derechos de los usuarios, el acceso igualitario al servicio y el principio de solidaridad social.

XIII. LA RENEGOCIACIÓN DE LOS CONTRATOS DE PRIVATIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Luego de la caída del gobierno del presidente F. DE LA RÚA, y tras un breve interregno, el Congreso designó como presidente al senador E. DUHALDE. Una de las primeras medidas fue el envío al Congreso de un proyecto de ley sobre emergencia que fue aprobado por las Cámaras y luego prorrogado sucesivamente.

Esta ley delegó en el Poder Ejecutivo —entre otras cuestiones— la fijación del tipo de cambio entre el peso argentino y las monedas extranjeras, modificándose así la Ley de Convertibilidad que había establecido la paridad en términos igualitarios entre el peso y el dólar estadounidense.

En este contexto, el inconveniente que se planteó fue que las tarifas de los servicios públicos privatizados estaban atadas al dólar estadounidense; por eso, la ley dejó sin efecto estas cláusulas y se inició un proceso de renegociación de los contratos.

El legislador, en el marco de la Ley de emergencia (ley 25.561), autorizó al Poder Ejecutivo a renegociar los contratos celebrados por la Administración Pública que contuviesen cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras, o cláusulas de actualización basadas en índices de precios de otros países.

En particular, en el caso de *los contratos que tuvieran por objeto la prestación de servicios públicos*, el Ejecutivo debe evaluar —en el proceso de renegociación— los siguientes criterios: 1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y, por último, 5) la rentabilidad de las empresas.

Posteriormente, en octubre de 2003, el Congreso sancionó la ley 25.790 —vigente por sucesivas prórrogas— que dispuso, en los aspectos que aquí nos interesan, lo siguiente:

- 1) la extensión del plazo para llevar a cabo la renegociación de los contratos de servicios públicos;
- 2) las negociaciones no están limitadas o condicionadas por los marcos de regulación;
- 3) los acuerdos de negociación podrán abarcar elementos parciales de los contratos de concesión o licencia, contemplar fórmulas de adecuación contractual o enmiendas transitorias, incluir la posibilidad de revisiones periódicas pautadas, y establecer la adecuación de los parámetros de calidad de los servicios.

Otro de los aspectos controvertidos de la ley 25.790 —que creemos inconstitucional— es que el silencio del legislador (transcurrido el plazo de sesenta días), respecto de las propuestas de renegociación contractuales remitidas por el Poder Ejecutivo a la Comisión Bicameral de Seguimiento del Congreso, debe interpretarse como aprobación del acuerdo.

Luego, el decreto 311/03 creó la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (UNIREN), en el ámbito del Poder Ejecutivo, con el objeto de continuar con el proceso de renegociación de los contratos. Cabe remarcar que estos acuerdos deben ser elevados al Congreso.

Por ejemplo, en este contexto, el gobierno negoció los contratos con las empresas Gas Natural Ban, Gasnor, Edesur, Edenor, Ferroexpreso Pampeano y Ferrosur Roca. En algunos casos, se arribó a acuerdos de transición (por ejemplo, Distribuidora de Gas Cuyana y Distribuidora de Gas del Centro) y, en otros, concluyó con la rescisión de las concesiones (tales son los casos del Correo Argentino, Transportes Metropolitanos Gral. San Martín, Aguas Argentinas, Transportes Metropolitanos Gral. Roca y Transportes Metropolitanos Belgrano Sur). Sin embargo, restan renegociar con carácter definitivo muchos de los contratos.

Casi todos los convenios renegociados fueron ratificados por silencio del Congreso, salvo los acuerdos con EDELAP y Aeropuertos Argentina 2000.

Finalmente, en otros casos —tal como ocurre con las concesiones viales (más de ocho mil kilómetros de rutas otorgadas en concesión)— los contratos vencidos fueron prorrogados por el Poder Ejecutivo.

XIV. LA SITUACIÓN DEL USUARIO. SUS DERECHOS

El vínculo contractual entre el usuario y el concesionario es básicamente de Derecho Privado, con notas propias del Derecho Público —de contenido legal y reglamentario—. Este último aspecto excluye el concepto de libre voluntad entre las partes (es decir, su subjetividad).

En particular, el **derecho** básico que asiste al usuario es el de *acceso al servicio en términos razonables, regulares, igualitarios y continuos*. El usuario tiene un derecho subjetivo, según las modalidades o matices del caso, e incluso antes de su admisión por el prestatario del servicio.

Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice que "todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

De todos modos, el criterio igualitario no impide que se establezcan ciertas condiciones de acceso razonables y no discriminatorias. Es más, en los casos en que el acceso al servicio no es indiscriminado, sino que tiene un número cerrado de usuarios, el proceso de selección debe hacerse por medio de procedimientos objetivos y transparentes.

Es cierto que los usuarios tienen **obligaciones**, por caso y entre otras, el cumplimiento de las reglas del servicio, el respeto por la buena marcha de éste y el pago de las tarifas.

En particular, el artículo 42, CN, reconoce los siguientes derechos a los usuarios: a) la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; b) información adecuada y veraz; c) libertad de elección; y d) condiciones de trato equitativo y digno.

Cabe agregar que el Estado con el propósito de proteger esos derechos —y según el propio marco constitucional—, debe proveer a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia, al control de los monopolios, a la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la conformación de asociaciones.

Por último, la Constitución también reconoce el derecho colectivo de los usuarios a participar en los organismos de control.

Respecto de las leyes de protección de los derechos de los usuarios, además de los marcos reguladores, cabe mencionar a las siguientes:

1) *La Ley 22.802 de Lealtad Comercial* del año 1983 (modificada por la ley 26.993) establece básicamente las reglas sobre identificación de servicios (obligaciones y prohibiciones), publicidad y promociones. El resto de la ley, en trazos generales, define cuál es la autoridad de aplicación y sus facultades, y el régimen sancionador en caso de incumplimiento de sus reglas.

En especial, el texto normativo describe cuáles son los mandatos que deben cumplir los prestadores de servicios y cuyo incumplimiento constituye infracciones que son pasibles de sanciones administrativas. En efecto, el legislador establece las reglas de protección y defensa de los usuarios, entre ellas: el deber de información de los prestadores; las condiciones de la oferta y venta; la prestación de los servicios; los servicios públicos domiciliarios; los términos abusivos; y las cláusulas ineficaces. Luego, la ley dice cuáles son las sanciones a aplicar, la Autoridad de Aplicación y el procedimiento a seguir.

2) *La Ley 24.240 de Defensa del Usuario y Consumidor* del año 1993 regula los derechos de los usuarios y consumidores. Cabe agregar que esta ley fue modificada por las leyes 26.361, 26.993 y 26.994.

El consumidor o usuario es, según dice la ley, "toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social".

La Corte dijo, en el precedente "Flores Automotores" (2001), que "la ley 24.240 de Defensa del Consumidor fue sancionada por el Congreso, dentro de las facultades otorgadas por el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional llenando un vacío existente en la legislación argentina, pues otorga una mayor protección a la parte más débil en las relaciones comerciales —los consumidores— recomponiendo, con un sentido ético de justicia y de solidaridad social, el equilibrio que deben tener los vínculos entre comerciantes y usuarios, que se veían afectados antes las situaciones abusivas que se presentaban en la vida cotidiana".

El texto normativo describe cuáles son los mandatos que deben cumplir los proveedores de bienes y prestadores de servicios, y cuyo incumplimiento constituye infracciones castigadas con sanciones administrativas. En efecto, el Legislador establece las reglas de protección y defensa de los consumidores sobre diversos aspectos, entre ellos: a) el deber de información de los prestadores; b) las condiciones de la oferta y ventas; c) las cosas muebles no consumibles; d) la prestación de los servicios; e) los servicios públicos domiciliarios; f) la venta domiciliaria o por correspondencia; g) las ventas de crédito; h) los términos abusivos y las cláusulas ineficaces; y, por último, i) el daño directo. Luego, la ley ordena cuáles son las sanciones a aplicar, la autoridad de aplicación y el procedimiento administrativo a seguir.

3) *La ley 26.993 sobre el Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo*. La ley creó el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC). Este Servicio interviene "en los reclamos de derechos individuales de consumidores o usuarios, que versen sobre conflictos en las relaciones de consumo, cuyo monto no exceda de un valor equivalente a 55 salarios mínimos, vitales y móviles" regidas por la ley 24.240. Cabe agregar que su intervención es previa y obligatoria al reclamo ante la Auditoría en las Relaciones de Consumo o, en su caso, a la demanda ante la justicia.

4) *La Ley 25.156 de Defensa de la Competencia* del año 1999, establece capítulos sobre los acuerdos y las prácticas prohibidas; la posición dominante; y las concentraciones y fusiones. Luego, claro, cabe relatar los capítulos sobre la Autoridad de Aplicación, el procedimiento y, por último, las sanciones.

La primera cuestión es cómo debemos interpretar este bloque legislativo complejo y yuxtapuesto. Veamos.

La Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240) dice que "las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas..., en particular las de *defensa de la competencia* y de *lealtad comercial*".

Así, la Ley de Lealtad Comercial 22.802 en conjunción con las leyes de Defensa de la Competencia 25.156 y Defensa del Consumidor 24.240 constituye un sistema protector. De tal modo, las tres leyes deben interpretarse en forma conjunta y armónica a los efectos de cumplir con una finalidad que tienen en común (esto es, defender y proteger los derechos de los usuarios).

Otro estándar básico en materia de interpretación de este bloque normativo es el principio según el cual —en caso de dudas— debe estarse por el criterio más favorable a los intereses del usuario.

La segunda cuestión, ya descrito el bloque legislativo sobre defensa de los derechos de los usuarios y consumidores, es centrarnos específicamente en el análisis del marco regulador de *los servicios públicos domiciliarios* en los términos de la Ley de Defensa del Usuario y Consumidor (ley 24.240).

La ley 24.240 establece que las empresas prestatarias de los servicios domiciliarios deben: (a) informar por escrito a los usuarios sobre las condiciones del servicio, sin perjuicio de mantener esa información a disposición de los usuarios en las oficinas de atención al público; (b) colocar en toda facturación y en las oficinas de atención la siguiente leyenda: "Usted tiene derecho a reclamar una indemnización si le facturamos sumas o conceptos indebidos o reclamamos el pago de facturas ya abonadas"; (c) otorgar a los usuarios reciprocidad de trato "aplicando para los reintegros o devoluciones los mismos criterios que establezcan para los cargos por mora"; (d) garantizar a los usuarios el control individual de los consumos; y (e) entregar a los usuarios las facturas con no menos de diez días de anticipación a su fecha de vencimiento.

A su vez, en caso de interrupción o alteración del servicio, la ley presume que es imputable al prestador; salvo que éste demuestre que no es así. Por otro lado, el prestador debe hacer constar en las facturas o documentación expedida por él, si existen deudas pendientes. Es más, "la falta de esta manifestación hace presumir que el usuario se encuentra al día con sus pagos y que no mantiene deudas con la prestataria". Por último, cuando el prestador facturase en un período consumos que excediesen el 75% del promedio de los dos años anteriores, la ley presume que existe error en la facturación y "el usuario abonará únicamente el valor de dicho consumo promedio".

¿Cómo debemos integrar el marco regulador específico del servicio y las presentes disposiciones de la ley de defensa del consumidor? Conviene recordar que la ley 24.240 decía que los servicios públicos domiciliarios —con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla— serán regidos por esas normas, aplicándose la presente ley supletoriamente. Por ello, una de las cuestiones controversiales más relevantes antes de la reforma de la ley fue qué normas debíamos aplicar en relación con los servicios públicos domiciliarios, esto es: 1) la ley del usuario y consumidor (ley 24.240); o 2) la ley específica del servicio de que se trate —por ejemplo, respecto del servicio eléctrico, el marco regulador (ley 24.065)— con exclusión o, quizás, aplicación supletoria de la ley 24.240.

Más allá de nuestro parecer, cierto es que la ley actual resuelve este conflicto en los siguientes términos: "las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley [ley 24.240] y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica".

Por su parte, el artículo 25 del texto normativo, en su actual redacción, dispone —con alcance más puntual— que "los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley". Ese mismo precepto añade luego que "en caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor. Los usuarios de los servicios podrán presentar sus reclamos ante la autoridad instituida por legislación específica o ante la autoridad de aplicación de la presente ley".

Finalmente, el artículo 31 de la ley —tras la reforma introducida por la ley 26.361— reafirma el criterio expuesto en los párrafos anteriores. Así, dice el Legislador que: "la relación entre el prestador de servicios públicos y el usuario tendrá como base la integración normativa dispuesta en los artículos 3º y 25 de la presente ley".

En conclusión, la ley 24.240 debe aplicarse de modo directo en el marco de los servicios públicos domiciliarios y no con carácter simplemente supletorio.

XV. LA PARTICIPACIÓN EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El control de los servicios comprende, por un lado, la intervención de ciertos organismos estatales (tal es el caso de los entes reguladores, el Defensor del Pueblo, la AGN y la Autoridad de Aplicación de la ley de Defensa de la Competencia) y, por el otro, el control por los órganos administrativos y judiciales en el marco del conflicto entre prestadores y usuarios. Finalmente, cabe detenernos en el control directo por los usuarios (individual o grupal).

Es más, el capítulo de participación de los usuarios en el marco de los servicios públicos no debe limitarse simplemente al campo del control, sino que debe expandirse sobre otros aspectos, particularmente sobre el ámbito de las decisiones.

En este contexto, no es razonable soslayar la desigualdad existente entre las empresas prestatarias de servicios y los usuarios. Por ello, el desafío consiste en crear mecanismos alternativos de participación que garanticen debidamente el equilibrio entre las partes.

¿Cuál es el fundamento de la participación? Además de las razones que explicamos en los párrafos anteriores, el derecho de los usuarios encuentra sustento normativo, *por un lado*, en los tratados internacionales incorporados en el texto constitucional; y, *por el otro*, en el artículo 42, CN.

Veamos en particular las distintas técnicas de participación en relación con los entes reguladores.

(A) La participación de los interesados en el ***proceso de elaboración de las normas*** que está prevista en los marcos reguladores y en el decreto 1172/03 (anexo V). Comúnmente, el trámite de participación consiste en la posibilidad de presentar observaciones por escrito en un plazo determinado, antes de la aprobación de la resolución estatal. A su vez, como ya explicamos, tales observaciones no tienen alcance vinculante.

(B) Las ***audiencias públicas*** están reguladas expresamente en los marcos de los servicios privatizados y en el decreto 1172/03. Por ejemplo, en los sectores del gas, electricidad, agua, aeropuertos y telecomunicaciones, entre otros. En particular, el decreto 1172/03 dice que el régimen de las audiencias públicas debe aplicarse en el marco de los entes reguladores.

El objeto de las audiencias es el debate de un proyecto de resolución de alcance general o particular. Por su parte, las opiniones e ideas expuestas en el trámite de las audiencias no son vinculantes, sin perjuicio de que deban ser consideradas por el órgano competente.

En particular, el anexo VIII del decreto 1172/03 establece que las ***reuniones abiertas de los entes reguladores*** constituyen una instancia de participación en la cual el órgano de dirección habilita a la ciudadanía un espacio institucional para que observe el proceso de toma de decisiones.

(C) Por último, las técnicas de participación de los representantes de los usuarios en los órganos de gobierno y asesoramiento de los entes reguladores. Cabe recordar que el artículo 42, CN, dispone que "la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las *asociaciones de consumidores y usuarios*... en los organismos de control".

CAPÍTULO 14 - LA ACTIVIDAD DE FOMENTO

I. LAS ACTIVIDADES DE FOMENTO. SU DELIMITACIÓN. LA MULTIPLICIDAD DE TÉCNICAS Y RÉGIMENES

En el siglo XX, el Estado comenzó a desarrollar actividades de estímulo con el objeto de producir bienes y servicios; sostener sectores económicos estratégicos o socialmente relevantes; y desarrollar actividades sociales y culturales.

El **marco constitucional** de la actividad de fomento es el siguiente: *por un lado*, el artículo 75, en su inciso 18, CN, establece que el Congreso debe "proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración... promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables... la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo".

Por el otro, el primer párrafo del inciso 19 de ese mismo precepto dispone que el Congreso también debe "proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores... a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento".

En síntesis, la Constitución prevé el dictado de leyes que tienen por objeto el desarrollo y bienestar y —a su vez— contempla como aspectos más específicos, entre otros, la promoción de la industria y el estímulo del desarrollo científico y tecnológico. Asimismo, el Convencional condicionó el reconocimiento de privilegios y recompensas de estímulo al cumplimiento o satisfacción del interés público.

Los **medios de fomento** consisten básicamente en *prestaciones económicas estatales materiales, impositivas y financieras*, con el propósito de estimular e incentivar ciertas actividades consideradas de interés por el Estado. A su vez, el beneficiario no debe compensar económicamente ese favor o —en su caso— debe hacerlo en términos mínimos o no proporcionales.

Es decir, en el marco del fomento no existe contraprestación a cargo del beneficiario, sin perjuicio de que comúnmente el estímulo esté sujeto al cumplimiento de determinadas obligaciones, la realización de actividades, la ejecución de proyectos o la satisfacción de ciertos objetivos.

Así, los préstamos, los subsidios, las subvenciones, las primas, los reintegros y las exenciones constituyen las técnicas más habituales en el marco del fomento.

En principio, es posible distinguir conceptualmente entre estos instrumentos. En efecto, se ha interpretado comúnmente que el **subsidio** es un apoyo económico periódico y que, en tal caso, el beneficiario tiene un derecho subjetivo respecto de su percepción. A su vez, las **primas** no tienen carácter periódico, pero crean derechos subjetivos en tanto su reconocimiento es automático. Por su parte, las **subvenciones** son instrumentos discrecionales y no crean derechos subjetivos. Asimismo, los **reintegros** y las **exenciones** son rebajas en las cargas impositivas (en el primer caso, en el marco de las operaciones de importación y exportación, y en el segundo en el terreno

de los regímenes de promoción industrial). Por último, el *anticipo o préstamo* consiste en la entrega de una suma de dinero en condiciones más favorables que las del mercado.

Pues bien, más allá de tales distinciones, cierto es que el subsidio es el medio más común entre nosotros y, como ya dijimos, consiste en dar sumas de dinero con el fin de promover sectores o actividades de interés público, sin contraprestación directa de los beneficiarios, y sin perjuicio de que éstos deban cumplir con ciertos objetivos.

En síntesis, y tal como adelantamos en los párrafos anteriores, las actividades de fomento pueden clasificarse como *técnicas* impositivas, crediticias o simplemente aportes.

Las *técnicas impositivas* consisten en desgravaciones, exenciones o reintegros (por ejemplo, los regímenes de promoción industrial). Otra modalidad es el reconocimiento de créditos impositivos, en cuyo caso el contribuyente puede imputar ese crédito a las deudas que tuviere con el Fisco e incluso, en ciertos casos, transferirlos a favor de terceros.

Por su parte, las *técnicas crediticias* comprenden el otorgamiento de líneas de créditos con ciertas ventajas, tales como tasas preferenciales, períodos de gracia o reembolso mayores que los que ofrece el mercado financiero. También, cabe encuadrar en este sitio a las garantías que otorga el Estado con el objeto de que las personas tomen créditos en el mercado financiero.

Finalmente, los *aportes* consisten en dar sumas de dinero en concepto de estímulo y promoción (es decir, subvenciones o subsidios). Estas transferencias pueden ser directas o indirectas. Así, el aporte es directo cuando el Estado entrega recursos monetarios, y es indirecto en los casos en que el Estado asume ciertas inversiones en el marco de las actividades de los particulares, realiza publicidad o promoción de ciertos bienes o servicios, o garantiza niveles de compras o precios a las empresas.

Sin embargo, no existe un régimen jurídico claro sobre los distintos tipos de incentivo estatal y, consecuentemente, el cuadro de distinción que ensayamos en los párrafos anteriores es jurídicamente artificial y confuso.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO BÁSICO. LA DISTORSIÓN DE LA COMPETENCIA

El *fomento* es, entonces, toda contribución estatal de contenido económico respecto de sujetos determinados con el propósito de satisfacer intereses colectivos. Esta ayuda económica estatal no sólo comprende, como ocurrió en un principio, la entrega de sumas de dinero, sino también, por ejemplo, bonificaciones tributarias y créditos, entre otras.

El dato básico es —quizás— que el beneficiario no debe retribuir ese favor económico estatal, sin perjuicio de cumplir con ciertas obligaciones, por caso el desarrollo de las actividades de que se trate.

Históricamente se creyó que el fomento no restringe derechos sino que por el contrario constituye un estímulo en el marco del progreso y desarrollo, reconociendo y expandiendo derechos. *Sin embargo, las medidas de fomento suponen costos fiscales y —por tanto— recorte de otros derechos.*

En este punto, también debiéramos preguntarnos si el fomento sólo comprende las contribuciones estatales con el propósito de *incentivar ciertas actividades* (desarrollo de las Pymes) o, incluso, las *prestaciones de dar o hacer otorgadas con el objeto de satisfacer*

derechos fundamentales de modo directo e inmediato (subsidios destinados al acceso a la vivienda de los sectores más vulnerables). Veámoslo a través de dos ejemplos puntuales.

El Estado otorga un beneficio que consiste en deducciones de impuestos respecto de los productores de determinados bienes, con el propósito de fomentar las economías regionales. Otro caso: el Estado otorga planes alimentarios (prestaciones de dar), con el objeto de satisfacer los derechos de las personas de modo directo (salud). *¿Este subsidio debe ser interpretado como actividad estatal de fomento?* Creemos que no porque el fomento sólo comprende el primer caso, y no así el segundo. Éste debe encuadrarse en el concepto de servicios sociales de carácter obligatorio.

En otros términos, *el concepto de fomento no incluye los subsidios del Estado que satisfacen derechos fundamentales de modo directo e inmediato, en cumplimiento de obligaciones estatales, y que no persiguen el estímulo de ciertas actividades económicas consideradas de interés.*

Cabe recalcar que el fomento no es lucrativo. En efecto, tal actividad no garantiza el lucro del beneficiario y, además, el Estado no persigue ningún interés económico directo.

A su vez, el **régimen jurídico básico** del fomento comprende, según nuestro parecer, los siguientes aspectos: 1) el principio de legalidad; 2) el postulado de igualdad; 3) los caracteres de razonabilidad y proporcionalidad; y, finalmente, 4) las reglas de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, no discriminación y eficiencia.

1) El **principio de legalidad** nos dice que el Congreso es quien debe aprobar los regímenes sobre subsidios estatales (en particular, las condiciones para su otorgamiento, el procedimiento y el control). Así, el principio básico es el de legalidad, de modo que los subsidios deben ser creados por ley, sin perjuicio de su aplicación por el Poder Ejecutivo.

Sin embargo, muchas veces se prescindió de la ley, pues se interpretó que las actividades de fomento no son restrictivas de derechos, sino contrariamente expansivas de éstos. De todos modos, ello no es cierto porque cuando el Estado reconoce y extiende derechos, también restringe otros derechos. Por ejemplo, el caso de los sujetos excluidos de los beneficios.

Además, las actividades de fomento repercuten directamente sobre los recursos públicos y el poder de distribuirlos es propio del Congreso. No debe olvidarse que las medidas de fomento suponen un costo fiscal, y ello impone un estricto escrutinio de los requisitos exigidos para el otorgamiento de los beneficios, una equitativa distribución de los mismos, y un adecuado mecanismo de control sobre los compromisos asumidos por el beneficiario.

El legislador debe establecer en cumplimiento del principio de legalidad **reglas claras y precisas**, y reducir así el poder discrecional del Ejecutivo. Además, la excesiva discrecionalidad en este campo conspira contra la transparencia que debe caracterizar la asignación de tales beneficios.

Así, es importante por caso que **la definición del universo de potenciales beneficiarios se base en criterios objetivos previstos por el legislador**, de modo que las ventajas a conceder sean equitativas y no discriminatorias. Este requerimiento tiene en consideración no sólo la posición de los competidores, sino también de la sociedad en general que es, en definitiva, quien solventa estas medidas y decide así favorecer ciertos derechos y recortar otros.

Finalmente, el Poder Ejecutivo debe reglamentar y ejecutar el mandato legislativo (es decir, cumplirlo y hacerlo cumplir). Por tanto, el Poder Ejecutivo, en ejercicio de su poder reglamentario, puede fijar los detalles de cada régimen de fomento, respetando las bases y el mandato legislativo.

2) El otro principio básico es la **igualdad**. Este postulado sólo puede garantizarse mediante las reglas de transparencia y publicidad. Además, el procedimiento debe asegurar la concurrencia de todos los interesados, en términos objetivos y competitivos.

3) Otro requisito de los beneficios es que éstos deben ser **razonables**; en el sentido de constituir medios adecuados en función de los fines perseguidos y respetarse —además— el principio de **proporcionalidad**.

4) Más allá de las reglas mencionadas en los párrafos anteriores y las específicas de cada uno de los marcos jurídicos, cierto es que los principios de **publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, no discriminación y eficiencia** deben estar presentes en todos los casos.

Cabe aclarar que el sentido de las políticas públicas e instrumentos de fomento es superar los déficits del mercado. El aspecto central es que el modelo a diseñar sea transparente y estimule la competitividad.

5) Por otra parte, es evidente que el fomento debe estar sujeto a un adecuado **control** previo y posterior. En efecto, generalmente el otorgamiento de incentivos se encuentra condicionado al cumplimiento de requisitos y obligaciones por parte de los beneficiarios. No puede, pues, la Administración desentenderse del cumplimiento de éstos.

CAPÍTULO 15 - EL ACTO ADMINISTRATIVO Y EL REGLAMENTO

I. INTRODUCCIÓN

Hemos analizado en los primeros capítulos de este Manual los pilares fundamentales del sistema institucional y el Derecho Administrativo, a saber: los principios de división de poderes, legalidad y derechos fundamentales. Luego, estudiamos las funciones estatales y, en particular, las funciones administrativas; es decir, los poderes propios del Poder Ejecutivo y su modo de ejercicio (poderes reglados y discrecionales).

También repasamos la organización del Poder Ejecutivo, el control del Estado, y las actividades estatales; así como su clasificación según los criterios clásicos del Derecho Administrativo. Es decir, el poder estatal de ordenación y regulación; los servicios estatales (funciones estatales básicas, servicios públicos y servicios sociales); y, por último, el fomento.

Creemos conveniente, entonces, desarrollar en este punto de nuestro estudio los *medios o instrumentos* por medio de los cuales el Poder Ejecutivo expresa sus decisiones. Es decir, la Teoría General de las Formas en el Derecho Administrativo.

¿Cuáles son estas formas? *El acto administrativo, el reglamento, el contrato, los hechos, las vías de hecho, el silencio y las omisiones*. Sin dudas, el medio más habitual y estudiado es el acto administrativo (particular o general), por ello comenzaremos con el análisis de éste. Pero antes es importante señalar dos cuestiones. Por un lado, estas distinciones son jurídicamente relevantes porque el marco a aplicar es distinto; por el otro, cabe advertir que el acto administrativo es el cauce formal de la expresión de las decisiones del Poder Ejecutivo propio del Estado liberal de Derecho (*Estado abstencionista*); mientras que en el contexto del Estado Social de Derecho (*Estado intervencionista*) resurgen otras formas —igualmente relevantes— como el silencio y las omisiones.

II. EL ACTO ADMINISTRATIVO

II.1. El concepto

Comencemos por recordar el concepto de acto jurídico propio del Derecho Privado. Dice el Código Civil y Comercial que "el acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas" (art. 259). A su vez, "el acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior" (art. 260) y el acto involuntario es tal por "falta de discernimiento" (art. 261). Por último, los actos "pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material (art. 262). El acto jurídico es entonces, en principio, el acto entre privados.

Por su parte, el acto administrativo es un acto jurídico, pero con fuerte matices. Entonces, ¿qué es el acto administrativo? El acto administrativo es una ***declaración unilateral de alcance particular dictado por el Estado, en ejercicio de funciones administrativas, que produce efectos jurídicos directos e inmediatos sobre terceros***.

Por ejemplo si leemos el Boletín Oficial encontraremos múltiples ejemplos. Así:

"el Ministro de Justicia y Derechos Humanos resuelve otorgar un registro de Propiedad Automotor a favor de...";

"el Director Nacional dispone aplicar una sanción de X \$ por incumplimiento de ciertos deberes...".

Volvamos sobre el concepto teórico. Pues bien, ¿cuál es el alcance de dicha definición sobre acto administrativo? Vamos por partes.

(1) En primer término, el acto administrativo es aquél dictado en ejercicio de ***funciones administrativas*** y, como explicamos anteriormente, éstas comprenden en principio las funciones propias del Poder Ejecutivo.

Cabe señalar que la ley (LPA), no nos dice puntualmente qué es el acto administrativo, aun cuando su título III establece sus elementos.

Sin embargo, cierto es que el título I sobre "Procedimiento Administrativo" y su ámbito de aplicación (LPA) parte del concepto subjetivo que nos permite trasladar ese estándar sobre el ámbito conceptual del acto estatal. Esto es, definir el acto administrativo con contenido subjetivo (acto dictado por el Poder Ejecutivo).

De todos modos, es importante recordar que las legislaciones locales más recientes hacen uso del concepto objetivo o mixto.

(2) En segundo término, si bien es cierto que el acto administrativo es aquel dictado en ejercicio de funciones administrativas, ***cabe preguntarse si cualquier actividad que desarrolle el Estado en ejercicio de funciones administrativas es —necesariamente y en términos conceptuales— acto administrativo***. Creemos que no. Tal como surge del concepto que hemos descrito

anteriormente, el acto administrativo es una declaración unilateral de alcance individual que produce efectos jurídicos directos sobre las personas.

De modo que, entonces, cabe excluir de su marco conceptual al *contrato* en razón de su carácter bilateral; al *reglamento*, es decir el acto de alcance general; a los *hechos* y las *vías de hecho*, toda vez que constituyen comportamientos materiales (esto es, decisiones estatales sin exteriorización previa de voluntad); al *silencio* que es simplemente una decisión tácita estatal; y, por último, a los *actos internos* que no tienen efectos directos sobre terceros.

Pero, ¿por qué distinguimos entre estos criterios? Porque como ya adelantamos su marco jurídico es diverso. Así, por ejemplo, el reglamento está regido por las cláusulas constitucionales respectivas y, específicamente, por los artículos 11, 24 y 25 de la LPA. Por su parte, el contrato está regulado por las leyes especiales, el título IV de la LPA y, en casos de indeterminaciones, por las disposiciones del título III, LPA. Los hechos y las vías de hechos por los artículos 9, 23 y 25 de la LPA. El silencio por los artículos 10, 23 y 26 de la LPA y, por último, los actos internos por los artículos 48, 74 y 80 del decreto 1759/72, reglamentario de la LPA (RLPA).

(3) Continuemos con el análisis puntual de los elementos que surgen de la definición que hemos dado. Dijimos que el acto administrativo es una decisión estatal de carácter **unilateral**. Conviene detenernos aquí para aclarar diversas cuestiones.

Por un lado, parece razonable distinguir entre el acto y el contrato; el primer caso se trata de una decisión unilateral, pues sólo concurre la voluntad estatal; mientras que el segundo es de orden bilateral porque en él participan el Estado y terceros.

Por el otro, surge el inconveniente de encuadrar los actos estatales que no revisten el carácter de contratos, pero en cuyo marco o proceso de formación interviene el particular y su voluntad, más o menos intensamente. *¿Cuál es, entonces, la diferencia entre el acto bilateral y el contrato?* Quizás, el criterio es que en el primer caso el particular sólo concurre en el trámite de formación del acto; y en el segundo es partícipe del proceso de formación y cumplimiento del acto.

Por nuestro lado, creemos que es necesario distinguir claramente entre el acto y el contrato, pero estamos persuadidos —con igual convicción— de que no es necesario, y por tanto inconveniente, diferenciar entre el acto unilateral y bilateral.

Cabe también recordar que la Corte en el antecedente "Metalmecánica SACI c. Nación Argentina" (1976), dijo que "el régimen de promoción de la industria automotriz colocaba a ésta como una actividad reglamentada, cuyo ejercicio requería contar con la correspondiente autorización. La voluntad del interesado debía, en consecuencia, manifestarse para la incorporación del régimen; pero desde el momento que ésta era aceptada, otra voluntad, la de la Administración Pública, en conjunción con aquélla, daba nacimiento al acto administrativo que resultaba de ese modo bilateral en su formación y también en sus efectos".

Y agregó que "si se pretendiera equiparar lisamente a un contrato el acto administrativo que se estudia, es posible que se hallaran diferencias; sin embargo, según el recordado concepto de la Corte, no es preciso que la equivalencia sea perfecta, sólo basta comprobar que se está ante una acción de daños y perjuicios que tiene su causa eficiente y generadora en un acto jurídico bilateral y en el incumplimiento que se atribuye al Estado de obligaciones contraídas, para encuadrar el caso en el artículo 4023Cód. Civil". De modo que, en el presente caso, la Corte reconoció la existencia de actos de estructura bilateral y, luego, los asimiló a los contratos.

Más adelante, la Corte volvió a aplicar el criterio expuesto en el caso anterior (actos unilaterales/bilaterales), pero con un resultado diverso. Así, en el precedente "Compañía Azucarera Concepción S.A." (1999) el Tribunal consideró, puntualmente, que el hecho de liquidar

las divisas provenientes de las exportaciones realizadas por la empresa actora por un tipo de cambio distinto de aquel autorizado por el BCRA, no importó el incumplimiento de un convenio preexistente entre las partes como pretendió el actor, sino simplemente "falta de servicio"; y, por ende, se configuró un caso de responsabilidad extracontractual del Estado. En otros términos y según el criterio del Tribunal, en este caso no existió acto bilateral (en su formación y efectos), sino unilateral.

(4) Dijimos también que el acto administrativo es de alcance *particular*; en tanto el reglamento es de alcance general. ¿En qué aspecto debemos ubicar el carácter particular o general del acto? Creemos que en el sujeto destinatario de éste, pero no sólo en el carácter individual o plural (uno o varios sujetos destinatarios), sino básicamente en su *contextura abierta o cerrada respecto de los destinatarios y la individualización de éstos en el propio acto*.

Así, el acto es particular cuando dice quiénes son sus destinatarios y —además— ese campo es cerrado.

Es decir, el acto es particular (acto administrativo) si individualiza a los sujetos destinatarios, aun cuando se trate de un conjunto de individuos y no de un solo sujeto, y —además— ese campo es cerrado; mientras que el reglamento es de alcance general porque su campo subjetivo es indeterminado y abierto.

Pensemos distintos supuestos con el propósito de dar mayor claridad sobre este asunto:

- a) si el Estado dicta un acto ordenando que el propietario de un inmueble determinado tribute una tasa especial;
- b) si el Estado dicta igual acto con respecto a los sujetos que fueron propietarios el año anterior y cuyas propiedades estén ubicadas en determinadas zonas de la ciudad y, en el anexo respectivo, detalla el nombre de los propietarios; y, por último,
- c) si el Estado impone dicha obligación sobre los propietarios de los inmuebles situados en determinadas zonas de la ciudad, sin individualización de los sujetos obligados y sin solución de continuidad.

En el primer caso (a), el sujeto está individualizado por su condición de propietario o directamente por su nombre. El segundo caso (b), es igual al anterior, ya que aún tratándose de una pluralidad de sujetos, éstos están claramente individualizados y es un colectivo de sujetos cerrado (propietarios de inmuebles en el año anterior); es decir, no es posible intercambiar sujetos. En ambos supuestos, por tanto —y según nuestro parecer—, el acto es de alcance particular.

Por último, el tercer supuesto (c) es un reglamento porque el destinatario de la decisión es plural (conjunto de sujetos), el sujeto no fue individualizado y, especialmente, el acto es abierto en su contorno subjetivo. Es más, el Estado puede detallar el nombre de los sujetos obligados (más allá de las dificultades materiales para hacerlo), pero aún así el acto es general porque estos sujetos pueden ser reemplazados por otros (por ejemplo, si los titulares transfiriesen su propiedad).

Téngase presente además que en tales casos el vínculo jurídico no se trabó (sujeto y objeto) y, por tanto, el sujeto puede ser sustituido por otro. Cabe agregar que el carácter abierto del elemento subjetivo en los términos en que lo hemos descripto (intercambio de sujetos) nos lleva a la pluralidad e indeterminación de las situaciones jurídicas a reglar (vocación regulatoria del acto reglamentario).

(5) El acto y su definición nace entonces de entrecruzar los conceptos de funciones administrativas, carácter unilateral y alcance particular; pero ¿qué debemos entender por efectos jurídicos **directos e inmediatos**? El acto administrativo es aquél que crea, modifica, transfiere, conserva, declara o extingue derechos en términos directos y, por sí mismo, sin detenerse en otros actos intermedios.

A su vez, creemos que los caracteres de los efectos (directo e inmediato) son concurrentes. En definitiva, el acto es tal si —insistimos— crea, modifica, transfiere, conserva, declara o extingue derechos por sí mismo.

Es posible marcar ciertos mojones cuando recorremos el trazado del concepto de acto administrativo en relación con sus efectos, a saber: a) *los efectos individuales o generales* (el concepto de acto administrativo sólo comprende a los actos individuales); y b) *los efectos directos o indirectos* (el acto administrativo produce efectos directos sobre las personas).

En conclusión: el acto administrativo es aquel que produce efectos individuales y directos.

II.2. El análisis de otros actos estatales y su calificación jurídica

1. *Los actos dictados por los otros poderes del Estado.* Creemos que, tal como hemos explicado antes, las potestades materialmente administrativas de los Poderes Legislativo y Judicial no deben estar reguladas —en principio— por el Derecho Administrativo ya que partimos de un criterio subjetivo de funciones estatales.

Sin embargo, cabe aplicar —por vía analógica— el marco jurídico de los actos administrativos (LPA) a los actos materialmente administrativos del Poder Legislativo y Judicial; en cuyo caso, **cabe extender las garantías, pero no así las restricciones**. Por el contrario, si postulamos el criterio objetivo o mixto, ese campo está comprendido directamente dentro del ámbito del Derecho Administrativo.

2. *Los actos jurisdiccionales del Poder Ejecutivo.* En principio, y teniendo en cuenta el criterio subjetivo, cabe concluir que cualquier acto del Poder Ejecutivo constituye acto administrativo, incluidos los jurisdiccionales. Sin perjuicio de ello, los actos jurisdiccionales del Ejecutivo tienen peculiaridades que los distinguen de los actos propiamente administrativos. De modo que, si bien el régimen jurídico es básicamente el mismo, es posible y quizás conveniente matizarlo. Así, el decreto reglamentario de la ley establece ciertos matices respecto de los actos jurisdiccionales del Poder Ejecutivo (art. 99 del decreto 1759/72).

3. *Los actos dictados por otras personas públicas estatales* (entes descentralizados autárquicos). Tales actos son actos administrativos, pues constituyen decisiones dictadas por personas jurídicas públicas estatales —igual que el propio Estado—, en ejercicio de funciones administrativas.

4. *Los actos dictados por las personas públicas no estatales.* En este caso, sólo cabe aplicar excepcionalmente el título de acto administrativo.

Así, pues, el acto dictado por los entes públicos no estatales es un acto jurídico regulado por el Derecho Privado; salvo en el caso del reconocimiento de privilegios y la consecuente aplicación del marco jurídico propio del Derecho Público (LPA), cuando así surja expresamente y de modo específico de las normas respectivas. A su vez, cabe aplicar los aspectos de la LPA que garanticen

los derechos de las personas, incluso con mayor agudeza que en el campo propio del Derecho Privado.

Es decir, en tanto estemos situados en un marco especial con ciertos privilegios (tasados) por el carácter público del ente (fin colectivo), debe reconocerse —por mandato constitucional y como reequilibrio— las mayores garantías existentes con el propósito de proteger los derechos de los sujetos destinatarios.

5. Los actos dictados por las empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades de economía mixta, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria y sociedades anónimas de propiedad del Estado.

En el caso de las *empresas del Estado*, es claro que —según nuestro parecer— sus actos son de carácter administrativo, tal como ocurre en el ámbito del Estado central y los entes descentralizados autárquicos.

Respecto de las *sociedades del Estado*, es más dudoso ya que la ley 20.705 —Ley General de Sociedades— dice que, por un lado, deben aplicarse "las normas que regulan las sociedades anónimas"; pero, paso seguido establece ciertas cortapisas. ¿Cuáles? Debe aplicarse la ley 19.550 y sus disposiciones "en cuanto fueren compatibles con... la presente ley".

Por el otro, "no serán de aplicación a las sociedades del estado, las leyes de Contabilidad, de Obras Públicas y de Procedimientos Administrativos". De modo que en este último caso, por mandato legal expreso, no debe aplicarse la LPA y, consecuentemente, el acto que dicte la sociedad estatal no es un acto administrativo. Sin embargo las leyes complementarias de la ley 20.705 imponen otro criterio.

En nuestro parecer, debe seguirse la LPA, con exclusión de los actos comerciales regidos específicamente por el Derecho Privado.

Por su parte, los actos de las *sociedades mixtas* son actos jurídicos o actos administrativos, según estén constituidas como personas de derecho público o privado.

Un criterio distinto cabe aplicar a las *sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria*. Aquí, el bloque es el Derecho Privado, salvo disposición en sentido contrario y, consecuentemente, los actos dictados por aquéllas son actos jurídicos privados con matices del Derecho Público.

Por último, *las sociedades anónimas de propiedad del Estado* están alcanzadas por el derecho privado en términos expresos y, a su vez, el legislador expulsó de su campo de actuación a las reglas y principios propios del Derecho Público. Por tanto, el acto es privado con matices mínimos y lejanos del Derecho Público (control estatal).

6. *Los actos dictados por las personas privadas en ejercicio de funciones administrativas*. Estos sujetos dictan en principio actos privados, sin perjuicio de los privilegios excepcionales y expresos que puede prever el ordenamiento en el caso del ejercicio de potestades estatales (es decir, actos administrativos).

En estos supuestos, el acto está alcanzado por el conjunto de garantías que prevé la LPA respecto de las personas, y sólo rodeado por los privilegios estatales reconocidos expresamente y en términos específicos por las normas respectivas.

7. *Los actos dictados por el Estado reglados parcialmente por el Derecho Privado.* Los actos del Poder Ejecutivo son siempre actos dictados en ejercicio de funciones administrativas, pero regidos en ciertos casos —y sólo en parte— por el Derecho Privado, sin desnaturalizar su carácter administrativo. En tal caso, es un acto administrativo regulado básicamente por el Derecho Público y sólo parcialmente por el Derecho Privado.

8. *Los actos de gobierno, políticos e institucionales.* Los actos de gobierno, políticos o institucionales pueden definirse conceptualmente como aquellos que tienen como fin la organización o subsistencia del Estado y que, por aplicación del principio de división de poderes, no están alcanzados por el control judicial. Entre nosotros, estos actos son más conocidos como "cuestiones políticas no justiciables".

Esta categoría no es razonable y no tiene sustento constitucional, de modo que estos actos están sujetos inexcusablemente al control del Poder Judicial, sin perjuicio del respeto del campo discrecional de los poderes políticos con el alcance que hemos detallado en el capítulo respectivo.

III. LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La LPA ([ley 19.549](#)) tiene cuatro capítulos, ellos son: 1) el procedimiento administrativo (Título I); 2) la competencia del órgano (Título II); 3) los requisitos esenciales del acto administrativo; (Título III) y, por último, 4) la impugnación judicial de los actos administrativos (Título IV).

De modo que el capítulo que nos interesa aquí es el Título III sobre los requisitos o elementos del acto, sin perjuicio de que luego estudiaremos los otros títulos.

Cierto es que los autores, en general, desarrollan distintos criterios —más o menos complejos— sobre la teoría del acto en el campo del Derecho Público como sucedáneo del acto jurídico propio del Derecho Privado y, en particular, respecto de la construcción dogmática de sus elementos como pilares constitutivos de él.

Estas ideas son —en ciertos casos— anteriores a la sanción del decreto-ley del año 1972 que es el primer texto normativo entre nosotros que explicó y sistematizó este edificio jurídico (es decir, el acto estatal singular y sus elementos).

Quizás, conviene marcar dos piezas en la construcción de este edificio —antes de la [ley 19.549](#)—. *Por un lado*, los precedentes judiciales que, apoyándose básicamente en el derecho francés y en el criterio del Consejo de Estado Francés, comenzaron con la construcción de la teoría del acto administrativo y, *por el otro*, el acto jurídico propio del Derecho Privado.

Estas piezas permiten reconstruir el derrotero histórico del camino que culminó con el cuerpo y contorno del acto administrativo actual; lejos y distante del acto jurídico del Derecho Privado.

Sin embargo, luego de la aprobación del decreto-[ley 19.549](#), el criterio más acertado es el análisis del propio texto normativo; es decir, simplemente la ley de procedimiento (LPA) y su decreto reglamentario con un criterio hermenéutico armónico e integrador de las disposiciones normativas desde el escaparate de los principios, garantías y derechos constitucionales. Así, en el antecedente "Pustelnik", resuelto por la Corte en el año 1975, es decir después del dictado de la LPA, los jueces siguieron —con mayor o menor claridad— los lineamientos de la LPA.

III.1. Los elementos esenciales del acto

Los artículos 7 y 8, LPA, nos dicen claramente cuáles son los elementos del acto aunque, más adelante, el artículo 14 LPA sobre las nulidades del acto introduce otros conceptos o categorías que no coinciden con el cuadro de los elementos descritos en el texto de las disposiciones de los artículos 7 y 8 de la ley.

Veamos, entonces, cuál es el contenido de estos artículos y, luego, cómo es posible conciliar ambas disposiciones en un contexto armónico, de modo que unas normas no desplacen a las otras, sino que integremos ambos textos en un cuerpo jurídico único, coherente y sistemático.

Dice el artículo 7 del Título III (requisitos esenciales del acto administrativo) que son requisitos esenciales del acto los siguientes:

- a) competencia,
- b) causa,
- c) objeto,
- d) procedimiento,
- e) motivación, y
- f) finalidad.

Por su parte, el artículo 8 LPA agrega el elemento forma.

Ante todo, estos preceptos deben interpretarse en conjunto con el artículo 16 del mismo texto legal que establece que "la invalidez de una cláusula accidental o accesorio de un acto administrativo no importará la nulidad de éste, siempre que fuere separable y no afectare la esencia del acto emitido".

De modo que es simple concluir que el acto administrativo está compuesto por *elementos esenciales* y, en ciertos casos, por otros elementos llamados *accesorios*.

Volvamos sobre los elementos esenciales descritos en los artículos 7 y 8, LPA, y analicemos uno por uno. Quizás, convenga dar un ejemplo y describir los elementos esenciales antes de avanzar en su desarrollo teórico.

Buenos Aires, 10 de agosto de 2015. (*forma*)

VISTO las actuaciones y expedientes... Y CONSIDERANDO: Que el agente X se ausentó sin justificación del trabajo durante diez días y que, sin perjuicio de ser intimado a retomar sus tareas, no se reintegró a su puesto de trabajo(*antecedentes de hecho - causas*);

Que la [ley 25.164](#) dice en su artículo 32 que "son causales para imponer cesantía: b) abandono del servicio, el cual se considerará consumado cuando el agente registrare más de cinco inasistencias continuas sin causa que lo justifique y fuera intimado previamente en forma fehaciente a retomar sus tareas" (*antecedentes de derecho - causas*);

Que si bien el hecho pudo haberse encuadrado entre las causales de exoneración —falta grave que perjudique materialmente a la Administración— cabe, sin embargo, ubicarlo entre

las situaciones de cesantía por su especificidad y, asimismo, en razón de que el agente no registra sanciones anteriores (*motivación*);

Que el servicio jurídico dictaminó en las presentes actuaciones (*procedimiento*);

Que el Jefe de Gabinete es competente en los términos del artículo 100, CN, y normas complementarias (*competencia*).

Por ello, el Jefe de Gabinete de Ministros,

RESUELVE. Artículo 1.— Ordenar la cesantía del agente X. (*objeto*) Artículo 2.— Notifíquese y oportunamente archívese. Firmado: Jefe de Gabinete de Ministros. (*forma*)

III.1.1. Competencia

La **competencia** es uno de los elementos esenciales del acto y consiste en la aptitud —como ya sabemos— del órgano o ente estatal para obrar y cumplir así con sus fines. En el capítulo sobre organización hemos estudiado su concepto, el modo de reconocimiento, los tipos de competencia, los conflictos y las técnicas de resolución de éstos.

El principio básico en el Estado Democrático de Derecho es que el Estado no puede actuar, salvo que la ley lo autorice a hacerlo. Esto surge claramente, según nuestro criterio, del artículo 19, CN.

En sentido concordante, el Título II de la ley (LPA) dice 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".

Así, las competencias deben surgir de un mandato positivo de la Constitución, la ley o el reglamento, en términos expresos o razonablemente implícitos. Cabe recordar que los poderes implícitos son aquellos necesarios, según el marco normativo y las circunstancias del caso, para el ejercicio de las competencias expresas.

La competencia, concepto jurídico que ya hemos analizado, puede clasificarse en razón de los siguientes criterios: a) materia, b) territorio, c) tiempo y, por último, d) grado jerárquico.

La competencia en razón de la **materia** es un criterio cuyo contorno depende del contenido o sustancia de los poderes estatales (es decir, el ámbito material). Por su parte, la competencia en virtud del **territorio** es definida por el ámbito físico o territorial en el que el órgano debe desarrollar sus funciones. A su vez, la competencia en razón del **tiempo** es un modo atributivo de facultades por un período temporal determinado (el ámbito aquí es temporal y no material o territorial). Por último, la competencia en razón del **grado** es un criterio cuyo eje rector es el nivel jerárquico de los órganos estatales.

Estas clasificaciones son relevantes porque el marco jurídico de las nulidades —como veremos más adelante— es distinto cuando el vicio recae sobre las materias, el territorio, el tiempo, o el grado. Así, el artículo 14 LPA dice que el acto es "nulo, de nulidad absoluta e insanable... b) cuando fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado, *salvo, en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieren permitidas...*".

Por su parte, el artículo 19, LPA, establece que "el acto administrativo anulable puede ser saneado mediante: a) ratificación por el órgano superior, cuando el acto hubiere sido emitido con incompetencia en razón de grado y siempre que la avocación, delegación o sustitución fueren procedentes".

Asimismo, los caracteres de las competencias estatales son la obligatoriedad e improrrogabilidad. Es decir, los órganos estatales deben ejercer obligatoriamente sus competencias y, a su vez, no pueden trasladarlas. En este sentido, el artículo 3, LPA, dice claramente que el ejercicio de la competencia "constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable".

El Estado tiene la obligación de resolver y hacerlo en los plazos que prevén las normas, o sea que el ejercicio de las competencias estatales es obligatorio y debe hacerse en tiempo oportuno.

III.1.2. Causa

El artículo 7, LPA, establece que el acto "deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de *causa* y en el derecho aplicable". Así, el elemento causa comprende los hechos y el derecho en que el Estado apoya sus decisiones.

En particular, los hechos son los antecedentes fácticos que tuvo en cuenta el órgano y que, junto con el marco jurídico, constituyen el fundamento del acto; es decir, las circunstancias anteriores que dan sustento al acto estatal. Como veremos más adelante, el acto administrativo está dividido en los vistos, considerandos y, finalmente, su parte resolutive. Este elemento debe surgir de modo claro y expreso de los considerandos del acto bajo estudio.

Se ha discutido si los antecedentes pueden estar descritos en otro acto administrativo, o en los actos preparatorios que estén incorporados en el expediente. Es decir, *¿los antecedentes de hecho y derecho deben estar detallados necesariamente en el propio acto?* ¿Es suficiente con un relato sucinto? ¿Puede el acto remitirse y apoyarse en otros actos —anteriores o posteriores—?

Creemos que el acto puede remitirse a otros actos, pero siempre que los trazos básicos — hechos y derecho — surjan del propio acto de modo indubitable; solo así es posible recurrir a otros actos *previos* para completar su integridad en términos de antecedentes. El acto puede describir los hechos y completar sus detalles por remisión y, en igual sentido, decir cuál es el derecho básico aplicable y reenviar simplemente los detalles o pormenores —contemplados en los textos normativos—.

Sin embargo, el Estado en ningún caso puede completar tales antecedentes luego de su dictado (es decir, por medio de actos posteriores).

Los antecedentes deben ser *previos, claros y precisos* según el texto del acto, sin perjuicio de que sea posible integrarlo y completarlo con otros actos dictados con anterioridad, trátase de actos preparatorios del propio acto o de otros actos administrativos.

Cabe agregar que —obviamente— los hechos y el derecho deben ser ciertos y verdaderos.

Además, los antecedentes deben guardar relación con el *objeto* y el *fin* del acto. En términos más claros, el acto estatal y su contenido es básicamente el trípede integrado por los siguientes elementos: los antecedentes (causas), el objeto y el fin, entrelazados unos con otros.

Las causas y el objeto deben conducirnos necesariamente al otro elemento, es decir: la finalidad. En sentido concordante, el objeto y la finalidad nos llevan hacia el antecedente y, por último, el antecedente y la finalidad nos guían hacia el objeto.

Si no es posible entrelazar estos tres elementos de este modo, entonces, el acto está claramente viciado y, por ende, es nulo. ¿Por qué? Porque, en tal caso, el acto es incoherente e irrazonable.

Así, y dicho en otros términos, el acto es aquello que el Estado decide (el objeto), según los antecedentes del caso (las causas y veremos más adelante los motivos), y con el propósito de obtener el resultado perseguido (el fin).

Los demás elementos son coadyuvantes de este núcleo, sin perjuicio de su condición esencial en términos de la LPA (es decir, los otros elementos esenciales —competencia, procedimiento y forma— no nos explican por sí solos qué es el acto).

III.1.3. Objeto

El **objeto** es aquello que el acto decide, resuelve o declara. El objeto debe ser cierto, y física y jurídicamente posible, de modo que puede consistir en un dar, hacer o no hacer, pero en cualquier caso debe ser *determinado* (cierto) y *materialmente posible*.

A su vez, el objeto *no puede ser jurídicamente imposible*, esto último supone un objeto ilícito, según el ordenamiento jurídico; por ello, el vicio específico del elemento objeto, tal como veremos más adelante, es la violación de la ley.

También dice la ley que el acto debe decidir todas las pretensiones de las partes e, inclusive, resolver otras cuestiones no propuestas —previa audiencia del interesado— y siempre que no afecte derechos adquiridos.

El objeto (contenido) está estrechamente ligado y entrelazado con las causas y el fin del acto. Es decir, los antecedentes —de hecho y de derecho— y el fin definen el contorno del objeto del acto, pues constituyen sus límites externos.

En general, el objeto está incorporado en la parte resolutive del acto, mientras que los otros elementos —como ya hemos dicho y repetimos aquí— surgen habitualmente de los considerandos y vistos.

III.1.4. Procedimiento

La ley también establece, entre los elementos esenciales del acto, al **procedimiento** en los siguientes términos, a saber: "antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico". El procedimiento es, entonces, un conjunto de actos previos, relacionados y concatenados entre sí.

Cabe aclarar que, según nuestro criterio y por aplicación de los principios constitucionales, el concepto de procedimiento implícito que utilizó el legislador en el texto del artículo 1 de la LPA —transcripto en el párrafo anterior—, no debe interpretarse en ningún caso en perjuicio de las personas.

A su vez, la ley dice que cuando el acto afecte o pudiere afectar derechos subjetivos o intereses legítimos, el dictamen del servicio permanente de asesoramiento jurídico —procedimiento— es de carácter esencial y, por tanto, obligatorio. Este precepto permite inferir dos premisas. *Por un lado*, el Estado debe cumplir con los procedimientos esenciales que surjan de modo expreso e implícito del ordenamiento jurídico y, *por el otro*, el dictamen jurídico es obligatorio y debe adjuntarse como antecedente del acto cuando afecte o pudiere afectar derechos subjetivos o intereses legítimos.

Es decir, la ley previó el procedimiento como elemento esencial del acto y —a su vez— reguló un procedimiento esencial especial, esto es, el dictamen jurídico. Ciertamente es también que este trámite no excluye otros tantos procedimientos esenciales que prevén otras tantas normas.

En particular, el dictamen jurídico comprende el análisis detallado y reflexivo del marco jurídico aplicable sobre el caso concreto, y tiene por finalidad garantizar los derechos de las personas y la juridicidad de las conductas estatales, evitando así nulidades del acto. Sin embargo, el dictamen jurídico no es de carácter vinculante; es decir, el órgano competente puede resolver en sentido coincidente o no con el criterio del asesor jurídico.

En otros términos, y tal como dicen los operadores jurídicos habitualmente y con razón, el dictamen es obligatorio en el sentido de que debe producirse sí o sí en el marco del trámite administrativo, pero no es vinculante respecto del órgano decisor.

Pues bien, más allá del dictamen jurídico, cabe preguntarse cuáles son los otros procedimientos esenciales. En este contexto, debemos analizar cada bloque jurídico en particular, toda vez que existen múltiples *trámites específicos* que completan el procedimiento general (título I de la LPA) y los procedimientos especiales (decreto 722/96).

Por ejemplo, es posible que el legislador establezca que —en el curso de los trámites en materia ambiental— deba dictaminar con carácter obligatorio el área competente sobre protección y conservación del ambiente. Nótese que este trámite (dictamen del área con competencias y conocimientos específicos e idóneos sobre el ambiente) es un procedimiento esencial y completa así el procedimiento administrativo general. Por ello, sin perjuicio de los procedimientos generales (ley 19.549) y especiales (decreto 722), es importante buscar si existen otros trámites complementarios, pero esenciales y sustanciales respecto de la validez del acto administrativo.

Finalmente, el debido proceso adjetivo, que estudiaremos con detalle más adelante, es otro trámite esencial porque es el cauce que, en el marco del procedimiento administrativo, sigue el derecho de defensa garantizado por el propio texto constitucional. Este trámite está previsto en el artículo 1, inciso f), apartado 1 de la LPA y es claramente obligatorio.

III.1.5. Motivación

Ya nadie discute, menos aún después del dictado de la LPA, que el acto administrativo debe reunir los siguientes elementos esenciales: competencia, causa, objeto, procedimiento, forma y finalidad —más allá de sus múltiples denominaciones y clasificaciones—. Incluso es posible decir y sostener que existe más o menos acuerdo alrededor del contenido de estos elementos.

Sin embargo, es ciertamente confuso y ambiguo el alcance del elemento motivación. Entendemos que este último, sin perjuicio de su recepción en el texto de la ley, nace básicamente del principio de razonabilidad y publicidad de los actos estatales; es decir, el Estado debe dar a conocer el acto y, en especial, sus razones.

A su vez, la reconstrucción del elemento motivación y su inserción en el marco de la Teoría General del acto administrativo y sus nulidades, permite garantizar un Estado más transparente y respetuoso de los derechos.

En síntesis, otro de los elementos esenciales del acto, según el propio texto legal, es la **motivación** del acto, de modo tal que el Estado debe expresar "en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b del presente artículo" (inc. b: antecedentes de hecho y derecho).

De todos modos, creemos que la motivación del acto no es simplemente el detalle y exteriorización o explicación de los antecedentes de hecho y derecho que preceden al acto y que el Estado tuvo en cuenta para su dictado. Es decir, no se trata sólo de exteriorizar en los considerandos del acto los hechos y derecho que sirven de marco o sustento sino explicar, además, cuáles son las razones o motivos en virtud de los cuales el Ejecutivo dictó el acto.

Cabe agregar que tratándose de actos reglados, el elemento motivación es más difuso que en el caso de los actos discrecionales e, incluso, en ciertos supuestos (actos claramente reglados) se superpone lisa y llanamente con el elemento causal.

Veamos el siguiente ejemplo: supongamos que las normas establecen que el Poder Ejecutivo, cuando se produzcan vacantes en su planta permanente, debe ascender a aquel agente que tenga mayor antigüedad en el Estado. Este acto, al igual que cualquier otro, debe exteriorizar los antecedentes de derecho y de hecho (*causas*). ¿Cuáles son, en este caso, esos antecedentes? El antecedente de derecho es la norma jurídica que dice que el Poder Ejecutivo debe ascender al agente que tenga mayor antigüedad; y, por su parte, el antecedente de hecho es la circunstancia de que el agente designado es, entre todos los agentes públicos, el más antiguo. Ahora bien, en este contexto, sólo cabe una solución posible. ¿Cuál? El Ejecutivo, en razón del marco normativo y las circunstancias de hecho, debe nombrar en el cargo vacante al agente con mayor antigüedad. Entonces ¿en qué consiste en este caso la motivación del acto estatal? *Creemos que tratándose de un acto cuyo objeto es enteramente reglado, y ello ocurre cuando el marco normativo dice concretamente qué debe hacer el Estado y cómo hacerlo, el elemento motivación es simplemente la expresión de las causas, confundándose uno con otro.*

Por el contrario, en el marco de un acto parcialmente discrecional, la distinción entre ambos elementos (esto es, las causas y la motivación) es sumamente clara y —en tal caso— el Ejecutivo debe explicar los antecedentes de hecho y de derecho y —a su vez— decir algo más sobre sus decisiones (motivarlas).

Siguiendo, en parte, con el ejemplo desarrollado en el párrafo anterior, supongamos otras hipótesis de trabajo. Por ejemplo, si el marco jurídico establece que el Ejecutivo, en caso de que se produzcan vacantes en su planta de personal, debe nombrar a cualquier agente, siempre que tuviese más de diez años de antigüedad en el sector público. Por otro lado, imaginemos que el Estado, según sus registros, cuenta con cinco agentes que reúnen ese requisito. En este contexto, es claro que el acto y, en particular, su objeto es en parte reglado (el Ejecutivo debe cubrir las vacantes y, además, sólo puede hacerlo por medio del nombramiento de agentes que tengan más de diez años de antigüedad) y, en parte, discrecional (el Ejecutivo puede nombrar a cualquiera de entre los agentes que tuviesen esa antigüedad).

De modo que el Ejecutivo, respecto del elemento causa, cumple debidamente con el mandato legal (artículo 7, LPA), expresando los antecedentes de derecho y de hecho (esto es, la ley y las circunstancias de que los agentes A, B, C, D y E por caso, poseen más de diez años de antigüedad). Sin embargo, el Ejecutivo debe explicar también por qué elige al agente A, pudiendo haber optado por cualquier otro (B, C, D y E). Este *plus* es justamente la motivación del acto que, como ya advertimos, está estrechamente vinculado con los aspectos discrecionales. Así, el Ejecutivo debe

explicar y dar razones de por qué designó al agente A y no a los agentes B, C, D y E. Si el Poder Ejecutivo no da explicaciones de por qué obró de ese modo, entonces, el acto no está debidamente motivado y es nulo.

Cabe aclarar que, más allá de las distinciones conceptuales entre las causas y los motivos del acto, cierto es que habitualmente confundimos estos elementos superponiéndolos y desdibujando el principio de motivación de los actos estatales. Por eso, creemos que el motivo debe ser considerado como un elemento autónomo y esencial, en términos de racionalidad y juridicidad de las decisiones estatales en el marco del Estado de Derecho.

Los operadores sostienen —quizás mayoritariamente— que el elemento motivación debe vincularse con las causas y la finalidad del acto. En igual sentido, se pronunció la Corte en el antecedente "*Punte*" (1997). Sin embargo, otros autores entienden que la motivación es parte de la forma del acto, en tanto comprende la exteriorización de las causas y el fin.

Por nuestro lado, creemos que este elemento debe ser definido como el vínculo o relación entre las causas, el objeto y el fin.

Repasemos: los elementos que permiten comprender básicamente el acto y su real sentido son, como ya expresamos, a) las causas, b) el objeto y c) la finalidad; sin perjuicio del carácter esencial de los otros elementos que prevé la LPA, tales como la competencia, el procedimiento y la forma.

Estos elementos —que quizás podemos llamar centrales en la estructura del acto administrativo— están fuertemente relacionados entre sí por el elemento motivación. Así, la motivación del acto estatal es el nexo entre ellos otorgándole un sentido coherente y sistemático.

Dicho en otros términos, *la motivación es, por tanto, la relación o correspondencia entre la causa y el objeto y, a su vez, entre el objeto y la finalidad.* De modo que el Ejecutivo debe explicar cuál es el vínculo entre las causas y el objeto, y entre éste y la finalidad; y sólo en tal caso, el acto está debidamente motivado en términos racionales y jurídicos.

A su vez, es importante advertir que la comunicación entre la causa y el objeto siempre debe tener como punto de apoyo al fin que persigue el acto.

Imaginemos el siguiente caso: el Poder Ejecutivo debe elegir entre tres ofertas y todas ellas cumplen con los requisitos que exige la ley, de modo que puede adjudicar el contrato a cualquiera de los oferentes. Supongamos que el Estado decide adjudicar el contrato al oferente que presentó el mejor cuadro económico-financiero. En tal caso, sin perjuicio de que el criterio utilizado por el Estado es razonable para decidir del modo en que lo hizo (en el marco del vínculo entre *las causas y el objeto*); cierto es también que el Estado debe relacionarlo con el fin del acto y, en tal sentido, explicar cuál es el nexo entre el objeto y la finalidad (es decir, el vínculo entre la adjudicación a ese oferente —*objeto*— y la prestación del servicio en condiciones continuas, regulares y transparentes —*fin*—).

De todos modos, cabe agregar que la motivación no es simplemente el marco estructural que nos permite unir los elementos del acto; es decir, el orden y la distribución coherente y sistemática de las partes del acto, sin más contenido. ¿Cuál es, entonces, el contenido de este elemento? ***Creemos que la motivación lleva dentro de sí dos componentes, esto es: las razones y la proporcionalidad. Así, el vínculo entre la causa y el objeto debe guardar razonabilidad y, además, proporción entre ambos; igual que el trato entre el objeto y el fin del acto.***

En otras palabras, el elemento motivación del acto debe unir, pero no de cualquier modo sino de forma racional y proporcional, las causas, el objeto y el fin, dándole al acto un sentido coherente y sistemático.

El elemento motivación (elemento esencial al igual que las causas del acto) tiene efectos radiales, esto es, incide directamente en el plano de los derechos porque sólo a través de la expresión de las razones que sirven de fundamento a las decisiones estatales, las personas afectadas pueden conocer el acto íntegramente e impugnarlo fundadamente en sus propias raíces.

El razonamiento es relativamente simple: ¿cómo es posible impugnar aquello que no se conoce o que sólo se conoce en parte? En síntesis, para que las personas puedan ejercer su derecho de defensa en forma adecuada, es necesario que el Estado diga cuáles son las pautas que siguió en su camino; es decir, no sólo qué decidió sino básicamente por qué decidió así.

Dicho en otras palabras, si el particular no conoce cuáles son los motivos del acto, cómo puede —entonces— argumentar y dar otras razones en sentido contrario a aquellos argumentos que desconoce y que simplemente intuye.

Además, el juez sólo puede controlar eficazmente el acto estatal a través del análisis y juicio de los motivos que justificaron el dictado de ese acto.

Cabe agregar que *el Estado, habitualmente, no motiva sus actos y que, en muchos casos, las razones dadas son poco claras e insuficientes.*

Entendemos que el Estado debe motivar todos sus actos y que esos motivos deben ser más o menos profundos y detallados, según su mayor o menor incidencia en el ámbito de los derechos fundamentales. Cabe añadir que siempre es necesario exigir un estándar tal que mediante su lectura cualquier persona logre comprender racionalmente porqué el Estado dictó el acto bajo análisis.

Por su parte, la Corte adujo que "si bien no existen formas rígidas para el cumplimiento de la exigencia de motivación explícita del acto administrativo, la cual debe adecuarse, en cuanto a la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo, no cabe la admisión de formas carentes de contenido, de expresiones de manifiesta generalidad o, en su caso, circunscribirla a la mención de citas legales, que contemplan sólo una potestad genérica no justificada en los actos concretos...".

III.1.6. Finalidad

Luego, la ley dice que "habrá de cumplirse con la **finalidad** que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor" y que, además, "las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad".

Es decir, el acto debe cumplir con el fin que prevén las normas. En general, el fin del acto surge de las disposiciones normativas que atribuyen las competencias y que dicen cuál es el fin que debe perseguir el órgano estatal.

Es más, el fin del acto debe ser siempre público, esto es, un propósito colectivo de modo que el acto no puede perseguir un fin privado, ni tampoco un fin público distinto de aquél que establece la norma ya dictada.

Cabe resaltar que el elemento finalidad —como ya describimos— nace de la norma atributiva de competencias y que, además, su contenido es de carácter general y abstracto. En verdad, si este concepto es particularizado y concreto se superpone y confunde con el propio objeto del acto.

El fin, según el concepto legal, comprende también la proporcionalidad entre medios y fines (objeto y finalidad). Así, las medidas que ordene el acto —decisiones, resoluciones o declaraciones— deben guardar proporcionalidad con el fin que se persigue. Cabe recordar que nosotros hemos incluido este aspecto bajo el elemento motivación.

III.1.7. Forma

Por último, la ley menciona la **forma** como otro de los elementos esenciales del acto. Así, dice el artículo 8, LPA, que: "el acto administrativo se manifestará expresamente y por escrito; indicará el lugar y fecha en que se lo dicta y contendrá la firma de la autoridad que lo emite" y, luego, agrega que "sólo por excepción y si las circunstancias lo permitieren podrá utilizarse una forma distinta".

Aquí, cabe analizar dos casos complejos. Por un lado, el acto no escrito; y, por el otro, el acto dictado en soporte digital y, además, cuya firma es digital.

El acto —en principio— es *escrito*, pero excepcionalmente puede ser verbal o expresarse por signos (tal es el caso de una señal de tránsito ubicada en la vía pública o la orden impartida por un agente público verbalmente).

Por otro lado, la Ley de Firma Digital (Ley 25.506), reglamentada por el decreto 2628/02, introdujo el concepto de acto administrativo digital; esto es, reconoce validez legal al acto estatal dictado en soporte y con firma digital. En particular, el texto legal prevé el uso de la firma digital por el Estado "en su ámbito interno y en relación con los administrados de acuerdo con las condiciones que se fijan reglamentariamente en cada uno de sus poderes".

III.1.8. Los otros elementos del acto. La voluntad del agente

Hemos detallado los elementos esenciales de los actos administrativos que establece la ley de procedimiento en términos expresos (artículos 7 y 8, LPA). Antes de abandonar este capítulo, es necesario repasar brevemente el régimen de las nulidades que está apoyado y construido sobre los elementos del acto, y observar así si éstos coinciden con los elementos antes descritos.

Por un lado, el artículo 14 del mismo texto legal (LPA) regula el sistema de nulidades de los actos estatales y nos dice en qué casos el acto es *nulo de nulidad absoluta*; y, por el otro, el artículo 15, LPA, dispone cuáles son los *actos anulables de nulidad relativa*. Estos preceptos construyen el modelo de nulidades en el ámbito del Derecho Público sobre los elementos esenciales del acto —igual que ocurre en el Derecho Privado—. La teoría de las nulidades de los actos estatales distingue básicamente entre: los actos nulos de nulidad absoluta y los actos anulables de nulidad relativa.

Cabe agregar que el legislador estableció respecto de los *actos nulos de nulidad absoluta*, el criterio de enumeración o listado; es decir, el detalle de los casos de nulidades de carácter absoluto (vicios de incompetencia, falta de causa y violación de la ley aplicable, entre otros). A su vez, en el campo de los *actos anulables de nulidad relativa* fijó el criterio rector (esto es, el acto es anulable de nulidad relativa cuando el vicio no impide la existencia de los elementos esenciales), sin descripción ni detalle.

De todas maneras, este último estándar —propio de los actos anulables de nulidades relativas— debe extenderse sobre los actos nulos de nulidad absoluta porque éstos son conceptos complementarios. Es decir, en el marco de las nulidades absolutas (actos nulos) cabe concluir que, el criterio general y básico, es que el acto es nulo de nulidad absoluta cuando el vicio impide la existencia de uno o más de sus elementos esenciales. Así, el detalle de los casos de actos nulos de nulidad absoluta que prevé el artículo 14, LPA, es simplemente enunciativo y no de carácter taxativo.

En conclusión, y éste es el aspecto central en este contexto, las nulidades absolutas que prevé el artículo 14, igual que las nulidades relativas del artículo 15, LPA, deben vincularse con los elementos que hemos estudiado antes y que están detallados en los artículos 7 y 8 de la ley, o sea los elementos esenciales del acto.

Cuando el acto está viciado y el defecto impide la existencia de cualquiera de los elementos esenciales, el acto es nulo de nulidad absoluta; y cuando el vicio no impide la existencia de tales elementos, entonces, el acto es anulable de nulidad relativa.

Sin embargo, existe un inconveniente claro. Así, *si comparamos los elementos con los vicios de dichos elementos; es decir, si trazamos un paralelismo entre los artículos 7 y 8 y los artículos 14 y 15, LPA, advertimos que las coincidencias no son absolutas entre ambos extremos.*

Tracemos las semejanzas y diferencias entre los dos campos (elementos y vicios). Así, entre las *semejanzas*:

- (a) Por un lado, el artículo 7, LPA, prevé el elemento competencia; y, por el otro, el artículo 14 LPA establece el vicio de "incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado".
- (b) Frente al elemento causa (artículo 7, LPA), el artículo 14 LPA establece el vicio de "falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados".
- (c) Ante el elemento objeto (artículo 7, LPA), el artículo 14 LPA dispone que el acto es nulo de nulidad absoluta en caso de "violación de la ley aplicable" (es decir, cuando el objeto es jurídicamente imposible).
- (d) Ante el elemento finalidad (artículo 7, LPA), la ley prevé el vicio de violación "de la finalidad que inspiró su dictado".
- (e) Por último, frente al elemento forma (artículo 7, LPA), el artículo 14 dice que el acto es nulo en caso de trasgresión de "las formas esenciales".

A su vez, entre las *diferencias*:

- (a) Frente al elemento procedimiento (artículo 7, LPA), el artículo 14 y siguientes de la LPA (nulidades) guardan silencio.
- (b) En el marco del elemento motivación, sin perjuicio de su previsión en los términos del artículo 7, LPA, la ley nada dice sobre los vicios de éste (artículo 14 LPA).
- (c) Finalmente, el artículo 14, LPA, en su inciso a) establece que el acto es nulo de nulidad absoluta "cuando la voluntad de la Administración resultare excluida" por error esencial, dolo, violencia física o moral y simulación absoluta. *Sin embargo, los arts. 7 y 8 no incluyen a la voluntad entre los elementos del acto.*

De modo que *la descripción de las disposiciones normativas y su estudio en términos comparativos, nos plantea dos conflictos interpretativos* que debemos resolver.

Por un lado, el régimen de nulidades (artículos 14 y 15, LPA) omite ciertos elementos que el mismo texto legal incluye como esenciales —esto es, el *procedimiento* y los *motivos*—.

Por el otro, el modelo de nulidades, propio del Derecho Público en el marco de la LPA, introduce el concepto de voluntad de la Administración y sus respectivos vicios cuando —por su lado— los preceptos específicos sobre los elementos del acto —artículos 7 y 8— no incorporaron ese elemento. Entonces, cabe preguntarse *¿la voluntad es un elemento esencial del acto administrativo?*

Primero, debemos plantearnos una cuestión más genérica y de orden previo en términos metodológicos, a saber: *¿la construcción dogmática sobre la Teoría General del Acto Administrativo que creó el legislador en el marco de la LPA es o no razonable?* En principio, es cierto que pueden intentarse muchas otras construcciones teóricas sobre los elementos del acto. Sin embargo creemos que el modelo propuesto por el legislador mediante la interpretación integral del texto de la LPA es sistemático y coherente y, básicamente, es válido en términos jurídicos porque garantiza razonablemente los derechos y principios constitucionales. A su vez, cualquier otro modelo que intentemos construir o construyamos puede crear más confusión e incertidumbre sobre un aspecto que es relativamente simple, esto es, los elementos del acto administrativo y su régimen jurídico.

Consecuentemente, *no es necesario ni razonable crear un modelo dogmático sobre la Teoría General del Acto Administrativo y particularmente sobre sus elementos, más allá del texto normativo —LPA—*; por eso, proponemos seguir el criterio que marcó el legislador y salvar las lagunas y contradicciones que hemos descrito en los párrafos anteriores.

En síntesis, los elementos del acto están claramente definidos y medianamente explicados en los artículos 7 y 8 de la ley.

Volvamos sobre el escenario de contradicción que planteamos en el marco de la LPA entre el régimen de los elementos (artículos 7 y 8) y el de las nulidades del acto (artículos 14 y 15).

Recordemos cuáles son los dos conflictos interpretativos:

- A) *Por un lado*, el legislador no incluyó entre los elementos del acto al consentimiento o voluntad estatal, pero luego entre las nulidades del acto sí incorporó el vicio sobre la voluntad. Es decir, el concepto no está regulado entre los elementos del acto, pero sí en el marco de las nulidades de éste. Aquí se plantea un caso claro de contradicción en el propio texto.
- B) *Por el otro*, la incorporación del procedimiento y los motivos entre los elementos del acto, pero su omisión en el plano de los vicios y nulidades. Estas indeterminaciones —más que contradicciones— son, quizás, un caso de lagunas del modelo.

En otros términos, las indeterminaciones descritas constituyen, en un caso, **contradicciones** y, en el otro, **lagunas** (siempre que analicemos el modelo jurídico desde el terreno de los elementos del acto y convengamos que el criterio de los artículos 7 y 8, LPA, es válido). Así, por ejemplo, cuando el elemento es incorporado y regulado por la LPA, pero —a su vez— se omite entre las nulidades, existe una laguna. A su vez, si el concepto no está regulado entre los elementos y, a pesar de ello, es incorporado en el marco de las nulidades, existe entonces contradicción entre las normas.

Más allá de este enfoque o cualquier otro, el aspecto relevante es que hay *indeterminaciones normativas* en el marco de la LPA que deben ser salvadas por el operador jurídico. Intentemos hacerlo.

A) ***Por un lado, la voluntad del Estado*** es, tal como hemos explicado en el capítulo sobre organización administrativa, el consentimiento del agente estatal (es decir, el asentimiento o intención de las personas físicas que integran el Estado y son parte de éste). En este contexto, la voluntad constituye —según nuestro criterio— el ***presupuesto*** del propio acto, salvándose así las contradicciones entre los artículos 7 y 8 por un lado; y 14 y 15, por el otro.

Por ello, entendemos que es lógico y razonable que el legislador incorpore el concepto de voluntad (es decir el consentimiento, elección o asentimiento del Estado por medio de sus agentes) en el marco de la Teoría General de los Actos Administrativos —más allá de sus elementos— y, consecuentemente, el vicio propio de aquél.

Creemos entonces que ***la voluntad estatal es un presupuesto del acto*** que debe integrarse con un componente objetivo (norma atributiva de competencias que nos dice que el Estado debe obrar y, en su caso, cómo hacerlo), y otro de contenido subjetivo (voluntad del agente).

Muchas veces, en particular tratándose de actos reglados, es posible prescindir del componente subjetivo. Obviamente, si el acto es reglado, el componente volitivo es —en principio— irrelevante ya que aun si el acto es dictado por un agente demente o que actuase bajo presión o amenazas, el acto es igualmente válido (es decir, vale como si hubiese sido dictado por un agente en pleno uso de sus facultades).

Sin embargo, en otros casos no es así. En efecto, en el marco de los actos discrecionales el presupuesto volitivo del acto es sumamente relevante. Además creemos que, en tal supuesto, no es posible reconducir y encuadrar los vicios del consentimiento del agente (voluntad) en el cuadro de los vicios propios de los elementos esenciales del acto estatal.

En síntesis, entendemos que este caso de contradicción entre los elementos (artículos 7 y 8, LPA) y las nulidades del acto (artículo 14 LPA), debe salvarse en esos términos: el componente volitivo que prevé el artículo 14 —pero no así los preceptos 7 y 8 LPA— no es un elemento sino un presupuesto del acto. Paso seguido, los vicios del consentimiento o intención (voluntad) conforman actos claramente inválidos.

B) ***Por otro lado***, respecto de las lagunas en el marco de las nulidades de los actos estatales —esto es, la ***previsión de ciertos elementos esenciales que más adelante no figuran en el sistema de vicios y nulidades*** (artículos 14 y 15 LPA)— deben rellenarse e integrarse con el texto de los artículos 7 y 8, LPA, que establecen con claridad y de modo literal cuáles son, según el criterio del legislador, los elementos del acto.

Es decir, el cuadro de los vicios del acto administrativo debe integrarse con los elementos no previstos de modo expreso, pero sí incorporados en el marco regulador de los elementos esenciales, esto es, el mandato de los artículos 7 y 8 LPA.

Así, el cuadro de los preceptos 14 y 15, LPA, debe completarse con las piezas procedimiento y motivación y sus respectivos vicios (esto es, el incumplimiento de los procedimientos esenciales y sustanciales que prevé el ordenamiento jurídico de modo expreso o implícito; y la falta de motivación o, en su caso, la invocación de motivos insuficientes o irrazonables en el dictado del respectivo acto estatal).

Otros operadores creen que las indeterminaciones que hemos señalado anteriormente de las disposiciones de la LPA deben llenarse a través de otros caminos interpretativos. Por ejemplo, se

ha dicho que el elemento de las *formas* comprende, más allá del texto legal, el procedimiento, formas y motivación del acto. Es decir que —según este criterio— las formas del acto incluyen los motivos, el procedimiento y las formas propiamente dichas. En conclusión, si bien el artículo 14 de la LPA no describe entre los vicios del acto a los motivos y al procedimiento, éstos están comprendidos en el elemento forma y sus vicios (violación de "las formas esenciales").

Sin embargo, entendemos que es más razonable salvar las indeterminaciones normativas a partir de los elementos y no desde los vicios del acto. Es decir, debemos respetar las piezas en los términos de los artículos 7 y 8, LPA, y readaptar las nulidades, pero no al revés porque creemos que no es razonable redefinir los elementos con el propósito de encastrarlos en el marco de las nulidades de los artículos 14 y 15, LPA.

Este camino se ve reforzado, según nuestro parecer, por las siguientes razones:

1. los vicios en el Derecho Público pueden ser expresos o implícitos, de modo que no es necesario atenerse al texto normativo literal; y, además,
2. si seguimos otro camino, puede desdibujarse el carácter autónomo del elemento motivación del acto al confundirse con las causas de éste. Este último aspecto es realmente sustancial, pues es necesario reconocer —más allá del nombre de los elementos del acto y de sus inagotables clasificaciones— el carácter racional, justificado y transparente de los actos estatales y, particularmente, el control judicial sobre éstos.

En conclusión, debemos integrar el marco jurídico del acto y sus vicios en los siguientes términos. Veamos los trazos más significativos.

Primero: los elementos esenciales del acto están detallados en el mandato de los artículos 7 y 8, LPA, y — a su vez— *el componente volitivo es un presupuesto necesario del acto*.

Segundo: el acto es nulo de nulidad absoluta e insanable, en los casos mencionados en el artículo 14 de la LPA y anulable de nulidad relativa en los términos del artículo 15, LPA.

Tercero: *el acto es nulo de nulidad absoluta e insanable cuando no esté motivado o sus motivos fuesen insuficientes o irrazonables, o si no cumple con los procedimientos esenciales y sustanciales*. Estos vicios surgen implícitamente de la LPA.

III.2. Los elementos accesorios del acto

Los elementos accidentales de los actos administrativos, igual que ocurre en el Derecho Privado respecto de los actos jurídicos, son: el modo, la condición y el plazo.

El primero de ellos (*modo*), es una obligación accesoria que se impone sobre el beneficiario del acto, pero ¿cuál es la consecuencia en caso de incumplimiento de ese deber?

En el derecho privado el incumplimiento no extingue el beneficio, sin perjuicio de que el sujeto obligado pueda ser compelido judicialmente al cumplimiento de sus deberes. En particular, el Código Civil y Comercial establece que "el cargo es una obligación accesoria impuesta al adquirente de un derecho. No impide los efectos del acto, excepto que su cumplimiento se haya previsto como condición suspensiva, ni los resuelve, excepto que su cumplimiento se haya estipulado como condición resolutoria" (art. 354). A su vez, "la estipulación como cargo en los

actos jurídicos de hechos que no pueden serlo como condición, se tiene por no escrita, pero no provoca la nulidad del acto" (art. 357).

Por su parte, en el marco del Derecho Público, el modo es la obligación que cae sobre el destinatario del acto y guarda relación con el derecho reconocido. A su vez, el Estado puede exigir el cumplimiento de tales obligaciones.

Por último, el acto tiene efectos desde su dictado —sin solución de continuidad— y siempre que el Estado no declare su caducidad por incumplimiento del cargo.

Por otro lado, la *condición*, según el Código Civil y Comercial, es "la cláusula de los actos jurídicos por la cual las partes subordinan su plena eficacia o resolución a un hecho futuro e incierto" (art. 343).

Las condiciones son suspensivas o resolutorias. En el primer caso el nacimiento del derecho está subordinado al acontecimiento del hecho de que se trate; de modo que el acto sólo produce sus efectos desde el cumplimiento de las condiciones. En otros términos, el acto está suspendido a resultas de éstas.

En el segundo, es la extinción del derecho —y no su nacimiento— aquello que está sujeto a las condiciones del caso y, consecuentemente, el acto produce sus efectos inmediatamente (desde el principio), sin perjuicio de su cese posterior por cumplimiento de las condiciones resolutorias.

Cabe recordar que, conforme el Código Civil y Comercial, "es nulo el acto sujeto a un hecho imposible, contrario a la moral y a las buenas costumbres, prohibido por el ordenamiento jurídico o que depende exclusivamente de la voluntad del obligado. La condición de no hacer una cosa imposible no perjudica la validez de la obligación, si ella fuera pactada bajo modalidad suspensiva". Y, finalmente, añade que "se tienen por no escrita las condiciones que afecten de modo grave las libertades de las personas, como la de elegir domicilio o religión, o decidir sobre su estado civil" (art. 344).

Asimismo, "el acto sujeto a plazo o condición suspensiva es válido, aunque el objeto haya sido inicialmente imposible, si deviene posible antes del vencimiento del plazo o del cumplimiento de la condición" (art. 280).

Igualmente en el ámbito del Derecho Público la condición es un hecho futuro e incierto en virtud del cual el acto estatal (objeto), se cumple o no (eficacia). Un caso típico de acto estatal bajo condición suspensiva es, según nuestro criterio, el acto dictado por un órgano sujeto a aprobación o autorización de otro órgano. Así, por ejemplo, el acto dictado (objeto), pero luego rechazado por el órgano que debe aprobarlo o autorizarlo, debe ser dejado sin efecto (condiciones suspensivas). A su vez, el acto *ad referendum* de otro órgano es habitualmente regulado como condición resolutoria; es decir, el acto surte efectos, pero en caso de no ser refrendado cae y ya no es eficaz.

Es posible que los elementos accesorios se superpongan (a saber, el modo o cargo con las condiciones). Por ejemplo, cuando el hecho para el ejercicio del derecho (condición suspensiva) configura una obligación del interesado (cargo). Así, por caso, si la autorización para habilitar un comercio, requiere colocar paneles ignífugos. En tal caso, es un modo (cargo) y —a su vez— condición para el ejercicio del derecho.

Finalmente, el *plazo* es la modalidad que difiere en el tiempo los efectos del acto, pero que inevitablemente ocurrirá. El plazo puede ser, en el marco del Derecho Privado, suspensivo (los efectos del acto son diferidos hasta el cumplimiento del término), o resolutorio (los efectos del acto comienzan; pero cumplido el plazo, cesan tales efectos).

Asimismo, el plazo puede ser cierto (así ocurre cuando el término está definido con precisión) o incierto (el plazo es indeterminado, sin perjuicio de que necesariamente habrá de ocurrir). Por último, el plazo puede ser expreso o tácito.

El Código Civil y Comercial dispone que "la exigibilidad o la extinción de un acto jurídico pueden quedar diferidas al vencimiento de un plazo"; y "el plazo se presume establecido en beneficio del obligado a cumplir o a restituir a su vencimiento, a no ser que, por la naturaleza del acto, por otras circunstancias, resulte que ha sido previsto a favor del acreedor o de ambas partes" (arts. 350 y 351, respectivamente).

En el marco del Derecho Público, el plazo es un hecho futuro y cierto, en razón del cual nacen o cesan los efectos del acto administrativo.

Explicados los elementos accesorios, cabe agregar que éstos no son piezas que integren el objeto del acto y, por tanto, sus vicios no recaen sobre los elementos esenciales. De tal modo, las nulidades de los aspectos accesorios no afectan la validez del acto, siempre que sean separables de aquél y de sus elementos esenciales.

III.3. La notificación del acto

La notificación es el hecho por el cual se pone en conocimiento del interesado el acto y su contenido.

Puntualmente, ha sido objeto de discusión *si la notificación del acto estatal debe ser considerada como uno de sus elementos y, consecuentemente, su incumplimiento es un vicio de aquél o, por el contrario, es simplemente condición de eficacia del acto estatal.*

La ley es suficientemente clara cuando expresa que "para que el acto administrativo de alcance particular adquiera eficacia debe ser objeto de notificación al interesado" (artículo 11, LPA). Luego, el texto añade que "los administrados podrán antes, no obstante, pedir el cumplimiento de esos actos si no resultaren perjuicios para el derecho de terceros".

Vale recordar que el mismo precepto establece que "para que el acto administrativo [de alcance general]... adquiera eficacia debe ser objeto de... publicación".

Por su parte, la Corte sostuvo en el precedente "*La Internacional Empresa de Transporte*" (2001), que "el acto administrativo sólo puede producir sus efectos propios a partir de la notificación al interesado y que la falta de notificación dentro del término de vigencia de la ley no causa la anulación del acto en tanto no hace a su validez sino a su eficacia".

IV. LOS CARACTERES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Hemos explicado en su oportunidad que el Estado goza de ciertos privilegios que puestos en términos comparativos con el Derecho Privado, cabe caracterizarlos —razonablemente y sin exageración— como exorbitantes. Entre estas ventajas, debe mencionarse al marco jurídico especial de los actos estatales y, en particular, sus caracteres.

¿Cuáles son esos caracteres? La ley (LPA) en su artículo 12 dice que "el acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en

práctica por sus propios medios". Luego, y antes de concluir este capítulo, estudiaremos el carácter no retroactivo del acto estatal.

Pues bien, el Poder Ejecutivo goza de *autotutela declarativa y ejecutiva* porque puede declarar la validez y hacer cumplir sus actos por sí mismo —sin participación del juez—. Por el contrario, cualquier particular sólo puede obtener esas declaraciones y ejecuciones a través de intervenciones judiciales, esto es, por medio de otros (*heterotutela*).

El acto administrativo, entonces, y a diferencia de los actos jurídicos rodeados por el Código Civil y Comercial, goza de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, según surge del texto del artículo 12, LPA. Estudiemos estos caracteres por separado.

IV.1. La presunción de legitimidad

En el ámbito del Derecho Privado cuando cualquier sujeto pretende hacer valer un acto jurídico debe alegar y probar su existencia y, además, su validez.

En cambio, en el marco del Derecho Público no es así, pues la ley dice que el acto administrativo es legítimo (artículo 12, LPA) y, por tanto, el Estado o quien intente valerse de él, no debe probar su validez porque el acto es por sí mismo válido.

Cabe, sin embargo, aclarar que esta presunción es *iuris tantum* (es decir que cede y se rompe si se prueba la invalidez del acto, e incluso si sus vicios son claramente manifiestos). De modo que se impone al destinatario del acto, la carga de probar la ilegitimidad de éste si pretende su exclusión del mundo jurídico.

La Corte reconoció este carácter en numerosos precedentes, entre ellos: "Los Lagos" (1941), "Lipara" (1961) y "Pustelnik" (1975), incluso antes de la sanción de la LPA (1972).

¿Cuál es el fundamento de este carácter del acto estatal? Es decir, ¿por qué debemos presumir que el acto estatal es legítimo? Porque es un principio necesario para el desarrollo de las actividades estatales. En efecto, en caso contrario, el Ejecutivo vería trabado permanentemente el ejercicio de sus funciones y, consecuentemente, el cumplimiento de sus fines.

Este camino que trazó el legislador tiene *dos consecuencias jurídicas* relevantes.

Por un lado, *el juez no puede declarar la invalidez del acto administrativo de oficio* —es decir, por sí mismo y sin pedimento de parte—, sino que sólo puede hacerlo ante el pedido puntual de las partes en el marco de un proceso judicial. Recordemos que, contrariamente, en el caso del Derecho Privado, el juez puede declarar de oficio la invalidez de los actos jurídicos de nulidad absoluta y manifiesta.

Por el otro, las reglas y el juego de los medios probatorios es distinto del modelo tradicional propio del derecho procesal privado. En efecto, en el Derecho Privado quien intente valerse de un acto debe alegarlo y probarlo en el proceso. Es decir, el esquema lógico jurídico es el siguiente: si alguien pretende valerse de un acto debe probar su validez. Él es quien debe cargar con ese extremo y, en su caso, la contraparte debe, luego, argumentar y probar —en sentido contrario— su invalidez.

En el Derecho Público no es así porque el principio de las cargas respecto de las pruebas debe invertirse por la presunción de validez de los actos. Así, *el Estado no debe alegar ni probar la*

validez del acto de que se vale, sino que es el particular interesado quien debe hacerlo (es decir, alegar y probar su invalidez). Así, en el Derecho Público, el desarrollo secuencial es más simple: el particular interesado debe plantear y justificar la invalidez del acto estatal.

Sin embargo, creemos que este criterio propio y rígido del Derecho Público debe *matizarse*. En efecto, el principio clásico probatorio y sus cargas en el marco del Derecho Público, debe congeniarse con el postulado de las pruebas dinámicas. ¿En qué consiste este criterio procesal? Pues bien, dice R. ARAZI que "la teoría de la carga probatoria dinámica o del principio de la solidaridad y colaboración considera que tiene que probar la parte que se encuentra en mejores condiciones de hacerlo". Sin embargo, E. FALCÓN advierte que "el desplazamiento de la carga probatoria da una cierta inseguridad a los litigantes que se verían obligados a probar todos los hechos, incluso los negativos, por la posibilidad de que el juez al dictar sentencia encuentre que la carga de la prueba pudiera corresponder a uno u otro. De modo que si se altera la secuencia generalmente admitida en cuanto a la carga probatoria, el tribunal debe indicar concretamente sobre quién pesa la misma".

Es decir, si bien cada parte —en principio— debe probar los hechos que alega como sustento de su pretensión, este criterio general se ve morigerado por la aplicación de la *doctrina de las cargas probatorias dinámicas* que establece que cuando una de las partes esté en mejores condiciones fácticas de producir o agregar cierta prueba vinculada a los hechos controvertidos, debe soportar el deber probatorio.

Así, si por la índole de la controversia o las constancias de la causa, surge evidente que una de las partes litigantes se encuentra en una posición dominante o privilegiada en relación con el material probatorio —ya sea por ejemplo porque está en posesión del instrumento probatorio o por su participación en el hecho controvertido—, su deber procesal de colaboración se acentúa al extremo de atribuírsele la carga probatoria.

En conclusión, el particular damnificado, en razón del juego de estos dos principios —presunción de legitimidad y pruebas dinámicas— debe en el marco del proceso judicial impugnar y alegar (es decir, plantear el asunto), pero no necesariamente probar el vicio cuando el Estado esté en mejores condiciones de hacerlo (por ejemplo, en virtud de los expedientes u otros elementos que estuviesen en poder de éste).

Una cuestión importante y controversial en este análisis es si el acto administrativo nulo de nulidad absoluta goza o no de este privilegio o prerrogativa —presunción de legitimidad—. Creemos que cuando el *acto es nulo de nulidad absoluta* y además de modo *manifiesto*, entonces, debe ceder el principio de presunción de legitimidad, pues se trata simplemente de una ficción legal que es posible desvirtuar por las circunstancias del caso.

En el precedente "Pustelnik" (1975) ya citado, la Corte dijo "que dicha presunción de legitimidad de los actos administrativos no puede siquiera constituirse frente a supuestos de actos que adolecen de una invalidez evidente y manifiesta".

Más adelante, el Tribunal en el antecedente "Gobierno de la Nación c. Alou Hnos. por nulidad de contrato" (1976), sostuvo que "conviene precisar que la presunción de legalidad de los actos administrativos, que es garantía de seguridad y estabilidad, sólo cede cuando la decisión adolece de vicios formales o sustanciales o ha sido dictada sobre la base de presupuestos fácticos manifiestamente irregulares, reconocidos o fehacientemente comprobados, pues los actos administrativos, por serlo, tienen a su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la autoridad administrativa y, por consiguiente, toda invocación de nulidad contra ellos debe ser necesariamente alegada y probada en juicio".

IV.2. El carácter ejecutorio del acto

El acto estatal, además de presumirse legítimo —como ya explicamos—, es de carácter ejecutorio (es decir, el Estado puede hacerlo cumplir aún contra la voluntad del destinatario y sin intervención judicial). La ley dice que, en principio, *los actos administrativos tienen fuerza ejecutoria*, pero establece dos excepciones, a saber: (a) cuando la ley dispusiese otro criterio; o (b) cuando la naturaleza del acto exigiese la intervención judicial.

El primer supuesto es claro, pero no así el segundo. Veamos: ¿en qué casos la naturaleza del acto requiere la intervención judicial para su cumplimiento coactivo? Se ha dicho que ello ocurre cuando el acto afecte o pudiese afectar derechos o garantías constitucionales, pero en tal caso —prácticamente— ningún acto estatal es ejecutorio. Así las cosas, en este contexto interpretativo, el principio ya no es el carácter ejecutorio sino suspensivo del acto.

El carácter ejecutorio de los actos administrativos nace del texto de la LPA y, consecuentemente, el legislador puede derogar o modificar este postulado sin contradecir principio constitucional alguno.

Los medios de ejecución forzosa son los siguientes: a) el embargo y ejecución cuando se trate de sumas líquidas; b) el cumplimiento subsidiario —es decir por otros y a cargo del destinatario—; y c) las *astreintes*. Finalmente, en razón del principio *pro libertad*, el Estado debe aplicar el medio menos gravoso respecto del destinatario del acto a ejecutar.

¿Cómo es *la práctica en nuestro sistema institucional* respecto del carácter ejecutorio de los actos? En verdad, las excepciones que prevé la ley son tan amplias y extensas —como ya adelantamos— que el principio (fuerza ejecutora) comienza a desdibujarse y concluye invirtiéndose. Es decir, el principio general de la ejecutividad de los actos se ve transformado y constituido simplemente como excepción. Por tanto, la excepción al principio (esto es, la suspensión del acto), según el criterio literal de la ley, acaba siendo la regla a seguir.

Así, en la realidad, los actos no son ejecutorios; salvo casos de excepción (por ejemplo, en el campo tributario y —además— con ciertas limitaciones).

Veamos algunos ejemplos: los actos sancionadores disciplinarios —por caso las cesantías o las exoneraciones de los agentes públicos— son ejecutorios. Sin embargo, los actos sancionadores de contenido patrimonial, como por caso las multas, no son ejecutorios. En efecto, la multa es un acto administrativo sancionador de contenido patrimonial que no es ejecutorio ya que el Estado debe iniciar un proceso judicial (juicio ejecutivo o de apremio) con el objeto de hacerlo cumplir y, consecuentemente, hacerse del dinero adeudado. Si el acto estatal que impone la multa fuese realmente ejecutorio, entonces, el Estado podría embargar y ejecutar los bienes del deudor, sin necesidad de recurrir al juez.

Por ejemplo, las clausuras, en ciertos casos, revisten carácter ejecutorio y en otros no.

Otro supuesto: el acto que dispone el desalojo por ocupación de bienes del dominio público o el decomiso de bienes peligrosos para la seguridad o la salubridad y que, por las circunstancias del caso, requiere de medidas urgentes, es claramente ejecutorio.

La ley 25.239 que modificó en parte la ley de procedimiento tributario (ley 11.683) establece que en el trámite judicial de apremio (juicio especial) "el agente fiscal representante de la AFIP

estará facultado a librar bajo su firma mandamiento de intimación de pago y *eventualmente embargos...*". Así, el agente fiscal puede decretar embargos e, incluso, anotarlos; pero en ningún caso desapoderar los bienes, sin perjuicio de que, luego de dictada la sentencia, sí puede llevar adelante la ejecución mediante el remate de los bienes embargados. La Corte se expidió sobre esta cuestión en el precedente "Administración Federal de Ingresos Públicos c. Intercorp S.R.L." (2010). Allí, sostuvo que la ley "contiene una inadmisble delegación, en cabeza del Fisco Nacional, de atribuciones que hacen a la esencia de la función judicial".

En conclusión, el acto administrativo no tiene fuerza ejecutoria, salvo casos de excepción.

Agreguemos que cuando el acto no es ejecutorio y el Poder Ejecutivo intente hacerlo cumplir, debe iniciar el proceso judicial pertinente, cuyo objeto es justamente su cumplimiento (por ejemplo, los procesos ordinarios o, comúnmente, los juicios ejecutivos por el cobro de multas y deudas tributarias).

Descrito el principio, veamos **ciertos aspectos** puntuales propios y complementarios de aquél.

(1) La interposición de los recursos administrativos o acciones judiciales contra el acto estatal, no suspende por sí solo su carácter ejecutorio, salvo que una norma expresa disponga lo contrario. Éste es el criterio legal (LPA), en términos literales.

(2) Sin embargo, no debe confundirse el segundo párrafo del artículo 12, LPA, con el primero que ha sido objeto de estudio en los apartados anteriores. Así, el segundo párrafo dice que "la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta". Esta cláusula se refiere al régimen de las medidas precautorias de suspensión del acto en el procedimiento administrativo (sede administrativa). Es decir, el Poder Ejecutivo en el marco del artículo 12 LPA, segunda parte, debe suspender en ciertos casos el cumplimiento (*ejecución*) de los actos administrativos.

IV.3. El carácter no retroactivo

Los actos administrativos singulares tienen eficacia desde su notificación (artículo 11, LPA). Sin embargo, la LPA dispone que "el acto administrativo podrá tener efectos retroactivos— siempre que no se lesionaren derechos adquiridos— cuando se dictare en sustitución de otro revocado o cuando favoreciere al administrado" (artículo 13). Es decir, la retroactividad encuentra sus límites en el derecho de propiedad y el principio de seguridad jurídica.

Asimismo, el artículo 83 del decreto reglamentario de la ley (LPA) establece que "los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte y aun mediante recurso en los casos en que éste fuere procedente. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos por los administrados". Aclaremos — además— que respecto de los actos de alcance general debemos aplicar por vía analógica el Código Civil y Comercial. Así, "a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales..." (art. 7).

En síntesis, además de los caracteres ya descritos y mencionados en el artículo 12 de la LPA, el acto administrativo es —por regla general— no retroactivo, sin perjuicio de las excepciones que pesan sobre este principio.

V. LOS MODOS DE EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La LPA establece tres modos de extinción del acto administrativo, ellos son: la revocación, la caducidad y la nulidad. Veamos cada uno de ellos y su régimen jurídico por separado.

V.1. La revocación del acto administrativo

La revocación es un modo de extinción del acto administrativo dispuesto por el propio Poder Ejecutivo ante sí mismo, sin intervención del juez, y por razones de ilegitimidad o inoportunidad.

El objeto de este instituto es extinguir los actos estatales ilegítimos o inconvenientes, y su *fundamento* básicamente es: (a) preservar el principio de legitimidad en el marco de la actuación estatal; y (b) satisfacer el interés colectivo. En este contexto, vale recordar que el Estado puede alegar sus propios errores o torpezas cuando, como ya sabemos, las personas privadas (físicas o jurídicas) no pueden hacerlo.

En particular, el Ejecutivo cuando descubre o advierte cualquier acto ilegítimo debe extinguirlo —por sí y ante sí— por medio del instituto de la revocación; o, si ello no fuere posible en ciertos casos, tal como prescribe la ley, debe recurrir ante el juez con el objeto de que éste declare inválido el acto, expulsándolo así del mundo jurídico. Esta acción procesal cuyo objeto o pretensión del actor —Estado Nacional— es la declaración de nulidad de sus propios actos recibe el nombre de *lesividad*.

Tres observaciones previas más, antes de continuar con el análisis propuesto y con el objeto de contextualizar el presente desarrollo argumental.

Primero: la LPA, en sus artículos 17 y 18 tal como veremos luego en detalle, nos dice en qué casos el Ejecutivo puede revocar (esto es, extinguir el acto ante sí); y en qué otros no puede hacerlo y, consecuentemente, debe iniciar las acciones judiciales con este propósito. De modo que la ley regula particularmente este aspecto.

Segundo: cuando el Estado revoca por razones de ilegitimidad, no debe indemnizar a las personas afectadas en sus derechos; mientras que si retrocede y extingue por razones de inoportunidad, sí debe hacerlo.

Tercero: creemos que es conveniente desterrar el concepto de "cosa juzgada administrativa", pues crea equívocos que es mejor evitar. *¿Qué es la cosa juzgada administrativa?* Este concepto dice que los actos que crearon derechos subjetivos no pueden ser revocados por el propio Poder Ejecutivo, sino que debe recurrirse ante el juez en garantía de los titulares de esos derechos. Adviértase que la revocación de los actos trae consigo la extinción de los derechos. Si bien la Corte acuñó este criterio antes del dictado de la LPA —respecto de los actos administrativos regulares—, la LPA extendió el principio de no revocación sobre todos los actos de los que nacen derechos subjetivos (siempre que hubiesen sido notificados —actos regulares— o estuviesen firmes, consentidos y ejecutándose —actos irregulares—), sin perjuicio de las excepciones.

Sin embargo, el acto pasado por autoridad de cosa juzgada administrativa (acto que ya no puede ser revisado por el propio Ejecutivo porque de él nacieron derechos subjetivos), sí puede ser controlado judicialmente y, consecuentemente, anulado por el juez; de modo que técnicamente no existe cosa juzgada porque el acto —insistimos— puede ser revisado y eventualmente invalidado.

Cabe citar simplemente entre los antecedentes judiciales previos al dictado del decreto-ley 19.549, el caso "Carman de Cantón" y, luego de ese entonces, "Pustelnik" (1975). Finalmente, el caso "Cerámica San Lorenzo" (1976), en donde la Corte aplicó lisa y llanamente el texto de la LPA.

V.1.1. La revocación de los actos ilegítimos (regulares e irregulares) en la LPA

El **artículo 17, LPA**, regula la revocación del **acto irregular**; y, por su parte, **el artículo 18, LPA**, establece el régimen de revocación del **acto regular**. Pero, ¿cuál es la diferencia entre ambas categorías de actos?

El acto regular comprende al acto legítimo e ilegítimo (anulable de nulidad relativa). Por su parte, el acto irregular es el acto nulo de nulidad absoluta en los términos del artículo 14 de la ley, tal como surge de los propios términos del artículo 17 cuando dice que: "el acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular".

Repasemos el texto de estos preceptos jurídicos.

El legislador dice en el artículo 17, LPA, que "el acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad".

Por su parte, el otro mandato (artículo 18, LPA) establece que "el acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado".

En el siguiente párrafo el legislador agrega que: "sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario".

Por último, el texto normativo incluye otro concepto fundamental, a saber: el acto "también podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados".

La LPA, en particular a través de sus artículos 17 y 18 ya mencionados, establece ***en qué situaciones el Estado puede revocar sus propios actos***, sin recurrir ante el juez y, en tal sentido, distingue dos categorías ya descritas, esto es: (a) los actos regulares y (b) los irregulares.

En efecto, la ley define particularmente los *momentos o situaciones* en que el Poder Ejecutivo puede extinguir el acto por sí y ante sí, y en cuáles debe recurrir ante el juez, según el estándar de los derechos consolidados. Es decir, en ciertos casos el Ejecutivo ya no puede extinguir por sí solo sus propios actos ilegítimos.

En tal sentido, la Corte en el precedente "Miragaya" (2003) convalidó la revocación en sede administrativa de una licencia de radiodifusión concedida irregularmente, en tanto consideró que en el caso puntual no se generaron derechos subjetivos que se estuviesen cumpliendo, al no haberse producido el comienzo de las transmisiones.

En conclusión, el criterio es el siguiente: ***el principio es la estabilidad del acto administrativo, es decir, su permanencia y firmeza, pero el Ejecutivo puede y debe revocar los actos viciados***. Sin embargo, ***no puede revocar*** sus propios actos si:

- (a) el acto irregular estuviese firme y consentido, y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo; o
- (b) se trate de un acto regular que hubiese sido notificado.

De modo que, según la explicación ensayada hasta aquí, el Ejecutivo debe revocar sus propios actos en su sede —por sí y ante sí— por razones de ilegitimidad; pero no puede hacerlo cuando el acto esté firme y consentido y hubiese generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo o hubiese sido notificado, según se trate de actos irregulares o regulares, respectivamente.

Conviene aquí hacer varias aclaraciones.

Primero: los límites sobre el poder de revocación del Poder Ejecutivo, previstos en los artículos 17 y 18 mencionados en los párrafos anteriores, sólo valen respecto de los actos que hubieren creado derechos subjetivos. En caso contrario, no existe obstáculo o límite en relación con la potestad revocatoria de aquél.

Segundo: el Ejecutivo puede revocar —en cualquier momento— el acto legítimo del que hubieren nacido derechos subjetivos, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, y siempre que medie indemnización del Estado por los daños causados.

Tercero: el acto regular —anulable de nulidad relativa— no puede ser revocado por el Poder Ejecutivo una vez notificado.

Cuarto: en el caso del acto irregular (es decir, el acto viciado gravemente), el Poder Ejecutivo puede revocarlo aun cuando el acto hubiese sido notificado, salvo que esté firme y consentido y hubiese generado derechos subjetivos que, además, se estén cumpliendo.

Quinto: el acto está firme y consentido cuando vencieron los plazos para su impugnación en sede administrativa y judicial. Es posible distinguir entre el acto firme por vencimiento de los plazos legales y reglamentarios y el acto consentido, esto es, cuando el interesado aceptó expresamente el acto mediante expresión de su voluntad, y no de modo implícito por el solo vencimiento de los plazos.

Pues bien, ***¿en qué momento debe interpretarse que el acto generó derechos subjetivos que se están cumpliendo?*** La Corte dijo, en el caso "Movimiento Scout Argentino" (1980), que "a los efectos de precisar los alcances de este artículo parece adecuado destacar que "la prestación" aparece, en nuestro derecho positivo, como constitutiva del objeto de las obligaciones, ya sean de dar, hacer o no hacer. Y, en el *sub examine*, el acto administrativo de concesión de la personería jurídica sólo dio lugar al comienzo de la existencia de la entidad "Movimiento Scout Argentino" como persona jurídica, sin que se advierta ni se haya demostrado que generara obligaciones ni, por tanto, prestaciones, que estuviesen en vías de cumplimiento al disponerse su revocación".

En fallos posteriores, el Tribunal estableció que "la limitación impuesta por la norma en examen (derechos subjetivos que se estén cumpliendo), en cuanto constituye una excepción a la actividad revocatoria de la administración, establecida como principio general en la primera parte de su texto, debe ser interpretada con carácter estricto" ("Rodríguez Blanco" —1982—; y "Furlotti" —1991—).

Sin embargo, el Poder Ejecutivo —como ya adelantamos— ***puede y debe igualmente revocar el acto***, en cualquier momento, cuando estuviese presente alguna de las siguientes circunstancias:

1. cuando lo establece una ley especial;
2. cuando el interesado, es decir, el titular del derecho subjetivo de que se trate, hubiere conocido el vicio del acto (art. 18);
3. cuando la revocación lo favorece y, a su vez, no cause perjuicios a terceros (art. 18); y
4. cuando el derecho hubiese sido otorgado expresa y válidamente a título precario (art. 18).

En este punto, cabe preguntarse *si las excepciones que establece el artículo 18, LPA, (esto es: el conocimiento del vicio, el beneficio del particular sin perjuicios a terceros y el carácter precario del acto), son aplicables sobre el acto irregular del artículo 17, LPA*. Creemos que las excepciones frente al principio de estabilidad que prevé el artículo 18 (acto regular) deben extenderse sobre el acto irregular porque, en caso contrario, éste gozaría de mayor estabilidad que el acto regular, y este criterio no es coherente con el modelo legislativo de la LPA y el principio de legalidad que nos exige tachar del ordenamiento los actos ilegítimos. Así fue interpretado por la Corte en los casos "Almagro" (1998) y "Rincón de los Artistas" (2003).

V.1.2. La revocación de los actos estatales por inoportunidad, falta de mérito o inconveniencia

Hemos dicho que el acto "también podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados" (artículo 18 LPA).

En este contexto, es conveniente precisar que el Ejecutivo puede en cualquier momento —más allá de la notificación del acto o el ejercicio de los derechos subjetivos— revocar y extinguir sus propios actos ante sí por razones de inoportunidad.

Claro que si el Ejecutivo extingue derechos subjetivos debe necesariamente indemnizar. Este es un caso de responsabilidad del Estado por sus actividades lícitas. Sin embargo, estas certezas están acompañadas por otros aspectos controversiales. Veamos cuáles son y cómo resolverlos.

- (a) ¿Debe el Estado motivar sus actos cuando resuelve revocar por razones de oportunidad?
- (b) ¿Debe el Estado indemnizar siempre cuando resuelve revocar sus propios actos por motivos de oportunidad?

(a) Respecto del primer aspecto, diremos que ***el Estado siempre debe motivar sus actos***. Es cierto que el Ejecutivo puede revocar sus propios actos por motivos de oportunidad, pero el acto revocatorio debe ser legítimo y, especialmente, razonable.

(b) *El Estado debe indemnizar* en caso de revocación del acto por razones de oportunidad, es decir, el Ejecutivo debe motivar el acto e indemnizar.

Sin embargo, *este principio cede cuando el acto es precario*. ¿Qué es la precariedad? La precariedad es una situación jurídica en que el Estado reconoce derechos a favor de terceros, sin estabilidad. Ello es válido siempre que esté previsto por la ley y en el propio acto de reconocimiento del derecho y, además, esté dicho de modo expreso.

A su vez, en caso de indemnización por razones de oportunidad, cabe preguntarse cuál es su alcance. La Corte en el antecedente "Motor Once" (1989), señaló la improcedencia del resarcimiento del lucro cesante en los casos en que el Estado deba responder por sus actos lícitos, realizados en ejercicio de sus facultades de policía. ¿Por qué? ¿Cómo argumentó el Tribunal? Por la aplicación analógica de la Ley de Expropiaciones.

Posteriormente, en el antecedente "Juncalán" (1989), el Tribunal sostuvo que las conductas lícitas del Estado no lo eximen de la obligación de resarcir los perjuicios sufridos por los particulares y que, a su vez, la reparación no puede limitarse al daño emergente con exclusión del lucro cesante.

Más recientemente, en el precedente "El Jacarandá S.A." (2005), la Corte afirmó que en principio corresponde indemnizar el daño más el lucro (es decir, las ventajas económicas esperadas, según las probabilidades objetivas estrictamente comprobables).

V.2. La caducidad del acto administrativo

Dice la LPA (art. 21) que el Estado puede declarar unilateralmente la caducidad (extinción) de un acto administrativo, cuando el interesado no cumple con las condiciones fijadas en él. Para ello, deben darse dos condiciones. *Primero*, el incumplimiento del particular respecto de sus compromisos y el acto de intimación estatal constituyéndolo en mora, otorgándole —además— un plazo razonable para su cumplimiento. *Segundo*, el incumplimiento persistente del interesado y el vencimiento del plazo suplementario.

En tal caso, el Estado debe declarar la caducidad y el particular no tiene derecho al cobro de indemnización alguna, ya que el acto se extinguió por causas que recaen sobre él.

V.3. Las nulidades del acto administrativo

El tercer y último modo de extinción de los actos administrativos, además de las técnicas de revocación y caducidad ya estudiadas, es la nulidad del acto.

Cabe adelantar que *la revocación y la nulidad* están apoyadas básicamente en las irregularidades o vicios del acto (es decir, sus contradicciones con el ordenamiento jurídico). Sin embargo, existen dos aspectos centrales que dividen las aguas entre éstos. Por un lado, las revocaciones proceden también por motivos de inoportunidad, y no sólo por ilegitimidad como ocurre con las nulidades. Por el otro, la revocación es obra del Ejecutivo y la nulidad del juez.

En términos más que sintéticos, es posible decir que *la nulidad es un modo de extinción de los actos administrativos por el juez y en razón de los vicios que impiden su subsistencia*.

Finalmente, en razón de la complejidad e importancia de este modo de extinción (*nulidad de los actos*) y sus peculiaridades respecto del régimen del Derecho Privado, proponemos estudiarlo por separado.

VI. EL RÉGIMEN DE NULIDADES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La Teoría General del Acto Administrativo y, particularmente, el capítulo sobre sus nulidades, abrevó en un principio, y por un largo tiempo, en las aguas del Derecho Privado. Luego, alcanzó su propio vuelo. Sin embargo, el Derecho Administrativo actual —como ya explicamos, tiene intersticios que son cubiertos por el derecho civil— (por ejemplo, el plazo de prescripción de las acciones de nulidad de los actos administrativos).

Es decir, existen dos razones fuertes y convergentes sobre la necesidad de explorar el derecho civil. Por un lado, el origen histórico de nuestro objeto de estudio y, por el otro, el relleno de las lagunas actuales.

VI.1. El régimen de las nulidades en el Derecho Civil (viejo Código Civil) y en el nuevo Código Civil y Comercial

Ante todo cabe recordar que la nulidad es una sanción que prevé el ordenamiento jurídico ante los vicios o defectos esenciales del acto jurídico y que priva a éste de sus efectos normales, con el objeto de preservar el interés público o privado.

Las categorías que establece la Teoría General de las nulidades del acto jurídico en el Derecho Privado clásico —y que sirvió de fuente al Derecho Administrativo— son las siguientes:

(A) *los actos nulos y anulables*. El Código Civil distinguía entre los actos nulos y anulables, enumerando unos y otros en términos casuísticos, pero no establecía claramente cuál era el criterio rector de estas categorías jurídicas. A partir de la clasificación del codificador de los casos puntuales, los autores distinguieron conceptualmente entre ambas clases de nulidades en los siguientes términos: el **acto nulo** era aquel cuyo vicio fuese manifiesto, rígido y patente en el propio acto (por caso, el acto celebrado por un demente); mientras que el **acto anulable** era aquel cuyo vicio no resultaba manifiesto, sino que su conocimiento y apreciación dependía del trabajo del juez. En ambos casos —actos nulos o anulables— el vicio debía ser *planteado* por las personas legitimadas en el proceso judicial (es decir, las personas reconocidas por el orden jurídico) y luego *declarado* por el juez.

(B) *los actos de nulidad absoluta y relativa*. El Código Civil distinguía conceptualmente entre ambas categorías. Cuando el vicio recaía sobre el interés público, el acto era de nulidad absoluta; mientras que si el interés comprometido era simplemente privado, entonces el vicio del acto revestía nulidad relativa.

Por un lado, las **nulidades absolutas** tenían los siguientes caracteres: a) su fundamento era el orden público; b) cualquiera que tuviese interés podía plantear el vicio, excepto el que había ejecutado el acto conociendo o debiendo conocer el defecto; c) el juez podía y debía declarar de oficio la invalidez del acto cuando aparecía de modo manifiesto; d) el Ministerio Público también podía pedir su declaración; e) el acto no podía ser confirmado; y, por último, f) la acción de nulidad era irrenunciable.

Por el otro, en el marco de las *nulidades relativas*, los caracteres más relevantes eran los siguientes: a) el interés protegido era simplemente el interés de las partes, y no el interés público; b) solo podía ser alegado por aquéllos en cuyo beneficio fue establecido por las leyes; c) no podía ser declaradas por el juez, sino a pedido de parte; d) el Ministerio Público no podía pedir su declaración; e) podía sanearse por confirmación del acto; y, finalmente, f) la acción era renunciable.

Cabe agregar que: 1) el concepto de nulidades absolutas y relativas era el criterio más relevante en el Derecho Privado; 2) a su vez, no existía un vínculo correlativo entre el acto nulo y de nulidad absoluta por un lado, y el acto anulable y de nulidad relativa por el otro. Más aún, el acto viciado podía presentar el siguiente cuadro: actos nulos de nulidad absoluta; actos nulos de nulidad relativa; actos anulables de nulidad absoluta; y actos anulables de nulidad relativa; 3) por último, el acto nulo de nulidad absoluta podía ser declarado inválido por el juez de oficio. Es decir, el acto que vulneraba el interés público (actos de nulidad absoluta) y cuyo vicio era manifiesto (acto nulo), resultaba susceptible de ser declarado inválido por el juez de oficio — sin pedido de parte —

Por su parte, el nuevo Código Civil y Comercial distingue entre las siguientes categorías:

(A) Actos de nulidad absoluta y relativa

El acto de nulidad absoluta es aquel que contraviene "el orden público, la moral o las buenas costumbres". De modo que el Legislador no utilizó un estándar de lista o enumeración sino que definió el criterio rector de distinción entre estas categorías jurídicas (nulidades absolutas o relativas), a saber: el interés público o privado.

A su vez, la nulidad absoluta por su gravedad (afecta el orden público, las buenas costumbres o la moral) puede ser declarada por el juez, sin petición de parte, y siempre que fuese manifiesta al momento de dictarse la sentencia. También puede ser planteada por el Ministerio Público y por cualquier interesado; salvo por "la parte que invoque la propia torpeza para lograr su provecho".

Cabe aclarar que este vicio "no puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción".

Las consecuencias de la nulidad absoluta son las siguientes:

- a) "la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido". Y, a su vez, "estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a la buena o mala fe, según sea el caso" (art. 390);
- b) "los actos jurídicos nulos, aunque no produzcan los efectos de los actos válidos, dan lugar en su caso a las consecuencias de los hechos en general y a las reparaciones que correspondan" (art. 391);
- c) "todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso" (art. 392).

Por su parte, la nulidad es relativa cuando "la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas".

Este nulidad sólo puede ser declarada a instancia de las partes interesadas "en cuyo beneficio se establece". A su vez, "la parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo"; y "excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante".

Este vicio menor puede ser saneado por la confirmación del acto o por la prescripción de la acción. Así, pues, existe confirmación "cuando la parte que puede articular la nulidad relativa manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener al acto por válido, después de haber desaparecido la causa de nulidad". Y, asimismo, "el acto de confirmación no requiere la conformidad de la otra parte" (art. 393). Por último, "la retroactividad de la confirmación no perjudica los derechos de terceros de buena fe" (art. 395).

Respecto de la prescripción, la acción que tiene por objeto la declaración de nulidad relativa del acto prescribe en el plazo de dos años (art. 2562).

Por último, las consecuencias de las nulidades relativas son iguales a las de las nulidades absolutas que mencionamos en los apartados anteriores, salvo el supuesto de confirmación del acto.

(B) Actos de nulidad parcial y total

La nulidad total es aquella que se extiende sobre todo el acto, y la nulidad parcial solo afecta a una o varias disposiciones. A su vez, "la nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables"; pero si no son separables la nulidad es total. Cabe aclarar que una disposición no es separable cuando al suprimirla, el acto ya no puede cumplir con su finalidad.

Finalmente, en la nulidad parcial —y si fuese necesario— "el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes" (art. 389).

VI.2. El régimen de nulidades en el Derecho Público

El Derecho Administrativo recurrió en un principio al Derecho Privado con el propósito de rellenar las innumerables lagunas y desentrañar el marco jurídico de los actos administrativos y, en particular, sus nulidades.

En este punto, cabe preguntarse si debemos recurrir al Derecho Privado y, en particular, al régimen de las nulidades del Código Civil y Comercial. La respuesta obviamente es que no. Este es un aspecto básico del régimen de las nulidades del Derecho Público que fue explicado por la Corte desde el antecedente "Los Lagos S.A. Ganadera c. Gobierno Nacional" (1941).

En este precedente, el Tribunal sostuvo que: (a) la teoría de la nulidad de los actos administrativos es autónoma del Derecho Privado; (b) el principio básico en el régimen de las nulidades del Derecho Público es la presunción de validez de los actos estatales; (c) las nulidades del acto administrativo no son —en ningún caso— manifiestas; y (d) el acto puede estar viciado de nulidad absoluta, pero por el carácter no manifiesto de éstas —en virtud de su presunción de validez— el juez no puede declararlas de oficio.

Más adelante, en el caso "Pustelnik" (1975) ya mencionado, la Corte sostuvo —con igual criterio— que "la invalidez de los actos de derecho público ha de enjuiciarse según las normas de

la materia iuspublicista sin que a ello se oponga el recurso a las reglas del Código Civil en cuanto éstas guarden congruencia con la naturaleza, fines y garantías propias de aquellos actos, de modo que las categorías relativas a la invalidez, oriundas de la citada fuente del derecho privado, puedan concebirse como principios generales del derecho".

Una vez rechazado el Derecho Civil como herramienta de construcción, debemos volver entonces sobre el campo propio del Derecho Administrativo y retomar el estudio de la LPA.

VI.2.1. Los actos administrativos nulos de nulidad absoluta y los actos anulables de nulidad relativa

En primer lugar, es necesario aclarar que —en el campo del Derecho Público— utilizaremos indistintamente, por un lado, los conceptos de **actos nulos y nulidades absolutas**; y, por el otro, los de **actos anulables y nulidades relativas**. Por eso, debemos dejar atrás el criterio propio del Derecho Civil entre nulidades absolutas/relativas y parciales/totales.

¿Qué proponemos entonces? Usar los términos de actos nulos y nulidad absoluta como sinónimos, entrelazados en el mismo concepto; y actos anulables y nulidades relativas superpuestos y bajo otra categoría. Entonces, en síntesis: **el criterio más relevante en el Derecho Público** es aquél que distingue entre: **(1) los actos nulos de nulidad absoluta; y (2) los actos anulables de nulidad relativa**.

El artículo 14, LPA, establece el listado o detalle de los vicios propios del acto administrativo como nulidades absolutas e insanables, según su propio encabezamiento. Así, el acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable, en los siguientes casos:

- a) "cuando la voluntad de la Administración resultare excluida por error esencial; dolo, en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos; o violencia física o moral ejercida sobre el agente o por simulación absoluta"; y, a su vez,
- b) "el acto fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado, salvo, en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieren permitidas; falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados; o por violación de la ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado".

Por su parte, el artículo 15, LPA, establece que "si se hubiere incurrido en una irregularidad, omisión o vicio que no llegare a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales, el acto será anulable en sede judicial".

Así, de acuerdo a la lectura del texto legal, y en particular de los artículos 14 y 15, LPA, es razonable concluir que el legislador previó claramente dos categorías de actos viciados, a saber: 1 — los actos administrativos nulos de nulidad absoluta; y 2 — los actos administrativos anulables de nulidad relativa.

Sin perjuicio de ello, veremos que —en realidad— el legislador utilizó más denominaciones en relación con estas categorías a lo largo del recorrido de la ley, pero de modo confuso. Así, el legislador usó los conceptos de actos nulos de nulidad absoluta, actos nulos, actos anulables y, también, acto irregular (acto de nulidad absoluta) y regular (actos válidos y viciados, pero en términos relativos).

En síntesis, creemos que, prescindiendo de las categorías propias del Derecho Civil que el Derecho Administrativo abandonó en su momento, cabe encuadrar todos las especies de nulidades citadas por el legislador en el texto de la LPA en el esquema de nulidades que describimos desde un principio en este capítulo (*actos nulos de nulidad absoluta y actos anulables de nulidad relativa*) con el propósito de evitar confusiones.

En verdad, el punto más controvertido no es el de las denominaciones, sino el criterio de distinción conceptual entre ambas categorías.

Hemos citado el artículo 14 de la LPA sobre los actos nulos de nulidad absoluta e insanable y el detalle de su listado. Veamos ahora nuevamente que dice el artículo 15, LPA. Este último precepto establece que el acto es anulable y no nulo cuando el vicio, irregularidad u omisión "no llegare a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales".

Una interpretación armónica e integral de los preceptos antes citados nos conduce al siguiente esquema de nulidades en el marco del Derecho Público:

- (a) los actos nulos de nulidad absoluta (artículos 14 y 20, LPA), también llamados irregulares (artículo 17, LPA), que impiden la existencia de uno o más de sus elementos esenciales (artículo 15, LPA), y cuya enumeración o listado no taxativo está descrito en el artículo 14, LPA;
- (b) los actos anulables de nulidad relativa (artículo 15, LPA), también llamados en parte regulares (artículo 18, LPA), que tienen un vicio, defecto o irregularidad que no impide la subsistencia de sus elementos esenciales. A su vez, el acto anulable de nulidad relativa puede ser objeto de saneamiento (artículo 19, LPA).

De modo que el criterio básico para distinguir entre ambas categorías de nulidades es, tras el vicio, la subsistencia o no de los elementos esenciales. Sin embargo, es conveniente —y quizás necesario— completar este concepto y darle así mayor contenido.

Debemos reconocer que —en verdad— el pilar básico del régimen de nulidades del Derecho Público tras la existencia o no de los elementos esenciales, es la violación del interés colectivo. Así, la línea de división entre unas y otras (nulidades absolutas y relativas) es el grado de lesión sobre ese interés.

Pero *¿cómo es posible saber cuándo el interés público está o no gravemente lesionado?* En otras palabras, *¿cuándo es grave la lesión sobre el interés colectivo?*

Sigamos construyendo el cuadro. El legislador establece un criterio o guía que es la presunción de que la lesión es grave sobre el interés público cuando, en virtud del vicio del acto bajo análisis, desaparece alguno o varios de los elementos esenciales. Es decir, *el legislador presume que, en caso de inexistencia de cualquiera de los elementos esenciales, se ha violado gravemente el interés colectivo*. En caso contrario, esto es, subsistencia de los elementos esenciales, el vicio constituye un defecto anulable y, por tanto, de alcance relativo.

De modo que el intérprete no debe ya detenerse en cuál es el grado de violación sobre el interés o el orden público, sino en el concepto legal de la existencia o no del elemento esencial del acto, detrás del cual está ubicado el interés público predeterminado en esos términos por el propio legislador.

Cabe aclarar que este concepto —es decir, la existencia de los elementos del acto— no debe interpretarse con un alcance meramente material, simple y lineal, sino que debe hacerse con un criterio hermenéutico más complejo que analice las relaciones entre el elemento en cuestión y los

otros. Así y sólo así, es posible advertir si el elemento existe o no (es decir, si el elemento está excluido del acto).

Por un lado, es obvio que si el elemento no existe en términos materiales es un claro caso de inexistencia del elemento esencial pero, *por el otro*, aún cuando el elemento existiese materialmente es posible que concluyamos —en virtud del análisis de relación entre los elementos del acto— que el elemento viciado es jurídicamente inexistente.

Entonces, el camino a seguir por el operador debe ser el siguiente.

En *primer lugar*, analizar los siguientes elementos por separado, a saber: competencia, procedimiento, forma, causa, objeto y fin; y tratar de encuadrar el vicio con la mayor precisión posible en el marco de tales elementos.

Luego, en *segundo lugar*, en caso de no advertirse vicio alguno en el plano anterior, estudiar particularmente el elemento motivación, entendido como el vínculo entre los elementos causa, objeto y fin (es decir, el carácter racional y proporcional entre éstos).

En *tercer lugar*, ver si el elemento subsiste.

VII. LOS VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Estudiemos ahora cada uno de los elementos esenciales del acto y sus *vicios* por separado.

VII.1. Los vicios en el elemento competencia

En este aspecto la LPA es sumamente clara cuando dice que el acto dictado mediando incompetencia en razón de la materia, el territorio o el tiempo, es nulo de nulidad absoluta.

Un caso peculiar es la incompetencia en razón del *grado* porque en tal supuesto el acto dictado por un órgano incompetente es —en principio— nulo de nulidad absoluta, salvo que la delegación o la sustitución estuviesen permitidas por el ordenamiento jurídico. Así, cuando la delegación o sustitución estuviesen aceptadas, el acto es anulable de nulidad relativa, pues el órgano superior puede ratificar el acto y, consecuentemente, salvar el vicio.

Por ejemplo, la Corte en el caso "Duperial" (1979) sostuvo que "aún en la hipótesis de ser exacto el argumento de que la falta de publicación adecuada tornó inexistente la delegación, trayendo aparejada por lo tanto la nulidad del acto, ésta no tendría los alcances que le atribuye la recurrente. Se estaría en presencia de un acto nulo por incompetencia del órgano en razón del grado y tal vicio traería consigo una nulidad relativa".

En el caso del acto incompetente, salvo por razón del grado, el vicio nos lleva necesariamente a la nulidad absoluta, e imposibilidad de recuperar el acto.

En materia de competencia, cabe citar, entre muchos otros, los siguientes casos simplemente a título de ejemplo: "El Rincón de los Artistas" (2003), "Austral Líneas Aéreas S. A" (1980) y "Gobierno de la Nación c. Alou Hermanos" (1976).

VII.2. Los vicios en el elemento causa

Aquí, la ley establece que el acto es nulo de nulidad absoluta si falta el elemento causa (artículo 14 inciso a), LPA). ¿Cuándo falta la causa? La ley señala dos supuestos: a) la *inexistencia* del derecho o los hechos; o b) la *falsedad* del derecho o los hechos.

Sin embargo, creemos que no cualquier falsedad o inexistencia de los antecedentes de hecho o derecho del acto constituye un vicio de nulidad absoluta, sino que ello ocurre cuando tales circunstancias —es decir, la inexistencia o falsedad— son relevantes.

Así:

(a) ***El acto es válido***, aun cuando el antecedente de hecho sea falso, si éste no tiene relevancia en el marco de la decisión estatal. Por ejemplo, a pesar de que el domicilio del beneficiario sea falso, el acto es igualmente válido si ese hecho es irrelevante en el trámite de concesión del beneficio de que se trate.

(b) ***El acto es anulable de nulidad relativa*** si el antecedente de hecho es falso pero, según las circunstancias del caso, el elemento viciado subsiste. Concretamente ¿qué quiere decir en este caso que el elemento subsiste? Quiere decir que la causa permanece como tal en relación con el objeto y el fin del acto; por eso, hemos dicho que el elemento y su existencia deben estudiarse en sus relaciones con los otros elementos estructurales del acto. Pensemos un ejemplo. Si el acto que reconoce el beneficio jubilatorio consignó por error el cómputo de los años de aportes (más de los que en verdad aportó el beneficiario), pero igualmente el agente aportó por el término que exige la ley. Así, el acto no es nulo de nulidad absoluta porque el error o falsedad del antecedente de hecho no destruye el objeto del acto (concesión del beneficio particular) y su fin (el régimen de seguridad social); sin perjuicio de que sea necesario modificar el monto del haber, según los años de aportes reales. En otras palabras, el acto —y en particular el elemento causal— luego de corregido o salvado el error (es decir, consignándose el período correcto de los aportes), subsiste como fundamento válido del acto de concesión del beneficio.

(c) Por último, ***el acto es nulo*** si, en virtud del error o falsedad, el elemento causal no subsiste y, por tanto, desaparece. Así, por ejemplo, si el agente que obtuvo el beneficio tiene menos años de aportes que aquellos que exige la ley. Una vez consignado el hecho cierto (menos años de aportes que aquellos que prevé la ley), en reemplazo del hecho falso (años de aportes declarados), ese antecedente no subsiste como válido o suficiente, según el ordenamiento jurídico vigente, en relación con el objeto y el fin del acto. Consecuentemente, el vicio es absoluto e insanable.

En síntesis, tratándose de la falsedad o inexistencia de la causa —según las circunstancias del caso y la subsistencia o no del elemento bajo análisis— el acto es nulo de nulidad absoluta o anulable de nulidad relativa.

Finalmente, intentemos sistematizar —por razones didácticas y a título de ejemplo— cuándo los antecedentes del acto están viciados.

Así, los ***antecedentes de hecho*** del acto están ***viciados*** cuando el hecho es falso o inexistente por su inconsistencia material, o por no estar acreditado en el trámite administrativo. Por ejemplo, si el órgano invoca pruebas inexistentes; contradice las pruebas existentes sin fundamentos; afirma y rechaza los hechos (contradicción); rechaza los antecedentes relevantes del caso con excesos formalistas; o prescinde de pruebas decisivas.

Por su parte, los ***antecedentes de derecho*** están ***viciados*** cuando el derecho citado no existe o no está vigente. Así, un claro ejemplo de vicio en el elemento causa ocurre si el órgano competente se apoya una norma ya derogada.

VII.3. Los vicios en el elemento objeto

La ley (LPA) también establece pautas medianamente claras respecto del elemento objeto y sus vicios. Así, el acto es nulo —según el texto legal— si el objeto no es cierto, o es física o jurídicamente imposible. El primer escalón, esto es, *el objeto del acto no es cierto o es físicamente imposible*, es simple y no plantea mayores dificultades. Por ejemplo, si el Estado decide vender tierras que no le pertenecen o nombrar entre los agentes públicos a personas ya fallecidas.

Sin embargo, el otro vicio propio y específico de este elemento —es decir, el objeto *jurídicamente* imposible— plantea un nudo más difícil de desatar. Pensemos *¿cualquier trasgresión a la ley es un vicio en el objeto del acto, en tanto éste es jurídicamente imposible?* ¿Cuál es la diferencia entre el antecedente de derecho falso o inexistente (causas) y el vicio por violación de la ley (objeto)? Por último, ¿los vicios del acto, en los términos de los artículos 7, 8, 14 y 15 de la LPA, constituyen violaciones a la ley aplicable? *¿Acaso es posible confundir este vicio con todos los otros vicios que creó el legislador?*

En primer lugar, creemos que es posible —y quizás necesario— distinguir entre los elementos causa, objeto y sus respectivos vicios. El acto carece de causa si el antecedente de derecho es falso o inexistente (es decir, este supuesto está circunscrito al caso de remisión a normas que lisa y llanamente no son parte del ordenamiento jurídico). En tal caso, el intérprete debe constatar si tales principios o reglas están o no vigentes.

Por su parte, el vicio de violación a la ley (elemento objeto del acto) trae consigo un *proceso interpretativo* simple (contradicciones expresas) o complejo (contradicciones implícitas) sobre el sentido y alcance de las disposiciones jurídicas (esto es, su interpretación y aplicación en el marco de un caso concreto y en relación con el objeto del acto). Así, en este contexto, el objeto es concretamente el elemento que debe presentarse como ilícito.

En segundo lugar y luego de esta aclaración, es necesario señalar los siguientes aspectos en relación con el elemento objeto del acto y sus respectivos vicios, a saber:

- (a) las violaciones a la ley por infracción de los elementos esenciales que prevén los artículos 7 y 8 de la LPA deben reconducirse como vicios propios de cada elemento y no simplemente como "violación de la ley aplicable", salvo respecto del elemento objeto. *¿Por qué?* Porque el criterio detallado de los elementos esenciales del acto y sus vicios, además de su previsión legal en términos expresos, permite advertir con mayor claridad los defectos de los actos. En definitiva, creemos que cuando es posible apoyar el vicio en cualquier otro elemento, entonces, no debe justificarse su invalidez en la "violación de la ley aplicable";
- (b) las violaciones de otras leyes —más allá de la LPA— en tanto establezcan mayores recaudos en relación con los elementos esenciales del acto, también deben reconducirse como vicios propios de los elementos particulares, y no como vicios del objeto. Supongamos el siguiente caso. Pensemos que la ley establece que antes del dictado del acto debe celebrarse una audiencia con la participación de los sectores interesados. En tal caso, si no se llevase adelante la audiencia ¿cómo debe calificarse el vicio? Creemos que éste debe encuadrarse como un vicio propio del elemento procedimiento del acto, y no simplemente como violación a la ley aplicable.

Es decir, según las explicaciones dadas en los párrafos anteriores, es posible sostener que el vicio del objeto por violación de la ley (esto es, cuando *el objeto es jurídicamente imposible*), tiene dos caracteres propios y complementarios. *Por un lado*, la contradicción entre el objeto y la

ley nace de un trabajo interpretativo de los textos normativos (simple o complejo). *Por el otro*, esa imposibilidad o violación recae puntualmente sobre las normas que regulan el objeto del acto, y no sobre aquellas que recubren los otros elementos.

En síntesis, los vicios del objeto son los siguientes: a) si el objeto no es cierto; b) cuando el objeto es oscuro, impreciso o ambiguo; c) si el objeto es físicamente imposible; y d) cuando el objeto es jurídicamente imposible por violación de la ley aplicable en los términos descritos en los párrafos anteriores (contradicciones).

Creemos que si el objeto no es cierto o es físicamente imposible, el acto bajo análisis es —en principio— nulo de nulidad absoluta; salvo que el defecto fuese parcial, es decir, no lograrse desvirtuar el contenido material de aquél, en cuyo caso el acto sólo es anulable de nulidad relativa. En otras palabras, el acto es anulable de nulidad relativa si el elemento objeto subsiste en su contenido material y —básicamente— en su sentido, de modo que el vicio sólo reduce su extensión o alcance.

Ahora bien, ¿qué ocurre en los casos de violaciones a la ley aplicable? En tales supuestos, el acto puede ser nulo o anulable (igual que en relación con el elemento causal), según las circunstancias del caso y el criterio legal (artículo 15 LPA).

Finalmente, también existe vicio en el elemento objeto —según el criterio legislativo— cuando *el acto no resuelve todas las cuestiones planteadas por las partes, o resuelve las cuestiones no planteadas*. El texto del artículo 7, LPA, establece que el objeto "debe decidir todas las peticiones formuladas, pero puede involucrar otras no propuestas, previa audiencia del interesado y siempre que ello no afecte derechos adquiridos".

VII.4. Los vicios en el elemento procedimiento

Tal como dijimos antes, la LPA no menciona expresamente, entre las nulidades del acto, a los defectos del elemento procedimiento. Entendemos, como sostuvimos oportunamente, que esta laguna debe integrarse con la incorporación del elemento procedimiento entre los vicios del acto, —trátase de vicios absolutos o relativos, según la subsistencia o no de este elemento—.

El artículo 7, LPA, establece ciertas pautas que debemos seguir necesariamente, a saber: la distinción entre los procedimientos esenciales y no esenciales. Así, cabe deducir que el acto es nulo cuando el vicio afecta un procedimiento esencial y sustancial previsto en el ordenamiento de modo expreso o implícito (entre ellos, por ejemplo, el dictamen del servicio jurídico cuando el acto afecte o pudiese afectar derechos subjetivos o intereses legítimos).

El procedimiento tiene carácter instrumental, y tras él existe un valor jurídico subyacente, a saber: el derecho de defensa de las personas. Es decir, este elemento del acto está vinculado directamente y de modo cardinal con el derecho de defensa, interpretado en un sentido amplio, de modo que comprende incluso el derecho de participación en el ámbito estatal.

Creemos que cuando existe violación de procedimientos esenciales, no es posible suplirlo —luego— mediante la intervención del órgano judicial. Habitualmente, se sostiene que el desconocimiento del derecho de defensa en el marco del procedimiento administrativo puede salvarse, más adelante, en el proceso judicial (*teoría de la subsanación*).

Sin embargo, opinamos que este cuadro jurídico no es correcto por varias razones: a) el derecho de defensa debe ser ejercido libremente y en *tiempo oportuno*; y, además, b) el proceso judicial, y en particular el proceso contencioso administrativo en el que el Estado es parte, establece una

serie de recaudos restrictivos del derecho de acceso ante el juez y, consecuentemente, limitativo del ejercicio de derechos. Por tanto, es posible que el particular no llegue al proceso judicial ni sanee dichos vicios.

A su vez, el vicio del elemento procedimiento nos conduce al plano de los actos nulos de nulidad absoluta o actos anulables de nulidad relativa, según la subsistencia o no del elemento. Aquí, debe analizarse el acto —igual que si se tratase de los elementos anteriores—, pero con una salvedad. En ciertos casos el procedimiento exige su realización y *oportunidad temporal* como caracteres esenciales de éste.

VII.5. Los vicios en el elemento motivación

Este elemento del acto —igual que el procedimiento—, no está previsto expresamente en el marco de las nulidades que establece el artículo 14, LPA. Sin embargo, es claro que una interpretación con alcance armónico e integral de los artículos 7, 8, 14 y 15, LPA, permite concluir razonablemente que los vicios sobre los motivos constituyen supuestos de actos nulos de nulidad absoluta o anulable de nulidad relativa, según el caso.

Recordemos que, conforme nuestro criterio, el elemento motivación (es decir, los motivos que inducen al dictado del acto) es *el vínculo entre los elementos causa, objeto y fin, en términos de razonabilidad y proporcionalidad*.

Creemos que el acto es nulo si no establece los motivos o lo hace de modo insuficiente, irracional, discriminatorio o desproporcionado entre los antecedentes del acto (causas) y el objeto; y luego entre éste y su finalidad. Por ejemplo, el defecto sobre el elemento motivación impide la existencia de éste cuando el acto no explica cuáles son las razones de su dictado. En este caso, creemos que el juicio es categórico. En efecto, cuando el Estado no dice cuáles son las razones, el acto es nulo de nulidad absoluta e insanable.

Veamos otro caso. Supongamos que la norma autorizase al Poder Ejecutivo a otorgar cincuenta permisos de pesca a las personas que presenten la respectiva solicitud ante el órgano competente. Luego, el Ejecutivo decide otorgar los permisos a ciertas personas y negarlos a otras. A su vez, no explica cuáles son las razones por las que decidió de ese modo. Es decir, el Estado legítimamente puede otorgar esos permisos y, además, hacerlo sólo en número determinado, pero también debe explicar por qué otorgó los permisos a esos sujetos y no a otros. Por ejemplo, si decidió otorgar los permisos a esas personas porque sí, ello es claramente *irracional*; si lo hizo porque ese grupo pertenece a un determinado credo religioso o por cuestiones raciales es claramente *discriminatorio*; por último, si obró de ese modo porque los beneficiarios son altos, entonces, es *arbitrario*. Por ejemplo, en este último caso, no se advierte cuál es el nexo entre los antecedentes de hecho (la estatura de las personas), el objeto (los permisos de pesca), y el fin que debe perseguir el acto (por caso, el fomento del turismo preservando los recursos naturales). Es posible que en este caso el acto respete el vínculo entre el objeto y el fin, pero no así entre los antecedentes (causas) y el objeto.

¿En qué casos el acto está debidamente motivado en el marco del ejemplo expuesto? Por caso, si el Estado otorgase los permisos a las personas que presenten las primeras solicitudes, o a las que nunca gozaron de este beneficio, o las que acrediten conocimientos en este campo. Creemos que, en tales supuestos, el elemento motivación es razonable y proporcional.

En otros términos, los vicios del elemento motivación pueden resumirse así:

- (a) falta de razón. Es decir, inexistencia de relación adecuada entre los antecedentes y el objeto por un lado, y el objeto y el fin del acto por el otro;

- b) contradicciones entre las causas, el objeto y el fin; y, por último,
- c) la desproporción entre el objeto y el fin del acto.

En particular, entre los ***vicios que recaen sobre el nexo entre los elementos causa y objeto*** del acto es plausible detallar los siguientes supuestos: 1) cuando el objeto desconoce aquello que se sigue necesariamente de los antecedentes de hecho y de derecho; 2) las cuestiones planteadas y no tratadas —es decir, no resueltas—, siempre que revistan carácter decisivo (cuestiones de derecho, hechos o medios probatorios), en cuyo caso el acto desconoce el principio de completitud; y 3) cuando el acto resuelve cuestiones no planteadas, salvo el caso previsto expresamente en los términos de la LPA; es decir, se tratase de cuestiones conexas con el objeto y, asimismo, se respetase el derecho de defensa.

Vale recordar que, según el criterio del legislador, los acápites (2) y (3) del párrafo anterior, son considerados vicios en el objeto del acto y no en el elemento motivación.

El elemento motivación y sus posibles vicios no concluye en ese estadio sino que —como ya adelantamos— es necesario analizar, además, ***el vínculo entre el elemento objeto y el fin del acto, en términos de racionalidad y proporcionalidad***.

Así, es plausible que la relación entre los antecedentes (causas) y el objeto del acto bajo estudio respete el criterio o estándar de racionalidad pero que, aún así, el vínculo del objeto y el fin esté atravesado fuertemente por otros vicios.

Recreemos el siguiente ejemplo: el Estado aprueba un programa de reestructuración de diferentes áreas (salud y educación), con el fin de fortalecer las políticas públicas de esos sectores. Luego, el Estado ordena el traslado de un grupo de agentes del sector de transporte al área de seguridad. En tal caso, es posible que el elemento causa (la reestructuración de diferentes áreas) y el objeto (el traslado de los agentes) no estén viciados y el vínculo entre ambos tampoco; sin embargo, creemos que sí existe un vicio en el nexo entre el objeto (el traslado de los agentes) y la finalidad (el fortalecimiento de ciertas áreas), en tanto el traslado del personal no está destinado al área de salud o educación, sino de seguridad. Así, cuando el vicio no surge claramente del elemento fin, entonces, debemos analizar el elemento motivación (es decir, centrar el estudio en el nexo entre el objeto y el fin del acto).

Siguiendo el mismo ejemplo, si el Estado resolviese el traslado de mil agentes, cuando en verdad el déficit de personal es de quinientos, entonces, existe claramente desproporción entre el objeto (medio) y el fin del acto.

En este punto de nuestro análisis es importante remarcar que ***el legislador parece seguir otro criterio***. Por ejemplo la ley —LPA— ubica como vicio propio del objeto (artículo 7 inciso c) LPA) a la falta de razón o arbitrariedad entre los hechos y el objeto; por ejemplo, el caso de las cuestiones propuestas y no resueltas, o no propuestas y resueltas. A su vez, la ley dice que la falta de proporción entre el objeto y el fin es un defecto propio del elemento finalidad (artículo 7 inciso f) LPA).

Por nuestro lado, entendemos que *el elemento motivación debe desgranarse entre, por un lado, las razones entre los hechos y el objeto; y, por el otro, las razones y proporción entre el objeto y el fin del acto*.

Entre los precedentes judiciales, cabe citar —entre otros— aquellos en que la Corte sostuvo que los actos de traslado o expulsión de los agentes estatales fundados en "*razones de servicio*" cumplen debidamente con el elemento motivación. Éste es —quizás— el asunto en que más se debatió el elemento motivación de los actos estatales. Sin embargo, en casos extremos de

falta de motivación, la Corte invalidó los actos en que el Estado prescindió, trasladó o expulsó a sus agentes.

El Tribunal se expidió en el caso "Schnaiderman" (2008) sobre la validez del acto de despido de los agentes públicos durante el período de prueba, es decir, antes de adquirir la estabilidad en el empleo público. Así, sostuvo que "es dable reparar que la resolución impugnada omite invocar fundamento alguno que, además, torne razonable la revocación del nombramiento efectuado. Por ello, el acto atacado carece de otro de sus requisitos esenciales, en este caso, el *demotivación*... Tal omisión torna ilegítimo el acto, sin que quepa dispensar dicha ausencia por haberse ejercido potestades discrecionales, las que —por el contrario— imponen una observancia más estricta de la debida motivación...". Y agregó que "no puede sostenerse válidamente que el ejercicio de las facultades discrecionales, por parte del órgano administrativo, para cancelar la designación de un agente durante el período de prueba (según le autoriza el art. 25 del CCT), lo eximan de verificar los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley 19.549".

Más recientemente, la Corte ratificó su criterio en el precedente "Silva Tamayo" (2011), en donde afirmó que "frente a tal clase de previsión, no bastaría para poner fin anticipadamente a una designación, con alegar genéricamente razones operativas, de reorganización o reasignación de funcionarios, ni es correcto lo afirmado por el *a quo* en el sentido de que la motivación de aquella medida no requería que se evaluara de modo expreso y exhaustivo la idoneidad personal y profesional del interesado, puesto que, por el contrario, habría que especificar cuál sería el motivo concreto por el que no es posible mantener transitoriamente al agente hasta tanto se cumpla la condición a la que se sujetó el nombramiento. Dicha exigencia no podría ser obviada, aun cuando —como ocurre en el caso— se invocase el ejercicio de atribuciones discrecionales, pues como lo ha sostenido el Tribunal, dicho ejercicio no exime al órgano administrativo de verificar los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley 19.549...". Por último, agregó que "...si bien no existen formas rígidas para el cumplimiento de la exigencia de motivación explícita del acto administrativo, la cual debe adecuarse, en cuanto la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo, no cabe la admisión de fórmulas carentes de contenido, de expresiones de manifiesta generalidad o, en su caso, circunscribirla a la mención de citas legales, que contemplan una potestad genérica no justificada en los actos concretos".

En el caso "Rodríguez, Nelson" (2012), el Tribunal sostuvo que "la apreciación de la Junta de Calificaciones de la Policía Federal respecto de la aptitud para ascender, conservar el grado o pasar a situación de retiro del personal policial, comporta el ejercicio de una actividad discrecional que no es susceptible, en principio, de justificar el control judicial, salvo que se demuestre la irrazonabilidad del proceder administrativo". En particular, "la calificación que recibió el actor como prescindible para el servicio efectivo, como el posterior acto administrativo que dispuso su pase a retiro obligatorio, no cumplen con las exigencias que establecen [las leyes]... En efecto, al tratar el caso del demandante, la Junta de Calificaciones N° 1 —año 2004— se limitó a citar, como único fundamento para discernir la mentada calificación, lo dispuesto por la resolución 670/04 del Ministerio del Interior". Y, concluyó, que "se puede advertir, de esta manera, que en ningún momento existió una verdadera valoración, por parte de los órganos legalmente habilitados para hacerla, de las aptitudes morales, profesionales, físicas e intelectuales, conducta, concepto y todo otro antecedente del actor..." y que "de ningún modo puede considerarse que la mera referencia a una instrucción ministerial... alcance para dar por cumplido el deber de brindar motivación adecuada".

Pues bien, la Corte respecto de los actos discrecionales exigió un estándar específico y más preciso. *¿Cuál es ese estándar?* La obligación del Ejecutivo de motivar más los actos discrecionales.

En síntesis, el criterio judicial es el siguiente: *el alcance de la motivación depende de cada caso particular, admitiéndose pautas o conceptos normativos genéricos o laxos respecto de este elemento esencial del acto, salvo supuestos de arbitrariedad o por las especiales circunstancias del caso.*

Conviene también recordar aquí el caso "López Mendoza" (2011) de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (Corte IDH), en donde se dijo que "la motivación es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión" y que "la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad". Y concluyó que "el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1., para salvaguardar el derecho a un debido proceso".

Hemos desarrollado el planteo teórico y judicial respecto del elemento motivación y sus vicios, entonces, completemos el cuadro con las prácticas administrativas. En este punto cabe decir que —en general— el Estado no motiva debidamente sus actos y que los tribunales convalidan las más de las veces esas conductas contrarias al principio según el cual el Estado debe explicar sus actos y hacerlo de modo racional, legal y transparente.

VII.6. Los vicios en el elemento finalidad

Por un lado, el artículo 14 LPA, incluye —entre los actos nulos— a aquellos que violen "la finalidad que inspiró su dictado". Por el otro, el artículo 7, LPA, nos da ciertas pautas sobre los vicios propios y específicos de este elemento. Así, el acto es nulo cuando persigue fines privados u otros fines públicos.

Sin embargo, es sumamente difícil, tal como señalan muchos autores, advertir el vicio que recae sobre este elemento. ¿Por qué? En parte, en razón de la amplitud o vaguedad del fin en los términos en que es definido por el ordenamiento jurídico y, en parte, porque el acto raramente contradice o persigue de modo *expreso* otro fin distinto de aquél que previó el legislador.

A su vez, la Corte dijo que el vicio que recae sobre este elemento es claramente subjetivo ya que está ubicado dentro del campo de la voluntad del agente y ello hace más evanescente el fin del acto estatal y sus respectivos vicios.

Este elemento —igual que la Teoría General del Acto Administrativo y sus nulidades— está atravesado necesariamente por el plano objetivo, esto es, el criterio normativo; sin perjuicio de que el plano subjetivo es relevante en ciertos casos y en otros no pero, insistimos, en cualquier supuesto, el aspecto objetivo debe estar presente.

La finalidad, según el criterio del legislador, no sólo comprende el fin en sí mismo (es decir, para qué fue dictado el acto estatal), sino también el carácter razonable y particularmente proporcional de las medidas en relación con ese fin. *Sin embargo, nosotros incluimos estos asuntos —razones y proporción— en el elemento motivación —en particular, en el vínculo entre el objeto y la finalidad del acto—.*

Pensemos el siguiente ejemplo: en el marco del procedimiento contractual, el Estado aprueba el pliego de condiciones en términos tales que favorece a ciertas empresas. En este caso, es claro que existe una nulidad porque el acto no cumple con el fin que prevén las normas. ¿Cuál es el fin? Pues bien, la finalidad es que el Estado contrate de modo transparente y eficiente.

VII.7. Los vicios en el elemento forma

La LPA dice que si el acto desconoce "las formas esenciales" es nulo de nulidad absoluta e insanable. Por ejemplo, la falta de firma de la autoridad competente —trátase de firma ológrafa o digital— y la falta de fecha —si no puede establecerse de otro modo—, constituyen casos de actos nulos de nulidad absoluta e insanable.

En sentido contrario, el acto es anulable de nulidad relativa por vicios no esenciales en sus formas. El ejemplo más claro es —quizás— el acto que carece de fecha, pero cuya data puede inferirse con certeza por el día de su notificación o eventual publicación. En tal caso, el elemento está viciado, pero subsiste.

A su vez, creemos que el carácter expreso y escrito del acto es relativo y que, tal como prevé el artículo 8, LPA, es posible que el Ejecutivo use otras formas (por ejemplo, el carácter implícito, verbal, gestual o simbólico).

VII.8. Los vicios en la voluntad

Ya hemos dicho que la voluntad es un *presupuesto* del acto y no un elemento de éste. Asimismo, los vicios que recaen y excluyen el componente volitivo son, según el propio texto de la LPA: el error esencial, el dolo, la violencia física o moral, y la simulación absoluta. Estos defectos constituyen casos de nulidad absoluta e insanable del acto. Veremos, luego, que las leyes específicas incluyen otros vicios sobre la voluntad.

Cabe recordar que —según cierta corriente de opinión— la voluntad psíquica del agente público —es decir, la voluntad del Estado— no es relevante en el campo del Derecho Público. En tal sentido y de modo habitual, se expone como ejemplo el *acto mecánico*, en cuyo caso el agente actúa materialmente sin que concurra su voluntad; y el *acto reglado* que es válido aun cuando el agente actúe sin discernimiento o contra su voluntad. Es decir, los vicios de la voluntad pueden reconducirse en el marco de los elementos esenciales del acto ya estudiados, pues el componente volitivo estatal es simplemente objetivo.

Imaginemos el siguiente caso: el agente estatal tiene por existentes ciertos hechos (por ejemplo, los años de aportes en el sistema jubilatorio del solicitante) en virtud de error o dolo. Es claro advertir que este vicio es plausible de ser encuadrado como propio y específico del elemento causal, ya que el acto es nulo por "no existir o ser falsos los hechos" y, en el presente caso, el antecedente de hecho del acto (cantidad de años de aportes del beneficiario) es ciertamente falso.

Pero, en este punto del desarrollo argumental, es necesario detenernos y preguntarnos si este modelo interpretativo es o no razonable. En otros términos, ¿es posible en términos lógicos y jurídicos plasmar y descargar el componente volitivo y sus vicios sobre los elementos esenciales del acto administrativo?

Creemos que no por las siguientes razones:

1) Primero: el acto administrativo está compuesto, por un lado, por el presupuesto volitivo (decisión psíquica del agente) y, por el otro, por los elementos objetivos que nacen del ordenamiento jurídico. En este contexto, es necesario preguntarnos nuevamente si el presupuesto de la voluntad estatal es o no relevante. En ciertos casos sí, y en otros no.

Así, en el campo de los *actos enteramente reglados* el presupuesto volitivo es casi irrelevante. En tal caso, el presupuesto voluntad es sólo objetivo, excluyéndose el aspecto subjetivo y, por

tanto, sus posibles vicios deben desparramarse entre los elementos esenciales del acto. De todos modos, existe un pequeño halo de discernimiento, pues el agente puede obrar o no hacerlo.

Sin embargo, en el ámbito de los *actos discrecionales*, el presupuesto volitivo es relevante y, consecuentemente, sus vicios propios también. Es muy importante advertir esto último porque en este contexto (actos parcialmente discrecionales), ciertos vicios no puedan ubicarse en el marco de los elementos esenciales del acto, sino únicamente en el aspecto volitivo. Por ejemplo, el **error** (si el acto consignó un hecho cierto, pero el agente subjetivamente tuvo en cuenta otro hecho para decidir del modo en que lo hizo); el **dolo** (el agente actúa conscientemente, por sí solo o en connivencia con terceros); la **violencia** (el agente actúa contra su voluntad por coacción física o amenazas de terceros); y, por último, la **simulación absoluta** (el agente y el particular de común acuerdo consienten un acto aparente, cuando en verdad el acto real es otro, absolutamente distinto de aquél). De modo que, en este contexto, cobra fuerza el componente volitivo y sus vicios como causales de invalidez del acto.

2) Segundo: si condujéramos todos los vicios de la voluntad del agente hacia los vicios del acto en sus elementos esenciales —artículos 7 y 8 LPA—, debiéramos decir que el legislador incorporó el inciso a) del artículo 14, LPA, sin ningún sentido.

En conclusión, creemos que la voluntad estatal es un instituto complejo que está compuesto por aspectos objetivos y subjetivos y que —salvo ciertos casos— es relevante en términos jurídicos.

A su vez, los vicios sobre el presupuesto volitivo de los actos constituyen defectos de carácter nulo de nulidad absoluta o anulable de nulidad relativa.

Así, si el presupuesto volitivo no es relevante, entonces, el acto es simplemente anulable de nulidad relativa.

Por el contrario, si el presupuesto volitivo es jurídicamente relevante, el acto es anulable de nulidad relativa o, en su caso, nulo de nulidad absoluta, según las circunstancias del caso. En efecto, si el vicio impide la existencia del componente volitivo, el acto defectuoso es nulo de nulidad absoluta; en tanto si la voluntad subsiste, entonces, el acto es anulable de nulidad relativa (por ejemplo, el acto dictado por el órgano colegiado cuando uno de los miembros actuó con vicios en su voluntad, pero su voto no es decisivo para integrar el acuerdo mayoritario del cuerpo).

De modo que es necesario distinguir entre los *actos reglados y discrecionales*.

Por último, también existen vicios en el componente volitivo en los supuestos previstos en la *Ley de Ética Pública* sobre incompatibilidades y conflictos de intereses ([ley 25.188](#)), sin perjuicio de que estos defectos puedan residenciarse en el elemento objeto del acto y su vicio típico y específico (esto es, la violación de la ley aplicable). A su vez, el legislador dice que los actos dictados en contravención de tales disposiciones son nulos de nulidad absoluta, en los términos del artículo 14 de la LPA, sin perjuicio de los derechos de los terceros que hubiesen obrado de buena fe.

VIII. EL PRINCIPIO BÁSICO SOBRE LAS NULIDADES

Ante todo, cabe preguntarse cuál es el principio en el campo del Derecho Público, es decir: ¿las nulidades absolutas o relativas?

Entendemos que el criterio que debemos seguir es aquel que surge de la LPA — artículos 14 y 15—. Sin embargo, en caso de dudas, debemos buscar un criterio rector. *¿Cuál es este estándar?* Si no existen derechos o garantías constitucionales lesionadas, entonces, el principio es el carácter anulable de nulidad relativa por aplicación de la regla de presunción de validez de los actos estatales. Por el contrario, cuando existen derechos fundamentales vulnerados, el principio debe ser el de la nulidad absoluta del acto viciado.

IX. LOS EFECTOS DE LAS NULIDADES

Según nuestro criterio, los actos nulos de nulidad absoluta deben tener efectos retroactivos, y los actos anulables de nulidad relativa sólo hacia el futuro porque el vicio es menor y —por tanto— permite la subsistencia de sus elementos esenciales, salvo que el particular hubiese obrado de mala fe.

Sin embargo entendemos que —más allá de nuestro parecer— *el criterio legal (LPA) es otro, es decir, la invalidez de los actos tiene efectos hacia el pasado (retroactivo)*.

X. EL SANEAMIENTO Y CONVERSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El acto administrativo anulable de nulidad relativa y el acto nulo de nulidad absoluta pueden ser objeto de saneamiento (art. 19, LPA) o conversión (art. 20, LPA), respectivamente.

El saneamiento supone salvar los vicios del acto y reconstruirlo con efectos retroactivos. Dice la ley que el acto anulable de nulidad relativa (es decir, aquél cuyos vicios no impiden la existencia de sus elementos esenciales), puede ser objeto de **saneamiento** en dos casos:

- (a) cuando el acto hubiere sido dictado por órgano incompetente en razón del grado y las técnicas de avocación, delegación o sustitución fuesen procedentes. En tal caso, el órgano competente, es decir, el órgano superior jerárquico, puede ratificar el acto y así salvar sus vicios; y
- (b) cuando el acto adolece de cualquier otro vicio y se trate simplemente de un acto anulable de nulidad relativa, en cuyo caso el órgano que dictó el acto defectuoso puede, luego, dictar otro acto confirmatorio de aquél.

Estos dos supuestos se conocen jurídicamente como técnicas de **ratificación** y **confirmación** de los actos viciados, es decir, son dos modos de saneamiento de los defectos o excesos.

El texto legal agrega —a su vez— un concepto sumamente importante en el armado de este rompecabezas, el efecto temporal del saneamiento. Así, dice el legislador que los efectos del saneamiento se retrotraen a la fecha de emisión del acto que es objeto de ratificación o confirmación.

Por su parte, el acto nulo no puede ser objeto de saneamiento, pero sí de **conversión**. *¿Qué es la conversión del acto estatal?* Es la sustitución de un acto por otro cuando "los elementos válidos de un acto administrativo nulo permitieren integrar otro que fuere válido", siempre que, además, sumemos el consentimiento del particular.

De modo que, en el caso de la conversión de un acto por otro, deben estar presentes los siguientes elementos:

1. el acto primigenio que es objeto de conversión debe ser nulo de nulidad absoluta;
2. ciertos elementos del acto nulo deben ser válidos;
3. los elementos válidos deben permitir conformar —junto con otros elementos— un nuevo acto estatal no viciado; y, por último,
4. el nuevo acto debe respetar el objeto y el fin del acto inválido (es decir, estos elementos deben permanecer incólumes).

Por último, en el supuesto de conversión, los efectos se producen desde el momento en que el acto es perfeccionado y hacia adelante, de modo que en ningún caso el nuevo acto tiene efectos retroactivos.

XI. EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE NULIDAD DE LOS ACTOS

¿Cuál es el plazo de prescripción de las acciones de nulidad de los actos estatales? Los operadores sostienen comúnmente que si la nulidad es absoluta (actos nulos de nulidad absoluta) la acción es imprescriptible, mientras que si la nulidad es relativa (actos anulables de nulidad relativa) las acciones son prescriptibles.

Es cierto que el ordenamiento jurídico no establece normas específicas sobre el plazo de prescripción de las acciones de nulidad absoluta y relativa de los actos administrativos. De modo que existe una indeterminación del modelo que debe ser salvada por medio de la integración con otras normas.

Cabe recordar que la Corte aceptó en el precedente "*Sosa de Basso*" la validez del plazo de prescripción de las acciones de nulidad relativa del Código Civil en el marco del Derecho Público. Es más, creemos que no es razonable aplicar el plazo de prescripción de las acciones por responsabilidad estatal (tres años) porque no existe semejanza entre los supuestos de hecho (a saber: invalidez de la decisión estatal e indemnización por daños y perjuicios)

Pues bien, el Código Civil y Comercial actualmente vigente dispone que las acciones por nulidad relativa de los actos jurídicos (el acto administrativo es una de las especies del acto jurídico) prescribe en el término de dos años (art. 2562, inciso a), sin perjuicio de que las acciones por nulidad absoluta son imprescriptibles. Sin embargo, es posible plantear que las nulidades absolutas prescriben en el término de cinco años (conforme el plazo genérico que surge del art. 2560, Código Civil y Comercial).

XII. LAS NULIDADES MANIFIESTAS Y NO MANIFIESTAS

Además de la categoría que ya hemos explicado —actos nulos de nulidad absoluta y anulables de nulidad relativa— debemos preguntarnos si es posible distinguir en el ámbito del Derecho Público entre las nulidades manifiestas y no manifiestas, introduciendo así una segunda categoría de nulidades.

En un primer momento, el legislador reconoció esta categoría en el marco de la Teoría General de las nulidades del Derecho Administrativo, en particular por medio de la ley 16.986 sobre

Amparo. Por su parte, los jueces también distinguieron entre las nulidades manifiestas y no manifiestas en el Derecho Público (caso "Pustelnik").

En los puntos anteriores, y siguiendo el texto y el sentido de la LPA, describimos las categorías propias del Derecho Público, a saber: el acto nulo de nulidad absoluta y el acto anulable de nulidad relativa; y a ello debemos agregar ahora otra categoría (esto es: los actos estatales viciados de nulidad manifiesta y no manifiesta).

¿Cuál es el criterio que nos permite distinguir entre estas especies? La línea divisoria es si el vicio surge de modo palmario o no del acto. En un caso, es necesario que el juez investigue el defecto; y en el otro, no.

De todas maneras, es necesario aclarar que el carácter manifiesto o palmario del vicio no supone que éste aparezca simplemente de la lectura o de manera visual del propio texto del acto. El vicio es manifiesto si surge de una operación lógica *simple* que consiste en confrontar el acto con el ordenamiento jurídico.

Por el contrario, si el vicio sólo puede ser descubierto por medio de un análisis más complejo, exhaustivo y detallado —en términos lógicos y jurídicos—, entonces el vicio es no manifiesto.

Las nulidades manifiestas tienen dos consecuencias jurídicamente relevantes en nuestro campo de conocimiento. Por un lado, *el acto viciado de modo absoluto (nulos de nulidades absolutas) y manifiesto (vicios notorios), carece de presunción de legitimidad y no goza de fuerza ejecutoria*. Es razonable que si el acto es palmariamente ilegítimo por inexistencia de cualquiera de sus elementos esenciales (nulo de nulidad absoluta) y, además, ello es así de modo evidente y palmario (nulidad manifiesta), entonces, la presunción legal de legitimidad debe ceder ya que es sólo una presunción de hecho.

A su vez, si el acto no se presume válido, debe ceder su fuerza ejecutoria. En otros términos, no es posible ejecutar un acto que no se presuma legítimo.

Por otro lado, en un plano más específico pero no menos relevante, *la acción de amparo sólo procede cuando los vicios —arbitrariedades o ilegalidades— son manifiestos*.

En conclusión, ***el régimen jurídico de las nulidades manifiestas*** es el siguiente:

Primero, el operador jurídico (el Ejecutivo, el particular o el propio juez) debe realizar una operación simple de confrontación entre el acto y las normas, con el propósito de advertir los vicios que —en este contexto— surjan de modo evidente.

Segundo, la categoría de las nulidades manifiestas o no manifiestas no guarda relación directa con las nulidades absolutas o relativas. Por ello, como ya hemos dicho, los actos inválidos en el Derecho Público pueden ser: a) nulo de nulidad absoluta y manifiesta; b) nulo de nulidad absoluta y no manifiesta; c) anulable de nulidad relativa y manifiesta; y, por último, d) anulable de nulidad relativa y no manifiesta.

Tercero, las nulidades manifiestas y absolutas (actos nulos de nulidad absoluta) destruyen el principio de legitimidad y fuerza ejecutoria del acto administrativo, por las razones que ya expusimos.

Cuarto, es opinable si el juez puede declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos. Por nuestro lado, nos inclinamos por decir que sí puede hacerlo, tratándose de actos viciados por nulidades absolutas y evidentes. Este planteo tiene más color luego de que la Corte reconoció el

poder de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes de oficio. Entonces, ¿cómo es posible que el juez pueda tachar de oficio las leyes y no así los actos administrativos? Creemos que respecto de los actos estatales el campo de excepción es el defecto grave (actos nulo de nulidad absoluta) y patente (acto de nulidad manifiesta).

XIII. LA DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO PRIVADO Y PÚBLICO

Para concluir este análisis es conveniente, y quizás necesario por razones didácticas y de claridad expositiva, trazar las diferencias entre el régimen de nulidades del Derecho Público y Privado.

En *primer lugar*, el criterio propio y básico del Derecho Privado parte de distinguir entre el interés público y privado.

Así, el derecho civil establece las diferencias entre las nulidades absolutas (lesión del interés público) y las nulidades relativas (lesión del interés privado). En efecto, "son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas" (art. 386, Código Civil y Comercial).

Por su parte, en el campo del Derecho Público el instituto de las nulidades de los actos estatales sólo protege el interés público y, en ningún caso, el interés privado. Los pilares básicos del régimen jurídico de las nulidades en el Derecho Público son el principio de división de poderes, el interés colectivo y, en menor tenor, el principio de presunción de validez de los actos estatales.

En *segundo lugar*, en el derecho civil el juez puede y debe declarar de oficio la nulidad de los actos jurídicos ante nulidades absolutas (art. 387, primer párrafo, Código Civil y Comercial). Por el contrario, en el Derecho Público el juez —en principio y según el criterio de la Corte— no puede hacerlo por aplicación del principio de división de poderes. Sin embargo, creemos que debe revisarse este aspecto en el marco de las nulidades del Derecho Público como explicamos en los párrafos anteriores.

En *tercer lugar*, las nulidades en el derecho privado son expresas, mientras que en el Derecho Público pueden ser expresas o implícitas. Sin embargo en el derecho civil, los operadores actualmente aceptan no sólo los defectos expresos y taxativos previstos por el Legislador, sino además las nulidades virtuales.

En *cuarto lugar*, se sostiene que el principio en el derecho civil es la nulidad de los actos jurídicos, mientras que en el ámbito del Derecho Público el criterio rector es la anulación del acto por su presunción de legitimidad (nulidades relativas).

La definición del principio es jurídicamente relevante porque una vez descubierto el vicio, debemos encuadrar el acto en el marco de los actos nulos de nulidad absoluta o actos anulables de nulidad relativa y, en caso de dudas, debemos guiarnos justamente por el criterio rector.

De todos modos, creemos que *el principio en el marco del Derecho Público es relativo*. Así, tratándose de lesiones con sustento en principios y garantías constitucionales, debe estarse —en caso de dudas— por el criterio de nulidad absoluta, y no de nulidad relativa del acto (por ejemplo, la competencia (artículo 19, CN), los antecedentes y motivos del acto (artículo 1º, CN) y el debido proceso adjetivo (artículo 18, CN).

En los otros casos, sí es posible y razonable inclinarse por el principio de nulidades relativas en razón de la presunción de legitimidad y estabilidad del acto administrativo (artículos 12, 17 y 18, LPA).

En *quinto lugar*, en el derecho civil la persona que ejecutó el acto conociendo o debiendo conocer el vicio no puede requerir su nulidad, mientras que en el Derecho Público el Estado puede reclamar la nulidad de sus propios actos por medio de las acciones pertinentes (acciones de lesividad). Es decir, el Estado puede alegar su propia torpeza. Así, conforme el Código Civil y Comercial, "la nulidad absoluta... puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr su provecho" (art. 387) y, asimismo, "la nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece... la parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo" (art. 388).

En *sexto lugar*, la acción de nulidad en el derecho civil sólo está sujeta al plazo de prescripción, mientras que en el Derecho Público el plazo para iniciar la acción de nulidad de los actos está sujeta al término de caducidad —en principio este plazo es de noventa días hábiles judiciales—, sin perjuicio de que en ciertos casos corre el plazo de prescripción.

Este cuadro, más las explicaciones que hemos dado en el presente capítulo, nos permiten decir con propiedad que en el Derecho Público sólo subsisten las denominaciones del derecho civil, pero en ningún caso el concepto o sentido de las nulidades del acto jurídico y sus respectivas categorías y, menos aún, sus fundamentos.

En verdad, las denominaciones propias del derecho civil, tal es el caso de las **nulidades absolutas y relativas**, son usadas en el campo del Derecho Administrativo de modo propio y no según el criterio del derecho privado. A su vez, en el Derecho Público subsiste la categoría de **nulidades manifiestas y no manifiestas** y no así el derecho privado. Por su parte, éste incorporó la clase de **nulidad total y parcial** (Código Civil y Comercial). Cabe recordar que "nulidad total es la que se extiende a todo el acto. Nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones" (art. 389).

El único punto que sí es necesario rescatar del derecho civil y traspasarlos a nuestro campo de conocimiento es el plazo de prescripción de las acciones por nulidad de los actos jurídicos (art. 2562, inc. a), Código Civil y Comercial).

XIV. EL HECHO ADMINISTRATIVO

El Código Civil y Comercial establece que "el hecho jurídico es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas" (art. 257). Debemos aclarar que el derecho civil, en verdad, no distingue entre el acto y el hecho jurídico en iguales términos que el Derecho Público.

Cabe preguntarse, entonces, cuál es la distinción entre el hecho y el acto administrativo. Creemos que en el campo de los actos administrativos —trátase de un acto escrito o no, formal o no—, el Estado decide expresar su decisión con prescindencia de su ejecución material.

Por el contrario, el hecho (es decir, el comportamiento material) es expresión y ejecución de las decisiones estatales confundiendo ambos extremos.

Así, el hecho es el comportamiento material no precedido de acto administrativo alguno, o precedido por un acto inconexo con el hecho. En caso contrario, cuando el comportamiento está

precedido por actos, las conductas no constituyen hechos administrativos, sino ejecución material de aquéllos.

Es decir, *el hecho administrativo es un comportamiento material que expresa una decisión estatal*.

¿Por qué distinguir entre actos y hechos? El sentido es que el legislador reguló con diferentes reglas estos institutos. En efecto, el régimen jurídico del hecho es en parte distinto del acto y, por ello, es razonable su distinción conceptual.

En principio, las disposiciones de la LPA sobre los actos administrativos —en particular el Título III del texto normativo— son aplicables sobre el hecho, con los matices propios del caso. A su vez, recordemos que la ley (LPA) establece un marco propio y específico respecto del trámite de impugnación de los actos, por un lado; y los hechos, por el otro (tal como analizaremos en el capítulo sobre procedimiento administrativo).

XV. LAS VÍAS DE HECHO

En el punto anterior hemos definido el concepto de hecho administrativo —es decir, el comportamiento estatal legítimo—, claro que así como el Poder Ejecutivo dicta actos administrativos legítimos e ilegítimos, según su apego o no al ordenamiento jurídico, también despliega comportamientos legítimos (en cuyo caso el hecho es técnicamente, y en términos legales, un hecho administrativo), o conductas ilegítimas (en tal caso, el hecho constituye una vía de hecho de la administración).

El legislador establece que el Estado debe abstenerse de los "comportamientos materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantía constitucional", y de "poner en ejecución un acto estando pendiente algún recurso administrativo de los que en virtud de norma expresa impliquen la suspensión de los efectos ejecutorios de aquel, o que, habiéndose resuelto no hubiere sido notificado" (art. 9, LPA).

De modo que las vías de hecho, tal como expusimos en los párrafos anteriores, son los comportamientos materiales ilegítimos estatales que desconocen derechos o garantías constitucionales. Un ejemplo de ello ocurre cuando el Estado resuelve demoler un edificio o disolver una manifestación —sin acto previo—, y de modo ilegítimo, pues el edificio no amenaza ruina o los manifestantes ejercen legítimamente su derecho constitucional de expresar sus ideas, reunirse y peticionar ante las autoridades.

En caso de que el Estado hubiese dictado el acto, éste es ilegítimo y —a su vez— los hechos descritos no constituirían hechos materiales ilegítimos (vías de hecho), sino simplemente la ejecución de un acto administrativo ilícito.

Sin embargo, puede ocurrir que el Estado ejecute un acto legítimo de un modo ilegítimo; en tal caso, el cumplimiento irregular de un acto regular es constitutivo de vías de hecho.

El segundo supuesto de vías de hecho que prevé la ley es cuando el Estado pone en ejecución un acto, estando pendiente de resolución un recurso administrativo cuya interposición suspende los efectos ejecutorios en virtud de norma expresa; o que, habiéndose resuelto el recurso, no hubiere sido notificado. Creemos que este punto es razonable porque el acto es supuestamente regular, pero su ejecución no lo es, constituyéndose consecuentemente un caso de vías de hecho —comportamiento material irregular por el Estado—.

En este cuadro, debe incorporarse también como vía de hecho al cumplimiento del acto en los casos en que éste, según el criterio legal, no pueda ser ejecutado sin intervención judicial (artículo 12, LPA).

Así, el presente instituto comprende:

- (A) el comportamiento material estatal ilegítimo no precedido por acto;
- (B) el comportamiento material precedido de un acto estatal legítimo, pero que no guardase relación con éste; y
- (C) el cumplimiento material de un acto cuya ejecución deba suspenderse por mandato legal —por sus caracteres o por la interposición de los recursos—.

La razón de ser de estos criterios es que el marco jurídico es distinto porque así está previsto en el propio texto de la ley. Por ejemplo, las vías de hecho no gozan de las presunciones propias de los actos administrativos que prevé el artículo 12, LPA y, además, no es necesario agotar las instancias administrativas, mientras que ante el acto ilegítimo sí es necesario hacerlo.

XVI. EL SILENCIO Y LAS OMISIONES ESTATALES

El *silencio* es otro de los modos de expresión de la voluntad del Estado. Pero, ¿cómo debe interpretarse el silencio? Éste debe ser interpretado en sentido contrario a la pretensión del particular, salvo que la ley establezca otro criterio.

El silencio, concepto que incluye según el legislador la ambigüedad, constituye un *modo de expresión de las decisiones estatales ante pretensiones que "requieran de ella un pronunciamiento concreto"*.

Antes de avanzar conviene que recordemos la distinción entre:

- 1) el silencio como instituto de expresión de la voluntad estatal en términos generales (*material*); y
- 2) el instituto del silencio en el marco de los recursos administrativos en particular, es decir, luego de dictado el acto e impugnado éste por el interesado (*formal*).

En el primer caso, el silencio es un instituto constitutivo de voluntad estatal en sí mismo. En cambio en el segundo, la decisión estatal ya existe (es decir, está predeterminada) y simplemente debemos impugnarla con el objeto de agotar las instancias administrativas. Si, en tal contexto, el Estado guarda silencio, éste debe interpretarse como rechazo respecto de las pretensiones de revisión de los actos estatales.

Creemos que el *silencio formal* es, entonces, el supuesto simple de configuración de la decisión estatal en el marco puntual del procedimiento de impugnación, de modo que éste sólo tiene por objeto confirmar el acto previo. En el otro, el silencio es por mandato legal una decisión estatal en sí misma y con carácter originario —*silencio material*—.

La LPA dice que "el silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo" (art. 10).

Luego, el legislador agregó —en el último párrafo de este precepto— que "si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución se considerará que hay silencio de la Administración".

En este punto cabe preguntarse si, una vez transcurridos los primeros sesenta días, el particular debe requerir pronto despacho en un plazo determinado. Creemos que no, y en tal sentido se expidió la Corte en los autos "Gailán".

Por último, la **omisión** estatal es un concepto distinto del silencio (material o formal) porque consiste en una inactividad material del Estado **en el marco de una obligación a su cargo de contenido debido, específico y determinado**. Por ejemplo, proveer los tratamientos médicos necesarios con el objeto de preservar el derecho a la salud de las personas. Es decir, en este contexto, existe un derecho del particular ya reconocido por el ordenamiento jurídico.

Por su parte, en el caso del silencio material que ya estudiamos, el ordenamiento no reconoce el derecho del particular en términos claros, de modo que su reconocimiento o alcance es impreciso e indeterminado y, consecuentemente, es necesario un acto estatal de alcance particular que integre ese concepto. Por ejemplo, el otorgamiento de subsidios. Es decir, en el marco del silencio no existe derecho preexistente e individualizado en términos jurídicos.

En *conclusión*, debemos distinguir entre:

- a) *las omisiones*: pretensiones de las personas respecto del reconocimiento de derechos preexistentes; y
- b) *el silencio*: pretensiones de las personas ante simples expectativas sobre creación de nuevos derechos.

En el primer caso, el Estado tiene la obligación de dar o hacer de un modo cierto, específico y determinado (por ejemplo, el pago por un servicio efectivamente prestado por el particular). Así, el reconocimiento del derecho está predeterminado por el ordenamiento jurídico y no depende, por tanto, de las conductas estatales o del propio interesado.

En el segundo, la obligación del Estado es de orden genérico e indeterminado (por caso, el deber del Estado de otorgar un permiso de uso especial sobre un bien del dominio público). Pues bien, aquí, el reconocimiento de las pretensiones de los particulares depende de una decisión discrecional del Poder Ejecutivo.

XVII. EL ACTO ADMINISTRATIVO DE ALCANCE GENERAL

XVII.1. El concepto de acto administrativo de alcance general y su distinción con el acto de alcance particular

Sabemos que el acto administrativo es un acto de alcance particular y el reglamento, por su parte, es de alcance general. Pero ¿cuál es la distinción entre el estándar particular o general del acto que sirve de guía entre ambos conceptos? Creemos que el punto de apoyo es el sujeto destinatario del acto pero, en particular como ya señalamos en los comienzos de este capítulo, el

carácter individualizado o no del sujeto en el marco del propio acto, y —además— su carácter abierto o cerrado.

En otros términos, el acto es particular si cumple con dos condiciones: (a) éste dice quiénes son las personas destinatarias; y (b) el campo subjetivo es cerrado. Es decir, el acto es de alcance individual siempre que el o los sujetos destinatarios estén individualizados en el propio acto y su campo esté cerrado, no pudiendo restarse o sumarse otros.

En conclusión, es necesario diferenciar entre los actos particulares (actos administrativos) y generales (reglamentos), e insistimos en que el estándar de distinción es el campo definido y cerrado de los destinatarios del acto, tras el cual aparece con mayor nitidez su capacidad de normar con carácter permanente o no las situaciones jurídicas.

XVII.2. El procedimiento de elaboración de los actos de alcance general (reglamentos)

El [decreto 1172/03](#) establece el régimen sobre elaboración participativa de los reglamentos. Sin embargo, más allá de este decreto, existe un profundo vacío normativo.

Por nuestro lado, entendemos que los *pasos centrales a seguir en la elaboración* de un reglamento, deberían ser los siguientes.

- (a) *Primero*: la elaboración del proyecto que explique su objeto y fundamentos (necesidad y oportunidad), acompañado por un informe técnico, económico y jurídico. En particular, este último debe indicar cómo el acto repercute en el ordenamiento jurídico.
- (b) *Segundo*: el pedido e incorporación de informes, consultas y dictámenes a otros órganos estatales (Universidades, asociaciones intermedias y particulares).
- (c) *Tercero*: la publicación y el acceso a tales proyectos y sus antecedentes.
- (d) *Cuarto*: el debate mediante la intervención de las áreas competentes del Estado y la participación de la sociedad civil (audiencias, consultas, informes, impugnaciones, observaciones).
- (e) *Quinto*: las respuestas fundadas del Estado.
- (f) *Sexto*: la aprobación y publicación del reglamento.

En síntesis, los aspectos centrales que debemos plantearnos son la necesidad del reglamento; sus efectos sociales, jurídicos y económicos; el análisis de los distintos intereses afectados; su justificación; y su objeto en términos claros y simples.

XVII.3. El régimen jurídico de los reglamentos

Los aspectos básicos del régimen jurídico de los reglamentos son los siguientes:

- (A) el postulado de la *inderogabilidad singular* (es decir, la prohibición del Poder Ejecutivo de dejar de aplicar los actos de alcance general sobre un caso particular, creando así un estado de excepción o privilegio singular);

- (B) si se debe aplicar o no la [ley 19.549](#) sobre procedimiento administrativo;
- (C) el camino de *impugnación* de los reglamentos;
- (D) la *legitimación* para impugnar los reglamentos; y, por último,
- (E) los *efectos de la revocación por el Ejecutivo o de la declaración judicial* de nulidad de los reglamentos (absolutos o relativos).

Veamos estos puntos por separado.

XVII.3.1. La inderogabilidad singular de los reglamentos

Este postulado establece que el Poder Ejecutivo no puede dejar sin efecto un acto de alcance general —en el marco de un caso particular—, porque ello desconoce los principios de legalidad e igualdad.

Es decir, el Ejecutivo no puede aplicar el reglamento, dejar de hacerlo, y luego volver a aplicarlo. Claro que el Ejecutivo sí puede dictar y derogar reglamentos, pero no puede —en el marco de los casos particulares— aplicarlos o no, según las circunstancias del caso y su libre arbitrio. La derogación singular desconoce, entonces, ***el principio de legalidad*** (la ley no lo autoriza a inaplicar el reglamento en un caso individual) ***e igualdad*** (crea situaciones desigualitarias entre los destinatarios del reglamento).

XVII.3.2. La aplicación de la LPA a los reglamentos

La LPA y su decreto reglamentario establecen de modo expreso en qué casos debe aplicarse este bloque normativo sobre los reglamentos. Entre otros:

1) El artículo 11 de la LPA establece que el acto administrativo de alcance general adquiere eficacia desde su publicación.

2) A su vez, el título IX del decreto reglamentario de la ley de procedimientos (LPA) regula parcialmente los actos administrativos de alcance general. Así, el artículo 103 dispone que "los actos administrativos de alcance general producirán efectos a partir de su publicación oficial y desde el día que en ellos se determine; si no designan tiempo, producirán efectos después de los ocho días, computados desde el siguiente al de su publicación oficial".

3) Por su parte, el artículo 104 del mismo texto normativo dice que los reglamentos sobre las estructuras orgánicas de la Administración y las órdenes, instrucciones o circulares internas, entrarán en vigencia, sin necesidad de publicación.

Es claro que la [ley 19.549](#) debe aplicarse cuando así está dicho por el propio legislador, pero ¿qué ocurre en los otros casos? Debe analizarse cada instituto en particular y resolver si procede o no su aplicación.

XVII.3.3. La impugnación de los reglamentos

Recordemos que la LPA (19.549) y su decreto reglamentario (1759/72), establecen un régimen de impugnación específico para los reglamentos.

Así, las personas interesadas pueden impugnar directamente el reglamento mediante el reclamo que prevé el artículo 24 inciso a) de la LPA; en cuyo caso —interpuesto el reclamo impropio— y luego de transcurridos sesenta días, se configura el silencio formal del Estado que debe ser interpretado como rechazo de las pretensiones del reclamante. Por su parte, el decreto reglamentario agrega que el reclamo que resuelve la impugnación directa contra el acto de alcance general no es recurrible en sede administrativa.

Sin embargo, si el Ejecutivo hubiere dado aplicación al reglamento mediante actos individuales y definitivos, entonces, el particular debe impugnar directamente éstos últimos y de modo indirecto el acto general que les sirve de sustento.

XVII.3.4. La legitimación en el trámite de impugnación de los reglamentos

El decreto reglamentario de la ley establece expresamente que los recursos pueden ser deducidos por quienes aleguen un derecho subjetivo o interés legítimo y, por su parte, el artículo 24, LPA, señala que el interesado "a quien el acto afecte... en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos" puede impugnar el acto por vía judicial.

De estos preceptos cabe inferir razonablemente que el titular de un derecho subjetivo o interés legítimo puede impugnar un acto de alcance general en sede administrativa, y sólo el titular del derecho subjetivo puede hacerlo en sede judicial. A su vez, tras la reforma constitucional de 1994, el marco de la legitimación debe ampliarse e incorporar entre sus cuadros a los titulares de los derechos de incidencia colectiva.

XVII.3.5. Los efectos de la revocación y declaración judicial de nulidad de los reglamentos

En el caso de los reglamentos, los efectos comprenden dos aspectos relevantes. *Por un lado*, los efectos temporales —retroactivos o no—; y, *por el otro*, los efectos relativos o absolutos (esto es, si la declaración de invalidez del reglamento solo comprende a las personas recurrentes o debe extenderse sobre todos los afectados).

Aclaremos que no es objeto de estudio en este capítulo el poder de derogación de los reglamentos y su régimen consecuente, sino la expulsión del mundo jurídico por *invalidez*.

Veamos primero los efectos absolutos o relativos, esto es, el alcance subjetivo. En este contexto, creemos conveniente distinguir entre las impugnaciones directas o indirectas de los reglamentos.

Recordemos que las impugnaciones directas ocurren cuando el recurrente decide cuestionar el reglamento por vicios o defectos inherentes a él. En sentido opuesto, las impugnaciones indirectas de los reglamentos tienen lugar cuando los interesados cuestionan el acto aplicativo —acto singular— con sustento en las irregularidades de aquéllos (es decir, el planteo se hace por medio de los actos particulares que aplican el reglamento supuestamente inválido).

A su vez, en un segundo escalón de nuestro análisis debemos distinguir según se trate de las revocaciones en sede administrativa, o bien las declaraciones judiciales de nulidad.

Entonces, el cuadro a analizar es el siguiente:

1. las impugnaciones indirectas y revocaciones en sede administrativa;
2. las impugnaciones directas y revocaciones en sede administrativa;
3. las impugnaciones indirectas y declaraciones judiciales de nulidad; e
4. las impugnaciones directas y declaraciones judiciales de nulidad.

Veamos cuáles son los efectos en cada caso, sin dejar de pensar que en este contexto es necesario componer varios principios, entre ellos, los de división de poderes, legalidad, inderogabilidad singular de los reglamentos, e igualdad.

En los dos primeros —es decir, los casos (1) y (2)— los efectos extintivos son absolutos. Así, la resolución dictada, por pedido de parte o bien de oficio por el Ejecutivo, trae consigo la extinción del acto con efectos absolutos, pues éste tiene la obligación —en caso de ilegitimidad del acto cuestionado— de modificarlo, sustituirlo o revocarlo. Es decir, el Poder Ejecutivo debe respetar el principio de legalidad sin cortapisas.

En el siguiente supuesto que planteamos (3), sus efectos deben ser relativos (sólo entre partes).

A su vez, en el caso del cuestionamiento directo de un reglamento por ante el juez y la declaración de invalidez por éste (4), el decisorio debe tener efectos absolutos. Sin embargo, cuando el fallo judicial crease o mantuviese un estado desventajoso respecto de quienes no fueron parte en el proceso judicial, sus efectos no pueden desconocer el derecho de los terceros nacidos bajo ese reglamento.

Por último, ¿qué sucede con los efectos temporales de la revocación y la declaración judicial de nulidad de los reglamentos? ¿El acto judicial tiene efectos retroactivos? En este punto debemos seguir el mismo criterio que explicamos en relación con los actos de alcance particular, su invalidez, y sus efectos temporales.

CAPÍTULO 16 - LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

I. INTRODUCCIÓN

Así como en el Derecho Privado existen actos jurídicos y contratos privados, en el ámbito del Derecho Público encontramos actos jurídicos —llamados actos administrativos— y contratos celebrados por el Estado cuando éste es parte en el intercambio de bienes y servicios.

Por un lado, el ordenamiento jurídico creó y reguló los contratos propios del derecho privado, tal es el caso del Código Civil y Comercial. Este código incorporó en el Libro Tercero (Derechos Personales), Título II (Contratos en general), Título III (Contratos de consumo), Título IV (Contratos en particular). A su vez, el Título II comprende trece capítulos (disposiciones generales; clasificación de los contratos; formación del consentimiento; incapacidad e inhabilidad para contratar; objeto; causa; forma; prueba; efectos; interpretación; subcontrato; contratos conexos y extinción, modificación y adecuación del contrato).

En particular, el artículo 957 del Código dice que el contrato "es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales". Por su parte, el art. 959 añade que "todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé". Y, asimismo, "las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres" (art. 958).

En igual sentido, "las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible" (art. 962).

Sin embargo, es difícil ubicar los contratos celebrados por el Estado en el marco que prevé el Código Civil y Comercial, de modo que el derecho creó un molde especial (esto es, los *contratos administrativos*). Estos acuerdos tienen caracteres propios y distintos de los contratos del Derecho Privado, básicamente por su régimen exorbitante.

¿Por qué el régimen es exorbitante? Si comparamos entre los contratos del Derecho Privado, por un lado; y los del Derecho Público, por el otro; advertimos que estos últimos contienen cláusulas que en el marco de un contrato privado resultan —según el criterio doctrinario mayoritario— inusuales o inválidas.

En un principio —históricamente— las notas distintivas y típicas del contrato administrativo eran fundamentalmente las siguientes: a) el Estado podía modificar unilateralmente el convenio; y, a su vez, b) el contrato público podía afectar a terceros. Luego este esquema fue evolucionando y esas excepciones se multiplicaron y desarrollaron con otros contornos.

Actualmente, las cláusulas propias y distintivas (exorbitantes) de los contratos públicos son, entre otras:

- a) la interpretación unilateral. Así, es el Estado quien decide cómo interpretar el contrato y hace valer su criterio;
- b) la modificación unilateral del contrato por el Estado;
- c) la dirección del contrato por el Estado, en el trámite de ejecución del acuerdo;
- d) la aplicación de sanciones por el Estado sobre el contratista por sus incumplimientos; y
- e) la revocación unilateral por razones de interés público, y sin intervención judicial.

Continuemos con el hilo argumental anterior. ¿Es posible, entonces, incluir estas cláusulas en un contrato del Derecho Privado? En principio no. Por su parte, el contrato estatal que contiene esas disposiciones es, sin dudas, válido.

Sin embargo, es necesario *matizar este cuadro jurídico* por las siguientes razones.

- 1) Por un lado, ciertas cláusulas que históricamente hemos considerado de contenido o carácter exorbitante (por caso, la potestad estatal de imponer sanciones sobre el contratista) son comunes en el marco de los acuerdos del Derecho Privado.

Así, el Código Civil y Comercial establece que "la cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación" (art. 790).

- 2) Por el otro, el concepto de cláusulas exorbitantes en los contratos que celebra el Estado es relativo porque si bien es así —cláusulas exageradas en relación con el Derecho Privado—, cierto es también que existen límites que el Estado —en el propio marco del Derecho Público— no puede legítimamente traspasar.

De todos modos, estos matices que hemos marcado no logran subvertir el concepto básico (es decir, en el contrato estatal existen cláusulas exorbitantes y exageradas —sustanciales y formales—), ajenas y extrañas al Derecho Privado.

II. EL CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

II.1. El criterio general

Desde siempre se han ensayado varios criterios en torno a esta construcción jurídico-dogmática, entre ellas, el sujeto, el objeto, el fin, las cláusulas exorbitantes y el reconocimiento legislativo.

Así, por ejemplo, es común decir que el contrato administrativo es: a) el contrato celebrado por el Estado; b) el acuerdo que tiene por objeto el ejercicio de funciones administrativas o, en particular, la prestación de servicios públicos; c) el convenio que persigue un fin, utilidad o interés público relevante e inmediato; d) el que contiene cláusulas exorbitantes de modo expreso o implícito; y e) el contrato reconocido como tal por el legislador de modo expreso o implícito.

Estos conceptos que hemos descrito vagamente no son excluyentes, sino que es posible sumarlos y así alcanzar un concepto más preciso sobre el objeto estudio.

En primer lugar, cabe preguntarnos si tiene sentido definir el contrato administrativo y distinguirlo así, conceptualmente, del contrato propio del derecho civil. Es decir, *¿existe el concepto de contrato administrativo?*

Por nuestro lado, entendemos que debe aceptarse esta clase de contratos porque las reglas son distintas en un caso o en el otro; y ello es así por razones conceptuales, y no simplemente por creencias dogmáticas o por el arbitrio del legislador.

En este sentido, la Corte sostuvo en el caso *YPF* (1992) que "si bien la noción de contrato es única, común al derecho público y al derecho privado, pues en ambos casos configura un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas, el régimen jurídico de estos dos tipos es diferente".

En cuanto al concepto de contrato administrativo, la Corte ha dicho que es aquel en que "una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y contiene, explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del derecho privado" ("Cinplast", 1993).

Luego, en este mismo precedente, el Tribunal agregó que "la sentencia, en suma, valoró adecuadamente la gravitación del carácter administrativo del contrato entre ENTEL y la actora en consideración a su objeto, esto es, la prestación de un servicio destinado a cumplir el fin público de las telecomunicaciones".

Más recientemente, la Corte explicó en el caso "Punte" (2006) que "a los fines de calificar la naturaleza del vínculo contractual corresponde seguir la jurisprudencia del Tribunal, según la cual cuando el Estado en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el derecho público (Fallos 315:158; 316:212; 321:714)".

De modo que, en síntesis y según el criterio del Tribunal, el contrato es administrativo cuando es celebrado por el Estado, en ejercicio de funciones públicas, y con la finalidad de satisfacer necesidades públicas. Es decir, *el sujeto, el objeto y el fin*.

Sin embargo, el Tribunal insistió —en varios precedentes— con el uso del estándar de las cláusulas llamémosle exageradas respecto del Derecho Privado como criterio distintivo de los contratos administrativos —además de los otros caracteres—.

Si el acuerdo reúne estos caracteres es, entonces, contrato administrativo; y su consecuente jurídico es que debe regirse por el Derecho Público y no por el Derecho Privado.

II.2. Nuestro criterio

En síntesis, en el desarrollo dogmático de nuestro derecho, los elementos definitorios del contrato administrativo son básicamente: a) el sujeto; b) el objeto; c) el fin público; y d) el marco jurídico, en particular, las cláusulas exorbitantes.

Sin embargo, según nuestro criterio, el objeto (esto es, el ejercicio de funciones administrativas) y el fin colectivo o público, no contribuyen de modo decisivo en el desarrollo conceptual porque el Estado siempre cumple ese objeto y persigue esos fines. Quizás, es posible decir esto más claro. El Estado *siempre* ejerce funciones estatales y públicas y no de carácter privado, más allá de su contenido material, y *siempre* persigue fines públicos y no privados.

Por su parte, el régimen jurídico es el consecuente y no el antecedente. Por tanto, el elemento que sigue en pie es el *sujeto*.

Así, el contrato administrativo es —según nuestro parecer— todo acuerdo celebrado por el Estado con terceros sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos. El camino propuesto es, entonces, el carril subjetivo.

Sin embargo, entendemos que el criterio subjetivo debe ceder razonablemente en aquellos contratos en que el Estado no es parte, pero se nutre de recursos públicos. Sin embargo, el legislador y los tribunales no siguieron este criterio.

III. LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

Antes de continuar es conveniente —y quizás necesario— volver y aclarar qué es una cláusula exorbitante porque a medida que avanzamos en el desarrollo del presente capítulo advertimos que nos cruzamos necesariamente y de modo reiterativo con esta idea.

En verdad, el contrato estatal gira alrededor del concepto de las cláusulas exorbitantes que es —sin dudas— el aspecto más controversial.

Caber recordar que en los contratos estatales el principio no es la igualdad porque el Estado está ubicado en un escalón por encima de la otra parte. ¿En qué consiste ese plano de desigualdad, más allá de su validez o no? Su contenido es el poder exorbitante que ejerce el Estado en el proceso de formación, ejecución y extinción contractual, y que está reconocido —concretamente— por medio de las cláusulas llamadas exorbitantes.

Quizás, conviene remarcar que tales prerrogativas enmarcadas en las cláusulas exorbitantes son propias del Estado, pero no de las otras partes contratantes —particulares—. Así, la Corte sostuvo, en el caso "La Estrella S.A." (2005), que "el precio sólo podía ser incrementado si lo permitía la autoridad de aplicación... Por tal razón... el frigorífico no podía alterar los términos de la oferta presentada en el concurso de precios incorporándole la inflación que, a juicio de éste, podía llegar a producirse durante el curso de la ejecución del contrato [esto]...contradice no sólo los términos de su propia oferta, sino también los precios ofrecidos por todos los restantes frigoríficos...".

Pero, *¿cuándo una disposición contractual es exorbitante?* Dijimos que su tono exagerado es así en relación con el Derecho Privado; es decir, si comparamos el contrato del Derecho Público con el Privado. Por eso, las cláusulas son exorbitantes cuando son *ilícitas o inusuales* en el contexto del Derecho Privado.

Cabe aclarar también que las cláusulas exorbitantes —como ya dijimos— reconocen poderes excepcionales al Estado que, en principio, rompen el equilibrio e igualdad entre las partes.

¿Cuáles son las cláusulas exorbitantes habitualmente incorporadas en los contratos de Derecho Público? Al menos a título de ejemplo enumeremos las siguientes. El Estado, tal como expusimos en los apartados anteriores, puede: a) interpretar y modificar unilateralmente el contrato; b) prorrogarlo; y c) revocarlo por su propio interés.

De todos modos, en el contexto del presente análisis, el aspecto más relevante y controvertido es si las disposiciones exorbitantes —propias de los contratos administrativos y no de los contratos privados— pueden ser implícitas o, por el contrario, deben revestir siempre carácter expreso. ***Así, el tópico más controversial es, sin dudas, la validez de las cláusulas exorbitantes y, particularmente, la existencia de cláusulas exorbitantes implícitas.***

Creemos que es posible, en ciertos casos, inferir potestades en términos implícitos desde el campo de las potestades expresas. Así ocurre, por ejemplo, en el contrato de concesión de los servicios públicos, en cuyo caso es plausible inferir las potestades estatales implícitas de rescate del servicio y reversión de los bienes, a partir de las competencias expresas que prevé el ordenamiento jurídico respectivo, y apoyándonos en el reconocimiento de los derechos de los usuarios.

En conclusión, *los contratos con cláusulas exorbitantes son aquellos cuyo texto prevé tales disposiciones y, a partir de allí, es posible deducir potestades exorbitantes implícitas.*

Pero, ¿cuál es el método que nos permite deducir razonablemente las potestades implícitas? y ¿cuál es el grado de certeza que debe exigirse en el marco de las potestades expresas de modo de inferir —desde allí— otras competencias subyacentes y tácitas?

Creemos que el método es el siguiente.

- a) En primer lugar, el intérprete debe identificar cuál es la disposición que prevé en términos literales potestades expresas.
- b) En segundo lugar, las potestades implícitas deben cumplir con el siguiente test. El órgano competente sólo puede ejercer sus facultades expresas si el ordenamiento reconoce —a su vez— esas potestades implícitas.
- c) En tercer lugar, en caso de duda, debe rechazarse el reconocimiento de las facultades subyacentes o implícitas.

Sin embargo, este planteo y su desarrollo se desvanecen si el legislador prevé expresamente por ley y en detalle cuáles son las potestades exorbitantes estatales en el marco contractual. En tal caso, las llamadas habitualmente potestades implícitas se trastocan en potestades expresas incorporadas literalmente en el ordenamiento jurídico.

Otro cuestión que creemos realmente relevante es si *estas prerrogativas son sustanciales o simplemente de carácter formal (procedimentales)*.

Es decir, ¿las prerrogativas que comúnmente llamamos exorbitantes son, en verdad, facultades habituales y comunes en el derecho privado (reglas igualitarias entre las partes) y, por tanto, sus diferencias con el Derecho Público son simplemente que el Poder Ejecutivo puede declararlas y ejecutarlas por sí solo, imponiéndolas sobre el otro, sin intervención judicial?

En otras palabras, ¿las potestades exorbitantes son cláusulas sustanciales comunes entre el Derecho Público y Privado, pero con la salvedad de que su ejercicio en el ámbito del primero corresponde al propio Ejecutivo, y en el segundo su declaración y cumplimiento compulsivo sólo es posible con intervención del juez? O, quizás, ¿el Estado contratante puede decidir y, a su vez, ejecutar tales decisiones?

¿Qué ocurre con el contratista particular? ¿Éste debe solicitar, por caso, la resolución del contrato ante el juez (aspecto sustancial)? Es decir, ¿las cláusulas exorbitantes son disposiciones sustanciales cuya inclusión está vedada en el campo del derecho privado? O, por el contrario, el particular puede resolverlo por sí mismo (sustancial) y, luego, requerir ante el juez su cumplimiento (aspecto procedimental).

Cierto es que, sin perjuicio del carácter sustancial de las cláusulas (tal como veremos en los párrafos siguientes), éstas también revisten un lado formal, en tanto los actos que se dicten como consecuencia de su ejercicio gozan de presunción de legitimidad y, en ciertos casos, de fuerza ejecutoria, particularmente los actos sobre interpretación, modificación y extinción de los contratos. Intentemos dar ejemplos al respecto.

Así, ciertas prerrogativas llamémosle de fondo o sustanciales pueden ser ejercidas por el Poder Ejecutivo por sí mismo, sin intervención del juez y, además, ejecutadas. Por ejemplo, los actos sobre interpretación o modificación del contrato. En tal caso, es posible distinguir ambos aspectos (sustanciales y formales). El Poder Ejecutivo modifica el contrato y, asimismo, ejecuta dicha enmienda por sí mismo, sin intervención judicial.

El aspecto sustancial consiste en que las cláusulas reconocen privilegios de fondo (el poder del Estado, y no así de los particulares, de modificar el acuerdo), y el lado procesal nos dice que tales poderes se ejercen y llevan a la práctica por el propio Ejecutivo sin intervención del juez (ejecución forzosa de las modificaciones).

Volvamos sobre el *aspecto sustancial* de las cláusulas exorbitantes. Analicemos, entonces, si estas facultades son realmente ajenas al derecho privado, más allá de su cumplimiento o ejecución por el propio interesado (Poder Ejecutivo).

Veamos, el Estado puede: 1) interpretar unilateralmente el contrato; 2) dirigirlo; 3) exigir el cumplimiento del contrato, aun cuando hubiere incumplido con sus obligaciones; 4) imponer sanciones y penalidades; 5) modificar por sí el contrato; 6) revocar el contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia e ilegitimidad; y 7) rescindir el contrato por incumplimientos del contratista.

Estas cláusulas son en principio ajenas, en el sentido de reglas poco habituales o ilegítimas por el desequilibrio o desigualdad entre las partes, en el marco de los contratos propios del derecho privado. Sin embargo, es necesario señalar ciertos matices.

Es claro que en el derecho privado, *las partes no pueden de modo unilateral interpretar el contrato, modificarlo o darlo por extinguido por razones de inoportunidad o ilegitimidad*. En efecto, "el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes" (art. 1061, CCyC); y "su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes" (art. 959, CCyC).

Tengamos presente, además, que los actos que dicte el Estado sobre interpretación, modificación o extinción del contrato gozan de presunción de legitimidad y es el contratista, consecuentemente, quien debe alegar y probar su invalidez. Cabe sí hacer la salvedad de que el Estado sólo puede extinguir el contrato por razones de ilegitimidad, en los términos de los artículos 17 y 18, LPA (temporalidad).

En verdad es posible y necesario, deslindar *tres niveles*, a saber: 1) el **reconocimiento de la regla** en el marco contractual (contenido exorbitante por reconocer cuasi privilegios); 2) la **declaración de la regla** en el caso concreto (esto es, decir el derecho y aplicar así la regla en el desarrollo del contrato); y 3) la **ejecución compulsiva del acto aplicativo** de la regla. De modo que las cláusulas exorbitantes deben analizarse desde estas tres vertientes.

En conclusión, una regla contractual es exorbitante cuando, según nuestro criterio, reúne estos caracteres de modo conjunto.

IV. LOS CONTRATOS PRIVADOS DEL ESTADO

El otro aspecto básico que debemos tratar es si, junto con los contratos administrativos (concepto que hemos aceptado en los párrafos anteriores), coexiste otra categoría de contratos celebrados por el Estado (esto es, los *contratos privados de la Administración*). Por ejemplo, el alquiler por el Estado de un edificio de propiedad de particulares con el objeto de destinarlo al alojamiento de personas indigentes.

En tal sentido, cabe señalar que —según el Código Civil y Comercial— "si el locador es una persona jurídica de derecho público, el contrato se rige en lo pertinente por las normas administrativas y, en subsidio, por las de este Capítulo" (art. 1193). Pues bien, vale preguntarse, entonces —con mayor énfasis—, qué clase de contrato es aquel en que el Estado es locatario y no locador.

Así, ¿es posible diferenciar entre contratos administrativos y contratos privados del Estado? Hemos concluido que el concepto de contrato administrativo es un criterio autónomo, y ello nos

permite distinguirlo de los contratos civiles y comerciales celebrados por las personas físicas y jurídicas del Derecho Privado.

Ahora bien, ¿puede el Estado celebrar contratos privados o cualquier acuerdo llevado a cabo por él es necesariamente un contrato administrativo? Adelantemos que —según nuestro parecer— todos los convenios celebrados por el Poder Ejecutivo son contratos administrativos regulados por el Derecho Público, sin perjuicio de que en ciertos casos estén alcanzados por matices del Derecho Privado.

Cualquier acuerdo celebrado entre el Estado y los particulares es un contrato administrativo que se rige enteramente y en principio por el Derecho Público, aunque en ciertos casos cabe aplicar normas del Derecho Privado respecto de su objeto.

Es decir, los principios de las contrataciones estatales y ciertos elementos propios del contrato —particularmente, la competencia y el procedimiento— son comunes e iguales en cualquier contrato en que el Estado es parte, más allá de que el objeto esté regulado por el Derecho Público o Privado.

Por un lado, la preparación y adjudicación de los contratos es común en ambos casos. La preparación comprende la decisión de contratar, la autorización del gasto y la aprobación de las bases. Por su parte, la adjudicación es, básicamente, el procedimiento de selección y la celebración del acuerdo. En otras palabras, el núcleo duro del Derecho Administrativo es la preparación y adjudicación del contrato. Más aún, la violación de esos principios y elementos, lleva consigo necesariamente la nulidad del contrato, arrastrando todo el negocio jurídico.

Por el otro, el cumplimiento y la extinción son los aspectos más diferenciados de estas categorías (público/privado). Pero, aún en tales casos, se debe aplicar Derecho Administrativo con mayor o menor extensión.

Por tanto, ¿qué es el contrato administrativo? Es todo acuerdo de voluntades entre el Estado —en ejercicio de sus funciones— y los particulares.

¿Cuál es el régimen a emplear? El Derecho Público. Ello quiere decir que como regla general y, aun en caso de dudas, debe aplicarse el Derecho Público. De todas maneras, puede ocurrir que el objeto —tal como señalamos anteriormente— se guíe por el Derecho Privado y Público. ¿Cuánto de uno y de otro? Esto depende de cada caso particular.

En conclusión, el régimen propio de los contratos que celebre el Estado es el Derecho Público y, en ese marco y en ciertos casos, algunos de sus elementos están regidos parcialmente por el Derecho Privado pero ello, insistimos, no excluye al Derecho Público.

V. EL NUEVO PERFIL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Una de las tendencias actuales de las contrataciones estatales es la *concertación, colaboración, asociación y mayor participación entre Estado y particulares*.

Así, entre nosotros, la **ley 17.520** autorizó al Poder Ejecutivo a crear sociedades anónimas mixtas —con o sin mayoría estatal— para el cumplimiento de ciertos fines, "haciendo el aporte de capital que considerare necesario o creando los fondos especiales pertinentes". De modo que el Estado constituye sociedades con personas privadas y, a su vez, estas sociedades (sociedades de economía mixta) interactúan con el propio Estado con iguales derechos y obligaciones que cualquier concesionario.

Más recientemente, el **decreto 967/05** estableció el régimen nacional de asociación público-privada como instrumento de cooperación entre ambos sectores con el fin de asociarse para la ejecución y desarrollo de obras públicas, servicios públicos y otras actividades. El propósito básicamente, según surge de los antecedentes del decreto, es obtener financiamiento para obras de infraestructura y servicios, mejorar la eficiencia estatal, y compartir los riesgos.

El decreto describe puntualmente cuál es el objeto de la asociación, a saber: a) la ejecución, operación o mantenimiento de obras o servicios públicos; b) la ampliación de obras o servicios públicos existentes; c) el proyecto, financiamiento y construcción de obras y servicios públicos; d) la prestación de servicios públicos; e) la ejecución de obras públicas para la locación o arrendamiento por el Estado; y, por último, f) el "desempeño de actividades de competencia de la Administración Pública que resulten delegables".

Por su parte, el **decreto reglamentario 893/12** del Régimen General de las Contrataciones prevé el régimen jurídico de la Iniciativa Privada. Así, "las personas físicas o jurídicas podrán presentar propuestas al Estado Nacional para la realización de los objetos contractuales" y tales propuestas "deberán ser novedosas u originales o implicar una innovación tecnológica o científica, y deberán contener el monto estimado de la inversión, los lineamientos que permitan su identificación y comprensión, así como los elementos que permitan demostrar su viabilidad jurídica, técnica y económica". Si fuese declarada de interés público, debe convocarse a licitación o concurso.

Otro de los caracteres de los nuevos contratos estatales es la *incorporación de las modalidades propias del comercio electrónico y, asimismo, de objetivos ambientales y sociales*.

Así, el **decreto 1023/01** dispone que: "Las contrataciones comprendidas en este régimen podrán realizarse en formato digital firmado digitalmente... También podrán realizarse en formato digital firmado digitalmente los contratos previstos en el artículo 5 del presente" (art. 21). Además, "las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 2 estarán obligadas a aceptar el envío de ofertas, la presentación de informes, documentos, comunicaciones, impugnaciones y recursos relativos a los procedimientos de contratación establecidos en este régimen, en formato digital firmado digitalmente, conforme lo establezca la reglamentación".

La misma norma establece que son válidas las notificaciones en formato digital, y que los actos firmados digitalmente cumplen con los requisitos del art. 8 de la LAP.

Por su parte, el art. 22 dice que "la reglamentación establecerá la regulación integral de las contrataciones públicas electrónicas, en particular el régimen de publicidad y difusión, lo referente al proceso electrónico de gestión de las contrataciones, los procedimientos de pago por medios electrónicos, las notificaciones por vía electrónica, la automatización de los procedimientos, la digitalización de la documentación y el expediente digital".

A su vez, el **decreto 893/12** (reglamentario del decreto delegado 1023/01) dispone que "todos los procedimientos prescriptos en el presente reglamento se podrán efectuar en forma electrónica mediante la utilización de los medios que a tal fin habilite la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES" (art. 33). Y, en particular, en el caso de las contrataciones directas por trámite simplificado, "las ofertas podrán presentarse mediante plataforma web, correo electrónico..." (art. 147).

VI. LOS PRINCIPIOS EN MATERIA CONTRACTUAL

En material contractual los principios son los siguientes: a) el interés público (razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación); b) la sustentabilidad y la protección de los derechos sociales (entre éstos, el empleo y la inclusión social) y los nuevos derechos (verbigracia, el ambiente y usuarios y consumidores); c) la concurrencia, d) la igualdad y no discriminación, e) la publicidad, f) la transparencia y, finalmente, g) la participación, el control y la responsabilidad de los agentes públicos.

A su vez, la *regla general* es que "toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios" (art. 3, último párrafo, del decreto delegado 1023/01).

En primer lugar, las contrataciones estatales deben ser *razonables y eficientes*. Este postulado está relacionado con la programación de los contratos de modo sistemático y ordenado. El sentido es obtener los mejores bienes, obras y servicios, al menor costo posible; o vender al mejor postor; y alcanzar los "resultados requeridos por la sociedad". La razonabilidad debe ser interpretada en el sentido de "satisfacer las necesidades a ser atendidas, en tiempo y forma, y cumpliendo con los principios de eficiencia, eficacia, economía y ética". Por su parte, las unidades requirentes deben "determinar la prioridad y justificar la necesidad del requerimiento de los bienes o servicios".

Respecto del *principio de sustentabilidad y de respeto por los derechos fundamentales*, el decreto reglamentario de las contrataciones establece que "la Jefatura de Gabinete de Ministros podrá establecer criterios de selección de las ofertas de uso obligatorio para las jurisdicciones y entidades contratantes, a los fines de desarrollar políticas públicas que tiendan a fomentar o promover el *bienestar social, el mejor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, el crecimiento de determinados sectores, la generación de empleo, la promoción del desarrollo de las empresas privadas, la innovación tecnológica en bienes y servicios, la inclusión de sectores vulnerables*, entre otros". Y "la Oficina Nacional de Contrataciones desarrollará mecanismos que promuevan la adecuada y efectiva instrumentación de *criterios ambientales, éticos, sociales y económicos en las contrataciones públicas*". Por último, "los *criterios de sustentabilidad* deberán garantizar el *mejor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, así como el cumplimiento de la legislación laboral* vigente, en especial lo que se relaciona con condiciones dignas y equitativas de trabajo y ausencia de trabajo infantil".

El principio de *concurrencia* impone a la Administración el deber de garantizar la participación de la mayor cantidad posible de oferentes. De este modo, se persigue que el Estado contrate en las mejores condiciones que el mercado pueda ofrecer. En este sentido, el art. 3, inc. b) del [decreto 1023/01](#) enuncia, entre los principios de las contrataciones públicas, la "promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes". De forma concordante, el art. 24 de la misma norma fija, como regla general para la selección del contratante, la licitación pública o concurso público.

Al respecto, la Corte ha señalado en el caso "Cardiocop" (2006) que "el procedimiento de licitación pública ha sido instituido como regla general con el propósito de que la competencia entre las distintas ofertas permita a la Administración obtener los mejores productos al precio más conveniente, y tiende a evitar la existencia de sobreprecios".

En cuanto al principio de *igualdad*, como observa H. MAIRAL, "se comprende fácilmente que sólo es posible una real competencia de precios cuando se coloca a los oferentes en un pie de igualdad, evitando discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en detrimento de otros". Nótese que la igualdad de trato no sólo se exige en el interés de todos los oferentes, sino también en razón del interés colectivo de elegir correctamente al adjudicatario (caso "Astorga", CSJN, 2004).

El principio de igualdad, que se apoya en el art. 16, CN, y es recogido por el [decreto 1023/01](#) — art. 3, inc. f)—, extiende sus efectos no sólo a la etapa de selección del contratista, sino también a la ejecución del contrato. Así, una de las consecuencias del deber de dispensar un trato igualitario es la imposibilidad de modificar las bases de la licitación en el contrato ya celebrado. Más aún, la Corte ha dicho que la adjudicación debe respetar las bases fijadas para la contratación, incluso, cuando se hubiere presentado un único oferente. Es que, de no ser así, "... bastaría con que los pliegos contuvieran condiciones que determinaran la no participación de otras empresas por no resultar atractivo el negocio y después de conseguida la adjudicación por la oferente se cambiaran los términos de aquéllos para que ésta obtuviera un beneficio que no le había sido acordado, burlándose así el principio de igualdad de la licitación" (caso "Vicente Robles S.A.", CSJN, 1993).

Por su parte, el principio de **publicidad** "...hace referencia a la posibilidad de los interesados de acceder a la información acerca de la licitación en cuestión, tanto en lo que se relaciona con el llamado a licitación..., como en lo relativo al trámite posterior a la apertura de sobres que no puede conducirse de manera clandestina y oculta a los ojos de los oferentes" (MAIRAL). En la actualidad, es fundamental el uso de los medios electrónicos con el propósito de cumplir con este postulado. Por caso, la difusión de las convocatorias en la página web de la Oficina Nacional de Contrataciones.

También en este caso, se trata de un principio de raíz constitucional, derivado de la forma republicana de gobierno y de la publicidad de los actos del Estado.

El [decreto 1023/01](#) consagra la publicidad y difusión de las actuaciones (art. 3, inc. d), y establece que "toda persona que acredite fehacientemente algún interés, podrá en cualquier momento tomar vista de las actuaciones referidas a la contratación, con excepción de la información que se encuentre amparada bajo normas de confidencialidad, desde la iniciación de las actuaciones hasta la extinción del contrato, exceptuando la etapa de evaluación de las ofertas. La negativa infundada a dar vista de las actuaciones se considerará falta grave por parte del funcionario o agente al que corresponda otorgarla...".

Con fundamento en este principio, la Corte en el caso "La Buenos Aires Cía. de Seguros" (1988) declaró la ilegitimidad de la conducta de una empresa estatal que, en el marco de una licitación, había negado a un oferente vista de las actuaciones. Para el Tribunal, "...el carácter estatal de la empresa, aun parcial, tiene como correlato la atracción de los principios propios de la actuación pública, derivados del sistema republicano de gobierno, basado en la responsabilidad de la autoridad pública, una de cuyas consecuencias es la publicidad de sus actos para agudizar el control de la comunicación y, en especial, de los posibles interesados directos, quienes podrán efectuar las impugnaciones que el ordenamiento permita".

A su vez, el principio de publicidad se encuentra estrechamente relacionado con el de la **transparencia**. Este último también está incorporado en el [decreto 1023/01](#); norma que en el art. 3, inc. c) consagra este principio y, en el art. 9, dispone que "la contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones...".

Por último, el **principio de participación, control y responsabilidad de los agentes públicos** es propio del Estado Democrático de Derecho. Así, el art. 9 del decreto delegado ya citado establece que las contrataciones públicas deben apoyarse "en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas". En particular, es posible advertir técnicas participativas en el trámite de confección de los pliegos. Así, por ejemplo, "cuando la complejidad o el monto de la contratación lo justifique, a juicio de la

autoridad competente, el llamado deberá prever un plazo previo a la publicación de la convocatoria, para que los interesados formulen observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares, conforme lo determine la reglamentación" (art. 8, decreto delegado 1023/01).

El control del procedimiento contractual está regulado en el art. 19, decreto delegado, pues "toda persona que acredite fehacientemente algún interés, podrá en cualquier momento tomar vista de las actuaciones...".

Por otro lado, "los funcionarios que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones serán responsables por los daños que por su dolo, culpa o negligencia causaren al Estado Nacional con motivo de las mismas" (art. 14, decreto delegado 1023/01). En sentido concordante, "los funcionarios que autoricen la convocatoria, los que elijan el procedimiento de selección aplicable y los que requieran la prestación... serán responsables de la razonabilidad del proyecto" (art. 14, [decreto 893/12](#)).

Cabe destacar, finalmente, que los principios mencionados no sólo se sustentan en normas de derecho interno, sino también en convenciones internacionales.

Así, la Convención Interamericana contra la Corrupción —aprobada mediante la ley 24.759— dispone que los Estados Partes deben instituir "sistemas... para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas" (art. III.5).

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción —aprobada por [ley 26.097](#)— impone a los Estados partes el deber de adoptar sistemas de contrataciones basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de decisión. Asimismo, la norma exige la adopción de medidas relativas a la difusión de información sobre los procedimientos de contratación; formulación previa y publicación de las condiciones de participación en esos procedimientos; criterios objetivos para la adopción de decisiones; implementación de un sistema eficaz de apelación; y recaudos relativos a la idoneidad y la imparcialidad de los funcionarios intervinientes (art. 9).

VII. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO POSITIVO

VII.1. El régimen general y los regímenes especiales

El bloque normativo en el ámbito contractual estatal está integrado básicamente por las siguientes normas:

- a) el decreto delegado 1023/01 —modificado por el decreto de necesidad y urgencia 666/03—, su decreto reglamentario 893/12, y la Disposición 58/14 sobre el pliego de bases y condiciones generales;
- b) la ley 13.064 de obras públicas;
- c) la ley 17.520 sobre concesión de obras públicas;
- d) la ley 22.460 de consultoría;

e) la ley 25.164 de empleo público.

Además —claro— de otros regímenes especiales y normas complementarias. *En síntesis, multiplicidad de marcos jurídicos.*

Por eso, el Poder Ejecutivo sostuvo —en el marco del decreto 1023/01— que es necesario suprimir "regímenes especiales aprobados por ley, a los efectos de dar uniformidad a los procedimientos de selección que emplean los distintos organismos, eliminándose así la limitación que significa, para la concurrencia de oferentes, la necesidad de conocer cada uno de los regímenes previo a la presentación de las ofertas".

El régimen general y básico sobre las contrataciones del Estado está contemplado en el decreto delegado 1023/01.

Este decreto fue dictado por el Poder Ejecutivo en razón de la delegación de facultades legislativas del Congreso en el Presidente por el artículo 1, inciso II, apartado e) de la ley 25.414. ¿Qué dice este precepto? Transcribamos su texto: "dar continuidad a la desregulación económica derogando o modificando normas de rango legislativo de orden nacional sólo en caso de que perjudiquen la competitividad de la economía...".

De modo que, según interpretó el Poder Ejecutivo en aquel entonces (año 2001), el legislador delegó en el Presidente la potestad de dictar el nuevo marco jurídico de contrataciones del Estado. Sin embargo, ¿es posible imaginar cuál es el vínculo jurídico entre ambas normas? ¿De dónde surge el objeto delegado, esto es, la potestad de regular las contrataciones estatales? El texto normativo nada dice sobre este asunto.

Luego, en el año 2003 el Poder Ejecutivo dictó el decreto de necesidad y urgencia 666/03 que modificó el decreto 1023/01 y, posteriormente, aprobó el decreto 893/12 reglamentario del decreto delegado 1023/01.

Volvamos sobre el texto del **decreto 1023/01**.

El **artículo 1º** del decreto dispone 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".

A su vez, el **artículo 2º** establece que "el presente régimen será de aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8 de la ley 24.156 y sus modificatorias". Es decir, la administración central y los organismos descentralizados, pero excluyéndose —entre otros— a las "empresas y sociedades del Estado que abarca a las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado Nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias".

Sigamos. El **artículo 4º** dice que "este régimen se aplicará a los siguientes contratos:

- a) Compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción de compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente,

- b) Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias".

Por su parte, el **artículo 5º** añade que "quedarán excluidos los siguientes contratos:

- a) los de empleo público,
- b) las compras de caja chica,
- c) los que se celebren con estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos...,
- d) los comprendidos en operaciones de crédito público".

Es decir, *todos los contratos celebrados por el Estado son contratos administrativos —sin perjuicio de que se aplique en parte Derecho Privado—, y ciertos contratos del Estado —casi todos— están comprendidos bajo el decreto delegado 1023/01.*

Por su parte, el decreto reglamentario 893/12 comprende los contratos detallados en los arts. 2 y 4 del decreto delegado —antes mencionados—; con exclusión de los contratos de obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias. De todos modos, este reglamento puede aplicarse "en lo que fuere pertinente, a los contratos excluidos y/o a las entidades y jurisdicciones no comprendidas en el ámbito de aplicación subjetivo".

Además del régimen general de contrataciones que hemos mencionado, existen —como ya adelantamos— otras normas especiales sobre contrataciones del Estado, a saber: la Ley de Obras Públicas, la Ley de Concesión de Obras Públicas y la Ley de Consultoría, con sus respectivos decretos.

Otra cuestión relevante sobre el marco jurídico de los contratos estatales es si cabe aplicar el *decreto-ley 19.549/72 sobre procedimiento administrativo (LPA)*.

Recordemos que el artículo 7 de la ley 19.549 (Capítulo III) ordenaba —antes de su reforma— que "los contratos que celebre el Estado, los permisos y las concesiones administrativas se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la **aplicación analógica** de las normas del presente título, si ello fuere procedente".

¿De qué trata el Título III de la ley 19.549? De los requisitos o elementos del acto; de las nulidades; y, por último, de los modos de extinción de los actos. Es decir, básicamente este Título desarrolla la Teoría General de los actos administrativos.

En este contexto, la doctrina y en especial los jueces, mantuvieron un fuerte debate sobre la aplicación del Título IV de la ley 19.549 (impugnación judicial de los actos administrativos) sobre los contratos.

Por su parte, el decreto 1023/01 modificó el precepto antes transcrito —artículo 7 LPA— en los siguientes términos: "los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación **directa** de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente".

Así, el nuevo texto reemplazó la aplicación analógica del Título III de la ley 19.549 (LPA), por su aplicación directa en cuanto fuere pertinente; es decir, este título de la ley debe emplearse en el campo contractual de modo directo.

Pero, *¿qué ocurre con los otros títulos de la ley de procedimientos?* ¿Cabe aplicarlos también a los contratos, en particular el Título IV —sobre el trámite de impugnación de los actos—? Si fuese así, ¿de qué modo debe emplearse sobre los contratos, es decir, en términos directos, analógicos o supletorios? Cabe recordar que los otros títulos de la ley son los siguientes: Título I (Procedimiento Administrativo); Título II (Competencia del órgano); y, por último, Título IV (Impugnación judicial de actos administrativos).

Entendemos que éstos deben aplicarse de modo supletorio por las siguientes razones, a saber:

- a) si el legislador sólo previó expresamente la aplicación directa de uno de los títulos de la ley (Título III), es razonable inferir que su intención es que los otros títulos no se apliquen de modo directo; sin perjuicio de que sí se usen con carácter supletorio o analógico; y
- b) el decreto 722/96 sobre procedimientos especiales dispone que continúa vigente el régimen de las contrataciones del sector público nacional, "sin perjuicio de la aplicación *supletoria* de las normas contenidas en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 y en el Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el decreto 1759/72".

En síntesis, el Título III de la ley 19.549 debe aplicarse directamente en el ámbito contractual; y, por su parte, los otros títulos sólo deben ser empleados en caso de indeterminaciones del modelo de las contrataciones del Estado y de modo supletorio.

Cabe recordar que la Corte también reconoció la aplicación de la ley 19.549 en el ámbito contractual del Estado, entre otros, en el precedente "Gypobras" (Título IV) (1995).

Por su parte, el decreto reglamentario 893/12 establece que los contratos se rigen "por el decreto delegado 1023/01 y sus modificaciones, por el presente reglamento y por las disposiciones que se dicten en su consecuencia, por los pliegos de bases y condiciones, por el contrato, convenio, orden de compra o venta según corresponda, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del Título III de la ley 19.549". Y, a su vez, dispone que "supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, se aplicarán las normas de derecho privado por analogía" (art. 5).

Asimismo, el decreto reglamentario dispone —en términos concordantes— cuál es el orden de prelación de los documentos contractuales, a saber: a) el decreto delegado; b) el decreto reglamentario; c) las normas que se dicten en consecuencia del reglamento; d) el pliego único de bases y condiciones generales; e) el pliego de bases y condiciones particulares; f) la oferta; g) las muestras; h) la adjudicación; y i) la orden de compra, venta o el contrato (art. 99).

En conclusión, el cuadro normativo básico es el siguiente. *El decreto 1023/01, su decreto reglamentario 893/12 y la ley 19.549 con los alcances antes explicados, sin perjuicio, claro, de los regímenes contractuales especiales, entre ellos, las leyes 13.064 y 17.520, entre otras.*

VII.2. Los contratos excluidos del Derecho Administrativo

Hemos dicho que los contratos celebrados por el Estado están regulados por el decreto 1023/01, o por otros marcos jurídicos especiales de Derecho Público.

Sin embargo, es importante advertir que existe otro mundo de contratos estatales que escapan de las categorías anteriores y están regulados por normas del Derecho Privado. Así, es necesario advertir sobre los múltiples convenios que están excluidos de los regímenes de contrataciones que hemos descrito en los apartados anteriores, entre otros:

- 1) *los fondos fiduciarios*. Si bien éstos han sido incorporados en el inciso b) del artículo 8 de la ley de Administración Financiera (ley 24.156), de modo que cabe aplicarles las reglas sobre administración financiera y control estatal, el decreto 1023/01 excluyó de su ámbito de aplicación al inciso b) del artículo 8 de la ley 24.156. Así, el titular de estos fondos integrados con recursos públicos puede contratar con terceros —en principio— por las normas del Derecho Privado; y
- 2) las sociedades anónimas de propiedad estatal que se rigen por el Derecho Privado, con exclusión del Derecho Público.

VIII. LOS ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS

En los puntos anteriores hemos dicho que el contrato debe regirse en cuanto fuere pertinente por la [ley 19.549](#). En particular, el Título III (LPA) —sobre los Elementos del acto— debe aplicarse directamente.

En sentido concordante, el artículo 11 del [decreto 1023/01](#) establece que —al menos— ciertos actos dictados en el marco del trámite de las contrataciones del Estado deben cumplir con las reglas del [artículo 7](#) de la [ley 19.549](#) (esto es, los requisitos esenciales del acto administrativo). En igual sentido, el decreto delegado dispone que los actos dictados en el marco de la interpretación, modificación, caducidad, rescisión y resolución del contrato "tendrán (los) caracteres y cualidades otorgados por el [artículo 12](#) de la [ley 19.549](#)" (es decir, presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria).

La LPA nos dice cuáles son los elementos del acto administrativo (Título III) y cabe, entonces, seguir el criterio legal en este aspecto; sin dejar de advertir que el contrato supone la concurrencia de voluntad de dos partes, de modo que no se trata simplemente de actos unilaterales sino de voluntades concurrentes.

Analicemos, en primer término, los elementos del contrato administrativo según el molde del artículo 7 del Título III, LPA. Luego veremos, en segundo término, el régimen de ejecución y, por último y en tercer término, el marco de extinción del contrato.

En otras palabras y volviendo al primer escalón de nuestro recorrido argumental, ¿cuáles son los elementos del contrato administrativo? Aquí, seguiremos el criterio del legislador; es decir, las disposiciones del Título III de la [ley 19.549](#) como ya adelantamos.

VIII.1. La competencia y capacidad en el ámbito contractual

VIII.1.1. La competencia

En este contexto, el contrato administrativo exige dos elementos concurrentes. Por un lado, la competencia del órgano estatal y, por el otro, la capacidad de las personas contratantes. La Corte dijo que, en el ámbito de los contratos administrativos, el principio de autonomía de la voluntad de las partes es relativo, pues está subordinado al marco legal.

Así, la competencia del órgano para contratar debe resultar, según los casos, de "la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia" ([art. 3](#), [ley 19.549](#)). El decreto 1344/07, que aprobó el texto ordenado del decreto reglamentario de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional (ley 24.156), establece cuáles son los órganos competentes para autorizar gastos, ordenar pagos y efectuar desembolsos (a su vez, el decreto 1039/13 modificó el decreto 1344/07).

En síntesis, el decreto 893/12, en su artículo 14 (redacción vigente), señala quiénes son los funcionarios competentes para *autorizar* los procesos de adquisición de bienes y servicios, y *aprobar* los actos de contratación y adquisición de bienes y servicios, según los montos ahí fijados.

Por otro lado, es conveniente distinguir entre: a) las unidades requirentes; b) las unidades operativas de contrataciones y c) la autoridad máxima de la jurisdicción o entidad contratante, en los términos del artículo 12 y concordantes del decreto reglamentario, pues intervienen en el plan anual de contrataciones y su ejecución. En particular, las *unidades operativas de contrataciones* tienen a su cargo la gestión de las contrataciones.

Finalmente, el decreto delegado dispone que el Órgano rector es la Oficina Nacional de Contrataciones que debe: a) proponer políticas de contrataciones y de organización del sistema; b) proyectar normas legales y reglamentarias; c) dictar normas aclaratorias; d) elaborar el pliego único de bases y condiciones generales; e) evaluar el diseño y operatividad del sistema; y f) aplicar las sanciones, entre otras. A su vez, el decreto reglamentario añade entre las competencias del Órgano: 1) licitar bienes y servicios, a través de la suscripción de convenios marco; 2) facilitar la contratación de bienes estandarizados; y 3) formular acuerdos de intercambio con organismos de control de la Administración Pública.

VIII.1.2. La capacidad

A su vez, cabe preguntarse *quiénes pueden contratar con el Estado*. El decreto 1023/01 establece que pueden contratar con el Estado las personas con capacidad para obligarse en los términos del Código Civil (actual Código Civil y Comercial), y que estén incorporadas en la base de datos que lleve la Oficina Nacional de Contrataciones. Sin embargo, el decreto no cerró el círculo en estos términos sino que, además, excluyó a ciertos sujetos.

Así, no pueden contratar con el Estado: a) las personas físicas y jurídicas que hubiesen sido suspendidas o inhabilitadas en su carácter de contratistas del Estado; b) los agentes públicos y las empresas en que éstos tengan una participación suficiente para formar la voluntad social, en razón de la incompatibilidad o conflicto de intereses; c) los condenados por delitos dolosos, por un tiempo igual al doble de la condena; d) las personas procesadas por delitos contra la propiedad, la Administración, la fe pública y los delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción; e) las personas físicas y jurídicas que no hubieren cumplido con sus

obligaciones tributarias o de previsión; y, por último, f) las personas físicas y jurídicas que no hubieren rendido cuentas respecto de fondos públicos otorgados en concepto de subsidios.

VIII.2. El objeto de los contratos

El objeto que debe perseguir el contrato estatal es obtener bienes, servicios y obras determinadas, con el menor costo y la mayor calidad posible.

Por un lado, ya sabemos que el [artículo 7, inciso c\)](#) de la [ley 19.549](#) dice que el objeto de los actos "debe ser cierto y física y jurídicamente posible".

Por su parte, el Código Civil y Comercial señala que el objeto debe ser "lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aún cuando éste no sea patrimonial". En igual sentido, "no pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos". A su vez, el artículo 1005 del Código y Comercial dice que los bienes "deben estar determinados en su especie o género según sea el caso, aunque no lo estén en su cantidad, si ésta puede ser determinada. Es determinable cuando se establecen los criterios suficientes para su individualización".

En conclusión, el objeto debe ser: a) posible en términos físicos y jurídicos; y b) determinado.

En este punto, cabe preguntarse si es posible aplicar las pautas del derecho civil en el Derecho Administrativo.

Creemos que —en principio— ambos regímenes coinciden en su contenido y extensión; sin embargo, el Derecho Público tiene sus propios matices.

En síntesis, debemos aplicar el Título III de la [ley 19.549](#) y, sólo en caso de indeterminaciones, ir hacia el Código Civil y Comercial. Pues bien, si el objeto está regulado de modo pleno, es decir, sin lagunas, entonces no es necesario emplear las reglas de los contratos privados propias del Código Civil y Comercial.

A su vez, las otras indeterminaciones —tal el caso de las contradicciones— deben resolverse exclusivamente en el marco del Derecho Público.

Llegados a este punto, estudiaremos por separado los derechos y obligaciones del Estado por un lado, y de los particulares contratantes por el otro; por cuanto estos capítulos, según nuestro criterio, deben encuadrarse dentro del elemento objeto del contrato.

VIII.2.1. Las facultades y deberes del Estado contratante

El Estado tiene las facultades y obligaciones que prevé el decreto delegado 1023/01; sin perjuicio de aquellas otras que surgen de las leyes especiales, reglamentos, pliegos de bases y condiciones y el resto de los documentos contractuales.

En particular, el Estado goza de las siguientes *facultades, derechos y prerrogativas exorbitantes*, según reza el artículo 12 del decreto ya citado:

- a) Interpretar los contratos, resolver las dudas y modificarlos por razones de interés público.
- b) Controlar, dirigir e inspeccionar las contrataciones.
- c) Aumentar o disminuir hasta en un veinte por ciento el monto total del contrato.
- d) Imponer penalidades.
- e) Ejecutar directamente el objeto del contrato y disponer de los bienes y medios del contratante, cuando éste no cumpliera con la ejecución del contrato dentro de plazos razonables.
- f) Prorrogar los contratos de suministro de cumplimiento sucesivo o prestación de servicios, siempre que ello esté previsto en el pliego de bases y condiciones.
- g) Decidir la caducidad, rescisión o resolución del contrato.

¿Puede el Estado renunciar al ejercicio de estas prerrogativas, por sí o por acuerdo entre las partes? Entendemos que no porque ese poder nace del texto del decreto con rango legal.

El Estado, por su parte, debe cumplir con sus *obligaciones*. ¿Cuáles son éstas? Ello depende del tipo de contrato de que se trate y del objeto de cada acuerdo en particular.

Las obligaciones más habituales consisten en el ***pago del precio*** convenido (contratos de obras públicas y suministro); o la ***entrega de cosas o bienes*** (concesión de bienes del dominio público y servicios públicos).

Por ejemplo, en el marco del contrato de obra pública, el Estado debe realizar los pagos en término, e incluso el empresario —en caso de retardo del pago por el Estado— tiene derecho al cobro de los intereses. A su vez, éste puede rescindir el contrato "cuando la Administración no efectúe la entrega de los terrenos ni realice el replanteo de la obra, dentro del plazo fijado en los pliegos especiales más una tolerancia de treinta días".

VIII.2.2. Los derechos y deberes del contratista

El contratista tiene los derechos y las obligaciones que establecen el decreto 1023/01 y las normas complementarias.

Así, éste tiene —entre otros— los siguientes *derechos*: el ***cobro del precio*** convenido, y la ***recomposición del contrato*** "cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo" (art. 13, decreto 1023/01).

Por caso, el decreto reglamentario dispone que "el plazo para el pago de las facturas será de treinta días corridos" (art. 117).

En particular y a título de ejemplo, cabe recordar que los pagos en el contrato de obras públicas están exentos de embargos judiciales, salvo que los acreedores sean personas vinculadas con los trabajos, materiales o servicios de las obras.

Por otro lado, el contratista tiene las siguientes *obligaciones*.

1) **Ejecutar el contrato por sí mismo**. Así, el contratista no puede ceder o transferir el contrato, ni tampoco subcontratar, sin autorización debidamente fundada del órgano contratante.

El decreto reglamentario dispone que en caso de autorización, el cedente continuará obligado solidariamente, y deberá verificarse que el cesionario cumpla con todos los requisitos de la convocatoria "a ese momento, como al momento de la cesión" (art. 125).

En particular, la Ley de Obras Públicas establece que el adjudicatario no puede transferir los derechos —total o parcialmente— sin la autorización del órgano competente, y éste sólo puede hacerlo con carácter de excepción y siempre que el cesionario ofrezca iguales garantías que el cedente (art. 23, ley 13.064).

2) **Cumplir las prestaciones en cualquier circunstancia**, salvo caso fortuito, fuerza mayor y actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o del Estado contratante, y "de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato".

Dice el decreto reglamentario que "los cocontratantes deberán cumplir la prestación en la forma, plazo o fecha, lugar y demás condiciones establecidas en los documentos" (art. 108).

Si bien el contratista está obligado a cumplir con sus prestaciones en término, puede solicitar prórroga del plazo, antes de su vencimiento y por única vez. Por su parte, el Estado puede conceder la prórroga, siempre que existan razones debidamente justificadas y ello no cause perjuicio al Estado. A su vez, la solicitud debe hacerse antes del vencimiento del plazo de cumplimiento de las prestaciones.

En particular —en el marco del contrato de obra pública— el contratista queda constituido en mora por el solo vencimiento de los plazos y obligado al pago de las multas; pudiendo el Estado descontarlas de los certificados, las retenciones para reparo o bien afectar la fianza rendida.

3) **Constituir las garantías**. El oferente y el contratista deben constituir las siguientes garantías:

- (a) de mantenimiento de oferta. Esta garantía tiene por objeto asegurar que el oferente, en caso de resultar adjudicatario, celebre el contrato;
- (b) de cumplimiento del contrato. Esta garantía persigue que el contratista respete sus compromisos. Así, si éste incumple el contrato, el Estado puede resarcirse por medio de la aplicación de las penalidades y, además, ejecutarlas sobre la garantía bajo análisis.
- (c) de impugnación. Esta garantía permite que el interesado impugne, por ejemplo, el dictamen de evaluación de las ofertas o de preselección, en las licitaciones o concursos de etapa múltiple.

Sin perjuicio de *los derechos y las obligaciones* que prevé el marco general de las contrataciones del Estado, las partes gozan de otros derechos y, a su vez, deben cumplir con otros deberes, siempre que estén previstos en la legislación específica, reglamentos, pliegos y demás documentación.

Por ejemplo, en el caso particular del contrato de obra pública, y según la legislación especial (esto es, la ley 13.064), el contratista *debe* interpretar correctamente los planos; responder por los defectos que se produzcan durante la ejecución y conservación de las obras hasta su recepción con carácter definitivo, y por los reclamos por la provisión o uso indebido de materiales y

sistemas; ejecutar la obra y hacer los trabajos respectivos según el contrato y, en tal sentido, si hace un trabajo no previsto o no autorizado por el órgano competente no tiene derecho al cobro de éste. Por último, no puede recusar al técnico que designe el Estado en la dirección, inspección y tasación de las obras.

¿Pueden las partes modificar de común acuerdo los derechos y obligaciones (objeto)? Cabe recordar que en el precedente "*Aguas Argentinas S.A. c. Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios*" (2007), la Corte sostuvo que "en la relación contractual administrativa, la intangibilidad del acuerdo sobre la base de la propuesta seleccionada es la garantía insoslayable para que los proponentes no vean frustrado su derecho de participar en la licitación en igualdad de condiciones (Fallos: 327:3919)". Por otra parte, si los términos del pliego generaron una duda razonable en la actora, ésta pudo y debió subsanarla o aclararla mediante la oportuna consulta a la autoridad competente.

Finalmente, cabe aclarar que los derechos y obligaciones de unos constituyen las obligaciones y derechos de los otros, respectivamente. Así, es como debe completarse el cuadro que detallamos en los párrafos anteriores.

VIII.3. El procedimiento contractual

El procedimiento en el marco contractual estatal es, según nuestro criterio, el conjunto de actos que constituyen el trámite de formación y perfeccionamiento del contrato.

Este proceso comienza con el plan anual y el acto de previsión presupuestaria (esto es, la afectación de los recursos públicos necesarios), y concluye habitualmente con el acto de adjudicación del contrato.

En otras palabras, el procedimiento —elemento propio del contrato— está integrado por actos instrumentales. Por ejemplo, el acto de aprobación de los pliegos particulares, el acto de autorización, el acto de llamado y el acto de adjudicación del contrato.

Sin embargo, más allá de la distinción entre los actos y cómo diferenciar entre unos y otros, el punto de partida es definir cuáles son los principios propios del elemento procedimiento en el marco contractual. Éstos son: la publicidad; la libre concurrencia; la igualdad; la transparencia; la adjudicación a la oferta más conveniente; el control; y la responsabilidad de los agentes.

VIII.3.1. Los pasos en el procedimiento contractual

El Estado, luego de la aprobación del plan anual de contrataciones y la previsión del gasto en el marco del presupuesto, debe seguir los siguientes pasos: a) la redacción de los pliegos, la elección del tipo de selección del contratante y, en su caso, la modalidad; b) el llamado; c) la presentación de las ofertas; d) la apertura de los sobres; e) la preadjudicación —cuando así correspondiese—; y, por último, f) la adjudicación. Analicemos cada paso por separado.

VIII.3.2. La redacción de los pliegos

Los pliegos son los documentos que contienen las bases y condiciones del contrato y el tipo de selección del contratista. En efecto, la Corte sostuvo que "la ley de la licitación o ley del contrato

es el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario".

En general, es posible distinguir entre los pliegos de bases y condiciones generales y particulares y, en ciertos casos —además—, el pliego de condiciones técnicas.

El **Pliego General** es una resolución reglamentaria y complementaria del decreto reglamentario (893/12); es decir, un listado de detalles y pormenores de éste. Dice el decreto reglamentario que "el pliego único de bases y condiciones generales será aprobado por la Oficina Nacional de Contrataciones y será de utilización obligatoria" (art. 43). En tal sentido, la Oficina aprobó el Pliego General por Disposición 58/14. Veamos, en tal sentido, un ejemplo puntual e ilustrativo:

- 1) el decreto delegado 1023/01 dice que los oferentes y adjudicatarios deben constituir *garantías*;
- 2) por su parte, el decreto reglamentario 893/12 establece la garantía de impugnación "en los casos de impugnaciones contra el dictamen de evaluación de las ofertas cuando así lo requiera la entidad o jurisdicción contratante, en aquellos casos en que el oferente hubiere presentado más de dos impugnaciones contra dictámenes de evaluación en un año calendario. En esos supuestos el importe de la garantía será equivalente al tres por ciento del monto de la oferta del renglón o los renglones en cuyo favor se hubiere aconsejado adjudicar el contrato";
- 3) finalmente, el Pliego General añade en términos complementarios que "si el impugnante fuera alguien que no reviste la calidad de oferente en ese procedimiento o para el renglón o los renglones en discusión y el dictamen de evaluación para el renglón o renglones que se impugnen no aconsejare la adjudicación a ninguna oferta, el importe de la garantía de impugnación será equivalente al monto fijo que se estipule en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares o en las bases del llamado". Asimismo, "cuando lo que se impugne no fuere uno o varios renglones específicos, sino cuestiones generales o particulares del dictamen de evaluación, el importe de la garantía de impugnación será equivalente al monto fijo que se estipule en el pliego de bases y condiciones particulares o en las bases del llamado". Y, finalmente, "cuando se impugne la recomendación efectuada sobre uno o varios renglones específicos y, además, cuestiones generales o particulares del dictamen de evaluación, el importe de la garantía de impugnación se calculará acumulando los importes que surjan de aplicar los criterios estipulados con anterioridad".

Es obvio, entonces, tal como surge de la lectura de los textos antes mencionados, que el decreto 893/12 es reglamentario del decreto legislativo 1023/00 y que, a su vez, la disposición de la Oficina Nacional de Contrataciones sobre el Pliego General es reglamentaria del decreto 893/12.

¿Cuál es el contenido del **pliego de bases y condiciones particulares**? Este pliego es elaborado para cada procedimiento de selección, en particular por las unidades operativas de contrataciones de cada jurisdicción, y contiene las especificaciones técnicas (cantidades y características de los bienes o servicios; si los elementos deben ser nuevos, usados, reacondicionados o reciclados; las tolerancias aceptables; y la calidad exigida); las cláusulas particulares; y los requisitos mínimos que indique el Pliego Único de Condiciones Generales.

En ciertos casos, en razón de la complejidad o el monto de la contratación, así como en los procedimientos en que no fuere conveniente preparar por anticipado las especificaciones técnicas o las cláusulas particulares completas, el órgano competente puede prever un plazo para que los interesados formulen observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares.

Por último, los pliegos de bases y condiciones generales y particulares deben ser exhibidos obligatoriamente en la sede de las jurisdicciones o entidades contratantes, y difundidos en el sitio de Internet de la Oficina Nacional de Contrataciones, sin perjuicio su publicación en el Boletín Oficial, cuando así correspondiese según las normas reglamentarias.

A su vez, cualquier "persona podrá tomar vista del pliego único de bases y condiciones generales y de los pliegos de bases y condiciones particulares, en la jurisdicción o entidad contratante o en el sitio de Internet de la Oficina Nacional de Contrataciones. Asimismo podrán retirarlos o comprarlos en la jurisdicción o entidad contratante o bien descargarlos del aludido sitio de Internet".

Sin embargo, "no será requisito para presentar ofertas, ni para la admisibilidad de las mismas, ni para contratar, haber retirado o comprado pliegos en el organismo contratante o haberlos descargado del sitio de Internet" (art. 59 del decreto reglamentario). Finalmente, "las consultas al pliego de bases y condiciones particulares deberán efectuarse por escrito en el organismo contratante... o en la dirección institucional del correo electrónico" (art. 60 del decreto reglamentario).

Otra cuestión importante respecto de *los pliegos* de bases y condiciones generales y particulares, que aún no hemos planteado, es si éstos ***constituyen actos de alcance general o particular***.

¿Por qué es relevante tal definición en términos jurídicos? Por un lado, con el objeto de definir el *régimen de impugnación*, conforme la LPA (artículos 23 o 24 de la ley 19.549 y su decreto reglamentario), en tanto es distinto según se trate de la impugnación de actos de alcance general o particular.

Por el otro, *si el pliego de condiciones generales puede ser modificado o no por el pliego de condiciones particulares*. Así, si consideramos que los pliegos no son actos de alcance general sino actos que integran, entre otros documentos y con carácter singular, el contrato, entonces el pliego de condiciones particulares puede modificar al otro pliego (pliego de condiciones generales).

Por nuestro lado, creemos que el pliego de condiciones generales es un reglamento (acto de alcance general), de modo que no es posible —en razón del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos— modificarlo por medio del pliego de condiciones particulares (acto de alcance particular).

La Corte señaló en el precedente "Espejo" que los contratos "están sujetos a formalidades preestablecidas y contenidos impuestos por normas que prevalecen sobre lo dispuesto en los pliegos". Y, a su vez, aclaró que "los pliegos de condiciones generales revisten condición de reglamentos, razón por la cual el particular que participa en la licitación carece de la facultad de sustraerse a la aplicación de alguna de sus disposiciones" (caso "Rincón de los artistas", 2003).

Por su parte, el pliego de bases y condiciones particulares es —según nuestro criterio— un acto de alcance singular. En definitiva, es un acto que sólo cabe aplicar en el trámite puntual de que se trate.

VIII.3.3. El procedimiento de selección

¿Cuál es la regla en el trámite de selección del contratista? Es decir, ¿la libre elección o el cumplimiento de criterios objetivos y predeterminados?

El [decreto 1023/01](#) dice que la selección del contratista debe hacerse por *regla general* mediante licitación pública o concurso público y, en los casos de excepción, por los trámites de: a) subasta pública; b) licitación o concurso abreviado o privado; y c) contratación directa.

Asimismo, el decreto reglamentario establece en sentido concordante los siguientes procedimientos: las licitaciones o concursos públicos y privados; la contratación directa (por compulsa abreviada o adjudicación simple) y la subasta pública.

Y agrega que "en virtud de la regla general consagrada en el artículo 24 del Decreto Delegado..., los procedimientos de licitación o concurso público, se podrán aplicar válidamente cualquiera fuere el monto presunto del contrato y estarán dirigidos a una cantidad indeterminada de posibles oferentes" (art. 15). Sin embargo, concluye que "no obstante la regla general, en todos los casos deberá aplicarse el procedimiento que mejor contribuya al logro del objeto establecido en el artículo 1 del Decreto Delegado... y el que por su economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos sea más apropiado para los intereses públicos" (art. 15).

Por su parte, la [ley 13.064](#) establece que, en principio, "sólo podrán adjudicarse las obras públicas nacionales en licitación pública" (art. 9).

Además, los principios de concurrencia e igualdad en el trámite de las contrataciones refuerzan este criterio normativo de seguir el proceso licitatorio como regla general.

Volvamos sobre el régimen general. El [decreto 1023/01](#) establece cuáles son los *criterios* que deben seguirse para la elección de los tipos de contratación (licitación o concurso público; subasta pública; licitación o concurso abreviado o privado; y contratación directa), a saber:

1. el cumplimiento de los objetivos de economía, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos;
2. las características de los bienes o servicios;
3. el monto estimado del contrato;
4. las condiciones del mercado; y
5. las razones de urgencia o emergencia.

Quizás, en este punto convenga distinguir entre los *tipos* de contratación, las *clases* de contratación cuando así esté previsto normativamente, y las *modalidades*.

Demos un ejemplo intentando explicar con mayor claridad estos conceptos. Así, por caso, el tipo contratación es la licitación pública (entre los otros tipos de selección del contratista) y, en ese marco, la clase puede ser *nacional o internacional o de etapa única o múltiple*.

A su vez, "las contrataciones podrán realizarse de acuerdo con cualquiera de las siguientes modalidades o combinaciones entre ellas: a) *iniciativa privada*; b) *llave en mano*; c) *orden de compra abierta*, d) *consolidada*, e) *bienes estandarizados*; f) *precio máximo*; g) *acuerdo marco*".

VIII.3.3.1. Licitación o concurso público

La licitación y el concurso son mecanismos de competitividad y ofertas múltiples entre los que aspiran a encargarse de ejecutar las obras, proveer los bienes o prestar los servicios bajo determinadas condiciones, a fin de que el Estado elija la propuesta más ventajosa.

¿Cuál es la diferencia entre la licitación y el concurso? En el primer caso, el criterio de selección es básicamente el factor económico; y, en el segundo, la capacidad técnica, científica o artística de los contratantes. En efecto, el [decreto 1023/01](#) dice que el procedimiento de licitación debe realizarse cuando el criterio de selección "recaiga primordialmente en factores económicos"; y, por su lado, el concurso procede cuando el estándar cae "primordialmente en factores no económicos" (art. 25).

A su vez, el proceso —trátase de licitación o concurso— es público cuando el llamado esté dirigido a un número indeterminado de oferentes.

¿Cuándo el llamado es público? Cuando el contrato supere el monto que se fije por vía reglamentaria. Así, el decreto reglamentario establece: "licitación pública o concurso público más de Ochocientos módulos (M 800)". Actualmente, el valor del módulo es de \$ 1.000, sin perjuicio de que el Jefe de Gabinete puede modificarlo.

Finalmente, las licitaciones y concursos pueden ser de etapa única (cuando la comparación de las ofertas y las calidades de los oferentes se realice en un mismo acto), o múltiple (si la comparación de la calidad de los oferentes, los antecedentes empresariales y técnicos, la capacidad económica financiera, las garantías, las características de la prestación y el análisis de los componentes económicos, se realice mediante dos o más fases de evaluación) —conforme arts. 26 del decreto delegado y 18 del decreto reglamentario—.

VIII.3.3.2. Licitación o concurso abreviado (privado)

La licitación o concurso es abreviado (o privado) cuando el llamado está dirigido a personas inscriptas en la base de datos que lleva la Oficina Nacional de Contrataciones (es decir, el Sistema de Información de Proveedores), y siempre que el monto de la contratación no supere el que se fije por reglamentación. Cabe agregar que "también serán consideradas las ofertas de quienes no hubiesen sido invitados a participar" (art. 25, [decreto 1023/01](#) y art. 17 del decreto reglamentario).

Cabe aclarar que "el procedimiento de selección elegido será válido cuando el total de las adjudicaciones, incluidas las opciones de prórrogas previstas, no superen el monto máximo fijado para encuadrar a cada tipo de procedimiento de selección" (art. 34, decreto reglamentario).

Pero, *¿en qué casos procede el trámite abreviado o privado?* Según el [decreto 1023/01](#), el proceso es público cuando el monto del contrato supere ciertas sumas, de modo que *sólo puede ser privado cuando éstas sean inferiores*. En tal sentido, el decreto reglamentario establece: "licitación privada o concurso privado hasta Ochocientos módulos (M 800)".

Por ejemplo, en las obras públicas es posible seguir el procedimiento de licitación privada — e incluso contratación directa— en los siguientes casos: a) cuando el monto no exceda aquél que establezca el Poder Ejecutivo; b) cuando resulte indispensable realizar otros trabajos en el marco de una obra en curso de ejecución, y éstos no hubiesen sido previstos; c) cuando se trate de trabajos de urgencia, circunstancias imprevistas o servicios sociales de carácter impostergradable; d) cuando la seguridad del Estado requiera reserva o garantías especiales; e) cuando resulte fundamental la capacidad artística, técnica o científica del contratante, o la obra estuviese amparada por patentes o privilegios; y f) cuando en el trámite de la licitación no se haya presentado ningún oferente, o las ofertas no sean admisibles.

VIII.3.3.3. Subasta pública

El proceso de subasta es un método público de venta y compra de bienes, y se hace al mejor postor. ¿Cuándo procede la subasta pública? En caso de compras y ventas de bienes inmuebles, muebles y semovientes por el Estado.

Dice el [decreto 1023/01](#) que este trámite debe aplicarse preferentemente sobre el procedimiento de contratación directa, y siempre —claro— que la subasta sea posible.

VIII.3.3.4. Contratación directa

Los casos de contrataciones directas son, según el marco jurídico general (decreto delegado 1023/01), los siguientes:

- 1) Cuando el monto no supere aquél que se fije por vía reglamentaria y no sea posible aplicar otro procedimiento de selección, según las normas vigentes. A su vez, el decreto reglamentario dispone que "será suficiente que el monto presunto del contrato no supere el máximo fijado", esto es, hasta doscientos módulos (M 200).
- 2) En el caso de realización o adquisición de obras científicas, técnicas o artísticas, cuya ejecución sólo pueda ser hecha por ciertas empresas, artistas o especialistas (criterio de especialidad).
- 3) Cuando se trate de la contratación de bienes o servicios "cuya venta fuere exclusiva... o que sólo posea una determinada persona física o jurídica", siempre que no existan sustitutos convenientes. Cabe aclarar que "la marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes" (criterio de exclusividad).
- 4) Cuando las licitaciones o concursos hubiesen fracasado o sean declarados desiertos por segunda vez.
- 5) Por razones de urgencia o emergencia, según circunstancias objetivas que impidan la realización de otros procedimientos de contratación. En tal caso, el llamado debe ser aprobado por la autoridad máxima de la jurisdicción o entidad de que se trate.
- 6) Las contrataciones secretas por razones de seguridad o defensa nacional, cuya declaración compete con carácter excepcional e intransferible al Poder Ejecutivo.
- 7) Las reparaciones de maquinarias, vehículos, equipos o motores cuyo desarme, traslado o examen previo sea imprescindible para determinar la reparación necesaria y —además— esto resulte más oneroso que el propio arreglo.
- 8) Las contrataciones de los órganos o entes estatales entre sí, o con organismos provinciales o municipales y la Ciudad de Buenos Aires, y con empresas y sociedades de participación mayoritaria del Estado; siempre que tengan por objeto la prestación de servicios de seguridad, logística o salud. Sin embargo, el decreto reglamentario dispone que "la limitación del objeto a la prestación de servicios de seguridad, de logística o de salud a que hace referencia el citado apartado solo será aplicable en los casos en que el cocontratante fuera una empresa o sociedad en la que tenga participación estatal mayoritaria el Estado" (art. 26).
- 9) Los contratos que celebre el Estado con las Universidades Nacionales.

10) Los contratos que se celebren con las personas físicas y jurídicas inscriptas en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social, con o sin financiamiento estatal.

Por su parte, el decreto reglamentario distingue en el marco de las contrataciones directas entre: 1) la *adjudicación simple* (cuando el Estado no pueda contratar sino con determinada persona, o esté facultado para elegir un contratante público); y 2) *compulsa abreviada* (si existe más de un potencial oferente con capacidad para satisfacer la prestación).

Las contrataciones directas por *adjudicación simple* son las siguientes: a) la realización o adquisición de obras científicas, técnicas o artísticas; b) cuando se trate de la contratación de bienes o servicios "cuya venta fuere exclusiva...o que sólo posea una determinada persona física o jurídica"; c) contrataciones de emergencia; d) operaciones secretas por razones de seguridad o defensa nacional; e) reparaciones de maquinarias, vehículos, equipos o motores cuyo desarme, traslado o examen previo sea imprescindible para determinar la reparación necesaria; f) contrataciones de los órganos o entes estatales entre sí o con organismos provinciales o municipales y la Ciudad de Buenos Aires y con empresas y sociedades de participación mayoritaria del Estado, siempre que tengan por objeto la prestación de servicios de seguridad, logística o salud; g) contratos que celebre el Estado con las Universidades Nacionales; y h) contratos que se celebren con las personas físicas y jurídicas inscriptas en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social, con o sin financiamiento estatal.

Por otro lado, las contrataciones directas por *compulsa abreviada* comprenden estos casos: a) cuando el monto no supere los doscientos módulos; b) cuando la licitación o concurso hubiesen resultado desierto o hubiese fracasado; c) contrataciones de urgencia o emergencia; y, por último, d) operaciones secretas por razones de seguridad o defensa nacional.

Cabe advertir que, según el decreto reglamentario, "no se podrá fraccionar un procedimiento de selección con la finalidad de eludir la aplicación de los montos máximos fijados" (art. 37).

Finalmente, el decreto reglamentario prevé que "las contrataciones directas...podrán efectuarse por el trámite simplificado... cuando el monto estimado del contrato no supere el máximo fijado para tal tipo de trámite" (art. 30).

VIII.3.4. El llamado

Este acto supone que el órgano competente —en el marco del plan anual de contrataciones— ya eligió el procedimiento de selección del contratante y aprobó los pliegos de bases y condiciones particulares y, como paso siguiente, decide convocar a los oferentes.

El llamado o convocatoria debe realizarse mediante el dictado de un acto administrativo en los términos del [artículo 7](#) de la [ley 19.549](#), y cumplir con el régimen de difusión y publicidad, según los modos y plazos que establecen el decreto delegado y su decreto reglamentario. Por ejemplo, en el caso de las licitaciones públicas, se deben publicar avisos en el Boletín Oficial por dos días; difundir en el sitio de Internet; enviar comunicaciones a las asociaciones de proveedores; y, por último, invitar a por lo menos cinco proveedores del rubro.

Cabe sí agregar, en este contexto, que "la comprobación de que en un llamado a contratación se hubieran omitido los requisitos de publicidad y difusión previa, en los casos en que la norma lo exija... dará lugar a la revocación inmediata del procedimiento" (art. 18, [decreto 1023/01](#)).

VIII.3.5. La presentación de las ofertas

Luego del llamado comienza a correr el plazo en el que los interesados deben presentar sus ofertas (es decir, sus propuestas de contratación), hasta el día y hora fijados en el acto del llamado. En tal sentido, las ofertas que se presenten fuera de término, aún cuando no se hubiese iniciado el acto de apertura de éstas, deben ser rechazadas.

A su vez, los interesados pueden tomar vista, retirar los pliegos y hacer consultas; en tal caso, el organismo contratante puede elaborar *circulares aclaratorias o modificatorias del pliego*. En este último supuesto, dice el decreto reglamentario que "entre la publicidad de la circular modificatoria y la fecha de apertura, deberán cumplirse los mismos plazos de antelación estipulados en la normativa vigente que deben mediar entre la convocatoria original y la fecha de apertura de acuerdo al procedimiento de selección de que se trate" (art. 61).

¿Cuáles son las formalidades que deben cumplir las ofertas? Éstas deben ser presentadas por escrito, firmadas, en idioma nacional, con copias e indicación del domicilio especial. Por su parte, los sobres, cajas o paquetes deben estar perfectamente cerrados. A su vez, las enmiendas deben ser salvadas.

¿Cuál es el contenido de las ofertas? Las ofertas deben contener el precio unitario y cierto; el precio total por renglón; el precio total; la cotización por cantidades netas libres de envase y de gastos de embalaje; y el origen del producto. En principio, es posible presentar ofertas por cantidades parciales.

¿Qué documentación debe acompañarse con las ofertas? La declaración jurada sobre la provisión o uso de materiales importados y el resultado de la balanza comercial; la garantía de mantenimiento de la oferta; las muestras (si así lo requiere el pliego); y la documentación a presentar ante la Oficina Nacional de Contrataciones en el marco del Sistema de Información de Proveedores.

La presentación de la oferta supone el conocimiento y aceptación de las reglas de la contratación por parte del oferente. Asimismo, tras el vencimiento del plazo de presentación de las ofertas, se extingue la posibilidad de modificarlas.

¿Puede el oferente retirar su oferta? Las ofertas deben mantenerse por el término de sesenta días corridos, contados a partir de la fecha del acto de apertura; siempre que en el respectivo pliego particular no se fijara un plazo diferente. El plazo se prorrogará en forma automática por igual término, "salvo que el oferente manifestara en forma expresa su voluntad de no renovar el plazo de mantenimiento con una antelación mínima de diez días corridos al vencimiento del plazo".

A su vez, si "el oferente manifestara su voluntad de no mantener su oferta fuera del plazo fijado para realizar tal manifestación o retirara su oferta sin cumplir con los plazos de mantenimiento, corresponderá excluirlo del procedimiento y ejecutar la garantía de mantenimiento de la oferta" (art. 66, [decreto 893/12](#)). En igual sentido, la Ley de Obras Públicas establece que los proponentes deben mantener sus ofertas durante el plazo "fijado en las bases de la licitación" (art. 20).

¿Puede el oferente modificar sus propuestas? No, por aplicación del principio de igualdad. El decreto reglamentario dice, en tal sentido, que la posibilidad de modificar la oferta precluye con el vencimiento del plazo para presentarla (art. 65). En efecto, según la disposición 58/14, "la posibilidad de modificar la oferta precluirá con el vencimiento del plazo para presentarla, sin que sea admisible alteración alguna en la esencia de las propuestas después de esa circunstancia. Si en forma previa al vencimiento del plazo para presentar ofertas, un oferente quisiera corregir,

completar o reemplazar una oferta ya presentada en un mismo procedimiento de selección, se considerará como válida la última propuesta presentada en término".

VIII.3.6. La apertura de las ofertas

La apertura de las ofertas debe realizarse en acto público en el lugar, día y hora determinado, con participación de cualquiera que tenga interés en presenciar el acto.

Una vez vencido el término de recepción de las ofertas, no pueden recibirse otras, aun cuando el órgano competente no hubiese iniciado el acto de apertura de los sobres.

En el *acto de apertura*, la autoridad competente debe labrar el acta correspondiente haciendo constar: el número de orden asignado a cada oferta; el nombre de los oferentes; el monto de las ofertas; el monto y tipo de garantías que hubiesen presentado los oferentes; y, por último, las observaciones.

Los originales de las ofertas deben ser exhibidos a los oferentes por el término de dos días. Las ofertas que fuesen *observadas* no pueden ser rechazadas en el acto de apertura, sino que el planteo debe ser agregado en el expediente con el objeto de su posterior análisis y resolución.

En ciertos casos, las ofertas deben ser declaradas *inadmisibles*, pero los errores menores no son causales de rechazo, sino que pueden ser saneados. ¿Cuáles son, entonces, las causales de rechazo de las ofertas? Entre otras, las propuestas que: a) no tuviesen firma; b) estuviesen escritas con lápiz; c) estuviesen presentadas por personas inhabilitadas o suspendidas; d) no cumpliesen con las garantías del caso; o e) tuviesen condicionamientos, raspaduras, enmiendas o cláusulas contrarias a las normas vigentes (art. 17, decreto 1023/01 y art. 84 del decreto reglamentario).

Por último, el órgano competente debe realizar un cuadro comparativo de los precios de las ofertas y remitir "las actuaciones a la Comisión Evaluadora".

VIII.3.7. La preadjudicación

En general, las normas establecen un procedimiento de adjudicación de orden transitorio llamado *preadjudicación* y, luego, tras el vencimiento del plazo de las impugnaciones contra éste, el órgano competente debe adjudicar el contrato con carácter definitivo.

Así, el órgano competente, tras abrir las ofertas, debe labrar el acta, confeccionar el cuadro comparativo, y remitir las actuaciones a la Comisión de Evaluación —constituida por tres miembros— que debe dictaminar con carácter no vinculante en el trámite de las contrataciones.

El dictamen de la Comisión debe contener el examen de los aspectos formales; la evaluación de las calidades de los oferentes; el análisis de la totalidad de las ofertas presentadas; y, por último, la recomendación sobre la resolución a adoptar para concluir el procedimiento. Este dictamen debe ser notificado a todos los oferentes en el término de dos días luego de su dictado. A su vez, los oferentes pueden impugnarlo en el plazo de cinco días desde que fue notificado, y quienes no revistan tal calidad también pueden hacerlo en igual plazo desde su difusión en el sitio de Internet; en ambos casos previa integración de la garantía correspondiente.

VIII.3.8. La adjudicación

Finalmente, el órgano competente debe resolver las impugnaciones presentadas contra el dictamen de la Comisión Evaluadora y adjudicar el contrato de modo fundado y definitivo. Este acto debe notificarse al adjudicatario y al resto de los oferentes, dentro de los tres días de su dictado. Finalmente, las impugnaciones contra el acto de adjudicación se rigen por la ley 19.549 y su decreto reglamentario.

Cierto es también que el Estado puede dejar sin efecto el trámite de contratación en cualquier momento, antes del perfeccionamiento del contrato, y sin indemnización a favor de los oferentes. Así, el Estado puede archivar el procedimiento de contratación antes del perfeccionamiento, "sin lugar a indemnización alguna a favor de los interesados u oferentes" (art. 20, decreto 1023/01).

¿Cuál es el criterio legal para adjudicar el contrato estatal? ¿Debe el Estado adjudicar el contrato al oferente que hubiese hecho la oferta de menor precio o la oferta más conveniente?

En primer lugar, el texto del decreto 1023/01 es muy claro en tanto dice que "la adjudicación deberá realizarse a favor de la oferta más conveniente para el organismo contratante, teniendo en cuenta" el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y las otras condiciones de la oferta.

Por su parte, el decreto reglamentario dispone que "el criterio de selección para determinar la oferta más conveniente deberá fijarse en el pliego de bases y condiciones particulares, y allí podrá optarse por alguno de los siguientes sistemas o bien por otro que elija la autoridad competente al aprobar el respectivo pliego: a) adjudicar el contrato al oferente que presente la mejor oferta económica... b) Adjudicar el contrato al oferente que haya alcanzado mayor puntaje final" (art. 155).

En segundo lugar, el decreto reglamentario expresa que "podrá adjudicarse aun cuando se haya presentado una sola oferta". Y, por su parte, la ley 13.064 establece que el órgano competente debe adjudicar el contrato a la oferta más conveniente, aun cuando se hubiese presentado una sola propuesta.

VIII.3.9. El perfeccionamiento del contrato

El [decreto 1023/01](#) dispone que el contrato queda perfeccionado "en el momento de notificarse la orden de compra o de suscribirse el instrumento respectivo, en los plazos y con las modalidades que determine la reglamentación".

Por su parte, el decreto reglamentario sostiene que "la notificación de la orden de compra o de venta al adjudicatario producirá el perfeccionamiento del contrato"; y "en los casos en que el acuerdo se perfeccionara mediante un contrato el mismo se tendrá por perfeccionado en oportunidad de firmarse el instrumento respectivo". A su vez, "el cocontratante deberá integrar la garantía de cumplimiento del contrato dentro del término de cinco días de recibida la orden de compra o de la firma del contrato" (arts. 96, 97 y 98).

La Ley de Obras Públicas señala que "entre la Administración Pública y el adjudicatario se firmará el contrato administrativo de obra pública". En igual sentido, el legislador agregó que el contrato queda perfeccionado "con el cumplimiento de los preceptos enunciados en los precedentes artículos, sin necesidad de otros trámites" (art. 24).

VIII.4. La causa y motivación de los contratos

En este contexto, debemos seguir con el análisis de los elementos del contrato, según la matriz del [artículo 7](#) de la [ley 19.549](#).

Así, en los apartados anteriores hemos visto los elementos competencia, objeto y procedimiento; estudiemos ahora la *causa* (es decir, los antecedentes de hecho y derecho) y, luego, la motivación.

¿Cuáles son los *antecedentes de hecho* de los contratos?

Por un lado, *la planificación o programación de la contratación* y, por el otro, la previsión del gasto en el presupuesto estatal.

En este sentido, el artículo 6 del decreto delegado establece que cada jurisdicción realizará su *programa de contrataciones*, según la naturaleza de sus actividades. Así, las unidades ejecutoras deberán proyectar su plan de contrataciones por el período de un año, salvo casos de excepción. En sentido concordante, el decreto reglamentario se refiere en su Capítulo IV a la programación de las contrataciones.

Si bien en principio la programación es claramente potestad del Estado, cierto es que éste puede recibir propuestas de los particulares e incorporarlas en sus planes de contrataciones mediante el instituto de la iniciativa privada.

El programa de contrataciones y su ejecución deben ajustarse a los *créditos asignados por la Ley de Presupuesto*.

Por ejemplo, en el marco del contrato de obra pública, es necesario —con carácter previo— requerir la aprobación del proyecto y el presupuesto respectivo por los órganos competentes. Así, dice la ley que "no podrá llamarse ni adjudicarse obra alguna, ni efectuarse inversiones que no tengan crédito legal". Sin embargo, el legislador previó la siguiente excepción: en caso de reconocida urgencia, podrán realizarse obras nuevas o reparaciones, solicitándose luego el crédito al Congreso, y si éste no se pronunciase al respecto durante el período ordinario de sesiones correspondiente, debe interpretarse que el crédito fue autorizado (art. 7).

En síntesis, el Estado sólo puede contratar si existe crédito presupuestario suficiente, salvo casos de excepción legal, tal como prevé la Ley de Obras Públicas. Por tanto, en principio, el contrato celebrado sin previsión presupuestaria es nulo.

Sin embargo, la Corte en el caso "Liberdinsky" (1987) expresó que "el acto de convocar a la recepción de ofertas sin crédito disponible es legítimo pues los fondos son obtenibles con posterioridad a través del trámite del [artículo 7](#), [ley 13.064](#); o en todo caso el acto es regular y susceptible de saneamiento ([artículos 15](#) y [19](#), [ley 19.549](#))".

Hemos detallado los antecedentes de hecho, veamos ahora cuáles son los *antecedentes de derecho*.

El régimen jurídico —es decir, los antecedentes de derecho— está integrado por *los principios generales; la ley; el decreto reglamentario; los pliegos de condiciones generales; los pliegos de condiciones particulares; y, en ciertos casos, el contrato en sí mismo o las órdenes de compra*.

Finalmente, las contrataciones deben estar motivadas (*elemento motivación*) en los mismos términos que exige la LPA en relación con los actos administrativos, es decir, "deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto".

VIII.5. La finalidad de los contratos

La finalidad que persigue el Estado por medio de los contratos administrativos es alcanzar "los resultados requeridos por la sociedad... coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración", según el texto del artículo 1 del [decreto 1023/01](#).

A su vez, creemos que el Estado sigue, en el marco específico de los contratos, otros fines instrumentales, esto es, el desempeño eficiente de sus actividades (más puntualmente, obtener el mejor producto o servicio, con el menor costo posible).

Por último, cabe recordar que en el caso "OCA" (1998), la Corte sostuvo que "las alegaciones del organismo... según las cuales... celebró el convenio de prórroga... sin haber formulado el previo estudio de la propuesta... ni justificado la modificación del precio... aluden en rigor a la existencia de vicios en los procedimientos, en la causa y en la *finalidad* del acto revocado".

Luego, el Tribunal agregó que "la competencia para determinar el precio de las contrataciones que celebre el Estado debe ejercitarse conforme a la finalidad en mira a la cual fue atribuida, que es la de contratar al precio más conveniente y razonable". Los jueces concluyeron que "de acuerdo con el [artículo 7, inciso f](#), de la [ley 19.549](#), excede su poder el funcionario que fija aquél (el precio) con ánimo de liberalidad o a su mero arbitrio".

VIII.6. Las formas de los contratos

Si bien en el Derecho Privado el punto central es la autonomía de las partes contratantes, incluso respecto de las formas del acuerdo, en el ámbito del Derecho Público los aspectos formales y de procedimiento de los contratos son presupuestos esenciales de su validez.

Cabe señalar que el elemento forma está asociado de modo indisoluble con la prueba y validez del contrato.

La Corte en el caso "Hotel Internacional Iguazú" (1987) sostuvo que "en los contratos de la Administración se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación...". Más aún, en caso de incumplimiento de este elemento, el contrato celebrado es nulo e inexistente.

En el precedente "Mas Consultores" (2000), la Corte dijo que "la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas... en cuanto a la forma y procedimientos de contratación". Y agregó que "de las constancias obrantes en la causa surge que, en la contratación invocada, no se observaron los procedimientos sustanciales pertinentes ni se contó con la habilitación presupuestaria necesaria para atender el gasto respectivo, tal como exige la normativa".

El Tribunal añadió en el fallo "Ingeniería Omega" (2000) que "la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia".

En igual sentido se expidió la Corte, años después, en los autos "Indicom S.A." (2004). Allí, añadió que "esta condición, que se impone ante las modalidades propias del derecho administrativo, concuerda con el principio general también vigente en derecho privado en cuanto

establece que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescripta (arts. 975 y 1191 del Código Civil)".

La Corte reiteró su criterio en el caso "Lix Klett" (2012). Aquí dijo que "no es posible hacer lugar a una acción basada en obligaciones que derivan de acuerdos verbales cuando, en razón de la normativa aplicable, los contratos administrativos con un objeto como el de las prestaciones de autos debían ser celebrados con las formalidades que establece el derecho administrativo para su confección". Y afirmó que "en el caso no se cumplió con los procedimientos propios para las contrataciones con el Estado y la actora no logró acreditar la efectiva prestación del servicio. Como consecuencia de ello, no se tramitó la habilitación presupuestaria y, por ende, no se obtuvo la conformidad por la autoridad de turno para el pago de las facturas reclamadas. Por lo tanto, más allá de las intimaciones de pago que la actora hubiera efectuado, que en este caso, resultan infructuosas, corresponde aplicar la doctrina del silencio negativo". Finalmente, sostuvo que "la aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa no es procedente en el *sub examine*, toda vez que ello importaría una grave violación al principio de congruencia, puesto que la actora fundó su demanda de cobro de pesos en el supuesto incumplimiento contractual, y no en la institución citada".

A su vez, el contratista estatal no puede, en principio, desconocer el incumplimiento de las formas contractuales, pues tiene un deber de diligencia calificado.

IX. LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS Y SUS EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS

Una vez definido el concepto de contrato administrativo y analizados sus elementos y — particularmente— su formación y perfeccionamiento, cabe entonces estudiar el trámite de ejecución del contrato.

IX.1. Las cláusulas exorbitantes en el trámite de ejecución de los contratos

En este contexto es donde surgen con más fuerza las llamadas cláusulas exorbitantes respecto del Derecho Privado, como nota peculiar de los contratos estatales. En efecto, el cambio más sustancial ocurre, entonces, cuando pasamos al proceso de desarrollo, ejecución y extinción de los contratos.

Cabe aclarar que el Estado puede usar potestades extraordinarias mediante cláusulas exorbitantes, pero con ciertos límites. Pues bien, ¿cuáles son las facultades exorbitantes en particular, y cuál es su contenido?

En tal sentido, el artículo 12 del [decreto 1023/01](#), como ya adelantamos, es una buena guía en el camino que nos hemos propuesto. Este precepto dice que el Estado, sin perjuicio de las otras facultades que estén previstas en la legislación específica, los reglamentos, los pliegos y los otros documentos, ejerce especialmente las siguientes potestades:

- a) Interpretar el contrato y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento. En particular, los "actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgados por el [artículo 12](#) de la [ley 19.549](#)".
- b) Dirigir, controlar e inspeccionar la ejecución del contrato y, en particular, inspeccionar las oficinas y los libros del contratante.

- c) Calificar las situaciones de incumplimiento e imponer las penalidades.
- d) Modificar el contrato por razones de interés público. Aumentar o disminuir el monto total del contrato hasta en un veinte por ciento, y prorrogar los contratos de suministro y prestación de servicios por única vez y por un plazo menor o igual al del contrato inicial. En igual sentido, "los actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgados por el [artículo 12](#) de la [ley 19.549](#)".
- e) Exigir el cumplimiento del contrato, salvo caso fortuito, fuerza mayor, o actos o incumplimientos de las autoridades públicas nacionales o del propio contratante que tornen imposible la ejecución del contrato.
- f) Recibir, aceptar o rechazar las prestaciones contractuales.

Las prerrogativas que hemos enumerado hasta aquí son propias del trámite de ejecución del contrato, en tanto, respecto de la *extinción* de éste cabe señalar como prerrogativas estatales, las siguientes:

- a) Revocar el contrato, por sí y ante sí, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.
- b) Revocar por sí y ante sí el contrato por razones de ilegitimidad.
- c) Rescindir el contrato por incumplimiento de las obligaciones del contratista (caducidad), calificando los incumplimientos y las eventuales responsabilidades de éste.
- d) Ejecutar directamente el contrato.
- e) Apropiarse y ejecutar las garantías.

En particular, el inciso a) del artículo 12 dice que el Poder Ejecutivo puede "decretar su caducidad, rescisión o resolución y determinar los efectos de éstas", y agrega que "los actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgadas por el [artículo 12](#) de la [ley 19.549](#) y sus modificatorias". Recordemos que este precepto establece que los actos estatales gozan de presunción de legitimidad y tienen fuerza ejecutoria con los límites que prevé el propio texto de la ley.

IX.2. La interpretación de los contratos

El Código Civil y Comercial en su artículo 1061 dice que "el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de buena fe".

A su vez, el Código establece las siguientes reglas interpretativas respecto de los contratos:

1. *La interpretación gramatical.* Pues bien, "debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad", siempre que exista una disposición legal o convencional que establezca "expresamente una interpretación restrictiva" (art. 1062, CCyC);
2. *La interpretación gramatical, según el criterio del lenguaje natural.* En efecto, "las palabras empleadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general, excepto que tengan un significado específico que surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los

usos y prácticas del lugar de celebración conforme con los criterios dispuestos para la integración del contrato". Y, a su vez, "se aplican iguales reglas a las conductas, signos y expresiones no verbales con los que el consentimiento se manifiesta" (art. 1063, CCyC);

3. *La interpretación contextual o sistemática.* Así, "las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto" (art. 1064, CCyC);

4. *La interpretación histórica.* "Cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se deben tomar en consideración: a) las circunstancias en que se celebró, incluyendo las negociaciones preliminares; b) la conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración" (art. 1065, CCyC). En igual sentido, "la interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto" (art. 1067, CCyC);

5. *La interpretación finalista: la conservación del contrato y la igualdad entre las partes.* Así, "cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se debe tomar en consideración: ... c) la naturaleza y finalidad del contrato" (art. 1065). En particular "si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato" (art. 1066, CCyC). Por último, "cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores persisten las dudas, si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes" (art. 1068).

¿Cabe aplicar estas normas sobre interpretación del Derecho Privado y, en particular de los contratos, a los contratos administrativos?

En el marco del Derecho Público el concepto quizás más aceptado es que el Estado debe interpretar el contrato según el interés público comprometido y, a su vez, imponer su criterio sobre el contratista con alcance ejecutorio, es decir, de modo coactivo — sin perjuicio de que éste puede recurrir ante el juez—. Así, la regla hermenéutica básica es el interés colectivo.

A su vez, el Estado debe resolver cualquier controversia que surja entre él y el contratista sobre la interpretación del contrato y resolverlo por sí mismo, con carácter obligatorio y coactivo; es decir, sin suspensión de las prestaciones y sin intervención del juez. Éste es un aspecto sumamente relevante porque los conflictos alrededor del contrato no suspenden el cumplimiento de éste.

¿Puede el Estado interpretar de cualquier modo el contrato? Obviamente que no, sino que debe hacerlo de conformidad con el bloque normativo vigente. Una de las reglas básicas — además del principio de legalidad y el interés colectivo que persigue el Estado— es el *principio de buena fe* entre las partes.

La Corte sostuvo que "no es ocioso recordar que todo contrato — sea cual fuere su naturaleza— debe celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, principios aplicables al ámbito de los contratos regidos por el derecho público" (caso "Astarsa", 2006).

Por su parte, el decreto delegado 1023/01 establece que "la autoridad administrativa... especialmente tendrá: a) la prerrogativa de interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento". Pero, además, el decreto agrega en el mismo apartado que "los actos

administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgados por el [artículo 12](#) de la [ley 19.549](#) y sus modificatorias".

En síntesis, el Estado debe resolver las dudas sobre la interpretación del contrato y dictar los actos consecuentes que gozan de presunción de legitimidad, y cuya fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlos en práctica por sus propios medios.

IX.3. El cumplimiento de las obligaciones

El Estado debe básicamente —como ya hemos dicho— pagar el precio convenido en el plazo pactado; recibir los bienes o servicios; y, en su caso, recomponer el contrato.

Por su parte, el contratista debe cumplir con el objeto o prestación en el plazo convenido; dar las garantías del caso; recomponer el contrato; y ejecutarlo por sí mismo, salvo casos de excepción y con autorización del Estado contratante.

Una de las diferencias quizás más relevantes entre el Derecho Público y el Privado es que en el marco de este último cualquier parte puede obligar a la otra al cumplimiento de las obligaciones contractuales. En tal sentido, el artículo 724 del Código Civil y Comercial, aplicable en materia contractual, dice que "la obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés". En efecto, "la obligación da derecho al acreedor a: a) emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se ha obligado" (art. 739). En el ámbito particular de los contratos, el Codificador dispone que "la parte que tiene derecho a extinguir el contrato puede optar por requerir su cumplimiento..." (inc. c), art. 1077, CCyC).

Es decir, en el Derecho Privado el incumplimiento contractual no se resuelve necesariamente con el pago de las indemnizaciones, sino que las partes pueden obligar a la otra al cumplimiento de las obligaciones convenidas, por sí o por terceros.

Por el contrario, el Estado sí puede incumplir sus obligaciones por razones de interés público, en cuyo caso el contratista no puede obligarlo, por sí o por medio del juez, al cumplimiento de sus obligaciones —sin perjuicio del pago de las indemnizaciones correspondientes—.

Por otro lado, el particular debe cumplir con sus obligaciones y cuando pretende resolver el contrato debe —en principio— seguir cumpliendo sus compromisos y reclamar judicialmente. Es decir, en principio no puede suspender el cumplimiento de sus compromisos, por eso el alcance de la excepción de incumplimiento contractual es más limitado en el campo del Derecho Público. Sin embargo, el contratante sí puede dejar de hacerlo, cuando se torne imposible la ejecución del contrato por fuerza mayor, caso fortuito, hecho del príncipe o incumplimiento de las obligaciones del Estado, debiendo iniciar —en tal caso— las acciones judiciales para extinguir el contrato.

IX.4. La dirección del contrato

El Estado dirige y controla el desarrollo y ejecución contractual y, en este sentido, puede inspeccionar y fiscalizar el cumplimiento de las prestaciones. En este contexto, el Estado puede dictar órdenes y, en caso de incumplimientos, aplicar sanciones.

Por su parte, la Ley de Obras Públicas dispone que "el contratista no podrá recusar al técnico que la autoridad competente haya designado para la dirección, inspección o tasación de las obras"; sin perjuicio de que el responsable de la interpretación de los planos, provisión o uso indebido de materiales y sistemas de construcción o implementos patentados, es el contratista y no el Estado.

En definitiva, el Estado contratante dirige y controla la ejecución del contrato mediante órdenes y, en caso de incumplimiento, por aplicación de sanciones y penalidades.

Así, si el contratista no cumple con sus compromisos, el Estado puede obligarlo mediante la aplicación de sanciones y penalidades o, en su caso, rescindir el contrato y ejecutar las garantías en concepto de indemnización.

Por el contrario, vale recordar una vez más que el particular no puede compeler al Estado al cumplimiento del acuerdo, ni tampoco rescindirle sin intervención del juez.

IX.5. La excepción de incumplimiento contractual

En primer lugar, es necesario aclarar cuál es el contenido de la excepción de incumplimiento contractual en los términos del artículo 1031 del Código Civil y Comercial (art. 1201 en el viejo Código Civil). Este precepto establece que "en los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción". Es más, "una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia".

Es importante destacar que el objeto de la excepción de incumplimiento es simplemente "enervar la pretensión contraria, quedando agotados sus efectos en el aserto: no cumplo porque tú incumpliste antes"; no extendiéndose al campo de la resolución del contrato como sí ocurre respecto del pacto comisorio.

¿Cabe aplicar la excepción de incumplimiento contractual en el Derecho Público?

El decreto 1023/01 establece que el empresario tiene "la obligación de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo... incumplimientos... de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato".

De modo que sólo en este caso extremo y si el Estado —por ejemplo—pretende compeler al particular judicialmente al cumplimiento de las obligaciones contractuales, éste puede oponer la excepción bajo análisis.

En estas circunstancias, el particular —además de oponer tal excepción— debe reconvenir por rescisión contractual, en razón del incumplimiento de las obligaciones contractuales del Estado (es decir, reclamar ante el juez la extinción del acuerdo porque éste se tornó de cumplimiento imposible —inciso c) del artículo 13 del decreto 1023/01—).

Téngase presente que el Estado puede —por sí solo— rescindir el contrato por culpa del contratista, y ejecutar directamente el contrato, por sí o por otro.

Habitualmente el Estado recorre este camino, sin perjuicio de que puede exigir el cumplimiento del contrato —por sí mismo o, cuando ello no sea posible, por medio del juez—. En este supuesto,

el particular sólo puede oponer la excepción cuando el incumplimiento del Estado haya tornado imposible el acuerdo. De todos modos, incluso en este contexto, el objeto central bajo debate es la rescisión contractual más que la excepción de incumplimiento. ¿Por qué? Porque en el marco del Derecho Público la excepción sólo procede cuando se tornase "imposible la ejecución del contrato".

¿Puede el contratista no cumplir sus obligaciones en los casos de incumplimiento del Estado? Creemos que el contratista sólo puede incumplir el contrato, sin intervención judicial de carácter previo, cuando existe imposibilidad de ejecutarlo.

Es decir, en este caso extremo el particular puede dejar de cumplir sus obligaciones por sí. En los otros casos —cuando el incumplimiento del Estado no torne imposible el cumplimiento de las obligaciones de aquél— éste sólo puede reclamar la suspensión y, en su caso, el cumplimiento o rescisión contractual *ante el juez*.

La Corte en el antecedente "Cinplast" (1993) sostuvo que "el agravio referente a que no está verificada la razonable imposibilidad de la actora de cumplir las obligaciones frente al incumplimiento de la otra parte... demuestra con suficiencia que el hecho de la demandada no provocó en el cocontratante una razonable imposibilidad de cumplir las obligaciones a su cargo, según la documentación agregada e informe pericial".

¿Cómo interpretó, entonces, la Corte los hechos del caso? Veamos. El contratista (Cinplast) dejó de cumplir sus obligaciones contractuales y ello resultó injustificado porque, según el criterio del Tribunal, éste sólo puede hacerlo cuando el incumplimiento estatal constituya un hecho que imposibilite el cumplimiento de sus propias obligaciones. Pues bien, en el presente caso, el incumplimiento estatal fue menor de modo que no impidió el cumplimiento de las obligaciones contractuales del particular. Por eso, Cinplast debió haber continuado con sus compromisos contractuales; sin embargo no lo hizo, e incumplió así el acuerdo.

IX.6. El régimen sancionador

El decreto 1023/01 distingue entre penalidades y sanciones. Por un lado, las penalidades son las siguientes: a) la pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta o de cumplimiento del contrato; b) la multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones; y c) la rescisión por su culpa. Por el otro, las sanciones —en caso de incumplimiento de sus obligaciones— son: a) el apercibimiento; b) la suspensión; y c) la inhabilitación.

¿Por qué el legislador diferenció entre las sanciones por un lado, y las penalidades por el otro? Las penalidades son tipos —infracciones— circunscriptos al marco contractual específico; en tanto las sanciones y sus consecuentes exceden el contrato puntual (así, por ejemplo, las suspensiones e inhabilitaciones).

Una vez aplicada una sanción, "ella no impedirá el cumplimiento de los contratos que el proveedor tuviere adjudicados o en curso de ejecución ni de sus posibles ampliaciones o prórrogas, pero no podrán adjudicársele nuevos contratos desde el inicio de la vigencia de la sanción y hasta la extinción de aquélla" (art. 133 del decreto reglamentario).

Finalmente, cabe añadir que el decreto reglamentario establece el plazo de prescripción (dos años), pero no es claro si se refiere al plazo de las acciones (es decir, el término de que dispone el Estado con el objeto de perseguir los incumplimientos del contratista), o de las sanciones (el plazo en que el Estado debe ejecutar las sanciones ya dictadas).

IX.7. La modificación del contrato por razones ajenas a las partes (revisión contractual)

En ciertos casos, el contrato es modificado por decisión de las partes contratantes. Por caso, cuando el Estado resuelve alterar el objeto (montos) o prorrogar el plazo del contrato.

Sin embargo, cierto es que existen hechos o circunstancias ajenas a las partes que constituyen causales de modificación contractual. Cabe aclarar que estas circunstancias, tal como veremos luego, pueden constituir simplemente hechos modificatorios del contrato o, en ciertos casos, extintivos del vínculo.

IX.7.1. El hecho del príncipe

¿Qué es el hecho del príncipe? Es un acto u omisión de las autoridades públicas de carácter imprevisible que incide en el trámite de ejecución del contrato. Es importante remarcar que las conductas estatales constitutivas del hecho del príncipe no son propias del sujeto contratante sino de otros poderes, órganos o entes del Estado.

Así, el hecho del príncipe puede tratarse de un acto de alcance general o particular de cualquier órgano o ente no contratante del Estado, pero de igual orden jurídico (es decir nacional, provincial o municipal).

¿Cómo está regulado el hecho del príncipe en el ordenamiento jurídico positivo? El decreto 1023/01 establece que el contratante tiene la obligación de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo... *actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales...* de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato.

El hecho del príncipe puede tornar más oneroso el cumplimiento de las obligaciones del contratista particular, o lisa y llanamente trastocar el contrato en un acuerdo de cumplimiento imposible. En el primer caso, el Estado debe compensar; y, en el segundo, tal como veremos más adelante, indemnizar los daños y perjuicios causados.

Por otro lado, entendemos que cuando el contrato fuese de cumplimiento imposible por el hecho del príncipe, el particular puede dejar de cumplir con sus obligaciones y reclamar judicialmente su resolución.

Finalmente, cabe recordar que la Corte se refirió al hecho del príncipe, entre otros precedentes, en los casos "Martínez Suárez de Tinayre" (1986) y "Bustos" (2004).

IX.7.2. La teoría de la imprevisión

La teoría de la imprevisión consiste en la existencia de hechos extraordinarios, imprevisibles, sobrevivientes y ajenos a las partes que producen un excesivo sacrificio para cualquiera de éstas en el marco de la relación contractual. Es decir, hechos imprevistos e imprevisibles por las partes contratantes al momento de celebrarse el contrato. Habitualmente *el hecho es de carácter económico*.

En el ámbito del Derecho Privado, el artículo 1091 del Código Civil y Comercial establece que: "si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de

una de las partes se torna excesivamente onerosa, por la alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación" (ver, en sentido concordante, el art. 1198, segunda parte, del viejo Código Civil).

Así, la decisión judicial sobre el reajuste o resolución del contrato, en los términos del artículo 1091, CCyC, sólo procede cuando están presentes los siguientes presupuestos:

- a) La alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración; es decir, acontecimientos no habituales según el curso normal y habitual de las cosas o imposibles de prever —aun cuando el sujeto hubiese actuado de modo diligente—. Por tanto, el hecho imprevisible no es propio del riesgo o alea del contrato.
- b) Las relaciones entre las circunstancias extraordinarias e imprevisibles y la excesiva onerosidad sobrevenida.

La Corte sostuvo —por ejemplo— en el caso "Intecar" (1979) que "el aumento de los costos de producción ocurrido como consecuencia de un proceso inflacionario desatado ya a la época de la orden de compra: mayo de 1971, no puede considerarse un acontecimiento imprevisible, porque desde años atrás había sido continuo el aumento de salarios e insumos industriales".

A su vez, el Tribunal señaló en el antecedente "Chediak" (1996) que "si bien es cierto que dicha doctrina ha sido receptada en materia de contratos administrativos en aquellos supuestos en que la alteración del equilibrio se origina en causas ajenas a la voluntad del Estado (alea económica), también lo es que para que ella sea admisible deben concurrir circunstancias extraordinarias, anormales e imprevisibles —posteriores a la celebración del contrato administrativo— y que se trate de alteraciones de tal naturaleza que no se hayan podido prever por las partes, o bien de eventos que, de haberse conocido, hubieran determinado la celebración del contrato en otras condiciones". Luego, agregó, que "al ser la actora una empresa especializada en construcción de obras, lo cual le otorga un acceso indudable a toda la información referida al rubro en el cual opera, no podía desconocer la evolución del mercado ... por ello no puede admitirse que el actor invoque la imprevisibilidad del hecho en que sustenta su pretensión".

¿Cuáles son *las consecuencias jurídicas de la teoría de la imprevisión*? Básicamente, la parte perjudicada puede iniciar acciones judiciales por recomposición o resolución del contrato.

¿Es aplicable la teoría de la imprevisión en el Derecho Público? ¿En qué términos?

Por un lado, el régimen general de las contrataciones ([decreto 1023/01](#)) señala que el contratista tiene "el derecho a la recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo". De modo que el decreto delegado prevé y regula por sí mismo el instituto de la imprevisión que coincide sustancialmente con el Código Civil y Comercial.

Si bien el codificador previó —en tales casos y expresamente— el derecho de resolver o recomponer el contrato, el [decreto 1023/01](#) sólo incluyó en términos literales el derecho de recomponerlo.

Sin embargo, el derecho de resolución del acuerdo nace —según nuestro parecer y en el campo del Derecho Público— de un criterio hermenéutico integral del decreto delegado. Por tanto, el derecho de resolución del particular en caso de imprevisión es posible siempre que el hecho extraordinario e imprevisible torne imposible la ejecución del contrato.

De todos modos, creemos que la diferencia entre ambos regímenes (público/privado) es que el Estado, cuando fuese parte perjudicada, no debe recurrir judicialmente con el objeto de revisar o resolver el contrato, sino que puede hacerlo por sí y ante sí. Por su parte, el particular debe recurrir ante el juez solicitándole su recomposición o resolución.

Pues bien, la regla básica es que en el camino de la recomposición las partes deben compartir el desequilibrio de las prestaciones porque el hecho o acontecimiento no es imputable a ninguna de ellas.

En otras palabras, en caso de imprevisión no procede el reconocimiento del daño emergente ni el lucro cesante, sino simplemente la compensación de los perjuicios entre las partes —y no en términos igualitarios sino con miras a reequilibrar el vínculo original—. Así, éstas deben coparticipar los riesgos sobrevenidos y causantes de la alteración del equilibrio económico del contrato.

¿Cualquiera de las partes —Estado y particular— puede invocar la teoría de la imprevisión? Creemos que sí, según cuál sea el sujeto afectado por el desequilibrio económico, con la salvedad —como ya dijimos— de que el Estado puede hacerlo por sí y ante sí (es decir, sin intervención judicial).

Si bien el Estado puede recomponer el contrato sin el acuerdo del contratista, cabe agregar que una vez planteado el conflicto por el particular en sede judicial, el juez puede recomponerlo o resolverlo —según cuál sea el planteo del actor—. A su vez, el contratista puede reclamar judicialmente la resolución, pero el Estado puede —por su parte— reconvenir por recomposición contractual.

La Corte se ha expedido sobre este instituto en los ya citados precedentes "Chediak", "Intecar" y en los casos "Dulcamara" (1990), "Astilleros Príncipe" (1997) y "Desaci" (2005), entre otros.

IX.7.3. La modificación del contrato por el Estado contratante (ius variandi)

El [decreto 1023/01](#) reconoce que el Estado puede modificar el contrato (art. 12).

¿Cuál es el fundamento del *ius variandi*? El carácter cambiante del interés público y la necesidad de adaptar las conductas estatales en torno de éste. Así, el Estado —en ciertos casos— debe modificar el objeto del contrato con el propósito de adaptarlo, pero siempre que estén presentes las siguientes circunstancias:

- a) que el cambio de las condiciones sea objetivo;
- b) que las modificaciones del objeto contractual sean necesarias y razonables; y
- c) que no se altere el fin y la sustancia del contrato, respetándose además los límites legales y el equilibrio económico del acuerdo.

En tal sentido, el ejercicio del poder estatal de modificar unilateralmente el contrato debe resguardar no sólo el derecho del contratista, sino también el principio de igualdad respecto de terceros (oferentes).

¿Cuál es el límite de la potestad estatal de alteración del contrato? Tengamos presente que la potestad estatal de modificar el contrato —más allá de los derechos del contratante particular y su reparación, esto es, el equilibrio económico— puede rozar o quebrar otros principios propios

del proceso contractual estatal (por ejemplo, el principio de igualdad entre los oferentes y la libre concurrencia entre éstos).

En este contexto, es posible afirmar que el Estado no puede modificar el fin y el objeto contractual; este último en su aspecto sustancial. Pero sí puede alterar otros aspectos, por caso, el plazo y la extensión del objeto.

Además, como ya dijimos, el Estado —en caso de modificación del objeto— debe respetar el equilibrio económico del contrato. Por caso, si la modificación unilateral del contrato lesionase derechos adquiridos, entonces, el Estado debe indemnizar.

La Corte se expidió sobre este instituto, entre otros antecedentes, en el caso "Praderas del Sol c. Municipalidad de General Pueyrredón" (2004).

IX.7.3.1. La modificación del objeto (monto del contrato)

Según los términos del [decreto 1023/01](#), el Estado puede aumentar o, incluso, disminuir el monto total del contrato (prestaciones) en un veinte por ciento (en más o menos) y en las condiciones y precios estipulados entre las partes. Es, entonces, básicamente una modificación del objeto del contrato (monto) y no de su plazo.

A su vez, cabe recordar que —en el marco del régimen general— el Estado no puede prorrogar el contrato (plazo) cuando hubiese modificado su objeto, entremezclando entonces las potestades estatales de modificación del objeto y el plazo contractual en términos de límites entre unas y otras; sin embargo, este criterio ha sido modificado por el decreto reglamentario. Así, según este decreto, "la limitación a ejercer la facultad de prorrogar el contrato... (*sólo*) será aplicable en los casos en que el uso de la prerrogativa de aumentar el contrato hubiese superado el límite del veinte por ciento..." (art. 124, b), 2.).

En conclusión, el Estado puede modificar el objeto con límites claros. Así, las modificaciones de las prestaciones tienen un tope material máximo (esto es, el veinte por ciento, en más o menos).

De todos modos, puede ocurrir que la modificación sea inferior al veinte por ciento, pero que aún así altere sustancialmente el contrato. Sin embargo el legislador no previó este supuesto, de modo que —en principio—, el Estado puede hacerlo dentro de ese límite. Por nuestro lado, creemos que no es razonable. Es decir, el límite no sólo debe ser material (más o menos el veinte por ciento del monto), sino también sustancial (prohibición de alterar el acuerdo).

¿Puede el Estado modificar el objeto contractual (prestaciones convenidas) por más del veinte por ciento si existe acuerdo con el particular contratante? En otras palabras, ¿el límite del veinte por ciento es un tope material y objetivo, o es simplemente un estándar que permite al particular —a partir de allí— rescindir el contrato por causas imputables al Estado o renegociar el acuerdo?

Recordemos que antes de la reforma introducida por el decreto 666/03, el artículo 12 del [decreto 1023/01](#) establecía que las ampliaciones no podían exceder el 35 %, *aún con el consentimiento del contratante*. Por nuestro lado, creemos que —en principio— cualquier modificación del objeto en más del veinte por ciento, debe ser interpretado como un supuesto objetivo de resolución contractual.

Por su parte, el decreto reglamentario establece los siguientes criterios:

- a) los aumentos o disminuciones del monto del contrato hasta el límite del 20 % son una facultad unilateral del organismo contratante;

- b) los aumentos o disminuciones de más del 20 % requieren la conformidad del contratante y, en caso de rechazo, no le crea ninguna responsabilidad;
- c) en ningún caso los aumentos o disminuciones pueden ser mayores al 35%;
- d) las modificaciones deben realizarse sin variar las condiciones y los precios unitarios adjudicados.

La [ley 13.064](#) establece distintos casos de modificaciones del contrato por parte del Estado (arts. 30, 37 y 53 inciso a).

En conclusión, si bien es verdad que el Estado puede modificar de modo unilateral el contrato, el ejercicio de esta potestad no es ilimitado ya que el marco jurídico prevé ciertos límites cuantitativos (por caso el veinte por ciento del convenio en más o menos); cualitativos (el órgano contratante no puede desvirtuar el objeto y fin del contrato); y, por último, el equilibrio entre las partes (el Estado, en caso de aumentos, debe compensar económicamente al contratista según los precios convenidos originariamente).

IX.7.3.2. La modificación de los precios relativos

En el desarrollo de este tema subyacen básicamente dos concepciones. *Por un lado*, la idea de que el contratista debe hacerse cargo de los riesgos propios del contrato (alea empresarial); y, *por el otro*, el criterio de colaboración entre Estado y contratista y, consecuentemente, el concepto de que éstos deben compartir los riesgos de modo de conservar el equilibrio económico del acuerdo.

Es posible mencionar y sólo a título de ejemplo, los siguientes casos de modificación de los precios contractuales, a saber: inflación; alteración de los costos; modificación del objeto en más o menos; y hechos ajenos e imprevisibles.

En el supuesto de modificación del objeto (mayores o menores prestaciones y, por tanto, monto) o prórroga del plazo (es decir, más plazo y, por tanto, mayores prestaciones y monto), el precio es aquél que pactaron las partes, de modo que no existe alteración del precio relativo y sí —claro— en términos absolutos, por aumento o disminución de las prestaciones.

Sin embargo, existen ciertas excepciones que prevé la ley, es decir, modificaciones del precio relativo. Veamos tales casos.

1. Si la alteración del contrato fuese superior, en más o menos, del veinte por ciento del valor de algún ítem, por error en el presupuesto o por modificaciones ordenadas por el Estado. En tal caso las partes tienen derecho a que se fije un nuevo precio unitario.

Si no hubiese acuerdo entre las partes, el Estado puede realizar el trabajo directamente o por otro, y el particular contratista no tiene derecho a reclamar por ningún concepto (art. 38, ley de Obras Públicas).

2. El supuesto de imprevisión por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.

3. Las prórrogas (opción a favor de la Administración) de los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios, debiéndose realizar en las condiciones pactadas originariamente; pero, "si los precios de mercado hubieren variado, la jurisdicción o entidad contratante realizará una propuesta al proveedor a los fines de adecuar los precios estipulados en el contrato original. En caso de no llegar a un acuerdo, no podrá hacer uso

de la opción de prórroga y no corresponderá la aplicación de penalidades (art. 124, [decreto 893/12](#)).

Además, es sabido que la [ley 23.982](#) y, luego la [ley 25.561](#), prohíben la actualización e indexación de precios, incluso en este último caso dejando sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las de indexaciones basadas en índices de precios de otros países.

Sin embargo, el [decreto 1295/02](#) dispone que "los precios de los contratos de obra pública, correspondientes a la parte faltante de ejecutar, podrán ser redeterminados a solicitud de la contratista cuando los costos de los factores principales que los componen... hayan adquirido un valor tal que reflejen una variación promedio de esos precios superior en un diez por ciento (10 %) a los del contrato...".

La Corte se expidió acerca del precio contractual en el precedente "Marocco" (1989). Allí, el contrato celebrado fue objeto de cuatro modificaciones. A su vez, el incremento en los costos durante la ejecución de la cuarta modificación indujo a la empresa a plantear la actualización de los montos convenidos, lo que suscitó una controversia en torno a cuál debía ser la fórmula de reajuste aplicable. Para el Estado no debía aplicarse la fórmula polinómica prevista en el pliego, sino el método de índices adoptado con posterioridad, criterio que determinaba una considerable disminución en el saldo a favor de la empresa. El Tribunal hizo lugar a la demanda y señaló que, a la luz de lo prescripto en el art. 1197 del Código Civil, la posibilidad reconocida a la Administración de alterar los términos del contrato en función del *ius variandi* no puede extenderse a supuestos como el analizado, en el que no se había alegado ni probado cuál era el interés público que resultaría comprometido en caso de no accederse a la pretensión de la comitente de hacer prevalecer su voluntad por sobre la clara manifestación en contrario de la contratista. En este sentido, "observó que la oferta más la cláusula de reajuste constituyen el precio del trabajo, que pactado de esa forma representa para el adjudicatario un derecho de carácter patrimonial amparado por el art. 17 de la Constitución Nacional".

IX.7.3.3. La prórroga del plazo contractual

Finalmente, el Estado puede prorrogar el plazo del contrato cuyo objeto es el suministro de bienes de cumplimiento sucesivo o prestación de servicios, por única vez y por un plazo igual o menor que el del acuerdo inicial, siempre que esté previsto en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares. A su vez, cuando el contrato fuese plurianual, éste sólo puede prorrogarse por un año.

CONTRATO

RAZONES DE OPORTUNIDAD MERITO Y CONVENIENCIA

CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

PLAZO

VENCIMIENTO DEL PLAZO

DERECHO PRIVADO

CULPA

X. LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

El contrato se extingue obviamente cuando las partes cumplen con el objeto o, en su caso, por el vencimiento del plazo.

Sin perjuicio de ello, y como paso previo, es necesario distinguir entre los siguientes conceptos sobre los modos anormales de extinción de los acuerdos que, cabe advertir, no coinciden con las categorías propias del derecho privado:

- a) la *revocación* es el acto estatal que extingue el contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o por cuestiones de ilegitimidad (vicios del acuerdo);
- b) la *rescisión* es el acto de extinción por culpa de alguna de las partes o por acuerdo entre éstas; y, por último,
- c) la *resolución* es la extinción por hechos extraños a las partes (esto es, imprevisión, caso fortuito o hechos del príncipe). Analicemos estos conceptos por separado.

X.1. La resolución contractual por caso fortuito o fuerza mayor

En primer lugar, vale recordar qué es el caso fortuito o fuerza mayor. Dice el Código Civil y Comercial que "se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario". Cabe agregar que "este Código emplea los términos caso fortuito y fuerza mayor como sinónimos" (art. 1730).

En síntesis, la fuerza mayor o caso fortuito son *hechos de la naturaleza o del hombre* de carácter imprevisible y claramente ajenos a las partes.

Por su lado, el decreto delegado 1023/01 señala que el contratante está obligado a cumplir con las prestaciones por sí mismo y en todas las circunstancias "salvo caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural... de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato" (art. 13, inciso c).

Cabe señalar que, en el Derecho Público y particularmente en el decreto 1023/01, el caso fortuito y la fuerza mayor son "de carácter natural", y en el marco de la Ley de Obras Públicas (ley 13.064) comprende no sólo los acontecimientos de origen natural extraordinarios que impidan al contratista la adopción de medidas necesarias para prevenir sus efectos, sino también "los que tengan causa directa en actos de la Administración Pública".

En particular, la Ley de Obras Públicas establece que el contratista tiene derecho a rescindir —según nuestro esquema el concepto es resolver— el contrato "por caso fortuito y/o fuerza mayor que imposibilite el cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato" (art. 53, ley 13.064). Es más, el particular puede reclamar por los daños, sin perjuicio de que el artículo 54, inciso f) de la ley, rechaza el lucro cesante. En efecto, dice la ley que producida la rescisión del contrato, las pérdidas, perjuicios y daños "serán soportados por la Administración"; es decir, el "importe de los equipos, herramientas, instalaciones, útiles y demás enseres necesarios para las obras" que el contratista no desee retener, y "los materiales acopiados y los contratados en viaje o en elaboración, que sean de recibo". Sin embargo, "no se liquidará a favor del contratista suma alguna por concepto de indemnización o de beneficio que hubiera podido obtener sobre las obras no ejecutadas". Entonces, el Estado debe indemnizar y su alcance es el daño emergente, con exclusión del lucro cesante.

Cabe remarcar que en las obras públicas, el caso fortuito es también un supuesto de revisión contractual; en cuyo caso, el empresario tiene derecho a que el Estado le indemnice por los gastos y perjuicios causados (art. 39, LOP), sin perjuicio de que el hecho no sea imputable a éste.

La Corte se expidió sobre esta causal —entre otros— en los precedentes "Cacik" (1992), "Chediak" (1996) y "Cartellone" (2003).

En el primero de los casos citados, el Tribunal (1992) sostuvo que "si bien es cierto que la fuerza mayor no excluye la responsabilidad del comitente de la obra pública —art. 39, ley 13.064— la Cámara declaró inaplicable al caso la norma invocada, señalando —con acierto— que la rescisión del contrato con fundamento en la fuerza mayor fue peticionada por la actora, lo que impide el resarcimiento de las pérdidas por lucro cesante con arreglo a lo dispuesto por los arts. 53 y 54, inc. f), de la mencionada ley de obras públicas, que excluyen, en estos casos, la indemnización del beneficio sobre la obra no ejecutada".

Luego, en el antecedente "Chediak" (1996), la Corte adujo que "el recurrente intenta encuadrar su pretensión en el art. 39 de la ley 13.064, norma que establece un régimen especial en esta materia, poniendo a cargo de la administración el perjuicio sufrido por el contratista en los casos en que ella taxativamente determina que son aquellos que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, entendiéndose por tales, "a) los que tengan causa directa en actos de la administración pública, no previstos en los pliegos de licitación" y "b) los acontecimientos de origen natural extraordinarios y de características tales que impidan al contratista la adopción de las medidas necesarias para prevenir sus efectos".

Sin embargo, "la situación que invoca el recurrente... no encuadra... en ninguno de los supuestos mencionados por la norma transcrita, pues no se trató en el caso de hechos de origen natural extraordinarios ni de actos de la administración; por el contrario, los hechos fueron originados por una situación particular del mercado que habrían impedido a la actora obtener el material para la construcción de la obra".

Finalmente, concluyó que "al establecer el artículo 39 de la ley 13.064 un régimen de excepción —modificadorio de los principios del derecho común— éste debe ser interpretado en forma restrictiva. Ello es así ya que, a diferencia de lo que sucede en el derecho civil, en el que el caso fortuito o la fuerza mayor implican una situación jurídica en la cual, a pesar de mediar inejecución, el deudor queda exento de responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones —artículo 513 del Código Civil— en el contrato de obra pública se otorga al contratista estatal, además, el derecho a ser indemnizado".

Por último, en el caso "Cartellone" (2003), tampoco se configuró el estándar del caso fortuito o fuerza mayor. Así, el Tribunal señaló que "la falta de previsión, por parte de la apelante, del costo de transporte de agua para la construcción resultó equivocada... el art. 39 de la ley 13.064,... desecha toda posibilidad de indemnización al contratista cuando los perjuicios sean ocasionados por culpa del contratista, falta de medios o errores en las operaciones que le sean imputables...".

X.2. La resolución del contrato por actos del Estado no contratante (hecho del príncipe)

En este punto es necesario distinguir entre los actos del Estado contratante y los actos de otros órganos o entes del Estado. Así, cuando el incumplimiento es causado por cualquier otro órgano, ente o poder estatal, entonces, el caso debe ubicarse en el marco del *hecho del príncipe* como hecho impeditivo del cumplimiento de las obligaciones. Es decir, en este supuesto, existe imposibilidad de ejecución contractual, liberándose al deudor, siempre que el hecho hubiese resultado imprevisible.

El Estado debe indemnizar en caso de resolución contractual por hechos del príncipe, pero ¿cuál es el alcance de la reparación? Desde el análisis de los precedentes de la Corte es posible inferir que el alcance de la indemnización por el hecho del príncipe debe ser pleno; de modo que

comprende el daño emergente y el lucro cesante. Ello surge de los casos "Sánchez Granel" (1984), "Ruiz Orrico" (1993) y "El Jacaranda" (2005) sobre revocación por inoportunidad que —según nuestro parecer— cabe trasladar al caso bajo análisis.

En particular, en el caso de las obras públicas, cabe remitirse a los arts. 53 y 54 de la ley 13.064 (el daño, sin el lucro).

X.3. La resolución del contrato por hechos naturales (imprevisión)

Otro supuesto de resolución del contrato por hechos ajenos —extraordinarios e imprevisibles— es la teoría de la imprevisión que, en principio, obstaculiza o dificulta su cumplimiento pero que, en ciertos casos, puede tornarlo de ejecución imposible.

Así, como ya hemos visto, la imprevisión es un supuesto de modificación y recomposición contractual; sin embargo, en ciertos casos, es un camino de resolución del acuerdo. En tal contexto, las partes no tienen derecho a indemnización por los daños y perjuicios.

X.4. La revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia

Como ya hemos visto el Estado puede unilateralmente extinguir el contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, en cuyo caso el contratista tiene derecho a indemnización, pero no puede reclamar —en principio— el lucro cesante.

Así, el artículo 12 del decreto 1023/01 establece expresamente que "la revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante". Y, en sentido concordante, el decreto reglamentario dispone que "la revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante, sino únicamente a la indemnización del daño emergente, que resulte debidamente acreditado" (art. 121).

¿Qué dijo la Corte al respecto? Adelantemos que la Corte aceptó el daño emergente y el lucro cesante, particularmente con limitaciones por aplicación del artículo 1638, del viejo Código Civil, o por cuestiones probatorias.

En el caso "Sánchez Granel" (1984), el objeto de discusión fue la revocación de un contrato de obra pública —antes del inicio de su ejecución— por razones de oportunidad. Aquí, los jueces reconocieron el lucro cesante entre los rubros indemnizatorios por las siguientes razones:

- 1) en caso de responsabilidad estatal por actividades lícitas, la indemnización debe ser plena; salvo razones de fuerza mayor, estipulaciones contractuales o disposiciones legales en sentido contrario;
- 2) el artículo 18 de la LPA no dice cuál es el alcance de la indemnización, en caso de revocación de los actos estatales por razones de inoportunidad, falta de mérito o inconveniencia, de modo que el camino interpretativo más razonable es el reconocimiento del "lucro cesante antes que su prohibición";
- 3) la no aplicación analógica de la Ley de Expropiaciones. El artículo 10 de la ley 21.499 dispone expresamente que "no se pagará el lucro cesante"; pero su aplicación en términos

extensivos sobre otros institutos es irrazonable porque el régimen expropiador "supone una restricción constitucional del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso";

- 4) en este contexto, el Tribunal consideró necesario recurrir por vía analógica al artículo 1638 del viejo Código Civil. ¿Qué decía este precepto? "El dueño de la obra, puede desistir de la ejecución de ella por su sola voluntad, aunque se haya empezado, indemnizando al locador todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener por el contrato. Empero, los jueces podrán reducir equitativamente la utilidad a reconocer si la aplicación estricta de la norma condujera a una notoria injusticia".

Otro antecedente relevante es el caso "Ruiz Orrico" (1993) sobre revocación por el Estado de un contrato administrativo de obra. El Tribunal siguió, aquí, el criterio del antecedente ya citado "Sánchez Granel" en relación con la aplicación del artículo 1638 del Código Civil.

Luego, en el precedente "El Jacarandá" (2005), el actor —titular de una licencia para la explotación de una estación de radiodifusión— demandó la nulidad del acto administrativo que dejó sin efecto el acto de adjudicación.

El Tribunal adujo que "en tanto el daño resarcible satisfaga los requisitos enunciados en el considerando precedente, no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas". No obstante, la Corte concluyó que "no se ha probado en este litigio una concreta privación a la actora de ventajas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas, lo cual impide revertir la decisión de la Cámara sobre el punto".

Más adelante, la Corte ratificó este criterio en los autos "IMSA" (2009), en donde sostuvo que la decisión del Estado de revocar el contrato "estuvo justificada por la privatización del servicio y la liquidación de la empresa estatal"; es decir, el Estado actuó de modo lícito. Sin embargo, la legitimidad de la conducta estatal "no lo releva de la obligación de resarcir los daños". El Tribunal dispuso que "resultan procedentes tanto el reclamo por el sulfato listo para despacho que no pudo ser entregado, como el lucro cesante correspondiente a los meses de junio a diciembre de 1993. Ello es así, porque tanto la imposibilidad de vender esa cantidad de sulfato, como la frustración de las ganancias para ese año, fueron consecuencia directa e inmediata de la rescisión anticipada del contrato".

Por último, cabe recordar que en el Derecho Privado las partes no pueden dejar de cumplir sus obligaciones en razón de su propio interés porque, en tal caso, la parte cumplidora puede obligar y exigir a la otra el cumplimiento de sus compromisos por medio del juez. Por su parte, el Estado sí puede incumplir, revocar el acuerdo y desentenderse, simplemente con el pago de las indemnizaciones correspondientes.

X.5. La revocación por razones de ilegitimidad

En este caso, el Estado decide resolver el contrato por los vicios que éste tiene en sus orígenes, o por aquellos que sobrevienen en su desarrollo. El contrato es, entonces, nulo y es necesario extinguirlo y expulsarlo así del mundo jurídico.

La Corte sostuvo en el antecedente "Praderas del Sol" (2004) ya citado, que "la potestad que tienen los órganos administrativos para enmendar sus actos anteriores, encuentra justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por aquellos actos administrativos irregulares, esto es, los que carecen de las condiciones esenciales de validez por hallarse afectados de vicios graves y ostensibles en su forma, competencia o contenido".

Luego, el Tribunal agregó que "los actos administrativos firmes que provienen de autoridad competente, llenan todos los requisitos de forma y se han expedido sin grave error de derecho en uso regular de facultades regladas, no pueden ser anulados por la autoridad que los dictó".

Cabe señalar que el Estado puede rescindir el contrato por incumplimiento de las obligaciones del contratante ante sí y por sí, sin intervención judicial, pero no puede revocar el acuerdo por razones de ilegitimidad cuando hubiesen nacido derechos subjetivos que se estén cumpliendo.

Finalmente —en caso de revocación o nulidad judicial del acuerdo—, las partes deben restituirse las cosas que hubiesen recibido, y si no fuere posible, devolver el valor equivalente.

X.6. La rescisión por incumplimiento de las obligaciones del contratista

En este caso, cuando el contratista no cumple con sus obligaciones, el Estado debe extinguir el contrato —sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial—, y con las siguientes consecuencias: a) la pérdida de las garantías del cumplimiento del contrato; b) la responsabilidad del contratista por los daños causados al Estado, en particular con motivo de la celebración del nuevo contrato; y c) los otros gastos a cuenta del proveedor (art. 123 del decreto reglamentario). Por ejemplo, si el contratista cede el contrato, sin el consentimiento del órgano competente, entonces el Estado debe rescindir el contrato de pleno derecho y sin necesidad de interpelación.

En el campo del contrato de obra pública, la ley dispone que el Estado tiene derecho a rescindir el contrato cuando el contratista: 1) actúe de modo fraudulento, con grave negligencia, o incumpla las obligaciones y condiciones contractuales; 2) ejecute las obras con lentitud y, consecuentemente, los trabajos no puedan realizarse en término —en tal caso, el Estado debe exigirle al contratista que acelere los trabajos y si no lo hace debe rescindir el acuerdo—; 3) exceda el plazo fijado para el inicio de las obras —sin embargo, el Estado puede prorrogar el plazo si el contratista prueba que la demora obedece a causas inevitables y ofrece cumplir su compromiso—; 4) transfiera el contrato, se asocie con otros o subcontrate, sin la autorización del Estado; y, finalmente, 5) abandone o interrumpa la obra por más de ocho días en tres oportunidades y dentro del término de un mes continuado ([art. 50, ley 13.064](#)).

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas cuando el Estado decide rescindir el acuerdo por culpa del particular contratante?

Por un lado, obviamente no corresponde indemnización alguna a favor del contratista. Más claro y razonable: *el particular no tiene derecho a indemnización por las pérdidas y perjuicios causados por su propia culpa*.

Por el otro, la Ley de Obras Públicas sigue el mismo criterio, sin perjuicio de que el contratista debe responder, entre otros, por los perjuicios que sufra la Administración en razón del nuevo contrato o por la ejecución directa de las obras.

En verdad, el Estado —ante el incumplimiento del contratista— puede optar entre exigir el cumplimiento, aplicando las penalidades del caso más los daños y perjuicios; o rescindir el contrato por sí y ante sí, sin intervención judicial.

X.7. La rescisión del contrato por razones imputables al Estado

Este supuesto nace cuando el Estado no cumple con sus obligaciones contractuales, es decir, el incumplimiento del contrato es por hechos propios del Estado en el marco contractual.

Así, excluimos el hecho que comúnmente llamamos hecho del príncipe y los hechos ajenos o extraños a las partes.

Por ejemplo, la ley de obras públicas dice que el particular puede rescindir el contrato cuando:

- a) las modificaciones que introduzca el Estado o los errores en el presupuesto sobre la extensión o el valor de las obras supere en un veinte por ciento en más o en menos el valor total de éstas;
- b) se suprima totalmente un ítem;
- c) la Administración suspenda por más de tres meses la ejecución de las obras;
- d) la Administración no entregue los elementos o materiales a su cargo y, como consecuencia de ello, el contratista deba suspender las obras por más de tres meses o reducir el ritmo del trabajo durante ese tiempo en más de un cincuenta por ciento;
- e) el Estado no cumpla con la entrega de los terrenos o el replanteo de la obra y hayan transcurrido treinta días desde el vencimiento del plazo respectivo.

¿Cuáles son las consecuencias de la rescisión del contrato? Recordemos que aquí la ruptura del vínculo es por causas imputables al Estado contratante. Veamos.

- 1) El contratista tiene derecho al cobro de los equipos, herramientas, instalaciones, útiles y demás elementos que no tenga interés en retener, previa valuación de común acuerdo y según los precios contractuales.
- 2) El contratista tiene derecho a cobrar el importe de los materiales acopiados y contratados, y de los gastos improductivos que fuesen consecuencia de la rescisión del contrato.
- 3) El contratista tiene derecho a transferir los contratos celebrados para la ejecución de las obras, sin pérdidas para él.
- 4) El contratista tiene derecho —en caso de que haya ejecutado trabajos— a la recepción provisional y, luego de vencido el plazo de garantía, a requerir la recepción de carácter definitivo. En tal caso, no tiene derecho al cobro de gasto improductivo alguno.
- 5) Por último, el contratista no tiene derecho al cobro de suma alguna por los beneficios que hubiera podido obtener por las obras no ejecutadas (art. 54).

En sentido concordante, el decreto 893/12 dice que cuando la Administración rescinde por causas no imputables al proveedor, éste tiene derecho a recuperar los gastos, pero no el lucro cesante.

Por nuestro lado, y sin perjuicio de los textos legales antes citados que sólo reconocen el daño emergente, creemos que si el Estado incumple sus obligaciones contractuales originarias, debe responder de modo pleno (esto es, el daño emergente y el lucro).

Sin embargo, distinto es el caso cuando el contratista rescinde el contrato por otras razones imputables al Estado (tal es el caso de las prórrogas o modificaciones debidamente justificadas y

más allá de los límites legales). Aquí, el alcance de la indemnización es parcial (el daño y no el lucro) porque existen claras razones de interés público que permiten colocar este supuesto bajo el marco de las revocaciones por razones de inoportunidad.

X.8. El pacto comisorio en el Derecho Público

El pacto comisorio es la cláusula que reconoce a las partes la posibilidad de resolución del contrato por el incumplimiento de las obligaciones de la contraparte.

Este pacto es procedente siempre que: a) se trate de un contrato con prestaciones recíprocas; b) la parte que ejerce la potestad de resolver el contrato haya cumplido con sus obligaciones u ofreciese hacerlo; y c) el incumplimiento sea relevante de modo que justifique la ruptura de la relación contractual.

El Código Civil y Comercial actual establece que "en los contratos bilaterales la cláusula resolutoria es implícita", sin perjuicio de las cláusulas resolutorias expresas convenidas entre las partes.

En el marco de las cláusulas implícitas, la resolución exige:

- a) el incumplimiento esencial en relación con la finalidad del contrato;
- b) la mora del deudor;
- c) el emplazamiento del acreedor al deudor. En efecto, el acreedor debe intimar al deudor a que cumpla en un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de resolver total o parcialmente el acuerdo. A su vez, "la resolución se produce de pleno derecho al vencimiento de dicho plazo" (arts. 1084, 1088 y concordantes).

Cabe aclarar que "la parte que tiene derecho a extinguir el contrato puede optar por requerir su cumplimiento y la reparación de daños. Esta demanda no impide deducir ulteriormente una pretensión extintiva". A su vez, "la otra parte [deudora] puede oponerse a la extinción si, al tiempo de la declaración, el declarante no ha cumplido, o no está en situación de cumplir, la prestación que debía realizar para poder ejercer la facultad de extinguir el contrato" (art. 1078, Código Civil y Comercial).

Finalmente, la resolución del contrato es legal y no judicial, es decir, la parte cumplidora no debe recurrir ante el juez sino que resuelve el contrato por sí en los términos de los artículos 1087 y 1088, CCyC.

En síntesis, el pacto comisorio tiene dos peculiaridades. *Por un lado*, el reconocimiento del derecho del acreedor de optar entre: a) exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales; o b) decidir su resolución ante el incumplimiento del compromiso de la contraparte. *Por el otro*, la extinción del acuerdo es legal y automático (es decir, "la resolución se produce de pleno derecho al vencimiento de dicho plazo", sin intervención judicial).

¿Es aplicable este instituto propio del derecho civil en los contratos administrativos? Recordemos en este punto de nuestro análisis, y antes de avanzar en su desarrollo, que la Corte reconoció la incorporación de la excepción de incumplimiento contractual en el campo del Derecho Público, siempre que el incumplimiento estatal torne de cumplimiento imposible las obligaciones del particular contratante.

Pero, ¿cuál es el vínculo entre la excepción de incumplimiento y el pacto comisorio? Por un lado, la excepción es un supuesto de justificación del incumplimiento de las obligaciones contractuales por la falta de cumplimiento de los compromisos de la otra parte. Por el otro, el pacto comisorio es más que eso; es decir, es un supuesto de resolución contractual por disposición legal y por incumplimiento de las obligaciones del otro.

Sin embargo, cierto es que el pacto comisorio, igual que la excepción de incumplimiento, está apoyado en el incumplimiento del otro.

En otras palabras, ¿qué ocurre ante el incumplimiento de las obligaciones de cualquiera de las partes? En tal caso, el cumplidor puede: a) oponerse ante el reclamo del otro que le exige el cumplimiento de las obligaciones —excepción—; b) exigir el cumplimiento, mediante la intervención del juez, de las obligaciones del incumplidor; o c) resolver legalmente el contrato —pacto comisorio—.

Retomemos, entonces, la pregunta anterior: ¿puedo aplicar el pacto comisorio en el Derecho Público? La Corte aceptó la aplicación del pacto comisorio en el marco de los contratos administrativos en el precedente "Herpazana SRL c. Banco Nación s/ contrato administrativo" en los siguientes términos: a) el incumplimiento estatal debe ser grave, esto es, constitutivo de un supuesto de imposibilidad razonable de cumplimiento de las obligaciones del particular; y, además, b) el pacto comisorio implícito *en los términos del artículo 1204, CC* (viejo Código Civil), no es propio de los contratos administrativos.

Por su parte, el art. 13 del decreto delegado 1023/01 prevé que el contratista puede dejar de cumplir con sus obligaciones en supuestos excepcionales y —en su caso— exigir la resolución del contrato ante el juez; de modo que aquél no puede por sí solo declarar extinguido el acuerdo.

X.9. Las otras causales de extinción

El decreto reglamentario dice que, en el caso de concesión de uso de bienes del dominio público o privado del Estado, el Estado puede aceptar la continuación de la concesión siempre que los derechohabientes o el curador unifiquen la personería y ofrezcan garantías suficientes (art. 189).

La Ley de Obras Públicas establece que el contrato también queda rescindido en caso de muerte, quiebra o concurso civil del contratista; salvo que los herederos o el síndico en caso de quiebra o concurso ofrezcan continuar con las obras en las condiciones oportunamente convenidas.

Cabe agregar —entre las causales de extinción— la incapacidad sobreviniente del particular contratista o la extinción de la personalidad jurídica en el caso de las sociedades.

Por último, es posible que las partes convengan la rescisión del contrato de común acuerdo, siempre —claro— que no existan razones imputables al particular por incumplimiento de sus obligaciones.

XI. LA IMPUGNACIÓN DE LOS CONTRATOS

El decreto reglamentario (decreto 893/12) dispone que "los recursos que se deduzcan contra los actos administrativos que se dicten en los procedimientos de selección se registrarán por lo dispuesto en la ley 19.549..." (art. 11). A su vez, el artículo 5 establece que en materia contractual cabe aplicar supletoriamente las restantes normas de Derecho Público.

Más allá de ello, los aspectos controversiales en este contexto son dos, a saber:

- a) *primer asunto*, ¿debe el interesado impugnar cada acto en particular, o simplemente el acto de perfeccionamiento o extinción del contrato? Es decir, ¿es necesario impugnar cada acto o simplemente el acto final?; y
- b) *segundo*, ¿el interesado debe impugnar judicialmente el acto contractual —cualquiera fuese— en el marco de la LPA (90 días hábiles judiciales)?

Los tribunales, y en particular la Corte, creen que el Título IV de la ley 19.549 es aplicable en el ámbito contractual. En conclusión, el interesado debe impugnar el acto en sede administrativa (agotamiento de las vías) y, luego, cuestionarlo en el plazo de 90 días hábiles judiciales (plazo de caducidad).

En igual sentido, la Cámara Federal contestó este punto en el fallo plenario "Petracca" (1986) al sostener que el Título IV, LPA, es aplicable en materia contractual. Así, el interesado debe impugnar el acto contractual, según el criterio judicial, en el plazo de 90 días hábiles judiciales.

Sin embargo, el primer interrogante es más complejo (¿debe impugnarse cada acto en particular?). La Corte sostuvo, en un primer momento, en el caso "Mevopal" (1985) que el Título IV —LPA— no es aplicable (esto es y en el punto que aquí nos interesa, que el particular no debe impugnar cada acto).

Pero, el Tribunal dijo luego —en el precedente "Gypobras" (1995)— que el Título IV de la LPA es aplicable y, consecuentemente, el particular debe impugnar el acto en el plazo del artículo 25 de la ley.

No es claro, tal como sostienen ciertos intérpretes, si el cambio de criterio judicial comprende el hecho de que deba impugnarse cada acto en particular, o si su doctrina sólo alcanza al modo y plazo de impugnación del acto (plazo de caducidad).

Este interrogante fue contestado también por la Cámara Federal en el antecedente antes citado, es decir, el caso "Petracca". Aquí, los jueces sostuvieron que debe impugnarse cada acto en particular, de modo que no es posible hacerlo por medio del acto final.

En síntesis, *el criterio de la Corte* es que:

- (a) el particular debe impugnar el acto dictado en el marco contractual estatal en los términos del artículo 25, LPA;
- (b) sin embargo, no es claro su criterio respecto de la necesidad de impugnar los actos por separado o si basta con la impugnación del acto de adjudicación o extinción del contrato (acto final).

XII. LA PARTICIPACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS CONTRACTUALES

El [decreto 1023/01](#) señala —entre sus principios— que las contrataciones públicas deben facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado y la participación real y efectiva de la comunidad (art. 9).

En particular, uno de los mecanismos puntuales de participación que prevé el régimen vigente es la convocatoria a los interesados con el objeto de que formulen observaciones sobre el proyecto de pliego de bases y condiciones particulares, en razón de la complejidad o el monto del contrato.

A su vez, según el decreto "toda persona que acredite fehacientemente algún interés, podrá tomar vista del expediente por el que tramite un procedimiento de selección, con excepción de la documentación amparada por normas de confidencialidad o la declarada reservada o secreto por autoridad competente" ([decreto 893/12](#)).

Por último, este régimen debe completarse con el [decreto 1172/03](#) que hemos estudiado en los primeros capítulos de este manual.

XIII. LA TRANSPARENCIA Y EFICIENCIA EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

En este punto —*transparencia*— es necesario recordar que la Convención Interamericana contra la Corrupción dispone que los Estados Partes convienen en considerar la aplicación de medidas preventivas destinadas a crear, mantener y fortalecer, entre otros: "sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas".

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción señala que "cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública basados" en los siguientes principios:

- a) transparencia;
- b) competencia; y
- c) objetividad, (es decir, criterios objetivos de modo que las decisiones sean eficaces para prevenir la corrupción).

Estos sistemas, según la Convención de las Naciones Unidas, deben cumplir con los postulados de:

- 1) difusión pública de la información sobre los procedimientos de contratación pública y contratos, licitaciones y adjudicaciones;
- 2) formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación, así como su publicación;
- 3) aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública;
- 4) mecanismos eficaces de examen interno y sistemas de apelación con el objeto de garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos; y

- 5) adopción de medidas para "reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación" (art. 9).

En el mismo orden de ideas, el decreto delegado 1023/01 establece que el trámite de contratación debe llevarse a cabo en un contexto de transparencia que se basará, entre otros aspectos, en la publicidad y difusión de las actuaciones administrativas.

Respecto de la *eficiencia*, el [decreto 1023/01](#) introduce el formato y la firma digital en el marco de las contrataciones estatales "con el propósito de adecuar la normativa a las posibilidades del desarrollo científico y tecnológico operado en materia de comunicaciones e informática" (considerando del [decreto 1023/01](#)). En este contexto es posible enviar ofertas, informes, documentación, comunicaciones, impugnaciones y recursos en formato y con firma digital. El Estado, por su parte, está obligado a aceptarlos y puede notificar en iguales condiciones.

CAPÍTULO 17 - LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

I. INTRODUCCIÓN

En un principio el Estado no era responsable patrimonialmente, cuestión entrelazada en ese entonces con la imposibilidad de demandar al Estado (es decir, la prohibición de llevarlo ante los jueces).

Sin embargo, con el tiempo y según los principios propios del Estado de Derecho, el Estado se hizo responsable por los daños causados por sus actividades ilícitas y, más adelante, por sus conductas lícitas.

Esta bifurcación entre las actividades estatales lícitas e ilícitas propio del Derecho Público, nos obliga a abandonar necesariamente el campo de la responsabilidad del derecho civil y sus fundamentos. Cabe recordar, aquí, que en el derecho civil no existe responsabilidad por conductas lícitas, sino únicamente por conductas ilícitas.

Entre nosotros, la Corte reconoció la responsabilidad del Estado, de modo claro y concluyente, a partir del año 1933 en el precedente "*Devoto*".

Por último, el modelo jurídico aceptó en ciertos casos la responsabilidad estatal por el ejercicio de sus funciones legislativas y judiciales.

En este largo proceso que partió —tal como explicamos en los párrafos anteriores— del extremo de la irresponsabilidad y avanzó hacia el reconocimiento de la responsabilidad estatal, influyeron básicamente dos hechos jurídicos que entendemos relevantes.

Por un lado, *la personificación estatal*. Así, según el viejo Código Civil "las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado. Tienen carácter público: 1 El Estado Nacional...". A su vez, en el texto actual se establece que "las personas jurídicas son públicas o privadas" y "son personas jurídicas públicas: a) El Estado nacional..." (arts. 145 y 146, Código Civil y Comercial).

Recordemos entonces que, en un principio, el Estado no fue concebido como persona jurídica —es decir, sujeto capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones—, de modo que no era posible imputarle, desde el punto de vista técnico, las conductas y sus consecuencias.

Por el otro, *la imputación o traslado de las conductas de los agentes al propio Estado (teoría del órgano)*. Es cierto que las acciones u omisiones de los agentes públicos, en el ejercicio o en ocasión de sus funciones, son hechos evidentes; pero, ¿cómo transferir esas conductas desde las personas físicas al Estado en su condición de persona jurídica?

La teoría del órgano permitió ligar al Estado (persona jurídica) con sus agentes públicos (personas físicas), en términos de traslado e imputación de conductas desde éstos hacia aquél en un modo específico y propio del Derecho Público (teoría del órgano y responsabilidad directa) y distinto de las teorías clásicas del Derecho Privado.

Cabe aclarar que si bien las teorías del Derecho Privado con el paso del tiempo mutaron y aceptaron el concepto y teoría del órgano en el marco de las personas jurídicas privadas; sin embargo, no abandonaron la idea de la responsabilidad indirecta de las personas jurídicas por sus agentes.

Creemos, entonces, que con el objeto de construir dogmáticamente la Teoría General de la Responsabilidad Estatal es necesario sumar dos elementos fundamentales. *Primero*, el reconocimiento del propio Estado como persona jurídica —sujeto de derecho—; y, *segundo*, el nexo entre el Estado y los agentes de modo de residenciar las conductas de éstos en aquél.

En síntesis, los fenómenos jurídicos de la personificación estatal por un lado, y el órgano por el otro, constituyen dos peldaños básicos en la construcción del edificio dogmático de la responsabilidad del Estado y su contorno actual.

Antes de avanzar, conviene repasar cuáles son las *normas en el Derecho Público* que debemos leer.

I. Primero —claro—, el texto constitucional. Por ejemplo, el artículo 17, CN, establece *el carácter inviolable de la propiedad privada* y, en particular, la responsabilidad estatal en caso de expropiación de dicho derecho.

Este supuesto es un ejemplo claro y típico de responsabilidad estatal por sus actividades lícitas, pues la actuación estatal es llevada a cabo conforme al derecho vigente y no en términos de contradicción con éste. Así, el orden jurídico autoriza al Estado a hacerlo de ese modo y, consecuentemente, las conductas estatales son claramente lícitas.

A su vez, el artículo 16, CN, prevé *el principio de igualdad*, de modo que el Estado debe respetar también el postulado igualitario.

II. Segundo, las normas de rango inferior. En el ámbito federal, la ley de responsabilidad del Estado (ley 26.944) y, en particular, las normas sobre expropiación (ley 21.499).

Dice la ley de Responsabilidad del Estado que "las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria" (art. 1). En sentido concordante, el Código Civil y Comercial afirma que "las disposiciones del Capítulo I de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria" (art. 1764).

Sin perjuicio de estos textos, creemos que existen ciertas lagunas que es necesario recubrir con las reglas del Derecho Civil, tal como veremos más adelante.

Finalmente cabe aclarar que cada Provincia, al igual que la Ciudad de Buenos Aires en su condición de ente autónomo en los términos del Artículo 129 de la Constitución Nacional, debe dictar su propio marco jurídico sobre responsabilidad del Estado local.

II. BREVE EXPLICACIÓN SOBRE LA LEY 26.944

Como ya adelantamos, el Legislador aprobó la ley 26.944 cuyos trazos son los siguientes y que, luego, estudiaremos con mayor detalle.

1. El ámbito de aplicación. La ley comprende la responsabilidad del Estado nacional por los daños causados por sus conductas (actividad o inactividad).

2. Los pilares de la responsabilidad estatal. La responsabilidad del Estado es objetiva y directa.

3. Los requisitos de la responsabilidad estatal por sus conductas ilegítimas. Tales requisitos son: a) el daño cierto y mensurable en dinero; b) la imputabilidad material al órgano estatal; c) la relación de causalidad adecuada; y d) la falta de servicio (actuación u omisión irregular del Estado). A su vez, "la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado".

4. Los requisitos de la responsabilidad estatal por actividades lícitas y su regulación. Los presupuestos son: a) el daño cierto, actual y mensurable en dinero; b) la imputabilidad material al órgano estatal; c) la relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva; d) la ausencia del deber jurídico de soportar el daño; y e) el sacrificio especial, diferenciado del que sufre el resto y configurado por la afectación de un derecho adquirido. A su vez, la responsabilidad por actividad lícita es excepcional y solo comprende el lucro cesante.

5. Los eximentes de la responsabilidad del Estado. El Estado se exime de responsabilidad por caso fortuito, fuerza mayor, o el hecho de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

6. La responsabilidad estatal por actividad judicial. Los daños causados por la actividad judicial legítima no generan derecho a indemnización.

7. La responsabilidad del Estado por la actividad de los contratistas y concesionarios de los servicios públicos. El Estado no debe responder, de modo directo ni subsidiario, por "los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada".

8. El plazo de prescripción de las acciones. La ley regula los siguientes plazos de prescripción, a saber: a) la acción por responsabilidad extracontractual estatal (tres años), desde la verificación del daño o desde que la acción esté expedita; b) la acción por responsabilidad de los agentes públicos (tres años); c) la acción de responsabilidad por repetición contra los agentes públicos (tres años), desde la sentencia firme que estableció la indemnización.

9. La responsabilidad estatal derivada de la nulidad de los actos administrativos. En este caso, el interesado puede iniciar la acción de nulidad o inconstitucionalidad juntamente con la de

indemnización de los daños y perjuicios, o después de finalizado el proceso de anulación o inconstitucionalidad.

10. La responsabilidad de los agentes públicos. Los agentes y funcionarios públicos son responsables por los daños causados por cumplir de manera irregular sus obligaciones legales, sea por dolo o culpa. Las sanciones pecuniarias disuasivas son improcedentes contra agentes y funcionarios públicos. Sin embargo, cabe recordar que el Código Civil y Comercial remite respecto de las sanciones conminatorias a las "normas propias del derecho administrativo" (art. 804, Código Civil y Comercial).

11. La responsabilidad contractual. Si bien la responsabilidad estatal contractual se rige por sus propias normas, en caso de ausencia de regulación, se aplica supletoriamente la ley 26.944.

III. LAS OMISIONES DEL LEGISLADOR FEDERAL (EL CASO ADMINISTRATIVO NO PREVISTO). SU RESOLUCIÓN POR APLICACIÓN ANALÓGICA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Tal como adelantamos, la ley de Responsabilidad del Estado contiene ciertas lagunas. Por ejemplo: a) la responsabilidad por las cosas viciosas o riesgosas de propiedad del Estado o que estuviesen bajo su guarda; b) la responsabilidad del Estado central por los daños causados por los entes autárquicos y las empresas públicas; y c) la responsabilidad por los daños causados en los establecimientos educativos públicos.

A su vez, la ley de Responsabilidad —y en igual sentido el Código Civil y Comercial— prohíbe aplicar las disposiciones del Derecho Civil de modo directo o subsidiario ante el caso administrativo no previsto, pero sí cabe recurrir —en sentido contrario— por las vías analógicas.

Así:

a) La responsabilidad por las cosas viciosas o riesgosas está regulado en los arts. 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial. En efecto, "toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención" (art. 1757). A su vez, "el dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por si o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta". Y, finalmente, "en caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por si o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial" (art. 1758).

b) La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente está descripto en el art. 1753, en tanto establece que "el principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o en ocasión de las funciones encomendadas. La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente".

c) A su vez, el art. 1767, CCyC, dispone que "el titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito".

IV. BREVE EXPLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EN EL SISTEMA JURÍDICO INTERAMERICANO

Con el objeto de describir el modelo de responsabilidad estatal en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cabe citar, por un lado, las reglas específicas (esto es, los arts. 1; 8.1.; y 21, del Pacto); y, por el otro, los precedentes jurisprudenciales de la Corte IDH.

Así, el art. 1 dispone que "los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...". Por su parte, el art. 8.1., establece que "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Por su parte, el art. 21 ordena que "Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley".

Cabe recordar que los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) son internacionalmente responsables por el incumplimiento de las obligaciones del derecho interamericano, conforme las reglas del Derecho Internacional Público.

En particular, en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados asumen dos obligaciones de carácter general. Por un lado, el respeto y garantía de los derechos (art. 1.1); y, por el otro, la adecuación del derecho interno (art. 2).

En efecto, el Estado argentino —igual que los otros Estados latinoamericanos— es juzgado y, eventualmente, condenado por la Corte IDH, de conformidad con los principios y reglas jurídicas convencionales, y no por el Derecho Público local.

La Corte IDH sostuvo que "en el ámbito de dicha Convención, las obligaciones contenidas en sus artículos 1.1 y 2 constituyen la base para la determinación de responsabilidad internacional de un Estado. El artículo 1.1 de la Convención pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respetar y de garantizar los derechos, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención. A su vez, el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías" (caso "Ximenes Lopes vs. Brasil").

A su vez, la Corte IDH incorporó la obligación de los Estados miembros de realizar el control de convencionalidad. En efecto, "cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas

competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" (caso "López Mendoza vs. Venezuela").

Es más, el Estado debe responder por sus acciones y omisiones. Así, la Corte IDH afirmó que "los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la Convención, pueden ser tanto las acciones u omisiones atribuibles a órganos o funcionarios del Estado, como la omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos. No obstante, entre esos dos extremos de responsabilidad, se encuentra la conducta descrita en la Resolución de la Comisión de Derecho Internacional, de una persona o entidad, que si bien no es un órgano estatal, está autorizada por la legislación del Estado para ejercer atribuciones de autoridad gubernamental. Dicha conducta, ya sea de persona física o jurídica, debe ser considerada un acto del Estado, siempre y cuando estuviere actuando en dicha capacidad. Es decir, la acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal, se encuadra en el supuesto de responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en nombre del Estado" ("Ximenes Lopes vs. Brasil").

Por otro lado, "la Corte... ha establecido que la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Las obligaciones *erga omnes* que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales" ("Ximenes Lopes vs. Brasil"). Ver, en igual sentido, el precedente "Gonzales Lluy vs. Ecuador".

En particular, y entre muchos precedentes es razonable citar el caso "Furlán", pues allí se exponen los lineamientos generales de la Corte IDH sobre esta materia. Los hechos eran los siguientes: el menor de edad ingresó a un predio de propiedad del Ejército Argentino que se encontraba abandonado, y que "no contaba con ningún alambrado o cerco perimetral que impidiera la entrada al mismo... una vez en el predio,... intentó colgarse de un parante transversal o travesaño perteneciente a una de las instalaciones, lo que llevó a que la pieza de aproximadamente 45 o 50 kilogramos de peso cayera sobre él" y, como consecuencia de ello, sufrió una discapacidad permanente. Los jueces argentinos condenaron al Estado, como titular y responsable del predio, en un setenta por ciento ya que, según el criterio de éstos, medió en parte responsabilidad del menor. Luego, el pago de la condena quedó comprendido en la ley de Consolidación de Deudas (esto es: cancelación mediante la entrega de títulos públicos) y, por tanto, el actor sólo recibió en verdad 38.300 pesos de los 130.000 que oportunamente ordenó el juez.

La Corte condenó al Estado argentino por los siguientes argumentos:

- a) La demora injustificada en el desarrollo del proceso judicial (más de diez años y, después, dos años más hasta la acreditación de los bonos) en violación de los arts. 8.1. y 25.1. de la Convención. Este proceso —según las reglas vigentes— no debía durar más de dos años. Es más, "la prolongación del proceso...incidió de manera relevante y cierta en la situación jurídica de la presunta víctima y su efecto tiene, hasta el día de hoy, un carácter irreversible".
- b) A su vez, la responsabilidad del Estado comprende: el desamparo de las personas ante actos que violen sus derechos fundamentales, en los términos del arts. 8 y 25 de la Convención; y la vulneración del derecho de propiedad (art. 21, entendido como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona).

V. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SUS ACTIVIDADES ILÍCITAS

El Estado es responsable por sus actividades ilícitas siempre que estén presentes los siguientes factores, conforme el art. 3 de la ley 26.944:

1. la falta de servicio "consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado. A su vez, "la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado";
2. la imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal;
3. el daño cierto, "debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
4. la relación de causalidad directa entre la conducta estatal —falta de servicio— y el daño cierto cuya reparación se persigue.

Entonces, el Estado es responsable siempre que sea posible imputar el acto, hecho u omisión del agente al Estado; la conducta sea irregular (falta de servicio); el daño cierto; y exista relación de causalidad entre las conductas irregulares y el daño causado.

Dicho esto, cabe distinguir entre el fundamento y los presupuestos de la responsabilidad estatal.

Así, el fundamento es la conducta irregular (falta de servicio) y los presupuestos son los siguientes: a) *el factor de imputación*, b) *el daño*, c) *el nexo causal* y d) *el factor de atribución*, que analizaremos más adelante.

FALTA DE SERVICIO

OBLIGACIONES

CODIGO CIVIL

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

CONDICION

DAÑO

DERECHOS SOCIALES

ACTIVIDAD ILICITA

PAPEL

FUNCIONARIO PUBLICO

V.1. El fundamento de la responsabilidad estatal (la falta de servicio)

¿Cuál es el fundamento de la responsabilidad estatal ilícita? Básicamente el incumplimiento o cumplimiento irregular o defectuoso de sus obligaciones (es decir, los actos, hechos u omisiones del Estado realizados en violación del derecho vigente).

En efecto, el pilar de la responsabilidad estatal ilícita es el contenido antijurídico de sus conductas por incumplimiento de la ley. *Pero, más precisamente, el contenido ilícito es —según los operadores— la falta de servicio.*

Así, la Corte utilizó este concepto asociándolo con el artículo 1112 del viejo Código Civil. Repasemos el caso "Vadell" (1984). Aquí, el Tribunal adujo que "esa idea objetiva de la **falta de servicio** encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del artículo 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad por 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".

Por su parte, la ley de Responsabilidad del Estado (2014) sigue el concepto de *falta de servicio* como requisito del deber estatal de reparar (art. 3, inciso d), en el contexto de las actividades lícitas.

Pero, ¿qué es la falta de servicio? Es el funcionamiento irregular o defectuoso de las conductas estatales, según las normas vigentes. Así, el concepto de falta de servicio debe interpretarse —según el criterio clásico—, como las actividades inadecuadas desarrolladas por el Estado (es decir, de modo incorrecto según los criterios normativos) y siempre que, además, se hubiese causado daño.

Sin embargo, *el concepto de "falta de servicio" debe reemplazarse, según nuestro parecer, por el criterio liso y llano del incumplimiento de los deberes legales.* Es decir, *el deber y su incumplimiento es el fundamento de la responsabilidad estatal por sus actividades ilícitas.*

Cierto es que, en un principio y en términos históricos, el estándar del deber estatal constituyó un título mínimo de imputación de responsabilidad; sin embargo, ese título fue ensanchándose por dos circunstancias. *Por un lado*, el reconocimiento de los derechos sociales y los nuevos derechos en el marco del Estado Democrático y Social de Derecho; y, *por el otro*, el papel del Estado y sus deberes en términos positivos (acciones estatales y no simples abstenciones).

Por su parte, la Corte dijo reiteradamente que "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución".

En particular, *la responsabilidad estatal por omisión* (más allá de su responsabilidad por sus acciones) procede cuando el Estado incumple sus deberes —es decir, no hace aquello que debe hacer— y su fundamento es el inciso d) del art. 3 de la Ley ("falta de servicio consistente en una...omisión irregular de parte del Estado").

Pues bien, *el mayor inconveniente aquí es la definición de cuáles son las conductas jurídicas, en particular las obligaciones estatales de hacer en términos de densidad y detalle, cuyo incumplimiento trae consigo la responsabilidad del Estado.* La ley contesta este interrogante en los siguientes términos: "la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado" (art. 3).

En síntesis,

- a) en el caso de las acciones, el fundamento es el mandato jurídico de no hacer y su incumplimiento (falta de servicio, conforme art. 3 de la Ley);

- b) en el supuesto de las omisiones, el fundamento es el mandato jurídico de hacer, siempre que éste sea *expreso y determinado*, y su incumplimiento (falta de servicio, de acuerdo con el art. 3 de la Ley).

V.2. El factor de imputación de las conductas dañosas

V.2.1. La teoría del órgano

El Estado es una persona jurídica y, por tanto, para responsabilizarlo no es suficiente con constatar las conductas de sus agentes, sino que es necesario además imputarle tales acciones u omisiones.

Llamaremos a este factor "imputación", cuyo objeto es trasvasar conductas entre personas y —por ende— las responsabilidades consecuentes.

Este factor es —en principio— irrelevante en el derecho civil, pues en este terreno los hechos son propios —personas físicas— y no de otros. Es decir, las conductas de las personas físicas son propias y, consecuentemente, no debemos trasladarlas o imputarlas a otras, salvo cuando se trate de personas jurídicas privadas.

En el Derecho Público el escenario es distinto porque las conductas bajo análisis son siempre de los propios agentes —personas físicas—, pero la responsabilidad es del Estado —persona jurídica—.

Entonces, es obvio que necesitamos dar un paso más en el razonamiento con el propósito de ensayar y justificar cómo transferir las conductas desde el escaparate de las personas físicas —agentes públicos— y ubicarlas en el ámbito del Estado —persona jurídica—.

Así, el sujeto imputado y responsable por el daño causado no es definido de modo simple, directo y lineal por la autoría material de las conductas dañosas (como si se tratase de los hechos de las personas físicas), sino por medio de una serie de ficciones legales que nos permiten reconducir las conductas y residenciarlas en las personas jurídicas.

En este marco, el factor de imputación es básicamente la teoría del órgano, según el art. 2 de la Ley. En efecto, el legislador estableció que "la responsabilidad del Estado es... directa".

Cabe aquí remitirnos al capítulo sobre organización administrativa de este manual en donde explicamos esta categoría jurídica (órgano). Sencillamente diremos en este contexto que las conductas de los agentes públicos —personas físicas— son las conductas del propio Estado y, por tanto, aquéllos expresan lisa y llanamente la voluntad estatal.

De modo que no es necesario trasladar las conductas de las personas físicas (órganos) al Estado (persona jurídica), sino que se superponen unas con otras, expresando una sola y misma voluntad. En conclusión y en principio, no hay nada que imputar o trasvasar en términos de conductas y responsabilidades, pues se trata de un mismo centro de imputación y de ahí su carácter directo. Por ejemplo, el acto dictado por un agente público sobre revocación de un permiso en razón de

las preferencias sexuales o las creencias religiosas del permisionario; las liquidaciones incorrectas de los haberes de los agentes; expedición de certificados erróneos; o los casos de mala praxis en los hospitales públicos. Dichas conductas —claramente irregulares— son acciones u omisiones del propio Estado (sin perjuicio de las acciones de repetición que luego el Estado intente contra el agente responsable del daño).

Cabe recordar que históricamente el factor de imputación no fue la teoría del órgano, sino el vínculo principal/dependiente entre el Estado y sus agentes (artículo 1113 del viejo Código Civil). Es decir, el factor de imputación fue indirecto (principal/dependiente) y, más adelante, directo (teoría del órgano).

Sin embargo, no es posible trasladar e imputar cualquier conducta de las personas físicas (agentes estatales) al Estado, sino que sólo es posible transferir ciertas conductas. ¿*Cuáles?* Aquí, es posible distinguir entre el concepto de actos realizados *en ejercicio, con motivo o en ocasión* de las funciones.

Los conceptos de *motivo* y *ocasión* son más amplios que el de *ejercicio*. En efecto, esos criterios son más laxos y distantes porque basta que las funciones constituyan simplemente la ocasión o el motivo del evento dañoso. Por su parte, el ejercicio es más estricto porque exige más detalle y precisión, de modo que no es suficiente con la ocasión o el motivo del acontecimiento dañoso. En tal caso, el ejercicio debe constituirse como condición necesaria del hecho dañoso.

La Ley de Responsabilidad no define cuál es el límite en la imputación de las conductas al Estado. Sin embargo, el artículo 9 de la Ley establece que "la actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones... los hace responsables de los daños que causen". Si bien este mandato se refiere a la responsabilidad de los agentes y no del Estado, es posible trasladar el concepto de "en ejercicio de sus funciones" al marco de la Teoría General de la Responsabilidad del Estado (esto es, arts. 2 y 3 de la Ley).

En el antecedente "Deoca" (2001), la Corte sostuvo —antes de la aprobación de la Ley— que "al momento de los hechos el codemandado Paredes no guardaba con la Armada otra relación que no fuera la que caracteriza al personal militar en situación de retiro, y no fue alegado ni probado que se hubiese hallado en ejercicio de funciones estatales, ni siquiera de un modo aparente".

Sin embargo, entendemos que el criterio más acertado para fijar el límite de imputación es el concepto de *apariencia en el ejercicio de las funciones*. Es decir, cuando el sujeto ejerce aparentemente su cargo. Así, el comportamiento debe ser aparente en términos formales y con alcance mínimo (esto es, legítimo según el criterio de un tercero imparcial). Por ejemplo, cuando el agente hace uso de los elementos propios de su cargo o funciones. Por el contrario, ello no ocurre cuando el agente lleve a cabo actividades de carácter estrictamente personal, pues no es posible su reconocimiento exterior.

V.2.2. La titularidad o guarda de las cosas

Otro factor de imputación es, además de la teoría del órgano, la condición del Estado como dueño o guardián de las cosas y, en particular, de las cosas y actividades riesgosas. Por ejemplo, los daños causados en un accidente de tránsito por un vehículo de propiedad del Estado; por el uso de las armas reglamentarias de las fuerzas de seguridad; o por el mal estado de conservación de las veredas, entre otros.

La ley 26.944 no reguló este supuesto, de modo que debemos recurrir al Código Civil y Comercial por vía analógica, con el objeto de suplir esta laguna (caso administrativo no previsto). Pues bien, el Codificador establece que:

1. "Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención" (art. 1757).
2. "El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta" (art. 1758).
3. "En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial" (art. 1758).

Antes de la aprobación de la ley y del nuevo Código Civil y Comercial, se aplicaba el art. 1113 del viejo Código Civil sobre el daño *causado con la cosa y por el vicio o riesgo de ésta*. En síntesis, en ese entonces, los jueces resolvían los casos de responsabilidad estatal por aplicación del art. 1112 (teoría del órgano y falta de servicio) o el art. 1113 (titularidad o guarda de las cosas). A su vez, cabe recordar que la *Corte en ciertos precedentes claramente comprendidos en el artículo 1113, CC, huyó de ese campo y se refugió en el artículo 1112, CC*. El caso más claro es el de los daños causados por el uso de las armas reglamentarias por las agentes de policía. En efecto, el Tribunal utilizó el concepto del artículo 1112, CC (falta de servicio), pero mezclándolo o —quizás— confundiéndolo con otro criterio, esto es, el riesgo o vicio de las cosas (artículo 1113, segundo párrafo) y, además, el error y responsabilidad del Estado por la elección de sus agentes (artículo 1113, primer párrafo).

Recientemente el Tribunal se expidió en el caso "Baeza" (2011), en donde se planteó que la actora fue herida por una bala que se disparó desde el arma reglamentaria de un sargento de la Policía de la Provincia de Buenos Aires en el andén del subterráneo. Dijo allí la Corte que "es responsable la Provincia de Buenos Aires y un sargento de la policía bonaerense por los daños y perjuicios sufridos por la reclamante por un disparo del arma de fuego reglamentaria de aquél en el andén del subterráneo, pues el codemandado fue negligente en la custodia y guarda de su arma, al no colocarle el seguro —art. 1109 del Cód. Civil— y esa conducta fue la causa eficiente de las lesiones sufridas por la actora".

Otro caso sumamente interesante que debemos estudiar —además del uso de las armas por los agentes policiales—, es el caso de los daños causados con o por los bienes del dominio público del Estado.

La Corte dijo reiteradamente que el uso y goce de los bienes del dominio público importa para el Estado la obligación de colocar sus bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos. Así, el Tribunal en los precedentes "Pose" y "Bullorini" —entre otros— ha expresado que los bienes que integran el dominio público deben conservarse en buen estado.

Pues bien, respecto de la responsabilidad del Estado por los daños causados por sus cosas, cabe analizar si debemos aplicar el art. 3 de la ley 26.944 (responsabilidad por falta de servicio) o el artículo 1757, CCyC, (responsabilidad del Estado por su condición de propietario o guardián de las cosas).

En este contexto, creemos que cabe distinguir entre dos supuestos. Por un lado, si el daño es causado por las cosas o por sus vicios o riesgos (el arma de fuego o las locomotoras del ferrocarril, entre otros tantos casos). Por el otro, si el daño no es causado *con o por* las cosas sino por el uso de las cosas en mal estado de conservación (las calles y en general los bienes del dominio público). *En el primer caso, debemos ir por el artículo 1757 del Código Civil y Comercial, y en el segundo por el artículo 3 de la Ley 26.944.*

V.3. El daño o lesión resarcible

El daño o perjuicio debe ser *cierto* —actual o futuro—, pero en ningún caso hipotético o meramente conjetural. En efecto, dice el art. 3 de la ley que es requisito de la responsabilidad del Estado el "daño cierto", "debidamente acreditado" y "mensurable en dinero".

Así, la Corte dijo que el daño —en los casos de responsabilidad estatal por errores en los certificados expedidos por el Registro de la Propiedad Inmueble—, no puede ser considerado como cierto en tanto el acreedor, supuestamente perjudicado por el error estatal, pudiese ejecutar otros bienes del deudor. En efecto, en el antecedente "Banco Nación c. Provincia de Buenos Aires" (1969), se probó que el certificado erróneo expedido por el Registro permitió transferir la propiedad a favor de un tercero, a pesar de la inhibición de bienes que pesaba sobre él. Sin embargo, el Tribunal sostuvo que "dicha circunstancia no es suficiente por sí sola para decidir la procedencia de la demanda, toda vez que esta Corte tiene resuelto que el concepto de indemnización de perjuicios lleva implícita la realidad de los mismos, y, para su establecimiento judicial, requiere la comprobación suficiente de tal realidad; en cuanto se trata de daños sobrevivientes, cualquier decisión sólo puede ser conjetural". Y concluyó que "la actora no puede hacer cargo de la indemnización a la Provincia de Buenos Aires sino en el caso de no poder lograr por otro medio dicho cobro".

De todos modos, cabe aclarar que posteriormente el Tribunal en el fallo "Brumeco" (1990), sostuvo que tratándose de un error del Registro de la Propiedad Inmueble, la eventual existencia de otros bienes del deudor no exime de responsabilidad al Estado, circunstancia que, por otra parte, no fue demostrada en el proceso judicial bajo análisis. Así, la Corte adujo que "el daño indemnizable lo constituye, en la especie, la indicada frustración de la garantía", sin perjuicio de que "la responsabilidad de la Provincia debe limitarse al monto del embargo al tiempo de efectuarse la venta sobre la base del informe erróneo... [y por tanto] la indemnización deberá limitarse al importe originario del crédito y sus accesorios moratorios". Y añadió que "en cuanto al lucro cesante, tal pretensión resarcitoria no persigue sino reclamar perjuicios conjeturales o hipotéticos...".

Más adelante, en el caso "Banco Nación" (2001), el Banco reclamó al Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires por la caducidad —en dos oportunidades— de la garantía de preanotación hipotecaria respecto de un inmueble. Sin embargo, el Tribunal eximió de responsabilidad al Estado por las siguientes razones:

- a) en *primer lugar*, el Banco Nación logró cobrar el crédito declarado admisible, de modo que el reclamo sólo debe proceder por el reembolso de los honorarios y aportes profesionales;
- b) en *segundo lugar*, la condena en costas "tiene su origen en una controversia provocada exclusivamente por el Banco respecto de un tema... ajeno a la actividad registral. Por ende, sólo constituye una consecuencia remota del hecho ilícito, con el que no guarda nexo adecuado de causalidad (artículo 906 del Código Civil)";

c) en *tercer lugar*, los jueces entendieron que el plazo se excedió en dos oportunidades, una por error del Registro y la otra por culpa del actor, de modo que "aun cuando no hubiera mediado la deficiencia registral mencionada en el considerando anterior... el incidente de caducidad habría corrido la misma suerte".

Luego, en el caso "Serradilla" (2007), el actor demandó por resarcimiento de daños y perjuicios al Estado Nacional y a la Provincia de Mendoza por el extravío de su documento nacional de identidad por los organismos estatales, y la consiguiente utilización de ese documento por terceros —no identificados— para la apertura de dos cuentas corrientes bancarias con el nombre y apellido del actor, causándole perjuicios. La imputación al Estado fue por el supuesto incumplimiento de su deber de custodiar los documentos.

La Corte sostuvo, entonces, que "la indemnización de los perjuicios lleva implícita la realidad de los mismos y su determinación requiere la comprobación judicial de tal extremo (Fallos: 312:1599), excluyendo de las consecuencias resarcibles a los daños meramente eventuales o conjeturales en la medida en que la indemnización no puede representar un enriquecimiento sin causa para quien invoca ser damnificado (Fallos: 307:169, y sus citas)". Es decir, según el Tribunal, es necesario probar los daños causados.

A su vez, en el precedente "Feuermann" (2008), "el actor no logró demostrar dos circunstancias que invoca en su demanda, y que resultan imprescindibles para la procedencia de su pretensión: que era propietario de los bienes y que éstos desaparecieron cuando estaban bajo la custodia de la demandada... Finalmente... la orfandad probatoria señalada importa que el actor tampoco ha demostrado la existencia de un perjuicio personal que justifique una reparación en concepto de daño moral ni por la privación de uso de los bienes".

RELACION DE CAUSALIDAD

DAÑO

CONSECUENCIA INMEDIATA

COSA

ACTOR

CODIGO CIVIL

CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

CONSECUENCIA MEDIATA

CONDICION

CONSECUENCIA CASUAL

LEGISLADOR

VICTIMA

PERSONAS

COMPETENCIA

EMPRESA

TERRENO BALDIO

IDONEIDAD

HOSPITAL

ACCIDENTE DE TRANSITO

MEDICO

CULPA

TERCEROS

REMITENTE
COMPETENCIA DESLEAL
PRUEBA
TRABAJADOR AUTONOMO
PROVINCIA DE BUENOS AIRES
FIRMA
DENUNCIA
RELACION DE CAUSALIDAD ADECUADA
DECLARACION JURADA
PRETENSION
PRESUNCION
INCAPACIDAD
HOMICIDIO
DAÑO ACTUAL
CARGA PROCESAL
DEPENDIENTE
DERECHO DE PROPIEDAD
DAÑOS Y PERJUICIOS
DEMOLICION DE EDIFICIOS
LESIONES
HERIDA
PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO
TRANSPORTE
PRESUPUESTO
COMISION
MUNICIPALIDAD
MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
GARANTIA
INVOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA
EXTRANJERO
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
DEBATE DE JUICIO ORAL
LEY ESPECIAL
PERSONAL AERONAUTICO
JUEZ
PASAJERO
FALTA DE SERVICIO
EXPROPIADO
TESTIGO
PROVINCIA
INSTANCIA JUDICIAL
INVERSION
MEDIDAS DE SEGURIDAD
CONSECUENCIA REMOTA

CULPA DE LA VICTIMA

CIUDAD

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

DUMPING

V.4. El nexa causal

El nexa causal es el vínculo entre los extremos antes señalados, es decir, la relación entre las conductas y el daño causado.

Es conveniente detenernos brevemente en las teorías de la causalidad que por cierto son varias, complejas y, a veces, contrapuestas. ¿*Por qué?* Porque el daño —en general— es el resultado no de un hecho puntual y singular, sino de un conjunto de hechos y condiciones múltiples que pueden o no ser dependientes entre sí.

El núcleo, pues, consiste en desmenuzar esos hechos —eventos dañosos— y discernir cuál es el poder causal de cada uno de ellos respecto del resultado bajo análisis —el daño causado—.

En *primer lugar*, se ha sostenido que las causas del resultado dañoso son el ***antecedente más próximo*** en términos temporales. Sin embargo, creemos que no es posible definir el concepto según pautas temporales o de proximidad, sino que debe hacerse un análisis más profundo y complejo.

En *segundo lugar*, uno de los criterios quizás más desarrollados históricamente es el de las ***causas eficientes*** (es decir, aquellas que según el curso normal de las cosas producen el daño) y sin cuya presencia éste no se hubiese producido. Pero no es claro cómo debemos operar cuando existen varias causas (es decir, cómo definir cuál es —entre ella— la más eficiente). En efecto, el mayor inconveniente surge cuando existen múltiples causas y, en particular, cuando éstas se producen de modo sucesivo, es decir, unas tras otras; y no de modo simultáneo.

En este contexto, es probable que la multiplicidad de causas resulten por sí mismas eficientes en la producción del hecho dañoso (esto es, constituyan antecedentes necesarios en el hilo conductor de los acontecimientos y su resultado). ¿Cómo distinguir entonces cuáles o cuál de ellas es jurídicamente relevante?

Por ejemplo, la tesis de la *equivalencia de las condiciones* dice que todos y cada uno de los antecedentes del resultado dañoso son causas de éste en términos jurídicos porque si se suprime cualquiera de éstos —en el plano hipotético—, el resultado no se hubiese producido. Sin embargo, esto no ocurre en la práctica y, además, el resultado es en ciertos casos absurdo toda vez que, según este criterio, es posible atribuir el hecho dañoso y depositarlo, en términos de causalidad y responsabilidad, en cualquier acontecimiento anterior y quizás insignificante. En consecuencia, debemos rechazar este camino interpretativo.

Finalmente y en *tercer lugar*, la tesis de la ***causalidad adecuada o idónea*** que es comúnmente la más aceptada como el estándar razonable para explicar el nexa de causalidad.

¿Cuál es el alcance de este concepto? Los operadores jurídicos entienden que la causa es el antecedente que, según el curso natural y ordinario de las cosas, resulte *idóneo* para producir el resultado dañoso. A su vez, el resto de los antecedentes sólo constituyen factores concurrentes.

En verdad, no se trata simplemente de los antecedentes que, según el curso normal y ordinario de las cosas producen el daño, sino —entre ellos— el antecedente jurídicamente idóneo. Entonces, ¿cuál es el hecho causal más idóneo? ¿Cuál es el *test* que debemos usar para descubrirlo? En igual sentido, cabe preguntarse ¿la operación de supresión del antecedente en la cadena causal es suficiente en términos de idoneidad?

Imaginemos que una persona es embestida por un vehículo estatal y que, como consecuencia de ello, es trasladada e intervenida en un hospital público y, luego, muere por las heridas recibidas. Si suprimimos el accidente, la víctima evidentemente no hubiese muerto. Por su parte, si tachamos el acto médico rompemos el nexo causal porque éste es el antecedente más próximo del deceso, pero cierto es que el accidentado igual hubiese fallecido, de modo que este acontecimiento (intervención de los médicos) es próximo, pero no idóneo. Es decir, en este contexto no sólo debemos suprimir el evento bajo estudio sino, además, analizar si los otros antecedentes —hipotéticamente y más allá del caso puntual— producen igual resultado. ¿Cuál es, entonces, el antecedente relevante en términos de causalidad? Evidentemente, el accidente de tránsito porque no sólo es eficiente —capaz de explicar el nexo causal material—, sino además idóneo en la producción del daño causado.

En otras palabras, la causa es idónea si nos lleva de modo irreversible y autónomo —en términos de causalidad— al daño; es decir, por sí sola y en las circunstancias del caso concreto. Ciertamente es que también puede haber varias causas idóneas, esto es, causas concurrentes sobre el daño.

Una vez definido el nexo causal en el plano teórico, cabe preguntarse cuál es *el criterio del legislador*. Pues bien, la ley de Responsabilidad del Estado establece como requisito la "relación de causalidad adecuada" (art. 3, inc. d).

Aquí debemos sumar otro concepto, a saber: ¿el autor del evento —antecedente jurídicamente idóneo— es responsable de todas las consecuencias o sólo respecto de algunas de éstas?

La Ley de Responsabilidad no dice nada al respecto, de modo que cabe recurrir analógicamente al Código Civil y Comercial.

El Código distingue entre las consecuencias inmediatas, mediatas y casuales. Así: a) las consecuencias inmediatas son las que "acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas"; b) las consecuencias mediatas "resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto"; y, por último, c) las consecuencias casuales son aquellas "mediatas que no pueden preverse" (art. 1727).

En síntesis, el Código Civil y Comercial distingue entre las consecuencias inmediatas y mediatas (mediatas propiamente dichas y casuales).

¿Cuáles son las consecuencias imputables al autor del hecho? Por un lado, las consecuencias inmediatas y las mediatas —estas últimas cuando las hubiere previsto o al menos hubiere podido hacerlo con la debida atención y conocimiento de las cosas—. En efecto, "excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles" (art. 1726).

Es decir, el autor no es responsable por las consecuencias casuales (mediatas que no pueden preverse), salvo cuando debieron resultar según la intención que tuvo aquél al ejecutar el hecho.

En conclusión, el responsable debe responder por las consecuencias inmediatas y mediatas (es decir, las consecuencias directas del evento dañoso e, incluso, aquellas que nacen de otros acontecimientos entrelazados y siempre que fuesen previsibles).

Así, por ejemplo, si un vehículo embiste a otro vehículo (causa idónea), el conductor debe responder por: a) los daños causados en el vehículo embestido (*consecuencias inmediatas*) y b) los daños causados por el auto embestido sobre otros vehículos estacionados en el lugar (*consecuencias mediatas*). Aquí, el accidente producido (hecho) y el estacionamiento de los otros vehículos (hecho), están entrelazados de modo claro y directo. Pero no ocurre así si el conductor del vehículo accidentado debe hacer uso del transporte público —por indisponibilidad de su propio vehículo— y muere luego en un accidente de tránsito (*consecuencias casuales*).

Es decir, el criterio del legislador es básicamente —según nuestro parecer— el de la previsión de las consecuencias dañosas (consecuencias inmediatas), o cuando su producción depende del hecho primigenio más otros acontecimientos entrelazados de modo directo con aquél y —a su vez— previsible (consecuencias mediatas).

Hemos dicho ya cuáles son los criterios de los operadores jurídicos y, en particular, del legislador; pero, *¿qué dice la Corte?*

En primer lugar, debemos aclarar que el Tribunal sigue el criterio de la *causalidad adecuada*. Así, en el precedente "Deoca", ya mencionado, la Corte expresó que "la entrega del sable a Paredes no pareció ser la causa adecuada del homicidio, según el curso natural y ordinario de las cosas, sino que aquél fue una consecuencia remota de dicha entrega (artículo 906 del Código Civil)".

A su vez, en el antecedente "Galanti" (1987), el actor reclamó contra la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires los daños causados por "la modificación de la fisonomía del vecindario... ocurrida a raíz de la demolición de edificios expropiados", y por la existencia de terrenos baldíos. La Corte sostuvo que el deber de reparar exige dos presupuestos, esto es, "una privación o lesión al derecho de propiedad y que aquélla sea consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado".

Otro caso interesante es el precedente "Arroyo" (2006). Los hechos fueron los siguientes: el actor sufrió lesiones e incapacidad al explotar un artefacto que se encontraba dentro de un sobre postal distribuido por ENCOTEL —empresa de propiedad del Estado—. La Corte sostuvo que, por un lado, el único modo de verificar el contenido era mediante su apertura y que el Estado no pudo hacerlo porque ello es contrario a la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia; y, por el otro, el cumplimiento de los requisitos legales, esto es, la mención de un remitente o declaración jurada por el impostor (remitente), no hubiese impedido la comisión del hecho delictivo. En conclusión, el Tribunal revocó la sentencia de Cámara que condenó al Estado porque según su criterio los jueces de Cámara omitieron examinar "si se configuran los recaudos para la procedencia de la responsabilidad de la demandada, es decir, la relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar... del Estado y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños al ente estatal".

Más adelante, en el caso "Mosca" (2007), la Corte señaló que "el examen de la responsabilidad requiere determinar, en primer lugar, los elementos de causalidad a nivel de autoría, es decir, si hay algún elemento que permita establecer una conexión entre el daño y el presunto autor. Al respecto, si bien puede haber una cierta imprecisión sobre el lugar exacto donde ocurrieron los hechos, no hay duda alguna de que los mismos ocurrieron en las inmediaciones del estadio, durante el partido, y de que el actor estuvo en el momento en que ocurrieron los desmanes. Ello revela una relación temporal y espacial que genera una fuerte presunción de que los hechos estuvieron vinculados".

A su vez, agregó que "además de la conexión positiva, el método de la supresión mental hipotética genera los mismos resultados, ya que no se advierte qué otra causa podría haber provocado ese daño. No hay un testigo directo que haya observado la secuencia completa de los

hechos, es decir, quién lanzó la piedra, cómo ella pasó por encima de la pared, y cómo fue a dar en la persona del actor. Pero verdaderamente esa prueba es no sólo difícil, sino casi imposible. Por otra parte, nuestro régimen causal exige la prueba del curso normal y ordinario de las cosas (Artículos 901 a 906 del Código Civil) y, por lo tanto, la regla es que, demostradas varias posibilidades, hay que estar a la más probable, si se ha demostrado claramente esa probabilidad".

En el fallo "Cohen" (2006), la Corte sostuvo que en el caso "tampoco se advierte cómo la supervisión y control hubieran podido evitar el daño... no es imaginable cómo la Provincia podría materialmente controlar a todos los conductores o pilotos... qué medidas de seguridad hubiera podido adoptar en la especie para conducir al pasajero sano y salvo a destino...". Y, finalmente, concluyó que "en tales condiciones, falta el necesario nexo causal entre la conducta estatal y el daño acaecido".

Luego, en el caso "Hisisa Argentina" (2008), la cuestión bajo debate fue si el Estado debía o no responder por la falta de control sobre la inversión y actividad de la empresa Cordonsed que supuestamente causó perjuicios al actor por competencia desleal; y, además, por el tratamiento tardío e insuficiente de la denuncia que la actora realizó oportunamente. Aquí, la Corte adujo que el Estado es responsable siempre que "se acredite la existencia de un daño actual y cierto, la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio, y la posibilidad de imputar jurídicamente ese daño al Estado... Con particular referencia a la pretensión de ser indemnizado por la falta de servicio... esta Corte ha sostenido que debe cumplirse con la carga procesal de individualizar del modo más claro y concreto posible cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular... sin que baste al efecto con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos, sin calificarlos singularmente tanto desde la perspectiva de su idoneidad como factor casual en la producción de los perjuicios, como en lo atinente a su falta de legitimidad".

En particular, sostuvo que "mientras en el planteo originario se adujo como causa de la competencia desleal... el hecho de que la firma... introdujera en Tierra del Fuego fibras provenientes del extranjero y sin proceso alguno las exportara... ante esta instancia se admite precisamente que aquélla realizó un proceso de transformación en su planta industrial..., por último, [el actor] omitió la consideración de aspectos sustanciales que fueron tratados por el *a quo*... lo hasta aquí reseñado, sumado a que la apelante nada expresó acerca de que la dilación atribuida a los órganos estatales en expedirse en forma definitiva sobre la existencia de dumping... no parece que hubiere podido ocasionar un daño a Hisisa...".

Por último, en el precedente "Reynot Blanco" (2008), el Tribunal dijo que según las circunstancias descriptas, cabe concluir que "media suficiente nexo causal entre la indebida registración y el resultado dañoso, que resulta imputable al Estado local en calidad de consecuencia mediata previsible de su accionar irregular (artículos 901 y 904 del Código Civil)".

Finalmente, cabe recordar cuáles son las razones que quiebran el nexo causal, a saber: a) el caso fortuito o fuerza mayor, b) la culpa de la víctima y c) la culpa de un tercero por quien el Estado no deba responder. En tal sentido, la Ley de Responsabilidad establece —en términos genéricos y no circunscriptos al nexo causal— que "se exime de responsabilidad al Estado en los siguientes casos: a) Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial; b) Cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder" (art. 2).

V.5. El factor de atribución

Comencemos por aclarar que existen dos factores de atribución de responsabilidad: el factor objetivo y el subjetivo.

En el primer caso —criterio objetivo—, partimos del *daño* en sí mismo (es decir, el extremo objetivo) prescindiendo de cuál es o ha sido la voluntad de las personas responsables. En efecto, dice el Codificador civil que "el factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad" y, añade, que "cuando las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva" (arts. 1722 y 1723, respectivamente).

En el otro —criterio subjetivo—, la culpa o negligencia de las personas es el factor jurídicamente relevante (es decir, cómo actuó el autor del daño en términos de previsión e intencionalidad —subjetividad—). El factor de atribución subjetivo debe expresarse por los conceptos de culpa (negligencia e imprudencia) o dolo. *En conclusión, el sujeto es responsable porque obró de modo culposo o doloso.*

En el ámbito del derecho civil es claro que el concepto básico es el criterio subjetivo ("en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa", art. 1721, del Código Civil y Comercial); sin perjuicio de los casos de responsabilidad objetiva (por ejemplo, la responsabilidad por el hecho de terceros —art. 1753—; por la intervención de cosas y de ciertas actividades riesgosas o peligrosas —art. 1757—; o por los daños en establecimientos educativos —art. 1767—).

Pues bien, ¿cuáles son las objeciones más recurrentes al factor de atribución subjetivo en el campo de la responsabilidad estatal?

Principalmente, la dificultad de imputar subjetividad en el marco de las estructuras estatales (es decir, el escollo o quizás imposibilidad de definir cuál es el agente estatal responsable). En otros términos, individualizar a la persona física responsable y probar luego su culpabilidad —aspecto subjetivo y personal—. Es decir, ¿cómo individualizar al agente?

Cierto es que a veces es simple y, otras veces, prácticamente imposible. Pensemos, qué ocurre si el Estado es responsable por accidentes causados por el mal estado de las rutas. ¿Cuál es, entonces, el agente estatal responsable? ¿Cómo individualizarlo?

La Ley de Responsabilidad establece que "la responsabilidad del Estado es objetiva" (art. 1) y ello constituye una de las principales diferencias entre el Derecho Público y Privado.

Sin embargo, el criterio originario fue el factor de atribución subjetivo, según el marco del artículo 1109 del viejo CC (es decir, el concepto de dolo o culpa de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones). Así, el Estado debía responder por las conductas culposas de sus dependientes.

Luego, se produjo un quiebre profundo por dos razones sustanciales. *Por un lado*, el reconocimiento de la teoría del órgano que rompió el esquema propio del principal/dependiente. *Por el otro*, el factor de atribución objetivo. Así, es probable que el operador se haya preguntado —luego de introducir la teoría del órgano en el mundo jurídico— qué hacer, entonces y en ese estado, con el factor de atribución subjetivo, si el agente ya no reviste el carácter de dependiente, sino de órgano estatal. En efecto, *¿es posible pensar en términos de subjetividad en el marco de los órganos estatales?*

Quizás, es plausible pensar que el título de imputación entre principal/dependiente esté vinculado de manera indisoluble con el factor de atribución subjetivo. Claro que, una vez tachada

la figura del dependiente por aplicación de la teoría del órgano, desaparece también —en principio y según ese punto de vista— la subjetividad y la falta personal de aquél.

En este contexto (objetividad), surge necesariamente el concepto de falta de servicio en oposición al concepto de falta personal de los funcionarios públicos.

Posteriormente, la Ley de Responsabilidad define la responsabilidad estatal en términos objetivos y directos (art. 1).

Cabe resaltar que el factor objetivo prescinde de las ideas de dolo y culpa —subjetividad— y parte del concepto de daño. En este punto del análisis, debemos detenernos en el estudio del concepto de lesión resarcible como fundamento dogmático de la responsabilidad estatal de corte objetivo. Es que rechazado el factor subjetivo, debemos buscar apoyo en el patrimonio y daño del damnificado.

En tal sentido explican E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ que "el fundamento de la institución... se ha desplazado desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable... a la del patrimonio de la persona lesionada... El concepto de lesión se convierte de este modo en el auténtico centro de gravedad del sistema".

En este punto de nuestro análisis cabe preguntarse si el factor objetivo proporciona soluciones, es decir, si es el marco más adecuado para resolver las cuestiones que se nos plantean o si debe ser reemplazado por otro; sin perjuicio del criterio legislativo.

Comparemos el esquema objetivo con ciertos ejemplos relevantes y comunes en el campo de la responsabilidad estatal. Pensemos en el caso de la responsabilidad estatal por *mala praxis* de los médicos en los hospitales públicos. ¿Qué ocurre en tales casos? ¿Los jueces resuelven según el criterio objetivo? Es obvio que no. Cualquier juez, y la propia Corte, responsabilizan al Estado sólo cuando el médico (agente estatal) actuó de modo negligente (es decir, con culpa o dolo).

Además, el criterio objetivo plantea otro punto débil, esto es: la impunidad de los agentes públicos porque en el marco del proceso judicial por daños y perjuicios no debe ventilarse —en principio— la conducta de los agentes, sino sólo y simplemente la responsabilidad objetiva del Estado por los daños causados. Y luego, en los hechos, el Estado no promueve el proceso de repetición contra los agentes responsables.

Creemos que la Corte comenzó recientemente a cuestionar —sin demasiado convencimiento— el criterio objetivo, cuando dijo, por ejemplo, en el precedente "Friar" (2006), que "en nuestro derecho no existe norma o construcción jurisprudencial alguna que, tal como sucede en el Reino de España, obligue a la administración pública a indemnizar todo perjuicio ocasionado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos ni, por tanto, a resarcir los perjuicios derivados de las medidas regular y razonablemente adoptadas en ejercicio del poder de policía de salubridad...".

No obstante, cierto es que en otros pronunciamientos, el Tribunal volvió a reafirmar el carácter objetivo de la responsabilidad del Estado.

Por nuestro lado, entendemos que el camino a seguir es más simple. *Así, en el campo de la responsabilidad estatal debemos completar el factor subjetivo con el objetivo.*

De todas maneras el concepto de subjetividad que apoyamos debe necesariamente matizarse en el ámbito propio del Derecho Público. Por ello, *más que insistir en el carácter objetivo de la responsabilidad estatal, debiéramos intentar construir un modelo dogmático sobre el factor de*

atribución propio y específico del Derecho Público que debiera ser subjetivo y objetivo, según el caso.

El elemento subjetivo tampoco exige en este terreno discernir cuál es el agente directamente responsable y, luego, alegar y probar su culpabilidad; como sí ocurre en el derecho civil.

Entonces, el ***criterio subjetivo debe completarse con el factor objetivo*** —según nuestro parecer— en los siguientes supuestos:

- 1) En primer lugar, cuando *el deber estatal es claro y preciso*, el factor debe ser objetivo.

Los conceptos de *mandato preciso*, *obligación de resultado* y *factor objetivo* de responsabilidad se encuentran entrelazados. Por ejemplo, el error del Estado en la expedición de los informes o certificados del Registro de la Propiedad Inmueble. En este caso, el deber estatal es claro, específico y de resultado; y, por tanto, la responsabilidad es de corte objetivo.

El deber, y particularmente sus precisiones, son importantes porque es el punto de inflexión que trasvasa el factor subjetivo por otro de contenido objetivo en el campo de la responsabilidad estatal por las conductas ilícitas.

En ciertos casos el modo de configuración de los deberes del Estado es claro y, consecuentemente, su responsabilidad por su incumplimiento es de corte objetivo.

Sin embargo, en muchos otros casos es más complejo en razón de que los deberes estatales son indefinidos o de contorno incierto, de modo que el núcleo debe integrarse por el operador jurídico, según las circunstancias del caso. En tal caso, el factor de atribución debe ser subjetivo, y analizarse cómo obró el Estado (es decir, si actuó de modo diligente o negligente). En particular, el juez debe tener en cuenta: a) la previsión del daño; b) la naturaleza de la actividad; y, por último, c) los medios estatales empleados.

- 2) En segundo lugar, cuando el Estado cause un daño por *el riesgo o vicio de las cosas* de su propiedad, el factor también debe ser objetivo.

En *conclusión*, el factor de atribución es —según nuestro criterio— el siguiente:

- 1) la Teoría General de la responsabilidad del Estado debe construirse sobre el factor subjetivo y, en ciertos casos, objetivo;
- 2) cuando el deber estatal es inespecífico, el operador debe analizar cómo obró el Estado, (esto es, si actuó de modo diligente o negligente, según las circunstancias del caso);
- 3) el concepto de subjetividad en el ámbito del Derecho Público —negligencia en el cumplimiento de los deberes a su cargo—, no exige discernir cuál es el agente directamente responsable; y, por último,
- 4) el factor objetivo procede básicamente cuando el deber estatal es claro y preciso.

Sin embargo, insistimos, el criterio del legislador es otro: la responsabilidad del Estado es objetiva (art. 1, Ley 26.944), sin más distinciones.

V.6. El caso especial de las omisiones estatales

La Ley de Responsabilidad del Estado regula por igual las acciones y las omisiones del Estado; sin embargo, sí distingue el alcance del fundamento en tales casos (art. 3, inciso d).

En efecto, en el marco de las acciones, la falta de servicio consiste simplemente en una actuación irregular (el incumplimiento de un deber de no hacer); mientras que tratándose de las omisiones (el incumplimiento de las obligaciones de hacer), la falta de servicio sólo se configura cuando el Estado incumple un deber normativo de hacer *expreso y determinado* (conforme, art. 3, inciso d).

Por tanto, si el deber estatal de hacer es genérico (indeterminado o inespecífico), o determinado pero implícito, y el Estado omite hacerlo, no debe responder. Por ejemplo, la obligación del Estado de garantizar la asistencia sanitaria.

Creemos que este criterio es desacertado, pues en tal caso (deberes genéricos y posterior incumplimiento) el Estado debiera responder siempre que —conforme el factor de atribución subjetivo— hubiese hecho un uso irregular de los medios y recursos de que dispone (es decir, debe analizarse la actuación estatal en términos de diligencia/negligencia). Así, por ejemplo, el Estado debe responder por el incumplimiento del deber general de velar por la seguridad pública, si hubiese hecho un uso irrazonable de los medios a su disposición en el caso concreto.

En efecto, el Estado está obligado a reparar cuando causase un daño en virtud del incumplimiento de sus deberes legales, conforme las reglas convencionales y constitucionales. Es más, la ley supone un retroceso respecto del criterio de la Corte. Vale recordar los precedentes "Zacarías"; "Mosca"; y "Cohen". En este último caso, el Tribunal dijo que "el Estado debe responder según *el grado de control practicable, la previsibilidad o regularidad del suceso que trata de prevenir, el número de agentes y fondos presupuestarios, y las prioridades fijas de manera reglada o discrecional para la asignación de los medios disponibles*".

Cabe añadir que la irresponsabilidad del Estado (por ejemplo, por el incumplimiento en satisfacer derechos sociales o no velar por la seguridad pública) recae fuertemente sobre los sectores más vulnerables; de modo que el cuadro legislativo contradice el marco constitucional del Estado Social de Derecho.

VI. EL CRITERIO DE LA CORTE SOBRE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL Y SU EVOLUCIÓN

VI.1. La irresponsabilidad del Estado (antes de 1933)

En sus primeros precedentes, la Corte negó la responsabilidad estatal con fundamento en el artículo 43 del viejo Código Civil; salvo los casos en que una ley especial hubiese establecido expresamente la responsabilidad del Estado.

Cabe recordar que el artículo 43 del viejo Código —antes de la reforma introducida por la ley 17.711— disponía que "*no se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños*, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas".

Por su parte, el artículo 36 del viejo Código decía que "se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, sólo producirán efecto respecto de los mandatarios".

Como ya sabemos, la ley 17.711 reformó el artículo 43, CC, cuyo texto estableció que "las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, *en ejercicio o con ocasión de sus funciones*. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos".

Así, luego de la reforma de la ley 17.711 (1968) fue posible imputar responsabilidad por los hechos ilícitos cometidos por las personas físicas con funciones de dirección o administración en el seno de las personas jurídicas. ¿En cualquier caso? No, sólo cuando aquéllas habían actuado "en ejercicio o con ocasión de sus funciones".

VI.2. La responsabilidad del Estado en términos indirectos y subjetivos (1933 a 1985)

El fallo judicial más paradigmático en el marco de este pensamiento es el precedente "Tomás Devoto" (año 1933). En este caso, un grupo de operarios dependientes del Estado Nacional provocó un incendio "a causa de chispas desprendidas de un brasero deficiente que se usaba, en terreno cubierto de pasto seco y sin las precauciones suficientes".

El Tribunal sostuvo que, por un lado, "el estrago de autos ha podido ser previsto y evitado desde que él ha ocurrido por falta de atención de los agentes del gobierno y en tanto éstos ejecutaban trabajos bajo su dependencia"; y, por el otro, "el incendio, como acto reprobado por la ley, impone al que lo ocasiona por culpa o negligencia la obligación de reparar los daños ocasionados a terceros, extendiéndose esa responsabilidad a la persona bajo cuya dependencia se encuentra el autor del daño o por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado (arts. 1109 y 1113 del Código Civil)".

El otro caso emblemático fue "Ferrocarril Oeste c. Provincia de Buenos Aires" (1938). En este precedente, el Registro de la Propiedad Inmueble expidió un certificado erróneo en virtud del cual el actor adquirió el bien de quien no era su propietario. En primer lugar, el Tribunal rechazó la aplicación del artículo 43 del Código Civil —antes de la reforma—, en los siguientes términos: "el estado provincial impone la obligación de munirse del certificado del Registro para escriturar... cuando de tal manera procede, no obra como persona del derecho privado, o como persona jurídica, sino como entidad del derecho público que ha tomado a su cargo una función y que la monopoliza, como puede ser la de Correos y Telégrafos o cualquier otra de esta naturaleza, y siendo así, la invocación del artículo 43 del código civil no es pertinente".

La Corte recurrió al concepto de principal/dependiente (*factor de imputación indirecto*), con el objeto de justificar la responsabilidad estatal. Así, "haciendo abstracción del dolo con que el falso certificado pudo haberse expedido, habría por lo menos una conducta culpable en el personal, que, en desempeño de sus funciones y obrando bajo la dependencia del Estado, ha causado el daño de que se trata, siendo así de aplicación al caso los artículos 1112 y 1113 del Código Civil".

Y, finalmente, concluyó en términos más categóricos, a saber: "estas disposiciones no son sino el corolario lógico del principio general según el cual todos los que emplean a otras personas para el manejo de un negocio o para determinada función, llevan la responsabilidad de su elección y son pasibles de los perjuicios que éstas ocasionaren a terceros en el desempeño de su función".

Detengámonos en este aspecto. ¿Por qué el principal era responsable por las conductas del dependiente? Debe decirse que el principal era responsable por la elección y control del dependiente (es decir, su responsabilidad era *in eligendo* e *in vigilando*).

Cabe recordar que el artículo 1113, CC, (principal/dependiente) decía que "la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia".

En este caso, el inconveniente más agudo fue el alcance de las causales de exención de responsabilidad del principal, y el carácter indirecto de la imputación. En efecto, el principal (Estado) podía eximirse de responsabilidad si había obrado con diligencia en el proceso de elección y vigilancia de los dependientes (agentes públicos).

A su vez, el Tribunal sostuvo que el factor de atribución en el campo de la responsabilidad estatal era el **factor subjetivo** y, en tal sentido, apoyó sus decisiones en el artículo 1109 del Código Civil (culpa).

En los precedentes ya citados, esto es, "Devoto" y "Ferrocarril Oeste" —entre otros, e incluso curiosamente en casos más recientes después de haber abandonado con énfasis el cauce subjetivo—, el Tribunal sostuvo que:

- A) "el incendio... impone al que lo ocasiona por culpa o negligencia la obligación de reparar los daños... (artículos 1109...)", y "haciendo abstracción del dolo... habría por lo menos una conducta culpable en el personal";
- B) "es posible atribuir responsabilidad al Estado por hechos u omisiones ilegítimos de sus funcionarios. Esta responsabilidad no escapa en el caso a los lineamientos de la teoría general de la responsabilidad civil, exigiendo, en consecuencia, para configurarse, un irregular cumplimiento de las obligaciones legales y la existencia de culpa en el funcionario" (caso "Odol", 1982).

VI.3. La responsabilidad del Estado en términos directos y objetivos (1985 en adelante)

El Tribunal como ya hemos dicho recorrió, en *primer lugar*, la teoría de la irresponsabilidad en los términos del *artículo 43* del viejo Código Civil.

En *segundo lugar*, abandonó estos conceptos y se recostó sobre la relación del principal (Estado) con sus dependientes (agentes públicos) en el marco del *artículo 1113* del viejo Código Civil —responsabilidad indirecta—, y con carácter subjetivo (art. 1109, CC).

Finalmente y en *tercer lugar*, el Tribunal cambió su criterio y sostuvo que el Estado es responsable de modo directo por los actos, hechos u omisiones de sus agentes; es decir, siguió la teoría del órgano —responsabilidad directa— y en términos objetivos (por aplicación del art. 1112 del antiguo Código Civil, por vía subsidiaria).

Así, en el antecedente "Vadell" —sin dudas el caso más paradigmático— los hechos fueron los siguientes: el actor demandó a la Provincia de Buenos Aires por los daños sufridos como consecuencia del error en los informes expedidos por el Registro de la Propiedad sobre el estado de dominio del inmueble.

El Tribunal resolvió que el Registro "cumplió de manera defectuosa las funciones que le son propias y que atienden, sustancialmente, a otorgar un conocimiento cabal de las condiciones de

dominio de los inmuebles. En este sentido cabe recordar... que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución. Esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del artículo 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad por 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...". En conclusión, hizo lugar a la demanda contra la Provincia de Buenos Aires.

La Corte desplazó, así, la responsabilidad estatal del marco del principal/dependiente (artículo 1113, CC) y el factor subjetivo (art. 1109, CC) y lo reemplazó por el criterio que prevé el artículo 1112 del viejo Código Civil (es decir, el deber de responder en términos directos y objetivos).

Este precepto —actualmente derogado— dice que "los hechos y omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título".

En efecto, la Corte sostuvo en el precedente "Vadell" que "ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al artículo 1113 del Código Civil al que han remitido desde antiguo, exclusiva o concurrentemente, sentencias anteriores de esta Corte en doctrina que sus actuales integrantes no comparten".

Luego, concluyó que "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 los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas".

Pues bien, el Tribunal abandonó definitivamente la relación entre el principal y el dependiente por la teoría del órgano (Estado/agentes).

El paso fue claramente significativo porque la Corte dejó el factor de imputación indirecto por otro decididamente directo. En tal sentido, el camino de imputación de las conductas ilícitas de las agentes en el propio Estado es mucho más claro, simple y directo.

El sendero recorrido por la Corte en términos de derecho positivo sobre el factor de imputación fue el siguiente: a) el artículo 43, CC, (representación); b) el artículo 1113, CC, (principal/dependiente) y, por último, c) el artículo 1112, CC, (teoría del órgano). *Es decir, pasó del criterio indirecto de imputación (a y b) al camino directo (c).*

A su vez, como ya dijimos, el Tribunal dejó el factor subjetivo y se apoyó en el factor objetivo. Pero, ¿cuál fue el fundamento normativo de la responsabilidad estatal objetiva? Según los jueces, el artículo 1112 del Código Civil. En efecto, "esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del artículo 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad por los hechos y omisiones de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones".

Asimismo, la Corte advirtió desde el principio la dificultad de definir cuál es el límite en la imputación de las conductas de los agentes en el propio Estado y, consecuentemente, comenzó a dar respuesta a través de diferentes pronunciamientos en los siguientes términos:

a) el Estado es responsable si sus "representantes han obrado dentro de sus propias funciones";

- b) el Estado es responsable si el hecho ilícito fue cometido "por el dependiente en ejecución de las tareas a su cargo, dentro de los límites y objeto aparente de las mismas";
- c) el Estado es responsable si el hecho fue cometido dentro "de los límites y objeto aparente de las mismas";
- d) el Estado es responsable si la relación entre el principal y el dependiente ha dado motivo y no sólo ocasión para la comisión del hecho.

En definitiva, el Tribunal estableció dos pautas que nos permiten definir —en principio— cuál es el límite de la imputación de las conductas de los agentes en el propio Estado, a saber,

1. cuando el hecho fue ejecutado con *motivo* del desempeño del cargo y no de modo ocasional; o
2. cuando el hecho fue realizado en el marco del *objeto* y dentro de los *límites* aparentes del cargo.

VI.4. La responsabilidad del Estado por omisión. El factor subjetivo en el pensamiento de la Corte

Cabe señalar que la Corte distinguió en los últimos tiempos entre las acciones y las omisiones en el ámbito de la responsabilidad estatal (entre otros, en el caso "Mosca").

En particular, respecto de las omisiones estatales, conviene aclarar que la más común es el incumplimiento de las normas (obligaciones del Estado) y, aquí, cabe distinguir entre los deberes estatales específicos e inespecíficos —**omisiones de hacer**— (casos "Badín" —1995—, "Zacarías" —1998—, "Vergnano" —2002—, "Mosca", "Cleland" y "Juárez", entre otros).

A su vez, el Estado puede omitir el dictado de regulaciones (**omisiones regulatorias**) y, en su caso, omitir controlar el cumplimiento de las regulaciones existentes, es decir, el incumplimiento de normas por terceros y no por el propio Estado (**omisión en el control**).

Veamos distintos precedentes de Corte.

En el caso "Badín" (1995), los hechos fueron los siguientes: en el año 1990 se produjo un incendio en la unidad penitenciaria de la localidad de Olmos, Provincia de Buenos Aires, y como consecuencia de ello murieron 35 reclusos internados en ese establecimiento carcelario.

La Corte condenó al Estado Provincial porque éste omitió el cumplimiento de sus deberes primarios y, consecuentemente, prestó el servicio penitenciario de modo irregular. Los argumentos del Tribunal pueden resumirse así:

- a) el principio constitucional establece que las cárceles tienen el propósito fundamental de seguridad, y no el castigo de las personas detenidas. Así, el Estado tiene la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva, la custodia de sus vidas, salud e integridad física y moral;
- b) el principio que prevé el artículo 1112 del Código Civil (actualmente derogado) es que el Estado debe cumplir de modo regular con las obligaciones a su cargo;

- c) respecto de las causales de exención de la responsabilidad estatal en el caso particular, el Tribunal dijo que: 1) aun admitida la participación de los internos en la producción del siniestro, ello constituiría una eventualidad previsible en el régimen propio del penal que pudo evitarse si aquél se hubiese encontrado en las condiciones apropiadas para el cumplimiento de sus fines; 2) las circunstancias del caso, entre ellas las irregularidades y los hechos de corrupción oportunamente denunciados, no encuentran justificación en las dificultades presupuestarias, la falta de infraestructura edilicia, la carencia de recursos humanos, la insuficiente formación del personal, o las excesivas poblaciones penales.

En síntesis, la Corte reconoció que el Estado no cumplió con sus obligaciones (es decir, omitió el deber de hacer). Pero, ¿en qué consisten estas obligaciones? Puntualmente, en la prestación regular del servicio (esto es, el estándar genérico que es completado, luego, con las circunstancias del caso).

Ahora bien, ¿cuál es el nivel que cabe exigirle al Estado? ¿Cuánto debe hacer el Estado? ¿De qué modo y con qué medios?

Este criterio fue desarrollado por el Tribunal, en parte y entre otros, en el precedente "Zacarías" (1998). Dijo la Corte que "la falta de servicio es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño".

Veamos otro ejemplo. En el caso "Vergnano de Rodríguez" (2002), el Sr. Rodríguez fue detenido y alojado en una celda de contraventores de una comisaría de la Provincia de Buenos Aires, con motivo de un accidente de tránsito. Luego, fue agredido y asesinado por otro detenido que estaba acusado por la comisión de un delito doloso. Los jueces consideraron que el Estado era responsable por las siguientes razones:

- a) la policía provincial violó el reglamento vigente al alojar conjuntamente a los detenidos por delitos dolosos y por contravenciones; y, además,
- b) en la comisaría existían dos pabellones —uno de contraventores y otro de detenidos—.

En tales condiciones, concluyó que "aparecen reunidos los requisitos para que se genere la responsabilidad del Estado provincial pues, como este Tribunal ha resuelto en reiteradas oportunidades, quien contrae la obligación de prestar un servicio —en el caso, de policía de seguridad— lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que cause su incumplimiento o su ejecución irregular —artículo 1112 del Código Civil—".

Más adelante, en el caso "Cohen" (2006), el Tribunal sostuvo que "la circunstancia de que las actividades privadas se hallen sujetas a regulación estatal por razones de interés general o que inclusive dependan del previo otorgamiento de un permiso, licencia o habilitación, significa que están sometidas a condiciones y estándares mínimos para que los particulares puedan desarrollarlas lícitamente, pero no releva de responsabilidad personal a quien las desarrolla ni torna al Estado en responsable de los daños que pudieran resultar del incumplimiento de los reglamentos dictados a tal efecto".

Es más, si bien la "reglamentación requiere la previa obtención de la correspondiente licencia de piloto, la utilización de cascos y paracaídas auxiliares, comunicación por radio durante el vuelo y, en particular, la contratación de un seguro de responsabilidad civil contra terceros y para los pasajeros transportados... la mera existencia de ese reglamento es insuficiente para responsabilizar al Estado provincial por el accidente".

Leamos con mayor detenimiento el siguiente párrafo: "quien alega responsabilidad del Estado por falta de servicio, debe individualizar del modo más claro y concreto posible cuál es la actividad de los órganos estatales que reputa como irregular".

En el presente caso, el actor contrató los servicios de parapente que "en vuelo y prácticamente de inmediato, se cerró una de las alas por lo que pese a las maniobras del instructor el parapente cayó en tirabuzón... sólo una hora y media después arribó una ambulancia que lo trasladó por un camino de montaña lo que agudizaba los dolores intensos que sufría".

A su vez, el actor destacó que "en el lugar no había equipo de auxilio ni helicóptero sanitario ni de pasajeros... agrega que no se pudo utilizar una aerosilla y que esas condiciones, unidas a sus lesiones, empeoraron su situación determinando su parálisis definitiva...".

Luego, el Tribunal agregó que "cuando la administración regula las actividades privadas, imponiéndoles a las personas que las llevan a cabo determinados deberes, la extensión hasta la cual ella supervisa y controla el cumplimiento de estos últimos depende, salvo disposición en contrario, de una variedad de circunstancias tales como lo son el grado de control practicable, la previsibilidad o regularidad del suceso que trata de prevenir, el número de agentes y fondos presupuestarios, y las prioridades fijas de manera reglada o discrecional para la asignación de los medios disponibles".

Así, "el deber genérico de proveer al bienestar y a la seguridad general no se traduce automáticamente en la existencia de una obligación positiva de obrar de un modo tal que evite cualquier resultado dañoso, ni la circunstancia de que éste haya tenido lugar autoriza *per se* a presumir que ha mediado una omisión culposa en materializar el deber indicado".

Los jueces no sólo analizaron la responsabilidad del Estado por el ejercicio de sus poderes de regulación y control sobre las actividades privadas de parapente, sino —además— por la supuesta omisión de auxilio al actor y por darle publicidad a ese tipo de actividades recreativas.

En este punto dijo la Corte que "la reglamentación... no contempla lo atinente al tiempo, modo, y lugar de la supervisión y auxilio... [la idea de que] la disponibilidad inmediata de ese medio de transporte hubiera evitado o disminuido las gravísimas lesiones sufridas por el actor es conjetural...". Y, finalmente, "la circunstancia de que la Provincia hubiera publicitado... ese y otro tipo de actividades... carece manifiestamente de relación de causalidad con las lesiones".

Por su parte, en la antecedente "Mosca" (2007), la Corte señaló que "resulta relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien esta Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas. Respecto del último supuesto *corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible*".

En el presente caso, el actor demandó a la Asociación del Fútbol Argentino, el Club Atlético Lanús y la Provincia de Buenos Aires por los daños causados por los simpatizantes del Club Lanús al arrojar todo tipo de objetos sobre la hinchada del equipo visitante. En ese contexto, "el actor fue alcanzado por un elemento contundente en el rostro a la altura del ojo izquierdo, lo que le provocó una importante herida que le ocasionó una progresiva disminución de su visión".

Así, "la determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar. En este sentido, el

servicio de seguridad no está legalmente definido de modo expreso y determinado, y muchos menos se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros. Consagrar una regla de este tipo es una decisión que el legislador no ha tomado, y que no registra antecedentes en el derecho comparado. Por lo demás, sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no sólo insoportablemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger. Como conclusión, no puede afirmarse, como lo pretende el actor, que exista un deber de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables".

Finalmente, la Corte sostuvo que "la mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado nacional o provincial, no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan de hechos extraños a su intervención directa". La Corte reiteró este criterio en el caso "Migaya" (2012), sin perjuicio de que aquí se trató de la responsabilidad del Estado por la conducta inadecuada y desproporcionada del personal policial.

En el antecedente "Juarez" (2007), la Cámara confirmó parcialmente la sentencia del juez de primera instancia que condenó al Estado Nacional a resarcir a los actores —el entonces senador Juárez y a su esposa— por los daños y perjuicios derivados del incendio y saqueo de dos inmuebles de su propiedad, ocurridos durante una revuelta popular. Por su parte, la Corte dejó sin efecto la sentencia apelada en tanto sostuvo que "los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se reclama en el caso constituyen consecuencia directa de delitos sujetos, en principio, a la jurisdicción provincial. Por otra parte, no existe controversia con respecto a que, al tiempo de los sucesos que dieron lugar a la causa, el senador Carlos Juárez y su esposa habían viajado a Buenos Aires y en ningún momento su seguridad personal estuvo en juego. En tales condiciones, no cabe imputar a la Policía Federal Argentina dependiente del Ministerio del Interior de la Nación, omisión alguna en el cumplimiento de sus deberes, que pudiera significar una falta de servicio... Ello es así, toda vez que el mantenimiento de la custodia sobre la vivienda particular de los actores constituía una actividad típicamente discrecional pues, según la Ley Orgánica y el decreto reglamentario citados, aquéllos no estaban obligados a vigilar el patrimonio de los demandantes dentro de la jurisdicción de la Provincia".

En el caso "Cleland" (2007), el juez LORENZETTI sostuvo que "en casos como el presente, de daños derivados de accidentes de tránsito ocurridos por colisión de animales en vías de circulación destinadas a automotores, la responsabilidad estatal únicamente puede ser aceptada si se identifica un deber jurídico de seguridad específico a cargo del Estado, cuyo cumplimiento se omite". Así, "en el caso la parte actora identificó a la ordenanza... como la norma de la cual deriva el deber de seguridad específico a cargo de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia... En efecto, mediante dicha ordenanza no sólo se estableció la prohibición de dejar animales sueltos en la vía pública, sino que también se instrumentó un procedimiento —que incluía la incautación y el traslado de los animales— para evitar los peligros que se derivaban de esa situación de riesgo".

En conclusión, "la disposición municipal exigía una concreta y específica participación y vigilancia activa por parte de la comuna sobre las vías públicas para evitar el ingreso de animales, lo cual implicó la asunción de un deber determinado, el compromiso de prestar un servicio y no una mera declaración de principios generales...".

VI.5. La responsabilidad del Estado por omisión en el cumplimiento de sus deberes de seguridad vial

En este marco, cabe distinguir entre la responsabilidad estatal en los casos en que las rutas han sido otorgadas en concesión ("Colavita" —2000—, "Ferreyra"-2006— y "Bianchi" —2006—, entre otros), o cuando éstas son explotadas directamente por el Estado. En general, la Corte no reconoció responsabilidad estatal, y sí del concesionario en los precedentes más recientes ("Bianchi").

A su vez, es posible distinguir los supuestos ventilados ante la Corte por responsabilidad estatal por el cruce de animales sueltos ("Ruiz", "Colavita", "Ferreira" y "Bianchi"); y por la falta de mantenimiento de las rutas ("Lanati" y "Bullorini").

Veamos los casos más paradigmáticos con mayor detenimiento.

En el antecedente "*Colavita*" (2000), el actor interpuso demanda contra la concesionaria Vial del Sur S.A. y la Provincia de Buenos Aires por los daños causados en el automotor de su propiedad por el accidente ocurrido cuando circulaba por la ruta nacional 2. El actor colisionó con otro vehículo al intentar esquivar un caballo echado sobre la traza de la ruta.

Los jueces resolvieron que "el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado —cuyo incumplimiento se le endilgaba— no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos puede llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa".

Y luego agregaron que "la omisión que se alega como sustento de la responsabilidad de la Provincia no puede hacerla responsable de los daños causados por un animal del que no era propietaria ni guardadora".

Por último, el Tribunal sostuvo que no puede imputársele al concesionario responsabilidad toda vez que éste no puede asumir frente al usuario mayores deberes que aquéllos que corresponden al concedente. En igual sentido, la obligación establecida en el pliego de facilitar la circulación por el camino en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios del camino sólo consiste en tareas de remodelación, conservación y explotación del corredor vial enderezadas al mantenimiento y señalización de calzadas y banquetas, y la oferta de servicios auxiliares.

En otro caso posterior, "*Ferreyra*" (2006), los antecedentes fueron los siguientes: el actor sufrió un accidente por colisión con un animal suelto, cuando circulaba por la ruta Nicolás Avellaneda. La Cámara de Apelaciones condenó a la empresa Vicov S.A., en su carácter de concesionaria del servicio vial. Por su parte, la Corte en su mayoría rechazó el recurso en los términos del artículo 280 del Código Procesal (es decir, por razones formales).

Sin embargo, el voto minoritario sostuvo que aun cuando el Estado, dentro del marco de la concesión, ejerce derechos fundamentales, la vinculación entre el concesionario y el usuario resulta comprensiva de derechos de naturaleza contractual de diversa entidad e intensidad, en tanto aquél realiza la explotación por su propia cuenta y riesgo, lo cual se corresponde con la noción de riesgo y ventura inherente a todo contrato.

A su vez, otro de los jueces —en el voto minoritario— adujo que en el presente caso el vínculo que une al que contrata o usa el servicio y el concesionario, es una relación de consumo de la cual surge un deber de seguridad de fuente constitucional, sin perjuicio de que no es posible afirmar

la existencia de una garantía de resultado. Por su parte, el supuesto particular de accidentes ocurridos en ocasión del paso de animales por rutas concesionadas no constituye un evento imprevisible, sino por el contrario, ha sido claramente previsible para el prestador del servicio.

Es importante resaltar que en el caso "Ferreyra", el actor no demandó al Estado y, consecuentemente, la Corte solo analizó el vínculo entre el usuario y el concesionario y la responsabilidad de este último.

Finalmente, en el antecedente "Bianchi" (año 2006), los actores demandaron por daños y perjuicios a la Provincia de Buenos Aires, Camino del Atlántico S.A. y a quien resulte dueño o guardián de los animales causantes del accidente que motivó el litigio.

La Corte rechazó los argumentos invocados para demandar a la Provincia porque los actores "no han identificado siquiera mínimamente cuál es ese deber de seguridad específico incumplido, señalando su objeto y fundamento normativo, definiendo su alcance y grado de exigibilidad, y explicando cómo se configuró su inobservancia".

Y continuó diciendo que "se trata, pues, de una atribución de extrema generalidad que, consiguientemente, impide establecer la existencia de responsabilidad estatal por omisión en el cumplimiento de obligaciones determinadas, único supuesto en el que, por hipótesis, podría existir tal responsabilidad especial. Cabe observar, en este sentido, que la identificación del deber infringido o la obligación determinada incumplida, pesaba sobre los reclamantes... máxime teniendo en cuenta que la situación de la Provincia demandada se distingue claramente de la del concesionario vial, desde que los usuarios de una ruta concesionada no se relacionan directamente con el Estado, sino con el prestador del servicio".

Por otro lado, la Corte entendió que la concesionaria sí era responsable, pues "en el derecho vigente a la época del evento dañoso, el vínculo era contractual, regulado por el Código Civil, ya que no cabe duda alguna que la relación entre el concesionario y el usuario es diversa a la que el primero tiene con el Estado, y que este último paga un precio o canon para el uso de la ruta y los servicios consiguientes". Luego, "existiendo una relación contractual, cabe sostener que el concesionario no asume una obligación de dar el uso y goce de una cosa, sino de prestar un servicio. Esta calificación importa que hay una obligación nuclear del contrato, constituida por la prestación encaminada al mantenimiento de la ruta en todos sus aspectos y, también, deberes colaterales con fundamento en la buena fe (art. 1198, Código Civil). Entre estos últimos existe un deber de seguridad, de origen legal e integrado en la relación contractual, que obliga al prestador a la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, en tanto resulten previsibles".

No obstante, la Corte aclaró que "la apuntada previsibilidad de los riesgos que adjetiva a la obligación de seguridad a cargo del concesionario, puede variar de un supuesto a otro, pues no todas las concesiones viales tienen las mismas características operativas, ni idénticos flujos de tránsito, extensión lineal, condiciones geográficas, grados de peligrosidad o siniestralidad conocidos y ponderados...".

Concluyó que en "el supuesto particular de accidentes ocurridos con ocasión del paso de animales por rutas concesionadas, es claramente previsible para un prestador de servicios concesionados... y que, en la mano que transitaban, estaba prevista la colocación de uno semejante [cartel que indicaba la presencia de animales sueltos]...".

VII. LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR SUS ACTIVIDADES LÍCITAS

El Estado es responsable no sólo por sus actividades ilícitas, sino también por sus actividades lícitas. Es más, la responsabilidad por conductas lícitas es propia del Derecho Público porque — como ya hemos dicho — en el Derecho Privado nadie es responsable por el ejercicio regular de sus derechos.

Recordemos que los casos más comunes sobre responsabilidad estatal por actividad legítima son, por ejemplo, los daños por expropiación (Constitución Nacional y ley 21.499); ocupación temporánea de bienes (ley 21.499); y revocación de actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (ley 19.549).

Veamos primero los precedentes de la Corte.

En el caso "Ledesma" (1989), entre otros, la Corte sostuvo que "resulta imprescindible reiterar, en primer lugar, que la Corte comparte —en su composición actual— aquella postura predominante en el derecho público nacional y extranjero que propugna el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, en tanto se encuentren reunidos para ello, naturalmente, ciertos requisitos de existencia imprescindible".

En el caso "Laplacette" (1943), el Tribunal dijo que "la responsabilidad del Estado por los daños causados... nace, en los casos como el presente, de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por los Artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional y que la forma de hacer efectiva esa garantía es necesario buscarla en los principios del derecho común, a falta de disposición legal expresa, pues de lo contrario la citada garantía constitucional sería ilusoria".

Por su parte, en el precedente "Canton" (año 1979), la Corte sostuvo que "la facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o extinción de los derechos, no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente cuando las nuevas normas causen perjuicios patrimoniales que no encuentran la condigna reparación en el sistema establecido, pues en tales casos el menoscabo económico causado origina el derecho consiguiente para obtener una indemnización". Y, luego, agregó que respecto del fundamento y el marco jurídico de la responsabilidad estatal por su actividad lícita, debemos recurrir al instituto de la expropiación y no al derecho civil.

En efecto, "la reparación debe atender, ante la falta de normas expresas sobre el punto, al modo de responder establecido en instituciones análogas (artículo 16, Código Civil), debiendo aceptarse en la especie que la expropiación es la que guarda mayor semejanza con el supuesto planteado, por el ámbito en que se desenvuelve, la finalidad que persigue y la garantía que protege". En conclusión, el Tribunal justificó —en este precedente— la responsabilidad del Estado en el artículo 17, CN.

En el precedente "Winkler" (1983), la Corte adujo que, si bien la ejecución de las obras necesarias para el cumplimiento de las funciones estatales es lícita, ello no impide el reconocimiento de la responsabilidad estatal en tanto prive del derecho de propiedad o lesione sus atributos esenciales. Agregó que si bien el ejercicio razonable por el Estado de sus poderes propios no puede, en principio, ser fuente de indemnización, el fundamento de la responsabilidad estatal dentro del Estado de Derecho es la justicia y la seguridad jurídica; así, la obligación de indemnizar es un lógico corolario de la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad, consagrada por los artículos 14 y 17, CN.

Luego, en el caso "Tejeduría Magallanes" (1989), el Tribunal sostuvo que "cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares —cuyo derecho se sacrifica por aquél interés general— esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito... la realización de las obras requeridas para el correcto cumplimiento

de las funciones estatales atinentes al poder de policía, para el resguardo de la vida, la salud, la tranquilidad y aún el bienestar de los habitantes, si bien es ciertamente lícita, no impide la responsabilidad del Estado, siempre que con aquellas obras se prive a un tercero de su propiedad o se la lesione en sus atributos esenciales".

El Tribunal modificó —en parte— su criterio al apoyarse en el artículo 16, CN, sobre la igualdad como base de las cargas públicas, además —claro— del artículo 17, CN (derecho de propiedad).

Es decir, el fundamento normativo es el propio texto constitucional; en particular, el derecho de propiedad (artículo 17, CN), la igualdad ante las cargas públicas (artículo 16, CN) y el principio de razonabilidad (artículo 28, CN).

Sin embargo, el caso judicial más paradigmático es, sin dudas, el precedente "Columbia" (1992).

Allí, el Tribunal dijo que el presupuesto de la responsabilidad estatal "consiste en que dicho actuar... haya producido una lesión a una situación jurídicamente protegida. Dicho en otros términos, la dilucidación del presente litigio pasa por resolver si puede admitirse un derecho adquirido del administrado al mantenimiento de una pauta cambiaría... la respuesta debe ser negativa... Falta, pues, uno de los elementos que componen el daño: la lesión a un interés protegido por el derecho... en ausencia de este presupuesto no puede sostenerse que se ha vulnerado un derecho jurídicamente protegido y que existe en consecuencia un daño resarcible por el Estado con fundamento en la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad y de la igualdad ante la carga pública (artículos 17 y 16 de la Constitución Nacional)".

Y, en particular, añadió que es necesaria la "verificación de un sacrificio especial en el afectado, como así también la ausencia de un deber jurídico a su cargo de soportar el daño".

De modo que es posible sostener que el Tribunal completó el criterio que desarrolló —entre otros— en el precedente "Tejeduría" con la doctrina del caso "Columbia". Luego, en los precedentes posteriores la Corte siguió este camino.

En efecto, en el caso "Revestek" (1995), el Tribunal afirmó que "corresponde recordar la vigencia de la doctrina de esta Corte en el sentido de que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones". Sin embargo, adujo que "la facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o extinción de los derechos no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran la condigna reparación en el sistema establecido, pues en tales supuestos el menoscabo económico causado origina el derecho consiguiente para obtener una indemnización como medio de restaurar la garantía constitucional vulnerada". A su vez, dijo que "el presupuesto de todo análisis sobre la aplicación al *sub lite* de la doctrina de la responsabilidad del Estado por su actuar legítimo, consiste en que dicho actuar haya producido una lesión a una situación jurídicamente protegida".

En el caso "Carucci c. Provincia de Buenos Aires" (2001), el Tribunal argumentó que "cuando la actividad lícita, [el esposo de la actora fue abatido por el agente de la policía de la Provincia cuando perseguía a unos delincuentes]... inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares —cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general— los daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad por su obrar lícito". En otras palabras "las funciones estatales atinentes al poder de policía, para el resguardo de la vida, la salud, la tranquilidad y aun el bienestar de los habitantes, si bien es ciertamente lícita, no impide la responsabilidad del Estado siempre que con aquellas obras se prive a un tercero de su propiedad".

En igual sentido y en un fallo más reciente —"Mochi" (2003)—, los jueces sostuvieron que la conducta del personal policial que en un enfrentamiento con delincuentes hirió al actor, debe encuadrarse "en el marco de su función específica, esto es, la de atender a un servicio que beneficia a la colectividad en general. Pero, al producir en el ejercicio lesión a los bienes o a la persona de alguno de sus integrantes, es de estricta justicia que la comunidad los afronte, no porque su conducta sea contraria a derecho sino porque el sujeto sobre el que recae el daño no tiene el deber jurídico de soportarlo... En este caso, acreditado que la lesión que afecta a Mochi reconoce como causa eficiente aquel accionar y que ella no proviene de una conducta propia que la origina, la no admisión de la reparación significaría un gravamen desproporcionado que excede la cuota normal de sacrificio que supone la vida en comunidad".

Es posible decir que el Tribunal incorporó como extremos peculiares, propios y específicos de la responsabilidad estatal lícita —además de los derechos de propiedad e igualdad— los siguientes: por un lado, *el daño especial* respecto de los otros y no simplemente general; y, por el otro, *la no obligación legal del damnificado de soportarlo*.

Por último, la Ley de Responsabilidad del Estado (ley 26.944) establece que "son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:

- a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal;
- c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño;
- d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño;
- e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido" (art. 4).

Creemos que —en este punto— la ley es objetable por varias razones: 1) el legislador exige un daño actual, cuando en verdad es suficiente con un daño cierto (actual o futuro) en términos de razonabilidad; 2) la relación de causalidad es directa, inmediata y exclusiva (según el texto de la ley), pero entendemos que es más razonable prever una relación de causalidad adecuada. A su vez, el carácter exclusivo, exculpa al Estado cuando interviene un tercero en el hecho dañoso o cuando cabe imputar cierta responsabilidad al damnificado; 3) por último, los requisitos de "ausencia de deber jurídico de soportar el daño" y "sacrificio especial", deberían ser reemplazados lisa y llanamente —según nuestro criterio— por la alteración de los atributos esenciales del derecho de propiedad.

VIII. EL ALCANCE DE LA INDEMNIZACIÓN. EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE

Cabe preguntarnos con el propósito de completar el presente cuadro, ¿cuál es el alcance de la reparación? En otros términos, ¿el deber de reparar del Estado comprende el daño emergente y el lucro cesante, o sólo el primero de ellos?

Antes de continuar es necesario dejar sentado que en los casos de responsabilidad estatal por actividades ilícitas el alcance de la indemnización es pleno (es decir, comprende el daño emergente y el lucro cesante).

El punto controversial entonces es el alcance de la responsabilidad estatal por las actividades lícitas.

¿Qué dijo la Corte en relación con el alcance de la responsabilidad del Estado por sus conductas lícitas? En particular en el *ámbito contractual*, el Tribunal sostuvo el criterio de la reparación plena en los precedentes "Sánchez Granel" (1984) e "IMSA" (2009). Sin embargo, este cuadro fue modificado por el decreto 1023/01 ya mencionado (éste prevé el deber de reparar sólo el daño).

En conclusión, el Estado debe reparar de modo íntegro en caso de responsabilidad por sus actividades ilícitas; y sólo debe indemnizar el daño —no así el lucro— en caso de responsabilidad contractual por conductas lícitas (decreto 1023/01) —sin perjuicio del criterio expuesto posteriormente por la Corte en el caso "IMSA" del año 2009—.

Pues bien, *¿cuáles son los argumentos en un sentido u otro, esto es, a favor o en contra del reconocimiento del lucro cesante por **responsabilidad extracontractual** del Estado?*

El criterio de reparación plena (daño y lucro) estaba apoyado —antes de la sanción de la ley 26.944— en los siguientes pilares:

1. El derecho de propiedad del cual nace —a su vez— el principio instrumental de que "todo daño debe ser reparado íntegramente".
2. El silencio de la ley y su consecuente interpretación según los principios constitucionales.
3. La imposibilidad de aplicar por vía analógica y de modo extensivo un criterio restrictivo sobre derechos —tal como ocurre con el instituto expropiador—. Igual interpretación vale en relación con las disposiciones de la Ley de Obras Públicas (ley 13.064).
4. La aplicación analógica del Derecho Civil que establece el principio de reparación integral.

Por su parte, el criterio de la reparación parcial (daño) se apoyaba en los siguientes argumentos:

1. La aplicación de la Ley de Expropiación por vía directa o analógica.
2. La aplicación analógica de la ley 13.064 y el decreto 1023/01.

¿Qué dijo la Corte? El Tribunal ha sentado postulados contradictorios. Por caso, en los antecedentes "Los Pinos" (1975), "Cantón" (1979) y "Motor Once" (1989) sostuvo un concepto restrictivo. A su vez, en otros más recientes —por ejemplo, "Juncalán" y el "Jacarandá"— tuvo un criterio amplio o llamémosle pleno.

En efecto, en el caso "Juncalán" (1989), la Corte siguió un criterio amplio, pero con matices. Aquí, en razón de los trabajos de obra realizados por la Provincia de Buenos Aires, se produjo la inundación del campo de propiedad de la actora.

¿Qué dijeron los jueces?

- a) En primer lugar, existe relación causal entre el obrar legítimo del Estado provincial y el hecho generador de los daños. Así, cuando la conducta estatal "se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares... esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad estatal por su obrar lícito".

- b) En segundo lugar, del informe pericial surge que el daño es cierto y que comprende los gastos necesarios para la recuperación productiva del suelo.
- c) En tercer lugar, no es posible aplicar la Ley de Expropiación porque esta regula una privación del derecho de propiedad mediante leyes del Congreso y, además, establece una excepción ante el principio general que no puede extenderse analógicamente.
- d) En cuarto y último lugar, debe reconocerse, consecuentemente, el lucro cesante.

Más adelante, la Corte se expidió en la antecedente "El Jacarandá" (2005). En este caso, la sociedad actora resultó adjudicataria de una licencia para la explotación de una estación de radiodifusión sonora y solicitó luego su posesión —circunstancia que nunca se llevó a cabo—. Posteriormente, el Ejecutivo dejó sin efecto la adjudicación de la emisora y ordenó fijar la reparación por el daño emergente en los términos del artículo 18 de la ley 19.549. Ante ello, la sociedad promovió demanda por la nulidad del acto que dejó sin efecto la adjudicación de la licencia.

En este fallo el Tribunal afirmó que:

- (a) "cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares —cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general—, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito";
- (b) "también ha dicho esta Corte que los jueces deben actuar con suma prudencia cuando se trata de resarcir daños causados por actos administrativos dispuestos por razones de interés general, verificando si tales daños efectivamente se han producido y son una consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado... es necesario acreditar la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue";
- (c) "la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación. En el *sub lite*, y en tanto el daño resarcible satisfaga los requisitos enunciados en el considerando precedente, no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas"; y, finalmente,
- (d) sin perjuicio de los argumentos antes expuestos, el Tribunal adujo que en el presente caso no se probó "una concreta privación a la actora de ventajas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas".

Por último, en el caso "Malma" (2014) la Corte sostuvo que:

- a) "es necesario recordar que la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización en virtud de la doctrina mencionada no comprende los daños que sean consecuencias normales de la actividad lícita desarrollada... por lo tanto, solo comprende los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales —vale decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales—, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual";
- b) "el resto de los perjuicios que la recurrente manifiesta haber sufrido en concepto de daño emergente (inversiones en publicidad, inversiones en infraestructura) constituyen riesgos propios del giro comercial, circunstancia frente a la cual cobra mayor virtualidad aquel principio según el cual en nuestro ordenamiento jurídico no existe un derecho adquirido al

mantenimiento de las leyes o reglamentaciones... [a su vez] tanto respecto de estos rubros como del pretendido lucro cesante no se encuentra acreditada la condición de especialidad...".

En síntesis, el criterio de la Corte es el siguiente: en el campo de la responsabilidad extracontractual —que es el aquí nos interesa—, el criterio más reciente es que la indemnización debe incluir el daño y el lucro, sin perjuicio de su estrictez respecto de cómo evaluar este último rubro.

Veamos cuál es el marco jurídico en el campo del Derecho Público.

- a) Los tratados internacionales incorporados en nuestro ordenamiento jurídico, por ejemplo la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 21, inciso 2, que "ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley".
- b) La Constitución Nacional en su artículo 17 dice que "la propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada".
- c) La Ley de Responsabilidad del Estado establece que respecto de la responsabilidad por actividad legítima "en ningún caso procede la reparación del lucro cesante". Y añade que "la indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas" (art. 5).

IX. LA RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDAD JUDICIAL

En general se distingue entre la responsabilidad estatal por los actos judiciales *in procedendo* e *in iudicando*. El primer caso, está apoyado en el funcionamiento defectuoso del servicio de justicia durante la sustanciación del proceso; y el segundo, ocurre cuando el fallo judicial es injusto —error judicial—.

Así por ejemplo:

- 1. *el caso del sujeto privado preventivamente de su libertad durante el proceso —prisión preventiva— y, luego, sobreseído o absuelto;*
- 2. *el sujeto condenado y privado de su libertad por error.*

IX.1. La responsabilidad in procedendo. El caso de la prisión preventiva

Veamos los antecedentes de la Corte. En el caso "Hotelera Río de la Plata" (1985), los hechos fueron los siguientes: una empresa hotelera promovió demanda contra la Provincia de Buenos Aires por los daños causados por la orden judicial presuntamente irregular que dispuso la conversión de un depósito judicial de bonos externos a pesos argentinos.

El Tribunal hizo lugar al planteo porque "es evidente la irregularidad de la orden impartida por el presidente del tribunal al banco, como así el perjuicio que para la actora deriva de ese hecho. El oficio fue librado antes de haber sido ordenado por el tribunal, y en él se incluyó una orden de conversión de moneda extranjera a moneda argentina que no había sido dispuesta ni lo fue después, y que el depositante, por tanto, nunca pudo consentir. El daño producido resulta del mero hecho de la ulterior depreciación de la moneda del país". La Corte recordó que "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución. Esa idea objetiva de falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del artículo 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad por 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".

Es decir, según el criterio del Tribunal, el Estado es responsable por los errores en el proceso judicial, con fundamento en la falta de servicio (art. 1112 del viejo Código Civil).

En el precedente "Etcheverry" (1986), el actor reclamó una indemnización con fundamento en el levantamiento —a su entender contrario a derecho— de las medidas precautorias que solicitó y obtuvo en el juicio por colación, circunstancia que permitió luego la enajenación de los bienes cuyo valor fue objeto de reclamo.

La Corte entendió, reiterando el criterio expuesto en el precedente "Hotelera Río de la Plata", que "en tales condiciones es evidente la irregularidad de esa orden judicial, que implicó el cumplimiento defectuoso de las funciones propias del magistrado y que compromete la responsabilidad estatal".

Por su parte, en el antecedente "De Gandía" (1995), la Corte debatió la responsabilidad del Estado *in procedendo* por omisión. En el caso, el actor inició demanda contra la Provincia de Buenos Aires con el objeto de obtener una indemnización por daño moral como consecuencia de haber sido detenida en virtud de una orden de secuestro que pesaba sobre el rodado que conducía y a raíz de un error judicial. El Tribunal hizo lugar al reclamo, en tanto afirmó que "es responsable la Provincia por la omisión procesal en que se incurrió, toda vez que ello implicó el cumplimiento defectuoso de funciones que le son propias".

Más recientemente, en el caso "Tortorelli" (2006), la Corte volvió a reiterar la doctrina de la falta de servicio como fundamento de la responsabilidad estatal por errores en el marco de los procesos judiciales.

Aquí, los hechos fueron los siguientes: el actor no pudo salir del país porque se informó que pesaba sobre él una interdicción, en razón de la declaración de su quiebra. Luego de varias tramitaciones, tomó conocimiento de que la quiebra había sido originariamente pedida ante un juez respecto de una persona que tenía su mismo nombre y apellido. La Corte admitió la demanda por daño moral por considerar que existió un obrar negligente del Poder Judicial.

Otro aspecto bajo discusión en este tópico —error *in procedendo*— es la **responsabilidad del Estado en los casos de resoluciones judiciales sobre prisión preventiva** respecto de personas que luego son absueltas, sobreseídas o desvinculadas del proceso por falta de mérito.

Adelantemos que la Corte no reconoce responsabilidad al Estado cuando la prisión preventiva ordenada por el juez es de carácter legítimo.

Así, en el precedente "Balda" (1995), el actor inició demanda contra el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires por los daños y perjuicios derivados de la actuación del personal

policial provincial y de la prisión preventiva dictada en sede judicial durante el proceso que finalmente concluyó con su absolución. La Corte rechazó la demanda sobre la base de los siguientes fundamentos:

- a) "cabe sentar como principio que el Estado sólo puede ser responsabilizado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto";
- b) si bien "el actor no atribuye el perjuicio a la sentencia definitiva —que le fue favorable—, sino a la prisión preventiva dictada en la etapa sumarial y confirmada por la Alzada, ya que la sentencia absolutoria pronunciada tras la sustanciación del plenario —y en función de nuevos elementos de convicción arrimados a la causa— no importó descalificar la medida cautelar adoptada en su momento respecto del procesado...";
- c) "si para obtener el resarcimiento de eventuales daños derivados de un pronunciamiento judicial firme... pudiesen otros jueces valorar nuevamente las circunstancias de la causa para determinar si hubo error en la anteriormente tramitada no se verían estos últimos exentos de la posibilidad de cometer un nuevo error";
- d) "tampoco podría responsabilizarse al Estado por su actividad lícita, pues los actos judiciales son ajenos por su naturaleza a este tipo de resarcimiento... a la vez que se asegura a las ramas legislativa y ejecutiva la gerencia discrecional del bien común, se tutelan adecuadamente los derechos de quienes sufren algún perjuicio con motivo de medidas políticas, económicas o de otro tipo, ordenadas para cumplir objetivos gubernamentales que integran su zona de reserva";
- e) "en cambio, como es notorio, dichos fundamentos no se observan en el caso de las sentencias y demás actos judiciales, que no pueden generar responsabilidad de tal índole, ya que no se trata de decisiones de naturaleza política para el cumplimiento de fines comunitarios, sino de actos que resuelven un conflicto en particular. Los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para resolver la contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares...".

En igual sentido en el caso "Andrada" (2006), la Corte sostuvo que "la indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución sino sólo cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario, mas no cuando elementos objetivos hayan llevado a los juzgadores al convencimiento —relativo, obviamente, dada la etapa del proceso en que aquél se dicta— de que medió un delito y de que existe probabilidad cierta de que el imputado sea su autor".

De todos modos, cierto es que *el Tribunal admitió la procedencia de la responsabilidad estatal en los casos en que la prisión preventiva se extendió por un plazo irrazonable.*

Por ejemplo, en el caso "Rosa, Carlos Alberto" (1999). Aquí, la Corte básicamente sostuvo que el mantenimiento de la "medida cautelar por los dos primeros años de detención constituyó el producto del ejercicio regular del servicio de justicia, toda vez que no se advierte que los magistrados penales intervinientes hayan incurrido en un manifiesto y palmario quebrantamiento de la ley aplicable". Sin embargo, en relación con el tiempo de detención posterior, el Tribunal expresó que "en razón de las particularidades que este caso presenta, es necesario examinar concretamente las circunstancias fácticas y jurídicas involucradas en este supuesto. En efecto, en reiteradas oportunidades este tribunal ha resuelto que las normas procesales referentes a la prisión preventiva y a la excarcelación vigentes en la oportunidad en que se tramitó esta causa no establecen un plazo máximo de detención, toda vez que el de dos años que surge del art. 379, inc.

6, del Código de Procedimientos en Materia Penal debe ser valorado de conformidad con las pautas restrictivas objetivas y subjetivas establecidas en forma taxativa por el art. 380 del Código citado. De ahí que sólo se podría denegar la libertad caucionada, de haber transcurrido aquel plazo, en la medida en que el juez presumiese fundadamente, de conformidad con tales pautas, que el procesado intentaría eludir la acción de la justicia ... Se trata, en definitiva, de conciliar el derecho del individuo a no sufrir persecución injusta con el interés general de no facilitar la impunidad del delincuente, pues la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de manera que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro ... Cuando ese límite es transgredido, la medida preventiva al importar un sacrificio excesivo del interés individual se transforma en una pena, y el fin de seguridad en un innecesario rigor...".

Finalmente, la Corte concluyó que "en tales condiciones, le asiste razón al recurrente en cuanto se ha configurado un supuesto de deficiente prestación del servicio de justicia al haberse prolongado una medida de coacción personal durante un período de 1 año, 6 meses y 16 días sin que los magistrados penales intervinientes hubiesen demostrado la necesidad imperiosa de su mantenimiento...".

El Tribunal recordó este criterio, expuesto en el caso "Rosa", en el precedente "Mezzadra" (2011), entre otros. Dijo, aquí, que "no corresponde responsabilizar al Estado Nacional por la actuación legítima de los órganos judiciales... pero consideró procedente el resarcimiento cuando durante el trámite de un proceso la actuación irregular de la autoridad judicial había determinado la prolongación indebida de la prisión preventiva efectiva del procesado, y ello le había producido graves daños que guardaban relación de causalidad directa e inmediata con aquella falta de servicio".

En definitiva, cabe distinguir entre los casos de responsabilidad estatal por prisión preventiva y los de la prolongación excesiva de ésta.

IX.2. La responsabilidad in iudicando

Hemos analizado en los párrafos anteriores la responsabilidad del Estado por los errores en los procesos judiciales; pero, ¿puede reconocerse **responsabilidad estatal en los casos de errores judiciales en las sentencias firmes**? ¿Cómo debe jugar, en tales casos, el principio de cosa juzgada? ¿Pueden revisarse las sentencias firmes?

Entre las decisiones judiciales, merece señalarse el fallo "Vignoni" (1988). La Corte sostuvo que "en principio cabe señalar que sólo puede responsabilizarse al Estado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto... Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley... en el *sub lite*, la sentencia del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, enmarcada en la legislación vigente en el momento en que se le dictó, constituyó un acto jurisdiccional válido y eficaz que, al pasar en autoridad de cosa juzgada, sólo pudo ser revisado mediante el procedimiento utilizado por el actor... en consecuencia, antes del dictado del fallo en el hábeas corpus sólo asistía al demandante un derecho eventual, susceptible de nacer en la medida en que la ley, como ocurrió, permitiera revisar la decisión de la autoridad militar y por ser la sentencia revisora un elemento esencial constitutivo del derecho a ser indemnizado... si faltase obsta a la procedencia del reclamo".

Por otro lado, en el ámbito civil vale recordar el caso "Román" (1994). En este precedente, la Corte argumentó que "la mera revocación o anulación de resoluciones judiciales no otorga el

derecho de solicitar indemnización pues, a dicho propósito, sólo cabe considerar como error judicial a aquel que ha sido provocado de modo irreparable por una decisión de los órganos de la administración de justicia, cuyas consecuencias perjudiciales no han logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin en el ordenamiento... Su existencia debe ser declarada por un nuevo pronunciamiento judicial —recaído en los casos en que resulta posible intentar válidamente la revisión de sentencia...— mediante el cual se determine la naturaleza y gravedad del yerro".

Pero, ¿cuáles son las vías procesales que permiten revisar las sentencias firmes por errores judiciales? Creemos que la Corte contestó, en parte, este interrogante en el antecedente "*Egües*" (1996).

El Tribunal hizo lugar a la excepción de cosa juzgada que opuso la Provincia de Buenos Aires y argumentó —con citas del precedente "*Vignoni*"— que "sólo cabe reconocer la posibilidad de responsabilizar al Estado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto... si bien el pronunciamiento de esta Corte recordado en el considerando anterior recayó en un proceso penal, nada impide hacer extensiva su doctrina al ámbito civil... no es un óbice a lo expuesto que las normas procesales y de fondo aplicables en esta materia no prevean expresamente la posibilidad de revisión que contemplan las normas penales, toda vez que el paso previo de declaración de ilegitimidad no puede ser soslayado".

Luego, el Tribunal agregó que "contrariamente a lo sostenido por el letrado actor, existen vías aptas para dicha declaración. En efecto, este tribunal ha reconocido la facultad de ejercer una acción autónoma declarativa invalidatoria de la cosa juzgada que se considera írrita, sin que sea óbice para ello la falta de un procedimiento ritual expresamente previsto, ya que esta circunstancia no puede resultar un obstáculo para que los tribunales tengan la facultad de comprobar, en un proceso de conocimiento de amplio debate y prueba, los defectos de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada que se impugnan... tampoco puede ser atendida la propuesta de que sea esta Corte, por vía de su instancia originaria y en este proceso, la que declare la existencia del error en la misma oportunidad en que reconozca su resarcimiento, pues ello es ajeno a la competencia prevista en la Constitución Nacional...". En igual sentido se expidió la Corte en el antecedente "*Cid*" (2007).

A su vez, en el caso "*González Bellini*" (2009), el actor promovió demanda con el objeto de obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por error judicial cometido en ocasión de haber sido condenado, luego de que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro declarase la nulidad de la sentencia condenatoria penal. La Corte recordó aquí que "sólo puede responsabilizarse al Estado por error judicial en la medida que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error". Y agregó que "el fallo que declaró procedente el recurso de revisión interpuesto por el actor y anuló la sentencia condenatoria se sustentó en la causal de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna" y que, por tanto, "la sola anulación o revocación de la sentencia condenatoria dictada en una causa penal, a raíz de una instancia apta como lo es el recurso de revisión, es condición necesaria pero no suficiente para responsabilizar civilmente al Estado por un acto dictado en ejercicio de su función jurisdiccional. Ello es así, pues la reparación sólo procede cuando resulta manifiesta la materialidad de la equivocación, lo que presupone un resultado erróneo, no ajustado a la ley". Por último, concluyó que es "evidente que en el *sub lite* tal recaudo es inexistente".

¿Puede el juez reconocer el reparo económico sin revisar el fallo judicial? Creemos que el criterio judicial es claro. Pues bien, no es posible reconocer el resarcimiento por los daños y perjuicios sin revocar el decisorio judicial erróneo.

IX.3. La responsabilidad por demoras en la tramitación de los procesos judiciales

En el caso "Mezzadra" (2011), se planteó la responsabilidad del Estado por la duración irrazonable del proceso penal —más de veinte años—; tiempo en el cual el actor estuvo procesado. Dijo la Corte que "no se ha puesto en tela de juicio una decisión jurisdiccional —a la cual se reputa ilegítima— sino que lo que se imputa a la demandada es un funcionamiento anormal del servicio de justicia a su cargo". Y advirtió que el planteo "no debe encuadrarse en el marco de la doctrina elaborada por esta Corte en materia de error judicial".

Luego, los jueces analizaron si la dilación fue o no razonable, según los siguientes estándares: a) la complejidad de la causa; b) el comportamiento de la defensa; y c) la conducta de las autoridades judiciales. Respecto de la *complejidad*, "no se observa que los hechos investigados fueran extraordinariamente complejos o se hallaran sujetos a pruebas difíciles o de complicada, costosa o tardía recaudación". En cuanto al *comportamiento del procesado*, "la recurrente (el Estado) no identifica en forma suficiente las razones por la que ella pueda ser calificada como dilatoria". Finalmente, en relación con la *conducta de los jueces* que intervinieron en el proceso, dijo que, por un lado, el carácter irrazonable de los plazos fue reconocido por los propios jueces y que, por el otro, "es posible apuntar algunas de las ineficiencias en la dirección del proceso". En conclusión, la Corte responsabilizó al Estado.

En igual sentido se expidió el Tribunal en los antecedentes "Poggio" (2011) y "Rizikow" (2011).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se expidió en el caso "Furlán vs. Argentina" (2012) sobre la responsabilidad del Estado Argentino por "una demora excesiva en la resolución de una acción civil contra el Estado (trece años), de cuya respuesta dependía el tratamiento médico de la presunta víctima, en su condición de niño con discapacidad" (el menor se accidentó en un inmueble de propiedad del Ejército Argentino). La sentencia condenatoria contra el Estado, dictada en su momento por el juez argentino —tras trece años de litigio—, debió ejecutarse por el sistema de consolidación de deudas (es decir que se le pagó al actor con Bonos de Consolidación y no en dinero). En suma, tras trece años de litigio, los jueces argentinos condenaron al Estado a pagarle al actor pesos 130.000, pero en razón de los honorarios y el pago con bonos, sólo cobro pesos 38.000 aproximadamente.

La Corte IDH analizó el tiempo de este proceso y, particularmente, su razonabilidad, según los siguientes elementos:

- a) la complejidad del asunto (es decir, complejidad de la prueba, pluralidad de sujetos procesales, tiempo transcurrido desde la violación, características del recurso, y el contexto en que ocurrió la violación de los derechos);
- b) la actividad procesal del interesado;
- c) la conducta de las autoridades judiciales; y
- d) la afectación de la situación jurídica del actor.

La Corte IDH interpretó que el asunto no fue complejo y que la actividad del interesado no fue dilatoria. Respecto de la conducta de las autoridades judiciales, sostuvo que "de los argumentos presentados por el Estado no se desprenden razones concretas que justifiquen por qué un proceso civil que no debía durar más de dos años, terminó durando más de doce años". Finalmente,

concluyó que el paso del tiempo incidió de "manera relevante en la situación jurídica del individuo". En conclusión, la CIDH condenó al Estado argentino.

IX.4. El criterio legislativo

Por un lado, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas prescribe que "toda persona que haya sido *ilegalmente* detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación" (art. 9º, inc. 5) y "cuando una *sentencia condenatoria firme* haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido (art. 14, inc. 6)".

Por su parte, el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 10 reconoce el derecho a ser indemnizado en caso de ser condenado por sentencia firme mediante error judicial en los siguientes términos: "toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido *condenada* en sentencia firme por error judicial".

Por su parte, la Ley de Responsabilidad del Estado (ley 26.944) establece que "los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización" (art. 5, último párrafo).

Por su parte, el Código Procesal Penal (ley 27.063) prevé la indemnización en caso de revisión de sentencias firmes.

En efecto, "se podrá anular la sentencia remitiendo a un nuevo juicio cuando el caso lo requiera o pronunciar directamente la sentencia definitiva. Si la sentencia fuera absolutoria o declarara la extinción de la acción penal, se ordenará la libertad del imputado, la restitución de la multa pagada y de los objetos decomisados. El tribunal resolverá luego de oír a las partes, la indemnización a favor del condenado o de sus herederos, de conformidad con lo establecido en los artículos 346 y 347" (art. 322).

Así, "si a causa de la revisión del procedimiento, el condenado fuera absuelto o se le impusiera una pena menor, será indemnizado en razón del tiempo de privación de libertad o inhabilitación sufrida, o por el tiempo sufrido en exceso. El precepto regirá, análogamente, para el caso en que la revisión tuviera por objeto una medida de seguridad. La multa o su exceso será devuelta. La revisión por aplicación de una ley más benigna o amnistía, no habilitará la indemnización aquí regulada" (art. 346).

Por último, "toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial. En caso de ser obligado a reparar, el Estado repetirá contra algún otro obligado. Serán solidariamente responsables quienes hayan contribuido dolosamente o por culpa grave al error judicial. La solidaridad alcanzará total o parcialmente al denunciante o al querellante que haya falseado los hechos o litigado con temeridad" (art. 347).

I. LA LEGITIMACIÓN. LAS CATEGORÍAS CLÁSICAS. EL CRITERIO DEL LEGISLADOR.

En materia de legitimación —es decir, la capacidad o aptitud para ser parte en un trámite administrativo o judicial—, los operadores del derecho distinguieron en términos clásicos entre las ideas de: derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, como categorías distintas.

Así, el ***derecho subjetivo*** es comúnmente definido como el interés del sujeto sobre un objeto determinado, con carácter exclusivo y excluyente (esto es, el interés individual y exclusivo del titular sobre el objeto). Así, el derecho de propiedad es, entre otros, un derecho subjetivo típico y claro.

Por su parte, el ***interés legítimo*** es el interés o preferencia de corte personal y directo de un sujeto sobre un objeto determinado, pero con carácter concurrente respecto de otros sujetos. Por tanto, su exigibilidad es concurrente e inseparable del resto de los titulares. Por ejemplo, el interés de un grupo de vecinos en que el Estado construya espacios públicos.

Por último, cerrando el triángulo sobre legitimación, debemos agregar el concepto de ***interés simple*** como el interés común de todos los habitantes. Por ejemplo, el respeto por el principio de legalidad (es decir, el interés común de todos en el cumplimiento de las leyes). En igual sentido, históricamente los operadores citaron como caso típico del interés simple, la conservación o preservación del ambiente.

Pero, ¿cuál es el sentido, en términos jurídicos, de rellenar conceptualmente estas ideas? Las personas sólo pueden acceder y ser parte en el proceso judicial y defender así sus intereses si —entre otros presupuestos— son titulares de derechos subjetivos.

Por su parte, en el marco del procedimiento administrativo sólo pueden ser parte y defender sus intereses, las personas titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos. Es decir, aquí el camino de acceso es más amplio.

El cuadro, entonces, en el ***plano clásico*** es el siguiente:

1. el titular de derechos subjetivos puede recurrir en caso de lesiones sobre éstos, por vías administrativas y judiciales;
2. el titular de intereses legítimos sólo puede recurrir por vías administrativas; y, por último,
3. el titular de intereses simples no puede defender esos valores por vías administrativas ni judiciales.

La Ley de Procedimiento Administrativo ([ley 19.549](#)) dispone que los actos de alcance general pueden ser cuestionados judicialmente "cuando un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus ***derechos subjetivos***, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuere adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el artículo 10".

A su vez, la ley establece —en términos coincidentes— que el reclamo administrativo previo debe versar sobre los mismos hechos y ***derechos*** que se invoquen en la eventual demanda judicial.

Por otro lado, y ya en el marco del procedimiento administrativo, el decreto reglamentario de la ley dice expresamente que "los recursos administrativos podrán ser deducidos por quienes aleguen un derecho subjetivo o un interés legítimo".

Sin embargo, las leyes más recientes aceptan un mayor grado de legitimación. Así, por ejemplo, la Ley de Defensa del Usuario y del Consumidor ([ley 24.240](#)) reconoce legitimación procesal a: a) el consumidor o usuario; b) las asociaciones de consumidores o usuarios; c) la autoridad de aplicación nacional o local; d) el Defensor del Pueblo; y e) el Ministerio Público Fiscal.

Por otra parte, la Ley General del Ambiente dispone que "producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental...".

Otro texto normativo innovador es la ley de creación del Defensor del Pueblo de la Nación (ley 24.284, del año 1993) que reconoce legitimación al propio Defensor.

II. LA LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO JUDICIAL Y EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Hemos dicho que es necesario distinguir entre derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples.

Pues bien, en el proceso judicial solo son parte los titulares de derechos subjetivos (caso judicial), de conformidad con el art. 116, CN, y la ley 27 —y según ha sido interpretado por la Corte—. A su vez, en el procedimiento administrativo son parte los titulares de derechos subjetivos y de intereses legítimos (LPA).

A su vez, tal como veremos más adelante, debe agregarse el concepto de *derechos colectivos* en el proceso judicial —artículo 43, CN—. Por nuestro lado, entendemos que la ampliación de la legitimación (esto es, derechos colectivos) *debe extenderse también al procedimiento administrativo* por mandato constitucional.

III. EL CRITERIO JUDICIAL

La Corte dijo tradicionalmente que los jueces sólo pueden ejercer sus poderes jurisdiccionales en el marco de un "caso".

El fundamento normativo es el artículo 116, CN, —antes artículo 110, CN— que dice que el Poder Judicial debe intervenir en "el conocimiento y decisión de todas las *causas*...". Por su parte, el artículo 2 de la ley 27, sobre naturaleza y funciones generales del Poder Judicial, dispone que "los jueces nacionales de sección conocerán en primera instancia en las *causas*...".

A partir de este cuadro normativo, la Corte delineó —desde sus orígenes— el concepto de caso judicial como presupuesto básico de habilitación del poder e intervención de los magistrados. Los jueces, entonces, según su propia jurisprudencia reiterada y concordante, entienden que sólo existe *caso judicial*, y consecuentemente proceso, cuando estén presentes los siguientes elementos de orden público, a saber:

- 1) el derecho subjetivo, entendido como un interés exclusivo, concreto, inmediato y sustancial;

- 2) el acto u omisión lesiva;
- 3) el daño o perjuicio diferenciado; y, por último,
- 4) el nexo causal entre las conductas y el daño.

Además, el pronunciamiento judicial debe ser concreto y no simplemente abstracto.

Otro criterio delineado por los jueces es que las sentencias tienen efectos sólo entre las partes. Es decir, el *alcance relativo* de las decisiones judiciales.

IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

El actual artículo 43, CN, es claramente innovador en tanto dispone, *por un lado*, que la acción de amparo procede "contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general".

Por el otro, las personas legitimadas son: el afectado, el Defensor del Pueblo, y las asociaciones que propenden a esos fines registradas conforme a la ley.

Los aspectos controvertidos que plantea este precepto son —básicamente— los siguientes, a saber: a) cuáles son los derechos colectivos (en particular, qué debe entenderse por derechos de incidencia colectiva en general); b) cuáles son los sujetos afectados (es decir, cuál es el alcance de este concepto); y c) los efectos de las sentencias (esto es, si las sentencias tienen efectos absolutos en razón del carácter colectivo o plural de los procesos).

Por ejemplo, cabe preguntarse: ¿los derechos de los usuarios y consumidores, la salud, la educación, la vivienda y el derecho de propiedad son o no bienes colectivos? Es más, ¿el proceso colectivo comprende, además de los derechos colectivos en sí mismos, derechos individuales? En otros términos: ¿cuáles son los derechos individuales comprendidos en los procesos colectivos?

Finalmente, se plantean otras cuestiones procesales, sin perjuicio de la legitimación y los efectos de las sentencias, a saber: el modo de citación de los titulares (edictos, cédulas u otros medios) y las costas (es decir, cómo el juez debe distribuir los gastos del juicio).

V. EL CRITERIO DE LA CORTE: EL CASO "HALABI" Y LOS FALLOS POSTERIORES

V.1. El caso "Halabi"

En este precedente del año 2009, la Corte modificó el criterio clásico que mencionamos en los párrafos anteriores y distinguió entre las siguientes categorías en términos de legitimación y de conformidad con el nuevo texto constitucional (art. 43):

- a) **El derecho subjetivo**, esto es, el interés del titular sobre bienes jurídicos individuales. Es más, en caso de pluralidad de personas —titulares de derechos subjetivos— se trata simplemente de obligaciones individuales con pluralidad de sujetos. Es decir, derechos divisibles, no homogéneos, y con búsqueda de reparaciones de daños esencialmente individuales —primer párrafo del artículo 43, CN—;

- b) **El derecho de incidencia colectiva que tiene por objeto bienes colectivos.** Aquí, el objeto es indivisible, pertenece a todos y no admite exclusiones. Por un lado, existe pluralidad de sujetos y, por el otro, bienes colectivos (ambiente). "Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno".

Además, "la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera... [así] cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la *causa petendi*, pero no hay beneficio directo para el individuo..." —segundo párrafo del artículo 43, CN—;

El Tribunal concluyó que "la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza del titular".

- c) **El derecho de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos.** "Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho único o continuado, que provoca la lesión de todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea". Así, "la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño".

En este caso, deben estar presentes los siguientes presupuestos (esto es, en qué supuestos los derechos individuales se transforman en derechos colectivos):

- 1) la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales;
- 2) la pretensión debe concentrarse en los efectos comunes, y no en lo que cada individuo puede peticionar; y, además,
- 3) el interés individual no logra justificar, en el caso y por sí solo, el inicio de acciones judiciales, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia.

A ello, debe sumarse "*aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos*". Es decir, también "procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados".

Luego, concluyó que "la pretensión deducida por el abogado Ernesto Halabi puede ser calificada como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos". En efecto, "existe un hecho único —la normativa en cuestión— que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. La pretensión está concentrada en los efectos comunes para toda la clase de sujetos afectados, con lo que se cumple el segundo requisito... [y] finalmente, hay una clara afectación del acceso a la

justicia, porque no se justifica que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados promueva una demanda".

A su vez, en relación con los *efectos de las sentencias*, la Corte dijo que "el verdadero sustento de la proyección superadora de la regla *inter partes*, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger".

V.2. Los casos posteriores a "Halabi". El contorno y alcance del criterio de la Corte respecto de los afectados y las asociaciones intermedias

El análisis de estos casos es sumamente relevante porque nos permite quizás dilucidar cómo debe interpretarse y aplicarse la doctrina de la Corte ("Halabi"). Así, el caso "Halabi" y su doctrina (al fin y al cabo la Corte realiza un desarrollo dogmático de la Teoría General de las situaciones jurídicas subjetivas) debe estudiarse no solo desde su texto sino, además, de los precedentes posteriores del Tribunal.

Caso "ADC" (2010)

Hechos relevantes: La asociación actora solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la ley 26.124 (art. 1) y de la decisión administrativa 495/06, por delegar en el Jefe de Gabinete de Ministros la potestad de modificar el presupuesto.

Decisión judicial y fundamentos: La Corte señaló que "la existencia de caso presupone la de parte, esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso... los agravios expresados la afecten de forma suficientemente directa o sustancial".

Pues bien, "la legitimación derivada de la reforma constitucional... no ha modificado la exigencia de tal requisito ya que los nuevos sujetos legitimados también deben acreditar que su reclamo tiene suficiente concreción e inmediatez y no se trata de un mero pedido en el que se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes. Asimismo, es importante recordar que la reforma constitucional no ha ampliado el universo de sujetos legitimados para la defensa de cualquier derecho, sino como medio para evitar discriminaciones y tutelar los derechos mencionados en el segundo párrafo del art. 43 del texto constitucional...".

En conclusión, "la asociación no logra desvirtuar la conclusión de la Cámara en cuanto que su demanda persigue la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes, lo que obsta a la intervención del Poder Judicial".

Caso "Cavalieri" (2012)

Hechos relevantes: Una asociación intermedia y un afiliado iniciaron esta causa con el objeto de que Swiss Medical S.A. (empresa de medicina prepaga) provea de equipos de ventilación mecánica y accesorios para el tratamiento del síndrome de apnea obstructiva severa a todos los afiliados de la demandada que padezcan la enfermedad y requieran el tratamiento respectivo.

Decisión judicial y fundamentos: La Corte reiteró el criterio expuesto en "Halabi" y, en particular, centró el análisis de este caso en el marco de los *derechos colectivos sobre bienes individuales homogéneos* (aquí una asociación intermedia reclamó por un afiliado y —a su vez— en representación de todos los afiliados). El Tribunal analizó la procedencia de los tres requisitos, a saber: a) las causas fácticas comunes, b) los efectos colectivos y no individuales, y c) el acceso a la justicia.

Concluyó que "la asociación no ha logrado identificar la existencia de ese hecho —único o complejo— que cause una lesión a una pluralidad relevante de sujetos". Así, "de las constancias de la causa y de los dichos de los actores surge que el señor Cavalieri solicitó la provisión del equipamiento ya aludido, necesario para el tratamiento de la afección que padece, y que la demandada Swiss Medical no dio respuesta a su reclamo". Pues bien, "la pretensión se encuentra focalizada exclusivamente en las particulares circunstancias del actor y no en efectos comunes". Por tanto, rechazó la legitimación de los actores.

Caso "PADEC" (2013)

Hechos relevantes: En el presente caso una asociación intermedia (PADEC) cuestionó las cláusulas contractuales ordenadas por Swiss Medical S.A., en virtud de las cuales modificó unilateralmente el valor de las cuotas mensuales de sus afiliados por el período 2002 y 2004, con apoyo en los arts. 42 y 43, CN. El debate se centró sustancialmente en la legitimación de la actora.

Decisión judicial y fundamentos: La Corte dijo que el primer aspecto a analizar es la naturaleza jurídica del derecho controvertido, los sujetos habilitados, y los efectos de la resolución a dictarse. Luego, recordó las tres categorías —de conformidad con el caso "Halabi"— a saber: derechos individuales; derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos; y derechos de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos.

Respecto de la tercera categoría, recordó que se trata de la afectación de derechos individuales (no puede haber un bien colectivo involucrado), y deben estar presentes las siguientes condiciones: a) un hecho único o continuado —causa fáctica homogénea—, más allá del daño individual; b) una pretensión enfocada al aspecto colectivo; y c) la no justificación de planteos judiciales individuales. A su vez, "también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados".

Por un lado, según el criterio del Tribunal, "el derecho cuya protección procura la actora en el *sub examine* es de incidencia colectiva, referente a intereses individuales homogéneos". Asimismo, la asociación actora "tiene entre sus propósitos la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios".

Y, por el otro, "la Ley de Defensa del Consumidor admite la posibilidad de que por vía de una acción colectiva puedan introducirse planteos como el que en autos se formula... sólo de esta forma puede explicarse que el legislador, al regular las acciones de incidencia colectiva, haya expresamente contemplado un procedimiento para hacer efectivas las sentencias que condenen al pago o restitución de sumas de dinero".

En conclusión, "el tribunal de origen deberá encuadrar el trámite de la presente en los términos del [art. 54](#) de la [ley 24.240](#)".

Caso "Roquel" (2013)

Hechos relevantes: El actor planteó la inconstitucionalidad del decreto 1277/12 del Poder Ejecutivo por el cual se aprobó la reglamentación de la ley 26.741 (Yacimientos Petrolíferos Fiscales) toda vez que, según su criterio, lesiona los derechos de las Provincias.

Decisión judicial y fundamentos: La Corte sostuvo que la invocación de "ciudadanos..., usuarios, consumidores y beneficiarios..., respecto del uso de la riqueza petrolera y su renta" sin la demostración de un perjuicio concreto, es insuficiente para sostener la legitimación a los fines de impugnar la constitucionalidad de una norma. En efecto, cabe poner de manifiesto que el de ciudadano es un concepto de notable generalidad y su comprobación, en la mayoría de los casos, no basta para demostrar la existencia de un interés especial o directo, inmediato, concreto o sustancial que permita tener por configurado un caso contencioso".

En efecto, "la parte debe demostrar la existencia de un interés jurídico suficiente o que los agravios expresados la afecten de manera suficientemente directa o sustancial, que posean suficiente concreción e inmediatez para poder procurar dicho proceso a la luz de las pautas establecidas en los artículos 41 a 43 de la Constitución Nacional".

En conclusión, "admitir la legitimación en un grado que la identifique con el generalizado interés de todos los ciudadanos en ejercicio de los poderes de gobierno... deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares".

Caso "Unión de Usuarios y Consumidores c. Telefónica Comunicaciones Personales S.A." (2014)

Hechos relevantes: La actora (asociación de consumidores) inició acción de amparo con el objeto de reclamar el reintegro de las sumas percibidas por la empresa prestadora del servicio de comunicaciones a sus usuarios por conceptos supuestamente ilegítimos (Tasa de Control, Fiscalización y Verificación, y Aporte al fondo fiduciario del servicio universal). La Cámara de Apelaciones consideró que la asociación no se encontraba legitimada para deducir una acción colectiva pues las personas autorizadas por el art. 43, CN, deben propender a la protección de los derechos de incidencia colectiva, pero no a los derechos subjetivos, individuales o exclusivos de los usuarios o consumidores.

Decisión judicial y fundamentos: La Corte advirtió, en primer lugar, que este planteo es sustancialmente análogo al caso "PADEC". En segundo lugar, afirmó que "el derecho cuya protección procura la actora en el *sub examine* es de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, y se encuentran cumplidos los recaudos para hacer viable una acción colectiva en los términos de la doctrina sentada por esta Corte en el precedente Halabi".

En particular, afirmó que: a) "existe un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos: la imposición por parte de Telefónica... de la Tasa... a sus usuarios"; b) "la pretensión de la actora está concentrada en los efectos comunes para toda la clase de los sujetos afectados, en tanto la conducta cuestionada afectaría por igual a todos los usuarios del servicio de telefonía móvil prestado por la demandada"; c) "no aparece justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda".

A su vez, "el reclamo deducido en autos se enmarca dentro del objeto estatutario de la asociación actora".

En conclusión, el Tribunal declaró procedente el recurso extraordinario y dejó así sin efecto el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones.

Caso "Universidad Nacional de Río Cuarto" (2014)

Hechos relevantes: La Universidad Nacional de Río Cuarto inició una acción declarativa de certeza a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley provincial que aprobó "el ordenamiento territorial de bosques nativos" y, en particular, el desarrollo de actividades mineras.

Decisión judicial y fundamentos: La Corte reiteró que "de la ampliación de los sujetos legitimados por la reforma constitucional de 1994, no se sigue una automática aptitud para demandar... en atención a que no ha sido objeto de reforma la exigencia de que el Poder Judicial intervenga en el conocimiento y decisión de causas...". Asimismo, "como principio... la existencia de legitimación procesal... está dada por la titularidad, activa o pasiva, de la relación jurídica sustancial controvertida en el pleito". Sin embargo, el ordenamiento jurídico contempla casos de "legitimación anómala o extraordinaria que se caracterizan por la circunstancia de que resultan habilitadas para intervenir en el proceso, como partes legitimadas, personas ajenas a la relación jurídica sustancial".

Luego, sostuvo que "la pretensión de la actora no reviste las características de la acción de recomposición del ambiente dañado prevista en el art. 30 de la ley 25.675 —que otorga legitimación para interponerla al afectado, al Defensor del Pueblo, a las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, y al Estado Nacional, provincial o municipal—, sino que es de otra naturaleza pues está orientada a obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley 9814 de la Provincia". Así, "la legitimación para accionar que pretende arrogarse la Universidad actora en ejercicio de una atribución conferida por el citado artículo 30 de la ley 25.675 al Estado Nacional, excede las facultades propias de esa entidad autónoma, pues las personas públicas tienen un campo de actuación limitado por su especialidad".

Por otro lado, "no puede considerarse que la demandante revista la condición de afectado en los términos de los arts. 43 de la Constitución Nacional y 30 de la Ley General del Ambiente, en la medida en que no ha justificado un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos". Finalmente, añadió que "la Universidad Nacional de Río Cuarto no puede asumir la gestión de los asuntos ambientales sin invadir las esferas de competencia institucional propias del órgano integrante del Estado nacional con competencia específica en la materia".

En conclusión, la Corte declaró la falta de legitimación activa de la Universidad.

Caso "Consumidores Financieros Asociación Civil c. La Meridional" (2014)

Hechos relevantes: La asociación actora inició acción contra la compañía de seguros con el objeto de que se ordene a esta última que cese con la práctica de cobrar a sus clientes intereses sobre la cuota de la prima —que no se encontraba vencida al momento en que se producía el siniestro y que eran descontadas de la indemnización cuando ésta se abonaba—. A su vez, solicitó que se devuelvan a los clientes, las cargas financieras o intereses del monto de las cuotas de la prima canceladas antes de la fecha de pago pactada. Por último, reclamó una indemnización por daño punitivo (art. 52 bis, ley 24.240).

La Cámara de Apelaciones en lo Comercial hizo lugar a la excepción de falta de legitimación de la parte actora, pues la pretensión debe analizarse "desde la categoría de las acciones de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos y que no se encontraban configurados en el caso los elementos que, según lo establecido por la Corte en el precedente 'Halabi', permitiesen otorgar legitimación a una asociación como la actora para demandar en defensa de un universo de consumidores".

Decisión judicial y fundamentos: La Corte, en primer lugar, sostuvo que "las cuestiones traídas a conocimiento de esta Corte son sustancialmente análogas a las examinadas en la causa PADEC". En segundo lugar, "el derecho cuya protección procura la actora en el *sub examine* es de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneas, y se encuentran cumplidos los recaudos para hacer viable una acción colectiva en los términos" del precedente "Halabi" y la ley 24.240".

En particular: a) existe un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos; b) la pretensión de la actora está concentrada en los efectos comunes; c) los costos que se derivarían de la iniciación de una demanda individual resultarían muy superiores a los beneficios que produciría un eventual pronunciamiento favorable.

A su vez, "el reclamo deducido en autos se enmarca dentro del objeto estatutario". En conclusión, el Tribunal declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones.

Por otro lado, el Tribunal hizo las siguientes consideraciones:

1. el tribunal de origen debe otorgar al Ministerio Público la intervención que le corresponde en el marco de las leyes 24.946 y 24.240;
2. el tribunal de origen debe darle al proceso el trámite que prevé el art. 54, ley 24.240 y, en particular, identificar el colectivo involucrado en el caso; supervisar que la idoneidad de quien asumió la representación se mantenga a lo largo del tiempo; y arbitrar un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio;
3. el tribunal de origen también debe implementar medidas adecuadas de publicidad orientadas a evitar la superposición de procesos ("el Tribunal no puede dejar de advertir que la asociación actora ha iniciado contra diversas entidades aseguradoras otros procesos colectivos con idéntico objeto al de autos y que éstos tramitaron ante distintos tribunales del fuero comercial de la Ciudad de Buenos Aires").

Caso "Consumidores Financieros Asociación Civil c. Prudencia Cía. Argentina de Seguros" (2014)

Hechos relevantes: La asociación actora inició acción contra la compañía aseguradora con el objeto de que "se declare la nulidad de las cláusulas de los contratos de seguro automotor... en las que se establecen exclusiones de cobertura en razón del vínculo entre el damnificado directo con el asegurado, o con el conductor, con el titular registral...; b) se condene a la aseguradora a pagar una suma de dinero a los miembros del colectivo representado...que hubieren sido perjudicados por estas cláusulas en los diez años anteriores a la demanda y c) se establezca un daño punitivo".

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial señaló que la acción iniciada tiene por finalidad la reparación de un daño esencialmente personal y propio, de modo que la legitimación solo corresponde individualmente.

Decisión judicial y fundamentos: La Corte señaló, en primer lugar, que en precedentes recientes reconoció legitimación a las asociaciones intermedias en defensa de derechos de incidencia colectiva patrimoniales referentes a intereses individuales homogéneos ("PADEC"; "Consumidores Financieros c. La Meridional" y "Consumidores Financieros c. Banco Itaú").

En segundo lugar, recordó que las acciones colectivas requieren: a) una causa fáctica común; b) una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos del hecho; y c) la constatación de que el interés individual considerado aisladamente no justifica la promoción de una demanda. Y añadió que la acción también procede cuando "pese a tratarse de derechos de individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados".

Sin embargo, continuó el Tribunal, en el caso "no se advierte que concurra el tercero de los presupuestos mencionados pues ni las constancias obrantes en la causa ni los términos de la pretensión formulada demuestran que el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir en autos pueda verse comprometido si la cuestión no es llevada ante un tribunal de justicia por la asociación actora en el marco de una acción colectiva". En efecto, "las víctimas excluidas de la cobertura del seguro cuentan con incentivos suficientes para cuestionar de manera individual su validez".

En conclusión, "no corresponde reconocer legitimación a la asociación actora para iniciar la acción colectiva pues no se advierte que la promoción de acciones individuales respecto de la cuestión planteada resulte inviable o de muy difícil concreción". Y agregó que tampoco la naturaleza del derecho involucrado "reviste una trascendencia social que exceda el interés de las partes a quienes se refieren las cláusulas o que éstas afecten a un grupo tradicionalmente postergado o débilmente protegido".

Caso "Kersich" (2014)

Hechos relevantes: Un grupo de 25 vecinos promovió acción de amparo contra Aguas Bonaerenses S.A., con el objeto de que la empresa adecúe la calidad y potabilidad del agua de uso domiciliario, toda vez que el agua provista contiene niveles de arsénico superiores a los permitidos por la legislación vigente. A su vez, "dirigieron la reclamación contra la Provincia de Buenos Aires, en virtud de que es titular del dominio acuífero".

El juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar y "ordenó a Aguas Bonaerenses S.A. que suministrara a cada uno de los actores, en su domicilio y a las entidades educativas y asistenciales involucradas en el presente reclamo, agua potable en bidones". Luego, el magistrado aceptó la adhesión de dos mil seiscientos cuarenta y un personas, en su condiciones de nuevos actores, y extendió la medida cautelar. La Cámara de Apelaciones confirmó el pronunciamiento cautelar del juez. Posteriormente, la Suprema Corte de la Provincia desestimó los recursos interpuestos y, por tanto, dejó firme la decisión recurrida. Así las cosas, la empresa demandada interpuso el recurso extraordinario federal.

Decisión judicial y fundamentos: En primer lugar, la Corte sostuvo que "corresponde calificar en los términos de la causa "Halabi" a la acción promovida como un proceso colectivo, pues procura la tutela de un derecho de incidencia colectiva referido a uno de los componentes del bien

colectivo ambiental: el agua potable. Tal como lo resolvió el tribunal *a quo* y no se encuentra controvertido en esta instancia, el objeto de la pretensión, por su carácter, resulta insusceptible de apropiación individual".

Sin embargo, "los jueces de la causa no aplicaron las reglas del proceso colectivo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, cuyas características principales y modalidades fueron enunciadas por esta Corte Suprema en el caso "Halabi". En efecto, "esta deficiencia se patentiza cuando el juez de primera instancia, pese a calificar al presente como amparo colectivo, recurrió a las reglas procesales incompatibles con ese tipo de proceso... máxime cuando la Provincia de Buenos Aires dispone de normativa específica... que aplicada armoniosa y sistemáticamente, y de acuerdo con los principios rectores de la Ley General del Ambiente, hubiese impedido la violación palmaria del derecho de defensa en juicio de la agencia estatal demandada".

Luego, agregó que "en el caso, existe la necesidad de una tutela judicial urgente, en la medida que está en juego el derecho humano de acceso al agua potable, la salud y la vida de una gran cantidad de personas y al mismo tiempo existe una demora de la demandada en la solución definitiva de esta situación". Pero, a su vez, "asiste razón a la demandada cuando invoca la violación del derecho de defensa, no solo por la carga que se le impusiera, sino también por el cambio sorpresivo de reglas". En efecto, "los jueces provinciales no pudieron integrar, de manera intempestiva y sorpresiva, a un número exorbitante de coactores".

En conclusión, la Corte resolvió: a) dejar sin efecto la sentencia apelada; b) ordenar que el tribunal de origen dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente fallo y de modo urgente; y c) mantener la cautelar hasta tanto se cumpla con lo ordenado.

VI. LOS ASPECTOS MÁS CONTROVERTIDOS DEL NUEVO MODELO

El nuevo modelo de acceso y control judicial, a través de la reformulación del concepto de "*caso judicial*", nos plantea interrogantes difíciles de resolver.

Tengamos presente —además— que en los últimos años en nuestro país los jueces comenzaron a exigir el respeto y recomposición de los derechos sociales. Y, por otro lado, se reconoció el proceso colectivo.

Por tanto, en el contexto actual, es posible ver procesos judiciales en que se discuten derechos civiles o sociales y, además, en términos plurales o colectivos. A su vez, los jueces muchas veces condenan al Estado a hacer (por ejemplo, reconstrucción de cárceles u hospitales).

Así, el papel del juez cambió radicalmente en los últimos años, particularmente en los procesos contencioso administrativos y, por tanto, debemos repensar también el principio de división de poderes.

En este estado, nos proponemos marcar cuáles son los nudos interpretativos más difíciles de desatar en este nuevo escenario.

El **primer punto** es la definición de los sujetos legitimados respecto de los derechos colectivos (esto es, el afectado, las asociaciones intermedias y el Defensor del Pueblo —de conformidad con el texto constitucional en su art. 43—).

El **segundo punto** y, según nuestro criterio el más controvertido actualmente, es el concepto de "derecho colectivo". Dice el art. 43, CN, que esta acción puede interponerse contra: 1)

cualquier forma de discriminación; 2) ambiente; 3) competencia; 4) usuario y consumidor y 5) derechos de incidencia colectiva en general. Pero, ¿cuáles son estos derechos?

Si analizamos los fallos de Corte encontramos:

- (a) el criterio amplio en los casos "Halabi"; "Padec"; "Unión de Usuarios y Consumidores c. Telefónica"; "Consumidores Financieros Asociación Civil c. Meridional"; "Kersich", descriptos en los apartados anteriores; y
- (b) otros casos más restrictivos; por ejemplo, los precedentes "ADC"; "Cavalieri"; "Roquel"; "Universidad Nacional de Río Cuarto"; "Consumidores Financieros Asociación Civil c. Prudencia".

Este cuadro comparativo nos permite reafirmar la dificultad —en el estado actual— de establecer un criterio claro y uniforme sobre cuáles son los derechos colectivos.

El **tercer punto** es el efecto de las sentencias, esto es, el carácter absoluto de las decisiones judiciales; cuyos fallos más relevantes son "Monges", "Halabi" y "Defensor del Pueblo", en los que se reconoció claramente el efecto absoluto de las sentencias.

Por ejemplo, en el precedente "Defensor del Pueblo" (2009), se discutió el derecho de usuarios y consumidores (colocación de medidores individuales por el servicio de provisión de agua potable en los inmuebles sujetos al régimen de propiedad horizontal), y la Corte concluyó en el alcance absoluto de la sentencia. Puntualmente, apoyó su decisión en que —en caso contrario (alcance relativo)— "la participación del Defensor del Pueblo se vería limitada a acompañar al usuario que alega una afectación de sus derechos de forma directa y... [el Defensor] sólo obtendría sentencias sin mayor eficacia que meras declaraciones de carácter teórico".

En sentido contrario, debemos citar el precedente "Badaro". Aquí, se sostuvo que "en cuanto a la proyección de la presente decisión... la prestación del actor por el período reclamado se limita únicamente al caso concreto reseñado; ese es el acotado ámbito de debate". Es más, "no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el artículo 116 de la Constitución Nacional dictar un sentencia con carácter de norma general denegatoria de las disposiciones cuestionadas". Tiempo después, otro jubilado, inició acción judicial por el reajuste de sus haberes y el juez de primera instancia le reconoció una movilidad del 70%. Luego, la Cámara de Apelaciones resolvió aplicar la doctrina del caso "Badaro" y, por tanto, darle un porcentaje mayor. Sin embargo, el Estado nacional apeló ante la Corte. En este contexto, el Tribunal resolvió confirmar la sentencia del juez de primera instancia (esto es, el 70%) porque el fallo de Cámara "evidencia un claro exceso de jurisdicción".

El **cuarto punto** y quizás menos estudiado, es el principio de congruencia y el alcance material de las sentencias.

Respecto del alcance material de las sentencias, cabe recordar que en el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (Convención Americana), la Corte Interamericana (caso "Bulacio", CIDH, 2003) analizó la responsabilidad patrimonial y otras formas de reparación, a saber: la investigación y sanción de los responsables; la garantía de no repetición de los hechos lesivos; y —además— la adecuación de la normativa interna a las reglas de la Convención Americana. De modo que la decisión excede el marco de las pretensiones originarias y rompe el principio de congruencia (esto es, el paralelismo entre las demandas originarias y la decisión judicial). Citemos otros precedentes.

En "Albán Cornejo" (2007), —el Estado no inició e impulsó la investigación y el esclarecimiento de una muerte por mala praxis médica ni tampoco realizó las diligencias

tendientes a ubicar oportunamente el paradero del médico acusado y prófugo—; por tanto, la CIDH responsabilizó al Estado Ecuatoriano a indemnizar los daños causados a las víctimas. Pero, además, condenó al Estado a: a) "llevar a cabo, en un plazo razonable, una amplia difusión de los derechos de los pacientes, utilizando los medios de comunicación adecuados y tomando en cuenta la legislación existente en el Ecuador y los estándares internacionales"; y b) "realizar, en un plazo razonable, un programa para la formación y capacitación a los operadores de justicia y profesionales de la salud sobre la normativa que el Ecuador ha implementado relativa a los derechos de los pacientes".

En el caso "Furlán" (Corte IDH, 2012), la Corte IDH condenó al Estado Argentino por: a) haber excedido el plazo razonable; b) violado el derecho de propiedad; c) vulnerado el derecho a ser oído; d) la falta de participación del asesor de menores en el proceso judicial; y e) el incumplimiento de la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia y a la integridad personal. ¿En qué consistió la condena? Por un lado, el pago de las sumas ordenadas en concepto de daños y perjuicios y, a su vez, la conformación de un grupo interdisciplinario que determine las medidas de protección y asistencia al actor, con el propósito de garantizar su inclusión social, educativa, vocacional y laboral. Por el otro, "brindar la atención médica y psicológica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas a las víctimas que así lo soliciten"; y "adoptar las medidas necesarias para asegurar que al momento en que una persona es diagnosticada con graves problemas o secuelas relacionadas con discapacidad, le sea entregada a la persona o su grupo familiar una carta de derechos que resuma en forma sintética, clara y accesible los beneficios que contempla la normatividad argentina".

A su vez, en este punto es conveniente introducir un nuevo concepto, a saber, los *procesos estructurales*, que cuestionan fuertemente el principio de congruencia.

El caso estructural procede en aquellos supuestos en que fuese necesario alcanzar reformas estructurales, con el objeto de reconocer y garantizar judicialmente los derechos básicos de los sectores más vulnerables, desprotegidos o discriminados. De modo que el mandato judicial solo satisface tales derechos si el juez remueve obstáculos de carácter estructural que impiden el ejercicio y goce pleno de esos derechos, más allá de su reconocimiento circunstancial o coyuntural.

En ciertos casos, los derechos fundamentales están entrelazados de tal modo que sólo es posible reconocer los derechos objeto de reclamo judicial si, a su vez, se remueven los obstáculos respecto de otros derechos conexos o complementarios. Así, solo es posible el reconocimiento de unos si se reconocen otros derechos, es decir, de modo inescindible.

Por ejemplo, el derecho a la salud solo se garantiza debidamente si, a su vez, se reconoce el derecho de acceso al agua potable, constituyendo un núcleo inescindible. No se trata simplemente de procesos colectivos (sobre objetos colectivos o intereses individuales homogéneos), sino de procesos estructurales en los cuales debe repensarse el rol del juez y ciertos institutos procesales en razón de su objeto. Por eso, a veces, el reconocimiento de los derechos básicos de los sectores más vulnerables, sólo es posible por medio de tales procesos complejos. Entre nosotros, cabe citar los precedentes "Verbitzky" y "Mendoza", entre otros.

Por tanto, esta clase de pleitos proceden ante la omisión del Estado en satisfacer derechos económicos, sociales y culturales respecto de ciertos grupos que, en general, se encuentran en situación de mayor indefensión y vulneración social.

Finalmente, conviene aclarar que los procesos colectivos constituyen casi siempre procesos estructurales, pero no siempre es así.

VII. NUESTRO CRITERIO

El cuadro actual, tras la reforma constitucional de 1994, comprende entonces:

- a) el derecho subjetivo;
- b) el interés legítimo;
- c) el derecho de incidencia colectiva; y, por último,
- d) el interés simple.

La intromisión de un nuevo concepto —*los derechos colectivos*—, exige no sólo definirlo sino —además— redefinir las otras categorías con el propósito de dibujar un cuadro armónico e integrado sobre las situaciones jurídicas subjetivas.

Cabe señalar que el derecho colectivo, a diferencia de los derechos subjetivos (derechos individuales y sociales), nos introduce en los procesos colectivos y que, más allá de los derechos colectivos típicos (ambiente y consumidores), el derecho individual y social se constituye —en ciertos casos— como derecho colectivo.

En este camino, entendemos importante remarcar la necesidad de describir, por un lado, cuáles son los **sujetos legitimados** (es decir, aquellos reconocidos por el ordenamiento jurídico con capacidades procesales para ser parte en los procesos judiciales). Por el otro, cuál es el **objeto** (esto el contenido o sustancia del derecho colectivo). Por último, veremos cuál es el vínculo entre el sujeto y el objeto.

VII.1. El aspecto objetivo

Estudiemos el aspecto objetivo de los derechos colectivos.

(A) En primer lugar, cabe preguntarse si el derecho de incidencia colectiva es aquél que recae sobre un bien materialmente indivisible (objeto indivisible). Este es, sin dudas, un criterio plausible y —particularmente— el camino seguido por la Corte.

Así, ***ciertos operadores sostienen comúnmente que el derecho colectivo no puede recaer sobre un bien materialmente divisible***, pues —en tal caso— el interés de las personas es divisible y, consecuentemente, propio e individual.

Por el contrario, tratándose de intereses colectivos (es decir, de todos o casi todos y sin escisiones), el interés de esas pluralidades es siempre coincidente y necesariamente superpuesto. Así, el interés colectivo no puede desgranarse entre múltiples intereses individuales y propios.

Es más, en el marco de los nuevos derechos no es posible en términos jurídicos, e incluso en ciertos casos materiales, proteger unos y no otros, pues esto último —su carácter global— es condición de su reconocimiento y protección judicial.

(B) Otro criterio es que el derecho colectivo es aquel cuyo objeto puede ser divisible o indivisible, pero ***el interés de los titulares sí debe ser indivisible***, y de ahí el carácter

esencialmente colectivo; sin perjuicio de los intereses individuales subyacentes. Entendemos que la Corte sigue también este criterio en el caso "Halabi".

(C) En tercer lugar, es plausible decir que el derecho colectivo es un **bien público relevante** que consecuentemente recae sobre varias personas. Por ello, en ciertas circunstancias, los derechos individuales y sociales son derechos colectivos (por ejemplo, la salud y la educación de todos).

Creemos que los derechos colectivos definidos por el propio Convencional, tales como el ambiente, la competencia, los usuarios y los consumidores, siempre constituyen "un caso de incidencia colectiva" que es claramente distinto del "caso judicial clásico".

A su vez, los derechos colectivos comprenden, desde el punto de vista material, cualquier interés —llámese individual o social— siempre que su afectación plural resulte relevante, según los derechos comprometidos y las circunstancias del caso, desde el punto de vista institucional, social o económico.

Así, el objeto colectivo es, según nuestro criterio:

- a) cualquier bien indivisible, cuya titularidad o interés no es propio y exclusivo, sino compartido por un sinnúmero de personas de modo superpuesto (por caso, el derecho a un medio ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano), sin perjuicio de los intereses individuales concurrentes; y
- b) los bienes divisibles cuya titularidad es propia, individual o particular, pero susceptible de incidir en el terreno de los intereses colectivos o generales (derechos de incidencia colectiva en general).

VII.2. El aspecto subjetivo

Hemos dicho ya que el artículo 43, CN, reconoce legitimación al afectado, a las asociaciones intermedias y al Defensor del Pueblo.

Por un lado, el concepto de **afectado** exige, según nuestro criterio, que el actor —titular de derechos colectivos— sume su condición de titular de derechos subjetivos comprometidos en el caso bajo análisis.

Es decir, el pleito judicial planteado en términos de derechos colectivos debe ser rechazado si el actor sólo es titular de derechos subjetivos, y no acredita a su vez derechos colectivos; pero, también debe ser rechazado si el actor no acredita —más allá de los derechos colectivos—, su carácter de titular de derechos subjetivos comprometidos en el caso.

Por otro lado, las **asociaciones intermedias** deben necesariamente alegar y probar el vínculo entre el caso bajo debate y los fines y objeto que persiguen, además del derecho colectivo lesionado. Éste es el criterio que siguió la Corte, por ejemplo, en el caso "Mendoza", en donde el Tribunal cotejó la correspondencia entre el núcleo del proceso judicial y el objeto social de las asociaciones.

Finalmente, el **Defensor del Pueblo** no debe alegar ni probar derecho subjetivo alguno, sino simplemente el derecho colectivo de que se trate. A su vez, el Defensor puede intervenir, con carácter prescindente de que el particular o las asociaciones hayan reclamado.

VII.3. Los trazos del nuevo modelo

Es claro que antes de la reforma constitucional de 1994 los operadores jurídicos sólo reconocieron capacidad procesal a los titulares de derechos subjetivos, y en tanto éstos acreditasen perjuicios diferenciados.

Así, cuando el titular de un derecho subjetivo sufre un perjuicio cierto (actual o futuro), diferenciado del resto, y existe relación de causalidad —en términos directos e inmediatos— entre las conductas lesivas y el daño ocurrido, entonces, el caso es justiciable (proceso judicial).

Por su lado, el Convencional en el año 1994 amplió notoriamente el marco de las aptitudes procesales de las personas con el propósito de dar mayor acceso y protección judicial.

El dato más relevante es —por cierto— la incorporación de los derechos colectivos, cuyo titular es el afectado (es decir, el titular de derechos colectivos y subjetivos); las asociaciones intermedias; y el Defensor del Pueblo. A su vez, y en este contexto, el daño debe ser cierto —actual o futuro— y plural, pero diferenciado del perjuicio de todos.

Es decir, los términos o extremos del cuadro sobre el caso judicial colectivo y su constitución deben ser más flexibles (interés y daño).

En conclusión, este esquema es sumamente significativo en el avance del acceso y exigibilidad judicial porque los derechos colectivos no son simplemente el modo de representación de situaciones jurídicas ya existentes (derechos subjetivos), sino un nuevo concepto sobre derechos y aptitudes procesales de las personas.

CAPÍTULO 19 - EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

I. INTRODUCCIÓN

El procedimiento administrativo es el conjunto de principios y reglas que sigue el Poder Ejecutivo, por medio de actos preparatorios y actuaciones materiales, con el objeto de expresar sus decisiones.

Así, las decisiones del Estado se llevan a cabo formalmente por medio de procedimientos reglados y obligatorios impuestos por el legislador (procedimientos administrativos).

Es decir, *el procedimiento es un modo de elaboración de las decisiones estatales y constituye —a su vez— un límite al ejercicio del poder estatal.*

Así, pues, el sentido y finalidad que persigue el procedimiento administrativo comprende dos aspectos distintos y sustanciales.

Por un lado, ***garantizar los derechos de las personas*** que interactúan con el Estado porque a través del procedimiento se controvierten y hacen valer los derechos. Cabe recordar que el procedimiento administrativo se construyó con los principios propios del proceso judicial (entre otros, los postulados de contradicción y defensa de las partes).

Por el otro, el procedimiento persigue ***asegurar la legitimidad, racionalidad, acierto y eficacia de las conductas y decisiones estatales*** mediante el cumplimiento de ciertas reglas (por caso, la

intervención de las áreas técnicas competentes), de modo de obtener el resultado legítimo y, asimismo, más conveniente a los intereses del propio Estado.

Finalmente, creemos necesario recordar que el órgano competente para regular el procedimiento administrativo es el Poder Legislativo. Es decir, *el dictado de las reglas sobre el procedimiento administrativo es competencia del órgano deliberativo* en nuestro sistema institucional.

II. PROCEDIMIENTO Y PROCESO

Antes de adentrarnos en los vericuetos propios del procedimiento, es conveniente distinguir entre los conceptos de proceso y procedimiento.

Por un lado, el procedimiento nace como sucedáneo del proceso judicial en el ámbito del Poder Ejecutivo; de ahí sus *similitudes* entre los principios, reglas y estructuras.

En particular, el *procedimiento administrativo de impugnación* de las conductas estatales guarda cierta semejanza con el proceso judicial por medio del cual cuestionamos las actividades del Poder Ejecutivo, pues ambos tienen por objeto poner en tela de juicio las acciones u omisiones del Estado. Además, tanto uno como otro, dan cauce y contención a las pretensiones de las personas contra el Estado y se componen materialmente de una serie de actos concatenados, de modo ordenado y lógico, según ciertas reglas preestablecidas.

Por el otro, existen *diferencias* profundas que debemos marcar, fundamentalmente, cuál es el poder que resuelve el conflicto y —a su vez— el carácter de sus decisiones. Así, en el procedimiento administrativo el órgano que resuelve el conflicto es el propio Ejecutivo. Por su parte, en el proceso judicial el conflicto es resuelto por un tercero imparcial e independiente —el juez—. Además, la decisión judicial tiene fuerza de verdad legal (es decir, reviste carácter definitivo); sin embargo, el decisorio dictado en el marco del procedimiento administrativo no es definitivo, en el sentido de que puede ser revisado posteriormente por el juez.

III. UNA NUEVA CONCEPCIÓN SOBRE EL PROCEDIMIENTO EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Es sabido que el Derecho Constitucional evolucionó desde el Estado de Derecho al Estado Social y Democrático de Derecho y este nuevo escenario exige readecuar las herramientas formales o instrumentales; entre éstas, el procedimiento y el proceso, al nuevo marco constitucional.

Así, estos institutos han sido creados y modelados según el cuadro constitucional entonces vigente (Estado Liberal de Derecho); sin embargo, en el marco actual es necesario que éstos se construyan como instrumentos o cauces de reconocimiento y protección de los derechos sociales y los nuevos derechos. *A su vez, estos derechos nos exigen redefinir el interés público, pues exceden la simple recomposición de los intereses privados (derechos individuales), y esto sólo es posible desde la perspectiva procedimental y procesal si se lleva adelante por medio de trámites colectivos.*

Y si bien es cierto que se ha avanzado mucho respecto del reconocimiento y exigibilidad judicial de los derechos sociales, también es verdad que las sentencias judiciales —en principio— solo tienen efectos relativos; y, además, los procesos judiciales están condicionados por las circunstancias y laberintos procesales. Es decir, el mismo planteo puede prosperar en un caso y no en otro análogo (por ejemplo, por violación del principio procesal de la congruencia). Es posible advertir entonces fuertes desigualdades.

Es decir: a) el escenario anterior (Estado de Derecho) es el de los derechos individuales, por medio de procedimientos y procesos singulares; y b) el escenario constitucional actual es el de los derechos sociales y nuevos derechos por medio de trámites singulares y, especialmente, plurales. Es más, éstos nos permiten redefinir el interés público y no sólo los intereses individuales.

Asimismo, el cauce colectivo permite ejercer plenamente el derecho de defensa de los derechos colectivos, así como el trámite singular tradicional es propio de los derechos individuales.

En síntesis, el derecho colectivo propiamente dicho y los derechos individuales y sociales vinculados fuertemente con el interés público, exigen como correlato el trámite colectivo (procedimiento y proceso), pues sólo a través de éste es posible ejercer plenamente el derecho de defensa de tales derechos.

Pues bien, en el marco del presente análisis es necesario advertir que en el escenario jurídico actual se han incorporado nuevos instrumentos sustanciales y formales. Veamos cómo evolucionó.

(A) Por un lado, ***la exigibilidad judicial de los derechos sociales***. Si bien es cierto que desde mediados del siglo XX, el sistema jurídico incorporó los derechos sociales a través de principios generales o reglas jurídicas y por vía de Tratados o Constituciones y normas complementarias, de todos modos es recién en los últimos años, particularmente luego de la Constitución de 1994, que los jueces comenzaron a reconocer a los derechos sociales como intereses operativos y no simplemente programáticos.

Cabe recordar que la distinción clásica entre los derechos civiles/políticos y los derechos sociales se apoyó en que los primeros sólo exigen abstenciones del Estado; mientras que los segundos requieren prestaciones de contenido positivo.

(B) Por otro lado, ***el reconocimiento normativo y la exigibilidad judicial de los nuevos derechos*** (en particular, el ambiente, la defensa de la competencia, los usuarios y consumidores, y el patrimonio urbanístico).

(C) El tercer punto es la incorporación de ***procedimientos y procesos colectivos***, tal como explicamos en el capítulo anterior. Así, pues, el trámite colectivo permite introducir en el debate los derechos individuales, sociales y nuevos derechos, con alcance plural. Es decir, es posible reclamar administrativa o judicialmente no sólo derechos individuales, sociales y nuevos derechos a través de procesos individuales clásicos, sino también por medio de procesos colectivos.

Estos procedimientos y procesos colectivos o plurales pueden ubicarse en términos abstractos en un arco cuyos extremos están compuestos, *por un lado*, por las acciones de clase (simple pluralidad de intereses individuales) y, *por el otro*, por los procesos estructurales (intereses colectivos representados por cualquier titular). El primer caso es un supuesto de representación plural de intereses concordantes y, en el segundo, se debate sobre derechos individuales, sociales

y nuevos derechos con alcance plural y, además, estructural por tratarse de grupos vulnerables. Ciertamente entre ambos extremos es posible ensayar múltiples posiciones intermedias.

(D) Tal como adelantamos, otro paso en este camino de ensanchamiento del acceso y control administrativo y judicial es el de los **procesos estructurales** que procede en aquellos supuestos en que es necesario alcanzar reformas básicas, con el objeto de reconocer y garantizar los derechos fundamentales de los sectores más vulnerables, desprotegidos o discriminados. De modo que el órgano decisor debe remover los obstáculos de carácter estructural que impiden el ejercicio y goce de los derechos, más allá de su reconocimiento circunstancial o coyuntural.

En este contexto, es necesario remarcar que al reconocerse derechos sociales y nuevos derechos en términos colectivos (e, incluso, en ciertos casos estructurales), debemos recurrir a nuevos instrumentos procedimentales o, en su caso, redefinir las herramientas existentes.

Es decir, la incorporación de procedimientos plurales y participativos en donde se debaten derechos individuales —múltiples o contradictorios—, y derechos colectivos que nos permiten definir o redefinir el interés público.

IV. EL PROCEDIMIENTO GENERAL. LA LEY 19.549 Y EL DECRETO REGLAMENTARIO

La Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) regla básicamente tres cuestiones: (1) el procedimiento administrativo (principios y reglas específicas); (2) el acto administrativo; y (3) la impugnación judicial de las decisiones estatales (cuestiones procesales).

Por su parte, el decreto reglamentario de la ley ([decreto 1759/72](#)) regula el procedimiento administrativo y, en particular, el trámite de impugnación de las decisiones estatales.

Dice la LPA en su artículo 1 que las normas de procedimiento se aplicarán "ante la Administración pública nacional centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad...".

En **primer lugar**, cabe recordar que la Ley de Procedimiento —igual que el resto de las normas del Derecho Administrativo— tiene, en principio, carácter local ya que los Estados provinciales no delegaron en el Estado federal la regulación de estas materias, de modo que cada Provincia regula el procedimiento administrativo en su ámbito material y territorial.

Sin embargo, las Provincias sí delegaron el dictado de las normas administrativas federales en el Estado nacional. Es decir, tras las instituciones y normas de organización del Estado federal, subyace el poder de dictar las reglas de corte administrativo delegadas por las Provincias en el Estado nacional (entre ellas, el procedimiento administrativo federal).

¿De dónde surge —puntualmente— la potestad del Estado federal y, en particular, del Congreso de reglar el procedimiento administrativo en el ámbito federal? Creemos que de modo implícito de las facultades de regular y organizar la Administración Pública nacional. En este contexto, debe ubicarse la Ley de Procedimiento Administrativo ([ley 19.549](#)). Esta ley sólo es aplicable a los procedimientos ante el Ejecutivo nacional y sus entes descentralizados.

En **segundo lugar**, la LPA establece un criterio subjetivo ya que las normas de procedimiento se aplican sobre la Administración Pública; es decir, el Poder Ejecutivo y sus entes descentralizados (sujetos), y no según el criterio material (objetivo).

En **tercer lugar**, y tal como luego detallaremos, los procedimientos especiales prevalecen sobre el trámite general, y sólo cabe aplicar este último en caso de indeterminaciones de aquéllos. Así,

el artículo 2 de la LPA dice que "la presente ley será de aplicación supletoria en las tramitaciones administrativas cuyos regímenes especiales subsistan".

Por último y en **cuarto lugar**, debemos señalar que el decreto reglamentario de la ley establece expresamente la aplicación del Código Procesal Civil y Comercial con carácter supletorio.

V. LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

La existencia de múltiples procedimientos especiales en el ámbito del Poder Ejecutivo, trajo y trae innumerables conflictos interpretativos que perjudican claramente el derecho de las personas, y la celeridad y racionalidad de los trámites y decisiones estatales.

El procedimiento general que prevé la LPA es desplazado —en ciertos casos— por los procedimientos y trámites especiales (por ejemplo, el **procedimiento especial sumarial** por el cual el Estado investiga los hechos supuestamente irregulares cometidos por los agentes públicos en el ejercicio de sus funciones). Este procedimiento reemplaza al trámite general de la LPA y su decreto reglamentario. Otro ejemplo claro es el **trámite de las contrataciones del Estado**.

El decreto 722/96, modificado de modo parcial por el decreto 1155/97, sólo reconoce como procedimientos administrativos especiales a los siguientes:

- a) los correspondientes a la Administración Federal de Ingresos Públicos (Dirección General de Aduanas y Dirección General Impositiva);
- b) los que regulan la actividad minera;
- c) el régimen de contrataciones del sector público nacional;
- d) los procedimientos que se aplican a las fuerzas armadas, seguridad, policiales e inteligencia;
- e) los regímenes de los derechos de reunión y electoral;
- f) los procedimientos sumariales y aquéllos relacionados con la potestad correctiva de la Administración Pública Nacional;
- g) los regímenes de audiencias públicas; y
- h) los procedimientos ante los tribunales administrativos.

En todos estos casos, la ley 19.549 y el decreto 1759/72 se aplican con carácter supletorio.

Por otra parte, *el decreto 722/96 derogó todos los otros procedimientos especiales no reconocidos expresamente por él, pero mantuvo la vigencia de ciertos aspectos propios de estos trámites*, a saber: 1) el cumplimiento de los requisitos previos a la interposición del recurso administrativo de que se trate; 2) la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido; y 3) la existencia de los recursos judiciales directos.

Sin embargo, lejos de cumplirse el interés del legislador de que los procedimientos especiales desapareciesen o se adaptasen al procedimiento general creado por la LPA, cierto es que se han creado y siguen creándose más y más trámites.

Finalmente, entre los procedimientos especiales —casi innumerables— creemos importante destacar el de *acceso y participación de las personas* (es decir, el cauce de participación de las personas en las decisiones estatales o sea la democratización de las estructuras estatales). Recordemos que el Poder Ejecutivo dictó el decreto 1172/03 que prevé: a) el reglamento general de audiencias públicas para el Ejecutivo; b) el reglamento general para la publicidad de la gestión de intereses en el ámbito del Poder Ejecutivo; c) el reglamento general para la elaboración participativa de normas; y, por último, d) el reglamento general de acceso a la información pública.

Entendemos que este procedimiento especial sobre participación de las personas debe incorporarse en el marco de cualquier otro procedimiento administrativo, sin perjuicio de los matices del caso.

VI. LOS ASPECTOS DEL PROCEDIMIENTO

VI.1. Los principios

El artículo 1 de la LPA establece los principios generales del procedimiento administrativo. Veamos cada uno de ellos por separado.

VI.1.1. La impulsión e instrucción de oficio (inciso a). La caducidad del procedimiento. La verdad jurídica objetiva

El postulado de impulsión e instrucción de oficio establece que el Poder Ejecutivo debe instar el trámite por sí mismo, impulsarlo, darle curso y avanzar hasta su resolución, aún cuando la parte interesada no lo hiciese.

Entonces, el Ejecutivo debe impulsar el procedimiento, por medio de la ordenación y ejecución de las medidas que considere pertinentes, con el objeto de descubrir la verdad objetiva y concluir el trámite.

Así, el decreto reglamentario ordena que las actuaciones administrativas deben ser impulsadas por el órgano competente, sin perjuicio de que el interesado también puede instarlas (artículo 4).

Pero, más adelante, la LPA establece que "transcurridos sesenta días desde que un trámite se paralice por causa imputable al administrado, el órgano competente le notificará que, si transcurriesen otros treinta días de inactividad, se declarará de oficio la caducidad de los procedimientos, archivándose el expediente" (artículo 1, inciso e, apartado 9).

Pues bien, si la obligación de impulso recae sobre el Estado, ¿por qué, entonces, castigar a las partes por su inactividad declarando caduco el procedimiento?

En principio, el Ejecutivo —tal como explicamos en los párrafos anteriores y según el mandato legal— debe instar el trámite y, en tal caso, no procede la caducidad.

Sin embargo, cuando el Estado, en el marco de un procedimiento dado *no persigue directamente intereses colectivos*, es el particular quien debe impulsarlo y —consecuentemente— aquí sí procede el instituto de la caducidad. De todos modos, aún en tales supuestos, no cabe aplicar el instituto de la caducidad en los siguientes casos: 1) cuando se trate de trámites relativos a la seguridad social; 2) los trámites que, según el Estado, deben continuar por sus particulares circunstancias; y, por último, 3) los trámites en que esté comprometido un interés colectivo que sobrevino luego de iniciado el procedimiento (artículo 1, inciso e, apartado 9).

Finalmente, cabe aclarar que el Estado por medio del procedimiento persigue el conocimiento de la *verdad real* (es decir, la verdad objetiva o llamémosle material), y no simplemente de la verdad formal, según los planteos, argumentos, hechos o derecho alegado por las partes y volcados en el expediente administrativo.

De modo que, en el marco del procedimiento administrativo, *no se sigue el principio dispositivo* que sí debe respetarse en el proceso judicial, sino que el Ejecutivo en el desarrollo del trámite puede —por ejemplo— resolver cuestiones no planteadas por las partes, siempre y cuando se observe debidamente el derecho de defensa de las personas.

En tal sentido, el artículo 1 de la LPA, en su inciso f) apartado segundo, dispone que la Administración debe requerir y producir los informes y dictámenes que fuesen necesarios para el esclarecimiento de los hechos y el conocimiento de la verdad jurídica objetiva.

Por su parte, el decreto reglamentario establece —en sentido coincidente—, que el órgano instructor puede, mediante resolución fundada, requerir los informes y dictámenes que considere necesarios para el "establecimiento de la verdad jurídica objetiva".

VI.1.2. La celeridad, economía, sencillez y eficacia (inciso b)

El art. 1 de la LPA consagra como requisito general y básico del procedimiento administrativo la "celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites...". Sin embargo, la ley no aclara cuál es el contenido de estos conceptos jurídicos.

Por su parte, el decreto 1759/72 dice que los órganos superiores deben dirigir e impulsar las acciones de sus inferiores, a través de órdenes e instrucciones generales y particulares, con el objeto de "asegurar la celeridad, economía, sencillez y eficacia de los trámites" (artículo 2).

El principio de *celeridad* supone rapidez e inmediatez en el desarrollo y resolución de las actuaciones y, en tal sentido, las normas establecen dos herramientas. Por un lado, la incorporación de *plazos breves* respecto de las actuaciones del Estado e, incluso, *sanciones* a los agentes responsables en caso de incumplimiento de tales términos. Por el otro, la regulación del instituto del *silencio*, de modo que el vencimiento de los plazos debe interpretarse como rechazo de las pretensiones de las personas.

A su vez, el principio de *economía* significa lograr los objetivos con el menor costo posible. Estos aspectos son sumamente importantes porque plantean otras cuestiones relativamente novedosas en nuestro razonamiento jurídico. Por ejemplo, debemos analizar no sólo el principio de legalidad en el procedimiento sino, además, cómo es la *gestión estatal* en el trámite de sus actuaciones.

La *sencillez* —otro de los principios que prevé la ley— es la simplificación de los trámites. Es más, el concepto bajo estudio supone que el procedimiento debe tener tales caracteres que

cualquier sujeto pueda seguir y comprender los pasos de éste y las decisiones estatales consecuentes.

Finalmente, el postulado de la *eficacia* consiste en el logro de los objetivos propuestos. En este contexto, es necesario mencionar el proceso de incorporación del expediente administrativo en soporte informático y la firma digital. Así, sólo es posible garantizar la eficacia de los trámites estatales con la inclusión de las nuevas tecnologías y mecanismos de transparencia y publicidad de los expedientes y procedimientos administrativos.

VI.1.3. El principio del informalismo a favor del particular (inciso c)

Según este postulado, el particular está excusado de observar las *exigencias formales no esenciales*, siempre que puedan ser salvadas posteriormente.

Entonces:

- a) el principio establece que el trámite es válido, aun cuando el interesado no cumpliera con las exigencias (formas no esenciales);
- b) el principio sólo comprende la actividad del particular en el marco del procedimiento administrativo, pero no el desempeño del Estado; y, por último,
- c) estas exigencias formales no esenciales deben cumplirse posteriormente.

Pero, ¿cuáles son los recaudos *formales no esenciales*? Éstos son: la calificación errónea de los recursos administrativos; las presentaciones realizadas ante el órgano incompetente por error excusable; y los defectos formales insustanciales. Cabe agregar también los defectos que deben ser salvados por el interesado, previa intimación del órgano competente y bajo el apercibimiento del caso (por ejemplo, el incumplimiento de las obligaciones de denunciar el domicilio real o constituir el domicilio especial).

VI.1.4. El debido proceso adjetivo (inciso f). El derecho a ser oído. El patrocinio letrado. El derecho a ofrecer, producir y controlar las pruebas. El derecho a una decisión fundada. El derecho a una decisión en tiempo razonable. El derecho a recurrir las decisiones estatales. La teoría de la subsanación

La Constitución Nacional —igual que los tratados internacionales— garantiza el derecho de defensa de las personas. Este derecho, en el marco del procedimiento administrativo, es conocido como el debido proceso adjetivo previsto en el inciso f) del artículo 1 de la LPA. ¿Cuál es el contenido de este derecho, según el propio texto de la LPA? Veamos.

A) *El derecho a ser oído*. El titular de un derecho o interés debe tener la posibilidad de exponer sus pretensiones y explicar sus razones. Además, la expresión debe ser amplia y oportuna; es decir, sin restricciones y de carácter previo a las decisiones estatales.

A su vez, el particular puede hacerse asesorar y representar profesionalmente y, luego de dictado el acto respectivo, tiene el derecho de interponer los recursos correspondientes con el objeto de que se revisen las decisiones estatales por otros órganos.

El patrocinio letrado no es —en principio— obligatorio en los trámites administrativos, aún cuando estén bajo discusión los derechos de las personas. Sin embargo, según el texto normativo, si en el marco del procedimiento están debatiéndose cuestiones jurídicas y una norma expresa permite que la representación se ejerza por quienes no sean procuradores o abogados, el patrocinio letrado se vuelve obligatorio.

Finalmente, cabe agregar que el derecho a ser oído sólo puede ejercerse plenamente si es completado con el derecho instrumental de conocer las actuaciones y las resoluciones que puedan afectar los derechos.

La Corte IDH en el caso "Baena" (2003) afirmó que "si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula Garantías Judiciales, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instituciones procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionador o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal".

Y, a su vez, en el precedente "Barbani Duarte" (2011), la Corte IDH aseveró que "el alcance del derecho a ser oído... implica, por un lado, un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba). Por otro parte, ese derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido".

B) El derecho a ofrecer y producir prueba, y controlar la prueba producida. El particular puede ofrecer todos aquellos medios probatorios de que intente valerse y el Estado, en su condición de instructor del procedimiento, debe resolver sobre la procedencia o no de tales medios. A su vez, el rechazo de los medios probatorios por el instructor debe ser justificado

Este derecho también comprende el control de la prueba producida, trátase de los medios propuestos por las partes u ordenados de oficio por el Estado.

La Corte en nuestro país sostuvo en el caso "Machado" (2011), que "la Cámara no ponderó adecuadamente el argumento planteado por el apelante relativo a la inexistencia de la audiencia de vista de causa, que resulta conducente para la solución del litigio. En efecto, los miembros del Tribunal de Disciplina en el momento de imponer la sanción al letrado manifestaron... que hemos escuchado la cinta magnetofónica de la audiencia... Sin embargo, de las constancias de la causa surge que la mencionada audiencia no se celebró y así incluso lo reconoció el Colegio Público... Tal circunstancia configura un vicio que podría afectar la validez de la sanción impuesta por el Tribunal de Disciplina, toda vez que ésta se basa en un antecedente de hecho que no existió en la realidad, lo cual implica falsa causa... y una lesión a la garantía del debido proceso adjetivo, así como también al derecho de defensa en juicio, que eventualmente provocaría la nulidad del acto en cuestión".

C) El derecho a una decisión fundada. Una decisión fundada exige que el Estado resuelva los principales planteos del interesado, previo análisis de sus argumentos —consintiéndolos o refutándolos— y, a su vez, explicité cuál es su decisión y por qué decide de ese modo.

A su vez, las personas sólo pueden razonablemente impugnar las decisiones estatales si conocen cuáles son los fundamentos de éstas.

Por su parte, la CIDH sostuvo en el antecedente "López Mendoza", con cita del caso "Baena" que "todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana".

D) El derecho a una decisión en un tiempo razonable y oportuno. Las personas tienen derecho a una decisión en tiempo oportuno, es decir, el Estado no sólo debe decidir y explicar cuáles son las razones de sus decisiones, sino que debe hacerlo en plazos razonables.

Nuestra Corte, en el caso "Losicer" (2012), dijo que "el derecho a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones previas resulta ser un corolario del derecho de defensa en juicio... En el mismo orden de ideas se sostuvo que las garantías que aseguran a todos los habitantes de la Nación la presunción de su inocencia y la inviolabilidad de su defensa en juicio y debido proceso legal... se integran por una rápida y eficaz decisión judicial". Y, asimismo, agregó que el carácter administrativo del procedimiento sumarial no puede erigirse en un óbice "para la aplicación de los principios reseñados, pues en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8 de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial... sino que debe ser respetada por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales". Más puntualmente, sostuvo que "el plazo razonable de duración del proceso al que se alude en el inciso 1, del art. 8, constituye, entonces, una garantía exigible en toda clase de proceso, difiriéndose a los jueces la casuística determinación de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión. Para ello, ante la ausencia de pautas temporales indicativas de esta duración razonable, tanto la Corte Interamericana —cuya jurisprudencia puede servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales... han expuesto... ciertas pautas... a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales y d) el análisis global del procedimiento". En este caso, el procedimiento sumarial se extendió "hasta casi veinte años después de ocurridos los hechos" y, por tanto, concluyó que "el trámite sumarial ha tenido una duración irrazonable".

Por su parte, la Cámara Federal en el fallo plenario "Navarrine" (2012) debatió el alcance del artículo 42 de la ley 21.526 ("la prescripción de la acción... se operará a los seis años... Ese plazo se interrumpe por la comisión de otra infracción y por los actos y diligencias de procedimiento inherente a la sustanciación del sumario"). En particular, se discutió qué condición cabe atribuir al acto que ordena la apertura del sumario, la apertura a prueba, la clausura del período probatorio, y el que otorga un plazo para alegar. La Cámara sostuvo que "en el ejercicio del poder de policía bancario o financiero que en ese sistema se atribuye al Banco Central, resulta razonable que el alcance por otorgar al instituto de la prescripción de la acción sea aún más riguroso, a fin de asegurar que esa institución pueda cumplir sus funciones de fiscalización". Es más, "el hecho de que la entidad de control haya incurrido en morosidad no justificable en la instrucción sumarial, en principio, no puede tener efectos con relación al término de la prescripción cuya instrucción ha interrumpido". En conclusión "la índole de la actividad, su importancia económico-social, la necesidad del ejercicio del poder de policía financiero y bancario y la específica vinculación de derecho administrativo que ello comporta entre el Banco Central y las entidades y personas sujetas a su fiscalización, control y potestad sancionatoria... son circunstancias que deben presidir la elucidación del caso. Con ello queda dicho que no cabe aplicar automáticamente notas específicas del derecho penal común sin tener en cuenta las peculiaridades del derecho administrativo sancionatorio que disciplina la actividad en la que se busca administrativamente el bien común económico-financiero y la óptima prestación del servicio".

A su vez, la Corte IDH se expidió sobre la razonabilidad del plazo en el trámite administrativo, entre otros, en el precedente "Comunidad Indígena Yakye Axa". Allí, sostuvo que los estándares a aplicar con el objeto de discernir si el plazo es o no razonable, son los siguientes: a) la

complejidad del asunto; b) la conducta de las autoridades; c) la actividad del interesado; y d) la lesión de los derechos.

E) El derecho a recurrir las decisiones estatales. El derecho a recurrir supone el acceso de las partes ante un órgano imparcial e independiente, en términos sencillos y plazos razonables.

Cabe mencionar aquí el caso "Astorga Bracht" (2004), en donde la Corte sostuvo que la resolución del COMFER (que exigía que los solicitantes debían desistir expresamente de todos los recursos administrativos y judiciales que hubiesen interpuesto) "resulta violatorio del art. 18, CN, y de las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (arts. XVIII y XXIV, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8º y 10, Declaración Universal de Derechos Humanos; 8º y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2º inc. 3, aps. a y b, y 14 inc. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)".

Finalmente, una cuestión relevante que es objeto de debate es si la violación del debido proceso adjetivo puede ser luego saneada en sede judicial (*teoría de la subsanación*). La Corte, en el precedente "Provincia de Formosa (Banco de la Provincia de Formosa) c. Dirección General Impositiva" (2008), sostuvo que "la eventual restricción de la defensa en el procedimiento administrativo es subsanable en el trámite judicial subsiguiente... de modo que, habiéndose producido el peritaje contable en esta instancia, corresponde concluir que no resultan atendibles los planteos de la impugnante".

VI.1.5. Los otros principios

Cabe resaltar que en el procedimiento administrativo subyace el *principio de legalidad* como pivote central del modelo y que nace del propio texto constitucional. En palabras más simples, el procedimiento debe sujetarse al bloque de legalidad.

Otro principio es el de la *igualdad*, que cobra especial relevancia en los procesos colectivos en donde pueden plantearse intereses contradictorios entre los distintos actores; sin perjuicio de los procedimientos individuales en que el reclamo de la parte puede perjudicar a terceros (por ejemplo, el caso de un concurso de acceso a un cargo público y su eventual anulación).

En esta línea argumental debemos incluir también los *principios pro acción y tutela judicial* que se expanden desde el plano judicial al procedimiento administrativo. Así, en caso de dudas —por ejemplo, si las partes están o no legitimadas o si el trámite es o no procedente— debe estarse a favor del procedimiento y su continuidad.

También creemos que la reforma constitucional de 1994 introdujo otros principios básicos. Estos son la *transparencia*, la *publicidad*, la *participación* y el *control* sobre los trámites administrativos.

Por último, resta mencionar el *principio de gratuidad*, como otra de las directrices que debe recubrir el trámite administrativo.

VI.2. El órgano competente

El órgano competente para conocer y, en su caso, resolver el trámite es aquel que indican las normas respectivas —reglas atributivas de competencias—, sin perjuicio de las técnicas de delegación o avocación por el órgano jerárquico superior en el marco de los casos concretos.

Sin embargo, en ciertos casos, el agente público —responsable de instruir, opinar o resolver el procedimiento administrativo— puede verse impedido de hacerlo con ecuanimidad, objetividad e imparcialidad. En tal contexto, debe ser sustituido por otro. Por eso, la LPA establece que el funcionario puede ser recusado y, a su vez, debe excusarse, en los casos previstos en el Código Procesal Civil y Comercial.

VI.3. El expediente administrativo

VI.3.1. El expediente administrativo, su inicio y las reglas básicas de tramitación

El expediente administrativo puede definirse como el conjunto de documentos, escritos, resoluciones y actuaciones expuestos de modo ordenado y concatenado en el marco del trámite administrativo.

Así, el expediente es el soporte material del procedimiento administrativo que puede iniciarse de oficio o por pedido de parte, y cuyo objeto es expresar las decisiones estatales.

En particular, el decreto reglamentario dice que el órgano competente debe identificar el expediente desde su inicio. A su vez, el criterio de individualización debe conservarse hasta su conclusión, de modo que todo órgano tiene la obligación de informar sobre el expediente, según su identificación original.

El decreto también establece otras pautas básicas sobre el trámite de los expedientes: a) las carátulas deben consignar el órgano con responsabilidad primaria y el plazo de resolución; b) el expediente debe compaginarse en cuerpos de no más doscientas páginas; y c) las actuaciones deben numerarse según el orden de su incorporación; entre otros.

Asimismo, respecto de toda actuación, escrito o documentación que se presente debe darse una constancia o copia certificada al presentante.

VI.3.2. La presentación de escritos en el trámite administrativo

El decreto reglamentario dice, respecto de los escritos a presentarse en el marco del expediente administrativo, que éstos: a) deben ser redactados a máquina o manuscritos; b) en la parte superior deben llevar un resumen del petitorio e identificación del expediente; y c) contener el nombre, apellido y domicilio real y constituido del interesado, la relación de los hechos y, en su caso, el derecho aplicable, la petición en términos claros y precisos, el ofrecimiento de los medios de prueba y, además, acompañar la prueba documental en poder de quien suscribe el escrito.

¿Dónde deben presentarse los escritos? El escrito inicial, incluso el de interposición de los recursos administrativos, debe presentarse en la mesa de entradas del órgano competente o por correo, y los escritos posteriores pueden presentarse o remitirse directamente a la oficina en donde se encuentre el expediente. A su vez, el órgano de recepción debe dejar constancia de la fecha de presentación del escrito respectivo.

VI.3.3. La firma y el domicilio

Según el decreto reglamentario, los escritos deben estar "suscriptos por los interesados, sus representantes legales o apoderados".

Asimismo, las partes deben denunciar su domicilio real en la primera presentación que hagan en el expediente administrativo, y constituir domicilio especial en el radio urbano del asiento del órgano competente, pudiendo coincidir con el domicilio real.

Por último, el decreto dice claramente que el domicilio constituido (especial), produce todos sus efectos sin necesidad de resolución por parte del órgano competente y que, además, se reputa subsistente mientras no se constituya otro domicilio.

VI.4. Las partes

VI.4.1. Las partes: capacidad y legitimación

En cuanto a las partes en el procedimiento, cabe señalar que el Estado es el instructor del trámite. Es decir, el órgano estatal debe intervenir y dirigir el procedimiento. También es posible que, en ciertos casos, participen no sólo el órgano competente para tramitar y resolver el expediente, sino también el órgano que dictó la resolución que es objeto de controversia o revisión y otros órganos consultivos (esto es, en ciertos casos interviene más de un órgano estatal).

Cabe preguntarnos aquí si el trámite en el que sólo intervienen órganos o entes estatales es o no un procedimiento administrativo. Por nuestro lado, interpretamos que no porque dicho trámite debe regirse por otros principios y reglas jurídicas.

Por otro lado, intervienen los particulares (esto es, las personas físicas o jurídicas que interactúan con el Estado). Las partes en el trámite administrativo deben reunir dos condiciones: a) capacidad y b) legitimación.

¿Quiénes son los sujetos capaces? Tengamos presente que la *capacidad de derecho* es la aptitud de ser titular de derechos; en tanto la *capacidad de ejercicio o de hecho* es el poder de ejercer esos derechos.

Dicho esto, debemos recurrir al derecho civil y comercial con el objeto de definir el concepto de *capacidad*. Así, el Código Civil y Comercial establece que todas las personas de existencia visible son capaces. Es decir, "Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados" (art. 22). Asimismo, "toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial" (art. 23).

A su vez, según el codificador, las personas por nacer; los menores que no cuentan con la edad y el grado de madurez suficiente; y la persona declarada incapaz por sentencia judicial —en la extensión dispuesta en esa decisión— son *incapaces de ejercicio* (art. 24).

Por su parte, el artículo 25, Cód. Civil y Comercial, establece que "el menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años". Y el artículo siguiente aclara que "la persona menor de

edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico". Por último, "la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones de su persona" (art. 26).

El decreto reglamentario de la LPA dispone que "*los menores adultos tendrán plena capacidad para intervenir directamente en procedimientos administrativos* como parte interesada en la defensa de sus propios derechos subjetivos o intereses legítimos".

En este contexto, creemos que el criterio interpretativo más razonable es que el "menor adulto" en los términos del decreto reglamentario de la LPA es "la persona menor de edad que cumplió trece años", de conformidad con el art. 25, segundo párrafo, del Código Civil y Comercial.

Sin embargo, el decreto reglamentario nada dice sobre los incapaces, los inhabilitados y los penados.

La cuestión puntualmente es, entonces, si los sujetos considerados incapaces por el derecho civil (incapacidad o capacidad restringida) pueden o no intervenir por sí mismos en el procedimiento administrativo, claro que —obviamente— pueden hacerlo por medio de sus representantes.

Pues bien, sin perjuicio del caso de los menores adultos (léase menores de trece años, según el Código Civil y Comercial) previsto de modo expreso y claro en el decreto reglamentario de la ley —LPA—, en los otros supuestos debemos recurrir a los Códigos Civil y Comercial y Penal en términos analógicos (es decir, mediante el tamiz de los principios propios del derecho público). De todos modos, este paso lógico jurídico no exige en el presente caso adaptaciones peculiares, de modo que cabe aplicar el texto de los Códigos Civil y Comercial y Penal, sin más vueltas.

El Código Civil y Comercial distingue entre: a) las personas con capacidad restringida y b) las personas incapaces. Así, "el juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes".

A su vez, "por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador" (art. 32). Por su parte, "la sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores... y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación" (art. 38).

Por tanto, los menores (de trece años), los inhabilitados y los incapaces no pueden actuar por sí solos, sino que deben hacerlo por medio de sus representantes, en los términos que prevé el Código Civil y Comercial.

Por último, y en relación con los penados, el Código Penal dispone que la reclusión y prisión por más de tres años lleva consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo que dure la condena y agrega luego que "el penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces". En consecuencia, los penados —según el modelo jurídico vigente— sólo pueden actuar en el marco del procedimiento por medio de sus curadores. Sin embargo, creemos que este criterio literal debe ser necesariamente revisado a la luz del nuevo Código Civil y Comercial.

Habiendo concluido con el análisis de la capacidad de las personas, debemos analizar el otro presupuesto, a saber: ¿quiénes están *legitimados*?

Cabe recordar que la capacidad de hecho es la aptitud de las personas de intervenir por sí mismas en ejercicio de sus derechos, en tanto la legitimación es la aptitud de ser parte en el procedimiento administrativo.

La ley y su decreto reglamentario sólo reconocen legitimación a las personas titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos. En particular, el decreto establece que "el trámite administrativo podrá iniciarse de oficio o a petición de cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo; éstas serán consideradas parte interesada en el procedimiento administrativo".

En el mismo sentido, el artículo 74 del decreto reglamentario dispone que los recursos podrán ser deducidos por quienes aleguen un derecho subjetivo o interés legítimo.

Sin embargo, y como ya explicamos en el capítulo anterior, debemos incluir en el marco del procedimiento a los derechos colectivos.

En conclusión, el interesado es parte en el procedimiento siempre que esté legitimado y — además — sea capaz de obrar en los términos del decreto reglamentario, y en ciertos casos y de modo analógico por las reglas del derecho civil. Así, si fuese capaz de derecho pero incapaz de hecho, debe presentarse con su representante legal.

VI.4.2. La pluralidad de partes

Cabe aclarar que el procedimiento, en su aspecto subjetivo, puede presentar características plurales. En igual sentido, el objeto puede comprender una o más peticiones (planteo único o múltiple), en el contexto de un mismo trámite.

Pero volvamos sobre la integración de las partes en el procedimiento. El trámite es plural cuando es parte no sólo el interesado originario sino, además, otros a quienes el acto afecte o pueda afectar en sus derechos o intereses, y que se hubieren presentado en ese marco y con los siguientes matices: a) por pedido del interesado originario; b) espontáneamente; o c) por citación del órgano instructor.

Finalmente, el procedimiento es triangular cuando existe pluralidad de partes con intereses contrapuestos. De tal modo, es posible visualizar los intereses del Estado, de las partes, y de otras partes en términos de conflicto.

VI.4.3. La representación de las partes

El sujeto que se presente en las actuaciones administrativas, en virtud de una representación legal, debe acreditar debidamente esa condición — tal es el caso de los curadores de los menores de edad e incapaces —. Sin embargo, los padres que invoquen la representación de sus hijos y el cónyuge que se presente en nombre del otro no deben, en principio, presentar las partidas que acrediten ese extremo.

Sin perjuicio de los representantes obligatorios, aquel que es parte en el procedimiento administrativo puede nombrar como representante suyo a cualquier persona que sea capaz — representantes convencionales o voluntarios—. En tal caso, los actos de éste obligan a aquéllos como si los hubiesen realizado personalmente. A su vez, los emplazamientos, citaciones y notificaciones, incluso las de los actos de carácter definitivo, deben entenderse directamente con el representante o apoderado.

VI.5. Los plazos. La suspensión e interrupción

El principio básico es el carácter obligatorio de los plazos para los interesados y el propio Estado. Así, el artículo 1 de la LPA dice que los plazos "serán obligatorios para los interesados y para la Administración".

Sin embargo, creemos conveniente distinguir entre los plazos que debe cumplir el particular de aquellos otros que corresponden al Estado; ambos en el camino del procedimiento administrativo.

Veamos, en *primer lugar*, cuáles son las **reglas comunes**. El principio general es que los trámites deben realizarse y los actos dictarse, en *días y horas hábiles administrativas*. A su vez, los plazos se cuentan en esos mismos días y horas, salvo disposición legal en sentido contrario o cuando el órgano competente habilite días y horas inhábiles.

Por su parte, los días y horas hábiles administrativos son aquellos en que el Estado atiende al público.

Otro de los principios generales nos dice que el plazo para la realización de trámites, notificaciones y citaciones, y el cumplimiento de intimaciones o citaciones y contestación de traslados, vistas e informes, es de *diez días*; salvo cuando las normas hubiesen establecido un plazo especial.

Por último, la LPA reconoce el poder de la Administración de *prorrogar los plazos* antes de su vencimiento —de oficio o a pedido de parte— por un tiempo razonable, según las circunstancias del caso y siempre que no se perjudiquen derechos de terceros.

Analicemos en este punto, es decir *en segundo lugar*, los **plazos propios del Estado** y sus reglas. Así, el decreto 1883/91 establece cuáles son los plazos que rigen en el trámite interno de los expedientes. Por ejemplo, una vez recibida la documentación en la jurisdicción, ésta debe remitirla a la unidad competente en el término de tres días hábiles. Por su parte, la realización de informes y todo otro diligenciamiento de documentación deben hacerse en el orden de llegada y en el plazo máximo de cinco días. Otro ejemplo: los plazos específicos que tiene el órgano competente para resolver los recursos administrativos de conformidad con el Título VIII del decreto reglamentario de la LPA.

En tercer lugar, estudiamos los **plazos de los interesados**; cuyo incumplimiento muchas veces les hace perder su derecho, de acuerdo al art. 1, inc. e), puntos 6 y 8 de la LPA. Por caso, los plazos para la interposición de los recursos administrativos. Así, "una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos se perderá el derecho para articularlos".

Otra cuestión importante que debemos resolver es si **los trámites suspenden o interrumpen los plazos** obligatorios con los que debe cumplir el particular.

Por un lado, los plazos plausibles de suspensión o interrupción son los siguientes:

1. el plazo propio de cualquier pretensión y su trámite consecuente; y
2. el plazo específico para impugnar y recurrir en sede administrativa y judicial.

Por el otro, la ley regula por separado los supuestos de suspensión o interrupción de los plazos que detallamos en el párrafo anterior.

Así, en el primer caso, el artículo 1, inciso e), apartado 9 de la ley dice que "las actuaciones practicadas con intervención de órgano competente producirán la suspensión de plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción, los que se reiniciarán a partir de la fecha en que quedare firme el auto declarativo de caducidad".

Por su parte, el artículo 1, inciso e) del apartado 7 de la LPA establece que "la interposición de recursos administrativos interrumpirá el curso de los plazos".

Pues bien, según los textos transcritos, debemos armar el siguiente cuadro: (1) cualquier actuación ante el órgano competente *suspende* los plazos y, consecuentemente, una vez concluido ese trámite debe reanudarse el cómputo del plazo transcurrido originariamente; (2) en el caso de la interposición de los recursos, es claro que el plazo debe *interrumpirse* y, luego, volver a contarse desde el inicio. (3) Por último, cabe recordar que *el pedido de vista*, con el fin de articular recursos administrativos o interponer acciones judiciales, *suspende el plazo* para recurrir en sede administrativa y judicial.

Conviene aclarar que algunos operadores jurídicos —doctrinarios y en particular la Procuración del Tesoro— sostienen que, en el marco del Derecho Público y el régimen de la LPA y su decreto reglamentario, no es posible distinguir entre los institutos de la suspensión e interrupción de los plazos. Sin embargo, nosotros hemos ensayado otro criterio. En efecto, creemos que —tal como surge de la lectura en términos armónicos e integradores de la ley y su decreto reglamentario— el legislador usó deliberadamente los conceptos de suspensión e interrupción de modo diferenciado.

Por último, cabe señalar que la Corte en el precedente "Lagos, Alejandro" (2007) sostuvo que los reclamos innominados suspenden el plazo de prescripción en los términos del artículo 3986, CC, (es decir, por un año).

VI.6. La prueba

Las pruebas son las herramientas de que intentan valerse las partes para sustentar sus pretensiones y derechos.

Por su lado, el Estado también puede, en el trámite del procedimiento administrativo, ordenar la producción de las pruebas que considere pertinentes para aprehender la verdad material, tal como surge del artículo 1, inciso f), apartado 2 de la ley 19.549.

De modo que *las pruebas pueden ser ofrecidas por las partes u ordenadas directamente de oficio* por el órgano instructor como medidas para mejor proveer.

¿Cuál es *el principio rector sobre la carga de las pruebas* en el ámbito del procedimiento? Es decir, ¿quién debe ocuparse de probar los hechos controvertidos en el trámite administrativo? En principio, el particular es quien debe probar los fundamentos fácticos de sus pretensiones.

Pero este postulado debe matizarse con otros presupuestos, esto es: a) el criterio de las pruebas dinámicas; b) el principio de la instrucción de oficio del procedimiento; y, por último, c) el interés colectivo comprometido en el caso (es decir, la búsqueda de la verdad material).

Sin embargo, según el *texto del decreto* —y más allá de los matices que intentamos introducir—, no es posible afirmar que la carga de la prueba en el trámite administrativo sea concurrente entre el Estado y las partes, pues el decreto establece graves consecuencias cuando el particular no es diligente en su producción. Así, si el interesado no impulsa la producción de las pruebas testimoniales, periciales e informativas decae —consecuentemente— su derecho de valerse de tales medios probatorios.

¿Cuál es el *plazo y oportunidad* en que la parte debe ofrecer las pruebas? El interesado —en el escrito de inicio— debe ofrecer todas las pruebas y, en particular, acompañar la documentación en que intente apoyarse y que esté en su poder. A su vez, la ley dice que la parte tiene derecho "de ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la Administración fije en cada caso".

Entonces, ¿cuál es el momento en que el particular debe ofrecer las pruebas? Pues bien, el interesado debe:

1. Acompañar la prueba documental que obre en su poder y ofrecer el resto de los medios probatorios en su primera presentación en el trámite administrativo.
2. Ampliar e incorporar nuevas pruebas —no necesariamente sobre hechos nuevos o desconocidos al momento de su primera presentación—, *según nuestro parecer*, una vez que la Administración ordene la apertura a prueba y en el plazo que fije con este objeto.
3. Finalmente, ¿qué ocurre si ya venció el plazo? En tal caso, el particular igualmente puede ofrecer nuevos medios probatorios, pero su aceptación depende de la decisión discrecional del órgano instructor de incorporarlos como medidas para mejor proveer.

Por su parte, el órgano debe hacer lugar a las pruebas ofrecidas cuando fuesen conducentes para dilucidar la verdad sobre los hechos y, consecuentemente, resolver el conflicto.

El decreto reglamentario prevé todos los medios probatorios comunes al derecho privado, con excepción de la prueba confesional. Veamos los distintos medios por separado.

VI.6.1. La prueba documental

Este medio de prueba está constituido por aquellos documentos de que intente valerse la parte en apoyo de sus pretensiones. Éstos deben acompañarse, en principio, junto con el escrito de inicio. Si la documentación no estuviese en poder del interesado, éste debe individualizarla "expresando lo que de ella resulte y designando el archivo, oficina pública o lugar donde se encuentren los originales".

VI.6.2. La prueba de informes

La prueba de informes consiste en comunicar o hacer saber los actos o hechos que resulten de la documentación, archivo o registro —a pedido de parte— y en poder del sujeto informante.

El órgano que dirige el trámite debe solicitar los informes y dictámenes cuyo requerimiento sea obligatorio, según las normas. Pero, además, puede solicitar, según resolución fundada, los informes y dictámenes que considere necesarios para el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva.

Los informes pueden ser requeridos a terceros u otros órganos administrativos.

El plazo para contestar los informes o dictámenes es de veinte o diez días, según se trate de informes técnicos o no respectivamente, y siempre que el trámite haya sido abierto a prueba. Por último, cabe agregar que el término de contestación puede ser ampliado por el órgano competente.

Los informes (técnicos o no) requeridos a órganos de la Administración nacional deben ser contestados en razón del deber de colaboración establecido en el art. 14, RLPA.

Si los terceros no contestasen los informes en el plazo correspondiente o se negaren a hacerlo, el órgano competente prescindirá de este medio probatorio.

VI.6.3. La prueba testimonial

La prueba testimonial consiste en la declaración de personas que hubiesen presenciado o tomado conocimiento cierto y directo de los hechos.

La parte proponente es quien tiene a su cargo asegurar la presencia de los testigos, y éstos deben prestar declaración ante el agente que se designe a ese efecto. Sin embargo, la participación de la parte proponente no es obligatoria en el marco de la declaración testimonial y, consecuentemente, su ausencia no impide u obstaculiza el interrogatorio.

En caso de inasistencia de los testigos a la audiencia principal y a la supletoria —se fijan y notifican conjuntamente—, el interesado (es decir, el proponente), pierde el derecho respectivo.

A su vez, la parte puede presentar el interrogatorio hasta el momento mismo de la audiencia; sin perjuicio de que los testigos pueden ser libremente interrogados por el órgano competente sobre los hechos relevantes del caso. Finalizada la audiencia, debe labrarse el acta en donde consten las preguntas y las respuestas.

Finalmente, el artículo 53 del decreto reglamentario señala que es de aplicación supletoria —entre otras disposiciones— el artículo 491, CPCC, que establecía que los testigos no podían exceder de cinco por cada parte. Sin embargo, este último precepto del Código fue derogado por la [ley 25.488](#). En consecuencia, cabe seguir —según nuestro parecer— el actual artículo 430, CPCC, que establece que los testigos no pueden exceder de ocho por cada parte.

VI.6.4. La prueba pericial

La prueba pericial consiste en la opinión de personas especializadas en ciencias, artes, industrias o actividades técnicas, sobre la apreciación de los hechos controvertidos.

Los particulares pueden proponer la designación de peritos, junto con el cuestionario sobre las cuestiones a opinar.

Por su parte, el Estado no puede nombrar peritos de oficio, pero sí puede recabar informes de sus agentes, oficinas técnicas y terceros; salvo que resulte necesaria su designación para la debida sustanciación del procedimiento.

VI.6.5. La prueba confesional

La confesión es la declaración de las partes sobre los hechos desfavorables; pero, en el marco del procedimiento, la parte interesada y los agentes públicos no pueden ser citados para prestar confesión.

No obstante ello, la declaración voluntaria tiene los efectos que establece el CPCC. Es decir, la confesión de carácter voluntario y expreso constituye plena prueba, salvo que: a) esté excluida por ley respecto de los hechos que constituyen el objeto del procedimiento; b) incida sobre derechos irrenunciables; c) recaiga sobre hechos cuya investigación esté prohibida por ley; o d) sea contraria a las constancias que surjan de instrumentos fehacientes de fecha anterior, agregados al expediente. A su vez, en caso de duda, la confesión debe interpretarse a favor de quien la hace.

Por último, cabe aclarar que si bien las partes no pueden citar a los agentes, en los términos y en el marco de la prueba confesional, sí pueden hacerlo como testigos, informantes o peritos.

VI.6.6. Los alegatos

Una vez sustanciadas las actuaciones, el órgano competente debe dar vista de oficio y por el término de diez días a las partes, para que éstas opinen sobre el valor de la prueba producida en el procedimiento.

A su vez, luego de presentado el alegato, el órgano instructor puede disponer la producción de otros medios probatorios como medidas para mejor proveer, o por pedido de la parte si ocurriese o llegare a su conocimiento un hecho nuevo. Tras la producción de esta prueba, el órgano instructor debe correr vista por otros cinco días a las partes con el fin de que aleguen sobre su mérito en relación con el caso.

La parte pierde el derecho de alegar si no presenta el escrito o, habiendo retirado el expediente, no lo devuelve en término.

Por último, tras la presentación de los alegatos o vencido el plazo para hacerlo y producido el dictamen jurídico —si éste correspondiese—, el órgano competente debe dictar el acto que resuelve y pone fin a las actuaciones.

VI.7. La dirección del procedimiento

El órgano competente es el responsable de *impulsar, instruir, dirigir y resolver el trámite* administrativo.

En este contexto, el órgano debe, entre otras medidas: a) impulsar y tramitar los expedientes según su orden, y decidirlos cuando estén en condiciones de ser resueltos; b) adoptar las medidas necesarias para remover los obstáculos que impidan avanzar en el procedimiento; c) proveer en una sola resolución todos los trámites siempre que ello fuere posible, y realizar en una misma audiencia todas las diligencias o medidas de prueba; d) disponer la comparecencia de las partes

para que den explicaciones, y acercar posiciones sobre cuestiones de hecho y derecho; y e) disponer medidas provisionales para asegurar la eficacia de la resolución.

Por otra parte, el órgano instructor ejerce el *poder disciplinario* en el marco del trámite.

VI.8. Las vistas y notificaciones en el procedimiento administrativo

VI.8.1. Las vistas del expediente

La parte interesada, su representante y su letrado pueden tomar vista de las actuaciones (esto es, *acceder y conocer el expediente* y sus anexos), con excepción de aquellos actos, informes y dictámenes que sean reservados o secretos.

El pedido de vista puede ser *escrito o verbal*, y se otorga sin necesidad de resolución expresa y en la oficina en que se encuentre el expediente, aun cuando no sea la mesa de entradas del organismo instructor. Por su parte, el particular puede solicitar, a su cargo, fotocopias de las piezas de las actuaciones.

A su vez, si el solicitante requiere un plazo, éste debe fijarse por escrito. Si no se establece plazo, debe entenderse que es de diez días.

Un comentario propio merece el instituto de la vista en el marco de los recursos administrativos, ya que si la persona interesada decide pedir vista de las actuaciones, el plazo para recurrir debe suspenderse durante el tiempo en que el órgano competente otorgó la vista, *sin perjuicio de que la sola presentación del pedido de vista ya suspende por sí el curso de los plazos*.

VI.8.2. Las notificaciones

La notificación es el conocimiento de determinadas piezas o actuaciones de modo cierto y fehaciente, dando certeza de que el particular conoce el contenido del acto, que es objeto de notificación, y cuál es la fecha de tal comunicación.

Los medios de notificación, según el decreto reglamentario, son los siguientes: a) el *acceso directo*; b) la *presentación espontánea de cualquier escrito*, siempre que de ello resulte que el interesado tiene conocimiento fehaciente de las actuaciones previas; c) la *cédula*; d) el *telegrama con aviso de entrega*; e) el *oficio impuesto como certificado expreso con aviso de recepción*; f) la *carta documento*; g) los medios que indique la autoridad postal; y, por último, h) los *edictos*.

Finalmente, el decreto admite la *notificación verbal* cuando el acto administrativo no fuese escrito.

Las notificaciones que no cumplan con los recaudos que establece la ley carecen de valor y, consecuentemente, no tienen efectos jurídicos. Sin embargo, si del expediente resultase que la parte interesada recibió el instrumento de notificación, entonces, a partir del día siguiente se debe iniciar el plazo perentorio de sesenta días para deducir el recurso administrativo que resultase admisible o el cómputo del plazo de noventa días para deducir la demanda judicial (art. 44).

Es decir, el precepto normativo prevé la ampliación de los plazos por notificaciones irregulares, siempre que el interesado haya recibido el instrumento de notificación —según las

constancias del expediente—. En tal caso, debe prorrogarse el plazo para interponer el recurso administrativo respectivo y el plazo de presentación de las acciones judiciales.

Pues bien, el término para interponer el recurso administrativo (comúnmente de diez o quince días) debe *reemplazarse* por el de sesenta días. Así, el decreto establece que "a partir del día siguiente se iniciará el plazo perentorio de sesenta días, para deducir el recurso administrativo que resulte admisible".

Por su lado, cabe preguntarse, tal como está redactado el artículo 44 del decreto reglamentario ("se iniciará el plazo perentorio de sesenta días... para el cómputo del plazo previsto en el artículo 25", LPA), si el plazo de sesenta días *sustituye* o, en su caso, *extiende* el plazo para iniciar la demanda judicial. Creemos que, entre las dos interpretaciones posibles, debemos inclinarnos por aquella que resulte más beneficiosa en términos de derecho, de modo que cabe interpretar que ese plazo —es decir, los sesenta días— debe sumarse al de noventa días que prevé el artículo 25 de la LPA con el objeto de impugnar judicialmente el acto.

A su vez, *el acto de notificación debe indicar si el acto objeto de discusión agotó las vías administrativas y, en su caso, los recursos que deben interponerse para agotarlas y el plazo en el cual debe hacerse*. Ahora bien, ¿qué sucede si el acto de notificación no cumple con tales recaudos?

En particular, en caso de omitirse en el acto de notificación la indicación del recurso que debe interponerse y el plazo para hacerlo, debe comenzar a contarse el término de sesenta días para la interposición del recurso respectivo a partir del día siguiente al de la notificación. Es decir, en caso de incumplimiento de estos recaudos, el plazo de impugnación de diez o quince días debe reemplazarse por el de sesenta días.

Por su parte, si el acto de notificación omitió indicar que el acto objeto de impugnación agotó las instancias administrativas, entonces, el plazo de caducidad del artículo 25 de la LPA (es decir, el plazo para iniciar la acción judicial contra el acto estatal) debe comenzar a contarse luego de transcurridos sesenta días desde el acto de notificación.

Finalmente, sería razonable que la ley también exigiese que el acto de notificación indicase, en caso de que ya se hubiesen agotado las vías administrativas, el plazo para iniciar las acciones judiciales.

En síntesis y a título de **conclusión**, cabe señalar que el decreto reglamentario establece, según nuestro criterio, dos categorías diversas con respecto a los **vicios del acto de notificación**: a) por un lado, su **invalidéz**; y, b) por el otro, la **laprórroga de los plazos**.

El primer caso ocurre cuando el acto de notificación no cumple con las pautas legales, y no surge del expediente que la parte interesada haya recibido el instrumento de notificación.

En el segundo, el acto es irregular, pero el interesado recibió el instrumento de notificación; o, en su caso, el acto cumple con los recaudos legales y reglamentarios, pero no indica los recursos que el interesado debe interponer, cuál es su plazo y si el acto agotó el trámite administrativo previo.

Sigamos con el bloque de las notificaciones. Los actos que deben notificarse a los interesados —según las normas vigentes— son, entre otros, los actos administrativos de alcance individual de carácter definitivo o asimilable; los actos que resuelven un incidente o afectan derechos subjetivos o intereses legítimos; los actos que decidan emplazamientos, citaciones, vistas o traslados; y los actos que se dicten con motivo o en ocasión de la prueba.

Las notificaciones deben practicarse dentro de los cinco días contados a partir del día siguiente al dictado del acto que es objeto de comunicación.

VI.9. Las medidas cautelares en el marco del procedimiento

Hemos visto en los capítulos anteriores que los actos estatales gozan de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria de modo que —como ya sabemos— el Ejecutivo puede hacerlos cumplir, aun mediando oposición del particular, y sin intervención judicial.

En tal sentido y en este contexto, el legislador prevé que, en principio, la interposición de los recursos administrativos e, incluso, las acciones judiciales, no suspende el carácter ejecutorio de los actos. En otras palabras, el Estado puede ejecutar sus decisiones, incluso cuando el interesado hubiese recurrido el acto mediante los recursos correspondientes; salvo que una norma expresa hubiese establecido el criterio contrario.

Así, el artículo 12, LPA, dice que "el acto administrativo goza de presunción de legitimidad: su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios... *e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario*".

De todos modos, en el procedimiento administrativo el Ejecutivo —de oficio o a pedido de parte— puede, con carácter preventivo, suspender los efectos del acto.

¿En qué casos y con qué justificación? El segundo párrafo del artículo 12 de la LPA nos dice cuáles son las pautas que debe seguir el órgano instructor. En efecto, "la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta".

Ya hemos definido el interés público, pero ¿qué debe entenderse por perjuicios graves? ¿El perjuicio grave es necesariamente un daño irreparable? Evidentemente, el daño grave no es solamente el daño irreparable, sino cualquier daño de difícil reparación, según los derechos comprometidos y las circunstancias del caso. Por ejemplo: 1) los casos de lesión y restricción de derechos fundamentales; 2) los actos administrativos lesivos sobre terceros; y 3) las situaciones de insolvencia del particular como consecuencia de la ejecución de los actos.

Es decir, la ley no exige el daño de imposible o difícil reparación ulterior, sino que éste sea grave.

Finalmente, cuando la nulidad planteada es absoluta y manifiesta —es decir grave y patente, pues el conocimiento del vicio no depende de la investigación por parte del órgano competente—, entonces, es razonable que el Ejecutivo suspenda el acto hasta tanto se resuelva el fondo del asunto. Sin perjuicio de ello, en los otros casos de nulidades relativas y absolutas —pero no manifiestas—, el órgano instructor también puede y debe, según las circunstancias del caso, suspender los efectos del acto.

VI.10. La conclusión del procedimiento. Los modos normales y anormales. El desistimiento, la renuncia y la caducidad

El procedimiento puede concluir de un modo normal (es decir, mediante el dictado de la resolución que le pone fin) o de modo anormal por desistimiento, renuncia o caducidad.

La conclusión normal puede ser por **resolución** de carácter expreso o tácito. La resolución expresa debe hacer consideración de las cuestiones, planteos y argumentos expuestos por las partes o de los asuntos traídos por el propio Estado.

El órgano competente puede resolver: a) aceptar el planteo y dictar el acto consecuente; b) desestimar el planteo; o c) revocar, modificar o sustituir el acto de que se trate.

Por su parte, la resolución tácita es el caso de silencio —en los términos del artículo 10 de la LPA— y en los trámites de impugnación de los actos, según el decreto reglamentario como luego veremos.

Por su lado, el **desistimiento** es la declaración de voluntad del interesado para dejar sin efecto la petición que dio origen al procedimiento y debe hacerse de modo cierto y fehaciente. El desistimiento del procedimiento no importa dejar de lado el derecho del interesado, que puede intentarlo en otro trámite posterior; salvo el supuesto de desistimiento del trámite de los recursos.

A su vez, en caso que hubiese varios interesados en el marco del trámite respectivo, el desistimiento de unos no incide sobre los otros. Por otra parte, en los supuestos de desistimiento, el órgano puede continuar con el trámite si mediase un interés colectivo.

La **renuncia** es el abandono no ya del trámite sino del derecho o pretensión de fondo del interesado; de modo que obvio es decir que éste ya no puede intentar otro reclamo con posterioridad, salvo que se trate de derechos irrenunciables.

Vale aclarar que tanto el desistimiento como la renuncia deben ser expresos, y sólo tienen efectos a partir del acto administrativo que hace lugar al planteo.

La **caducidad** es otro de los modos anormales de conclusión del procedimiento y tiene lugar cuando transcurren más de sesenta días desde que se paralizó el trámite por causas imputables al interesado, y el órgano competente hace saber que si transcurren otros treinta días más y la parte no impulsase el trámite, archivará el expediente.

La caducidad tiene un alcance sumamente limitado porque sólo procede en los trámites iniciados por las partes —no por el propio Estado—, y en donde el interés comprometido es básicamente el del particular —interés privado—, pues en el resto de los procedimientos el centro de discusión es el interés colectivo, en cuyo caso el Ejecutivo debe obligatoriamente y por mandato legal impulsarlo y resolverlo.

VII. LOS PROCEDIMIENTOS DE IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES ESTATALES

VII.1. Introducción. Los principios en conflicto. El marco constitucional

La Teoría Dogmática sobre impugnación de las decisiones estatales se construyó históricamente desde el concepto de acto administrativo y ello tuvo dos consecuencias jurídicas.

Por un lado, siempre resultó necesario obtener un acto estatal y, luego, seguir el largo camino de su impugnación en sede administrativa.

Por el otro, el control judicial fue pensado simplemente —y de modo limitado— como punto de revisión de los actos administrativos previos.

Este postulado de revisión en torno al acto estatal terminó derrumbándose por dos razones. Primero, la incorporación de mayores garantías de control sobre las conductas estatales (acciones y omisiones) en términos de acceso y revisión judicial. Segundo, el reconocimiento y goce de los derechos sociales y nuevos derechos que modelaron el sistema institucional y el papel del Poder Ejecutivo de modo sustancialmente distinto.

Consecuentemente, el enfoque debe necesariamente ser otro. Así, creemos que los ***pilares básicos*** del modelo de impugnación son, por un lado, el ***contenido sustancial de las pretensiones*** del particular y, por el otro, el ***objeto de impugnación***.

Este esquema nos permite explicar con mayor claridad y precisión conceptual el cuadro actual sobre la impugnación de las conductas estatales.

Expuestas las bases del modelo, cabe agregar que el particular —salvo casos de excepción que luego analizaremos— debe cuestionar, según el marco normativo vigente, las decisiones estatales ante el propio Ejecutivo, y sólo luego, ir por las vías judiciales.

Así, las personas deben primero cuestionar las conductas estatales en el andarivel administrativo, y sólo después en las vías judiciales.

Además, la impugnación ante el propio Ejecutivo debe hacerse, según el régimen vigente, en plazos breves y obligatorios. A su vez, en caso de incumplimiento de éstos, ya no es posible hacerlo después en vías administrativas ni judiciales. Veamos. El acto está firme y consentido y ya nada es posible al respecto, salvo su cumplimiento.

¿Cuál es el fundamento de este privilegio o prerrogativa estatal? El argumento es la posibilidad del Poder Ejecutivo de revisar sus propios actos y rever así sus decisiones. También se dice que el sentido de este instituto es permitir el control por parte de los órganos superiores de la actividad de los inferiores; y crear, además, espacios de conciliación entre el Estado y los particulares.

Este privilegio o prerrogativa estatal conocido técnicamente como ***el agotamiento de las vías administrativas*** plantea varias cuestiones controversiales:

- 1) ¿es constitucional el carácter obligatorio del trámite de impugnación ante la propia Administración, como paso previo al acceso y control judicial de las conductas del Ejecutivo?;
- 2) ¿el carácter breve y perentorio de los plazos de impugnación es constitucional?;
- 3) ¿el trámite previo de impugnación supone el carácter meramente revisor de la instancia judicial posterior, limitándose consecuentemente el alcance del control de los jueces?

Creemos que este privilegio estatal de agotamiento de las vías administrativas debe interpretarse a la luz de los derechos de las personas; en especial, el derecho de defensa y sus aspectos más relevantes, a saber, el control judicial de los actos estatales y el principio *pro acción*.

Así las cosas, entendemos que el agotamiento de las vías administrativas como principio, y en razón de su carácter obligatorio y de sus plazos *breves e irreversibles*, constituye una restricción al acceso a la justicia que debe ser tachado por inconstitucional (es decir, contrario a la Constitución y a los tratados sobre Derechos Humanos).

Sin embargo, el agotamiento de las vías administrativas, igual que el plazo de caducidad — otro privilegio que más adelante estudiaremos — está incorporado en las normas vigentes y no fue declarado inconstitucional por nuestros tribunales.

De modo que, en este contexto —estrecho por cierto y que no compartimos—, el operador debe esforzarse por interpretar este instituto en el sentido más favorable en términos de acceso y control judicial.

Otro de los postulados básicos que debe guiar nuestro trabajo interpretativo sobre las disposiciones legales y reglamentarias en este campo es el *principio pro acción* (es decir, en caso de indeterminaciones normativas, éstas deben cubrirse a favor de la procedencia y continuidad de la acción y no por su rechazo).

VII.2. El cuadro introductorio

Creemos conveniente, por razones de claridad, describir aquí el *cuadro compuesto por el instrumento procesal y el objeto de impugnación (conductas estatales)* —esto es, el planteo clásico sobre el tema bajo estudio—, y no así desde el lugar de las pretensiones y derechos de las personas como proponemos más adelante.

1. **El reclamo administrativo previo** (vía o remedio procedimental) se corresponde con las omisiones estatales (objeto).
2. **Los recursos administrativos** (vías o remedios procedimentales) con los actos administrativos de alcance particular (objeto); y, finalmente,
3. **El reclamo del art. 24, LPA**, (vía o remedio procedimental) es el camino de impugnación de los actos administrativos de alcance general (objeto).

Por último, es conveniente referirnos brevemente a los *plazos* en cada una de las hipótesis planteadas anteriormente. Luego, volveremos sobre estas cuestiones. Veamos.

- a) **El reclamo administrativo previo.** Plazo para su interposición: la ley no prevé plazo alguno. Plazo para su resolución por el Estado: noventa días más pronto despacho y, luego, cuarenta y cinco días. Plazo para impugnar en sede judicial: noventa días hábiles judiciales.
- b) **Los recursos administrativos.** Plazo para su interposición: diez o quince días hábiles administrativos. Plazo para su resolución: treinta días. Plazo para impugnar judicialmente: noventa días hábiles judiciales.
- c) **El reclamo del artículo 24, LPA.** Plazo para su interposición: la ley no prevé plazo alguno. Plazo para su resolución: sesenta días. Plazo para su impugnación en sede judicial: noventa días hábiles judiciales.

VII.3. El principio general del agotamiento de las vías administrativas: el reclamo administrativo previo. Las excepciones

Tal como ya hemos dicho, la ley establece como principio general el agotamiento de las vías administrativas. Es decir, cuando cualquier particular intente cuestionar las decisiones estatales debe hacerlo primero ante el Poder Ejecutivo —a través de los mecanismos que prevé la propia ley y su decreto reglamentario—, y sólo luego ante el juez.

El camino de impugnación ante el Ejecutivo, que es el autor de la conducta objeto de cuestionamiento, es conocido como el instituto del agotamiento de las vías administrativas y es —claramente— un privilegio del Estado de carácter exorbitante en comparación con el Derecho Privado.

Así, el interesado no puede ocurrir ante el juez, si antes no interpuso los recursos o reclamos del caso y, consecuentemente, no recorrió los carriles administrativos.

Sin embargo, este privilegio no puede hacernos caer en el error de creer que el juez interviene como simple revisor del procedimiento administrativo porque —en verdad— el único límite al debate en el ámbito judicial es el objeto o pretensión de los recurrentes. Es decir, el juez debe controlar las pretensiones expuestas ante el Poder Ejecutivo en el trámite de impugnación, pero no está limitado por las cuestiones de hecho ni de derecho, ni por los medios probatorios, más allá de su planteo o no en el trámite administrativo.

Puntualmente, *el principio en el ámbito federal nace del artículo 30 de la LPA* que dice textualmente que: "el Estado nacional o sus entidades autárquicas no podrán ser demandados judicialmente sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministro o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica, salvo cuando se tratare de los supuestos de los artículos 23 y 24".

Pues bien, los supuestos que están excluidos del artículo 30, LPA, son los casos de impugnación de los actos de alcance particular y general; el silencio; los hechos; y las vías de hecho. Y, a su vez, otros que están regulados en el artículo 32 —LPA—, entre ellos, el reclamo por daños y perjuicios por responsabilidad estatal extracontractual.

En síntesis:

- a) el principio es el agotamiento de las vías administrativas, por medio del reclamo administrativo previo (artículo 30, LPA);
- b) en otros casos es necesario agotar, pero a través de otras vías, a saber: los actos administrativos de alcance particular por recursos administrativos (artículo 23, LPA); y los actos de alcance general por reclamo (artículo 24, LPA),
- c) las excepciones respecto del agotamiento de las vías administrativas son las siguientes (es decir, no necesidad de ir por las vías administrativas): 1) el reclamo por responsabilidad extracontractual (artículo 32, LPA); 2) cuando se trate de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o repetir un gravamen pagado indebidamente (artículo 32, LPA); 3) los hechos (artículo 25, inciso d) y artículo 32); 4) las vías de hecho (artículo 23, inciso d) y artículo 25, inciso d); y 5) el silencio (artículo 23, inciso c).

Cabe agregar que la Cámara Federal en el fallo plenario "Córdoba" (2011) aceptó el ritualismo inútil como otra de las excepciones al agotamiento de las vías administrativas (esto es, cuando medie una clara conducta estatal que haga presumir la ineficacia cierta de acudir a las instancias administrativas previas).

En consecuencia, el criterio básico es *el agotamiento de las instancias administrativas con alcance previo y obligatorio*.

Veamos con mayor profundidad cuál es el régimen de la vía del artículo 30 de la LPA que comúnmente llamamos *vía de reclamación* y que constituye el principio general —sin perjuicio de las vastas excepciones—.

En *primer término*, cabe preguntarse cuál es el objeto de impugnación del reclamo administrativo previo. Es decir, ¿qué debe impugnarse por medio del reclamo? Creemos que *las omisiones estatales*, con las excepciones del artículo 32 de la LPA.

Ahora bien, ¿cuál es la diferencia entre las omisiones del artículo 30, LPA, y el silencio del artículo 10, LPA? Las omisiones suponen la preexistencia del *deber estatal*, el *derecho del particular* y el *incumplimiento del Estado* respecto de esas obligaciones (tal es el caso, por ejemplo, del otorgamiento de un subsidio reglado o las prestaciones de un servicio ya predeterminado normativamente y, en ambos casos, omitido por el Estado). Cuando no existe deber y derechos claramente configurados, el particular debe peticionar ante el Estado en los términos del artículo 10, LPA, con el objeto de obtener la decisión estatal (silencio).

En *segundo término*, es importante destacar que en el reclamo administrativo previo —artículo 30, LPA—, no existe plazo de interposición.

En *tercer término*, la ley establece un plazo para su resolución. Así, el pronunciamiento respectivo debe hacerse dentro de los noventa días hábiles administrativos desde el planteo y, tras el vencimiento de este plazo, el particular debe requerir un pronto despacho. Luego, si transcurriesen otros cuarenta y cinco días desde el pedido de pronto despacho y el Ejecutivo no responde, entonces, el particular puede iniciar directamente las acciones judiciales.

La ley agrega que el plazo para resolver puede extenderse por decisión del Poder Ejecutivo, a pedido del organismo que interviene, hasta ciento veinte y sesenta días, respectivamente.

A su vez, cuando el Estado resuelve el reclamo mediante el dictado de un acto expreso de rechazo no es razonable exigir que, en tal caso, el particular agote las instancias administrativas por medio de los recursos contra dicho acto. En este sentido, el nuevo texto dice claramente que "la denegatoria expresa del reclamo no podrá ser recurrida en sede administrativa".

En *cuarto término*, el plazo perentorio para recurrir judicialmente tras el reclamo es de 90 días hábiles judiciales. Téngase presente que antes de la reforma de la [ley 19.549](#), introducida por la ley 25.344, el legislador no exigía plazo alguno, más allá de la prescripción, para recurrir judicialmente en este supuesto.

Además, cuestión más que controvertida y criticable, *el régimen actual establece —según el texto normativo y su literalidad— que el plazo judicial de noventa días debe contarse, aún en caso de silencio del Estado*, en el trámite del reclamo.

En verdad, el postulado básico y razonable, según nuestro criterio, es el siguiente: el plazo judicial de caducidad —noventa días en que el interesado debe cuestionar judicialmente las conductas estatales— debe contarse en caso de rechazo expreso, pero no en el supuesto de rechazo tácito —silencio estatal—.

Sin embargo —como ya adelantamos— en el caso del *reclamo previo*, la ley lamentablemente no distingue entre rechazo expreso y tácito, sino que exige que la demanda judicial se inicie "en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el artículo 25".

Entonces, en el caso del reclamo administrativo previo —impugnación de conductas estatales— no existe plazo de interposición, pero sí de resolución por el órgano competente y, a su vez, de impugnación judicial.

Por su lado, la Corte sostuvo que el plazo de 90 días sólo debe contarse en caso de rechazo expreso ("Biosystems"), pues en el supuesto de rechazo tácito corre el plazo de prescripción.

En quinto término, el trámite del reclamo es el siguiente: por un lado, éste debe presentarse ante el ministro, secretario de presidencia, o autoridad superior del ente autárquico. Por el otro, el órgano competente debe resolverlo.

VII.4. Las pretensiones de impugnación de los actos administrativos de alcance particular

Ya hemos dicho que el principio general que prevé el artículo 30, LPA, está acompañado por varias excepciones. Una de estas excepciones es el trámite de impugnación de los actos de alcance particular, en cuyo caso deben agotarse las vías administrativas; pero no por el camino del reclamo (artículo 30, LPA), sino por medio de los recursos administrativos (artículo 23, LPA).

VII.4.1. El régimen general de los recursos

El Título VIII del decreto reglamentario de la LPA regula, en especial, los procedimientos de impugnación de los actos estatales de alcance particular. En este caso, es necesario agotar las vías administrativas por medio de los recursos que prevé el propio decreto reglamentario.

Puntualmente, el decreto dice que "los actos administrativos de alcance individual, así como también los de alcance general, a los que la autoridad hubiera dado o comenzado a dar aplicación, podrán ser impugnados por medio de recursos administrativos en los casos y con el alcance que se prevé en el presente Título..." (artículo 73, RLPA).

Con mayor precisión, cabe señalar que el recurso procede contra los actos administrativos definitivos y de mero trámite que lesionen derechos subjetivos e intereses legítimos; pero no es posible recurrir los actos preparatorios, informes y dictámenes por más que fuesen obligatorios y su efecto sea vinculante.

Veamos *aspectos más puntuales*. El *escrito de presentación* de los recursos debe cumplir con los mismos requisitos que cualquier otro escrito presentado ante la Administración; y —en particular en este contexto— debe consignarse cuál es el acto estatal que es objeto de impugnación y, a su vez, cuál es la conducta que el recurrente pretende en relación con el reconocimiento de sus derechos.

A su vez, en el escrito de interposición del recurso deben ofrecerse *los medios de prueba* de que intente valerse el recurrente, y acompañar la prueba documental que tuviese en su poder o indicar dónde se encuentran los documentos. Una vez producida la prueba, se dará vista por cinco días a la parte interesada para opinar y alegar sobre el valor y mérito de la prueba colectada.

Por su parte, *el recurso mal calificado, con defectos formales insustanciales o deducido ante órgano incompetente por error excusable* interrumpe el curso de los plazos y debe ser corregido por el propio Poder Ejecutivo. En efecto, "los recursos deberán proveerse y resolverse cualquiera sea la denominación que el interesado les dé, cuando resulte indudable la impugnación del acto

administrativo". En particular, el recurso mal calificado o no calificado debe ser considerado por el operador como recurso jerárquico. ¿Por qué? Porque éste es el que agota las vías administrativas.

¿Quiénes pueden interponer los recursos administrativos? Los recursos pueden ser deducidos —según el texto del decreto— por los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos. Este aspecto es sustancialmente diferente del proceso judicial porque, tal como explicamos antes, éste exige la titularidad de derechos subjetivos como presupuesto de la jurisdicción.

¿Cuáles son los motivos o fundamentos de la impugnación de los actos a través de los recursos? El recurso administrativo puede fundarse en las siguientes razones: 1) la ilegitimidad; o 2) la inoportunidad, falta de mérito o inconveniencia del acto impugnado.

¿Cuál es el órgano competente para su resolución? Aquél que establece el decreto en cada caso particular (esto es, el órgano que dictó el acto o el superior jerárquico). Cabe aclarar que cuando el interesado impugne actos de alcance general, por medio de actos individuales dictados en aplicación de aquéllos, el órgano competente para resolver el reclamo es el que dictó el acto general, sin perjuicio de su presentación ante el órgano de aplicación que dictó el acto particular.

Los plazos para plantear los recursos son obligatorios y breves, y sabemos también que —luego de su vencimiento— el interesado pierde el derecho de articularlos. Más claro aún, si el particular no planteó los recursos y no agotó las vías administrativas no puede luego recurrir ante el juez. Es decir, el acto está firme y consentido. Por ello, es sumamente importante tener claro cuál es el plazo y en qué casos ese plazo breve y obligatorio se suspende o interrumpe.

La *interposición de los recursos interrumpe el curso de los plazos*, aún cuando "hubieren sido mal calificados, adolezcan de defectos formales insustanciales o fueren deducidos ante órgano incompetente por error excusable". Pero, ¿cuál es el plazo objeto de interrupción? El plazo para interponer cualquier otro recurso, así como el término judicial de caducidad (plazo de impugnación judicial).

A su vez, *el plazo para interponer los recursos administrativos se suspende cuando el interesado presenta el pedido de vista* de las actuaciones a fin de interponer el recurso respectivo.

Por último y como ya explicamos, en ciertos casos, *el plazo para presentar los recursos se prorroga* —por ejemplo— si el acto de notificación no indica cuáles son los recursos que puede interponer el interesado, en cuyo caso "a partir del día siguiente de la notificación se iniciará el plazo perentorio de sesenta días para deducir el recurso administrativo que resulte admisible".

El órgano competente cuando *resuelve* el recurso puede:

- 1) desestimarlos; o
- 2) aceptarlos. En este caso, según las circunstancias del caso, es posible sanear el acto, revocarlo, modificarlo o sustituirlo.

En cuanto al *plazo para resolver*; éste depende de cada recurso en particular, y el *silencio* debe interpretarse como rechazo de la pretensión del particular.

Seguidamente proponemos analizar cada uno de los recursos en particular.

VII.4.2. El recurso de reconsideración

Este recurso tiene por objeto la impugnación de los actos definitivos, asimilables a definitivos, e interlocutorios o de mero trámite, que lesionen derechos subjetivos o intereses legítimos, sea por razones de ilegitimidad o inoportunidad.

Cabe señalar que el **acto definitivo** es aquel que resuelve la cuestión de fondo (por ejemplo, en el marco de la solicitud de una pensión, el acto de fondo es aquél que decide otorgar o rechazar la pensión y concluye así el trámite definitivamente). Por su parte, el acto no definitivo es el que no resuelve la cuestión de fondo, pero —en ciertos casos— es **asimilable** a aquél porque impide continuar con el trámite administrativo (por ejemplo, el acto dictado en el marco de cualquier procedimiento administrativo que resuelve el rechazo del planteo por falta de legitimación del recurrente). Para concluir el cuadro conceptual sobre el objeto propio de este recurso, debemos definir el **acto interlocutorio o de mero trámite** que es aquel que dicta el órgano en el marco del procedimiento con el propósito de impulsarlo, pero sin expedirse sobre el planteo de fondo bajo debate (por ejemplo, el que ordena la citación de los testigos).

El recurso de reconsideración también procede, además de los actos definitivos, asimilables a éstos o de simple trámite, contra *las decisiones que dicte el Presidente, el jefe de gabinete, los ministros y los secretarios de la Presidencia con rango ministerial*, en la resolución de los recursos administrativos. Es decir, el objeto de este recurso no es sólo el acto dictado por cualquier órgano estatal, sino también el acto que resuelve el recurso jerárquico.

Los **sujetos** legitimados son —igual que en cualquier otro recurso— los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos, tal como prevé el decreto, debiéndose incorporar —según nuestro criterio— a los titulares de derechos colectivos.

El **plazo** para interponer el recurso de reconsideración es de diez días hábiles administrativos, ante el órgano que dictó el acto que es, a su vez, quien debe resolverlo.

¿Cuál es el plazo para resolver el recurso? El órgano competente debe hacerlo en el plazo de treinta días hábiles administrativos y, vencido este término, no es necesario que el particular presente pedido de pronto despacho, sino que el vencimiento sin resolución del órgano debe interpretarse —lisa y llanamente— como rechazo del recurso.

Por su parte, el plazo para resolver debe contarse a partir del día siguiente al de la interposición del recurso; salvo que el órgano competente hubiese ordenado la producción de medios probatorios, en cuyo caso el plazo debe computarse desde que se presentó el alegato o, si la parte no alegó, desde que venció el plazo para hacerlo.

Este recurso tiene una *peculiaridad* y es que, en caso de rechazo, debe interpretarse por mandato legal que el interesado interpuso el *recurso jerárquico de modo subsidiario*.

Así, el órgano competente, una vez resuelto el recurso de reconsideración en sentido contrario a los intereses del particular, debe necesariamente elevarlo al superior jerárquico, en el término de cinco días —de oficio o petición de parte— con el objeto de que aquél trámite el recurso jerárquico.

El aspecto más relevante del recurso bajo estudio es que *no es obligatorio para agotar las vías administrativas*, de modo que el particular puede o no plantearlo y, en su caso, interponer directamente el recurso jerárquico con el objeto de recorrer las vías administrativas y así agotarlas.

VII.4.3. El recurso jerárquico

Este es el recurso típico y más relevante en el procedimiento de impugnación de los actos administrativos. ¿Por qué? Porque es el camino que debe seguir necesariamente el interesado con el objeto de agotar las vías administrativas y, consecuentemente, habilitar el sendero judicial.

El recurso jerárquico sólo procede contra los *actos administrativos definitivos o asimilables* a éstos (es decir, aquellos que impiden totalmente la tramitación del reclamo o causen perjuicios total o parcialmente irreparables), pero no contra los actos de mero trámite.

Los *sujetos* legitimados son los titulares de intereses legítimos, derechos subjetivos y —según nuestro criterio— derechos colectivos. A su vez, el recurso procede por razones de ilegitimidad e inoportunidad.

El *plazo para su interposición* es de quince días hábiles administrativos, contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto recurrido, y debe interponerse ante el órgano que dictó el acto. El órgano inferior simplemente debe elevar el recurso interpuesto ante el ministro o secretario de la Presidencia —de oficio y en el término de cinco días—, sin expedirse sobre su admisibilidad. Si el órgano inferior no eleva el recurso ante el superior en el plazo que prevé el reglamento, entonces, el particular puede plantear la queja correspondiente ante este último.

El recurso jerárquico es autónomo, de modo que no es necesario que el interesado haya interpuesto previamente el recurso de reconsideración contra el acto cuestionado, pero —si lo hizo— no es necesario fundar nuevamente el recurso jerárquico, sin perjuicio de que puede mejorar y ampliar los fundamentos.

¿Cuál es el órgano competente para resolver el recurso? Los ministros y secretarios de la Presidencia son quienes deben resolver el recurso dictado por cualquier órgano inferior. Si el acto fue dictado por el ministro o secretario de la Presidencia, el recurso es resuelto directamente por el Presidente; "agotándose en ambos casos la instancia administrativa".

¿*Qué ocurre con el Jefe de Gabinete*? El decreto 977/95 dice, de modo implícito pero claro, que la relación entre el Presidente y el Jefe de Gabinete es de orden jerárquico y que el nexo entre este último y los ministros es de coordinación y no de jerarquía. En consecuencia, los actos de los ministros son recurridos directamente ante el Presidente, y no primero ante el Jefe de Gabinete y, luego, ante aquél. La única excepción que prevé el decreto antes citado es el régimen del personal estatal; en cuyo caso, el acto de los ministros es recurrido ante el Jefe de Gabinete. Por último, los actos del Jefe de Gabinete son recurridos ante su superior jerárquico, esto es, el Presidente.

En el trámite del recurso jerárquico, y con carácter previo a su resolución, es necesario requerir con carácter obligatorio el dictamen del servicio jurídico permanente.

El *plazo* que tiene el órgano competente *para resolver* es de treinta días hábiles administrativos. ¿Cómo debemos contar este plazo? Del mismo modo que en el caso del recurso de reconsideración; es decir, computado a partir del día siguiente al de la interposición del recurso o, en caso de que se hubiese producido prueba, desde que se presentó el alegato sobre el mérito de éstas o de vencido el plazo para hacerlo. Una vez concluido el término de treinta días, no es necesario requerir pronto despacho para que se configure el rechazo del recurso por silencio.

Si el recurso jerárquico es subsidiario del recurso de reconsideración, el plazo para resolverlo debe contarse desde la presentación del alegato o el vencimiento del plazo (igual que si fuese autónomo); pero si la cuestión es de puro derecho, desde que el particular mejoró sus fundamentos o venció el plazo respectivo.

El recurso jerárquico, como ya hemos dicho pero vale recordarlo, **agota las instancias administrativas** y habilita, consecuentemente, el planteo judicial. Por ello, es obligatorio.

VII.4.4. El recurso de alzada

Así como el recurso jerárquico es expresión del vínculo jerárquico entre los órganos estatales, el recurso de alzada es consecuencia del nexo de control o tutela entre los órganos centrales y los entes estatales.

El recurso de alzada procede entonces contra los **actos dictados por los órganos superiores de los entes descentralizados autárquicos**.

La LPA y su decreto reglamentario regulan el régimen de impugnación de los actos dictados por los órganos superiores de los entes descentralizados autárquicos, pero no así los actos dictados por los órganos inferiores de éstos.

¿Qué ocurre en tal caso? ¿Es necesario agotar las vías administrativas tratándose de **actos dictados por los órganos inferiores de los entes** descentralizados autárquicos? El decreto reglamentario responde este interrogante en los siguientes términos: "salvo norma expresa en contrario los recursos deducidos en el ámbito de los entes autárquicos se regirán por las normas generales que para los mismos se establecen en esta reglamentación".

Es decir, en el marco del trámite de impugnación de un acto dictado por un órgano inferior de un ente descentralizado, es necesario analizar el régimen propio del ente y, si éste no establece cómo hacerlo, entonces debemos ir por el régimen general de la LPA y su decreto —el agotamiento de las instancias administrativas por medio del recurso jerárquico resuelto por el órgano superior del ente—.

Luego, el siguiente paso es volver al ámbito de aplicación del recurso de alzada —LPA—; y allí ya no es necesario agotar las vías mediante su interposición, sino que el interesado puede ir directamente al terreno judicial.

Los **sujetos** legitimados son el titular de derechos subjetivos o intereses legítimos, tal como prevé el decreto, debiéndose incorporar —según nuestro criterio— a los titulares de derechos colectivos.

El recurso debe interponerse ante el órgano superior del ente descentralizado autárquico, quien debe elevarlo ante el órgano competente de la administración centralizada, para su resolución. El órgano que debe resolverlo es el secretario, ministro o secretario de Presidencia, en cuya jurisdicción actúe el ente descentralizado.

El **plazo** para presentarlo es de quince días hábiles administrativos contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto que el interesado pretende impugnar, y el plazo para su resolución es de treinta días hábiles administrativos.

Si bien dijimos que los recursos en general proceden por razones de ilegitimidad e inoportunidad, en el marco del recurso de alzada es necesario hacer la siguiente distinción:

- a) en el caso de los entes creados por ley del Congreso, en ejercicio de facultades constitucionales, el recurso sólo procede por cuestiones de *ilegitimidad*; y el órgano revisor

debe limitarse a revocar el acto y sólo, excepcionalmente, modificarlo o sustituirlo por otro; y

- b) en el caso de los entes creados por decreto del Poder Ejecutivo, el control es amplio, como si se tratase de cualquier otro recurso (es decir que éste procede por razones de *ilegitimidad e inoportunidad*).

El recurso de alzada es optativo y no obligatorio para agotar las instancias administrativas. Es decir, el interesado puede ir directamente a la vía judicial.

De todas maneras, si el particular interpuso el recurso de alzada puede desistir de él y, luego, intentar la vía judicial; aunque si optó por este último camino, no puede volver sobre las instancias administrativas.

VII.4.5. El recurso de queja

Dice la ley que "podrá ocurrirse en queja ante el inmediato superior jerárquico contra los defectos de tramitación e incumplimiento de los plazos legales o reglamentarios en que se incurriere durante el procedimiento y siempre que tales plazos no se refieran a los fijados para la resolución de recursos".

El interesado debe presentar la queja ante el superior jerárquico, quien debe resolverla en el plazo de cinco días y sin traslado, agregándose el informe del órgano inferior —si fuese necesario— sobre las razones de la tardanza. Cabe añadir que la resolución del superior no es recurrible. Por su parte, el decreto 1883/91 incorporó el concepto de que, en ningún caso, debe suspenderse la tramitación del procedimiento principal.

Por último, si el superior hace lugar a la queja, deben iniciarse las actuaciones tendientes a deslindar la responsabilidad del agente presuntamente responsable por el incumplimiento de los trámites y plazos y, eventualmente, aplicarle la sanción correspondiente.

VII.4.6. El recurso de revisión

Hemos dicho que el acto firme —es decir, aquél que no ha sido impugnado en término por el interesado— no es susceptible de revisión; salvo revocación por el propio Ejecutivo siempre que el acto no fuere estable, y por decisión judicial en el marco de un proceso concreto. Sin embargo, existen excepciones, pocas por cierto.

Ellas son las siguientes: por un lado, la denuncia de ilegitimidad (esto es, el recurso administrativo extemporáneo interpuesto por el interesado); por el otro, el recurso de revisión que procede contra los ***actos firmes***.

¿En qué casos puede interponerse el recurso de revisión? Dice la LPA que el presente recurso procede:

- a) cuando resulten *contradicciones en la parte dispositiva* —háyase pedido o no su aclaración—; en tal caso el recurso debe interponerse en el plazo de diez días desde la notificación del acto. En verdad, en este caso, el acto objeto de revisión no está firme;
- b) cuando después de dictado el acto se recobraren o descubrieren *documentos decisivos cuya existencia se ignoraba o no se pudieron presentar* como medios probatorios por fuerza mayor o por terceros; de modo que el interesado obró con diligencia, pero no pudo presentar oportunamente documentos relevantes para resolver el caso. En este supuesto, el recurso

debe plantearse en el término de treinta días contados a partir de que el particular recobró o conoció los documentos o, en su caso, desde el cese de la fuerza mayor o de la conducta del tercero;

- c) cuando el acto hubiese sido dictado basándose en *documentos cuya declaración de falsedad se desconocía o se hubiere declarado después de dictado el acto*; debiéndose presentar el recurso en el plazo de treinta días desde que se comprobó en legal forma la falsedad de los documentos o se conoció tal circunstancia; y
- d) cuando el acto hubiese sido dictado mediando *cohecho, prevaricato, violencia o cualquier otra maquinación fraudulenta o grave irregularidad*. En este caso, el plazo de interposición también es de treinta días, contados a partir de la constatación legal de los hechos irregulares o delictivos antes descritos.

Agreguemos que el recurso de revisión sólo comprende los casos de ilegitimidad y no de inoportunidad.

El recurso debe interponerse ante el órgano que dictó el acto, pero debe ser resuelto por el órgano superior, más aún teniendo en consideración que ciertos supuestos de revisión comprenden actos irregulares o delictivos con participación del propio agente estatal.

El recurso debe ser interpuesto en el **plazo** de diez o treinta días, según el caso, tal como detallamos en los párrafos anteriores.

Por su parte, el plazo de resolución es de diez días, por aplicación del artículo 1, inciso e), apartado 4 de la LPA. Además, una vez resuelto el recurso, de modo expreso o tácito por silencio, renace el plazo de caducidad o prescripción para demandar judicialmente al Estado.

VII.4.7. Los recursos extemporáneos. La denuncia de ilegitimidad

El interesado, según la LPA, no tiene derecho a interponer los recursos administrativos luego de vencido el plazo legal o reglamentario.

Es decir, ***el particular debe interponer los recursos en plazos breves y fatales con el propósito de agotar así las vías administrativas*** y —si no lo hizo— ya no puede hacerlo.

En síntesis, si el interesado no recurre, el acto está firme y ya no puede ser revisado en sede administrativa, ni tampoco judicial. Por tanto, el acto simplemente debe ser cumplido. Los plazos son tan breves y las consecuencias tan graves que el propio legislador previó ciertas válvulas de escape.

Así, el planteo del recurso en términos extemporáneos —más allá del plazo normativo— es considerado, según la ley, como denuncia de ilegitimidad y debe tramitar como tal.

Pero, ¿cuál es la diferencia entre ambos institutos (es decir: el recurso interpuesto en el plazo previsto por las normas y la denuncia de ilegitimidad —recurso extemporáneo—)? En el caso del recurso administrativo, el Ejecutivo debe tramitarlo y resolverlo y, por su parte, el interesado tiene el derecho de recurrir, luego, judicialmente la decisión estatal.

Por su parte, en la denuncia de ilegitimidad, *el Ejecutivo solo está obligado a su tramitación y resolución siempre que, según su criterio, no existan razones de seguridad jurídica que impidan su impulso, o que el interesado haya excedido razonables pautas temporales*.

Además, los intérpretes y los propios jueces consideran que *las decisiones administrativas en el marco del trámite de la denuncia de ilegitimidad no son revisables judicialmente*. Y éste es — sin dudas — el aspecto más controversial.

Tengamos presente que en el procedimiento recursivo, el Ejecutivo puede: a) rechazar la pretensión del interesado; o b) hacerle lugar, en cuyo caso, puede sustituir, modificar y revocar —total o parcialmente— el acto cuestionado.

Por su parte, en el trámite de la denuncia de ilegitimidad (es decir, el caso del recurso extemporáneo) la secuencia es la siguiente: el Poder Ejecutivo debe dictar el acto sobre la procedencia del trámite (primer acto); y, en caso afirmativo, continuar con el procedimiento hasta su conclusión mediante el dictado de otro acto que resuelve el fondo de la cuestión (segundo acto).

En síntesis, el propio Ejecutivo decide si, en cada caso concreto, se presenta alguna de las causales que habilita el rechazo preliminar y, si no fuese así, resuelve el fondo.

¿Cuál es el inconveniente que advertimos en este escenario? Los operadores generalmente consideran que ninguno de estos actos puede ser revisado por el juez. Siguiendo esta línea de razonamiento, es obvio que las diferencias entre los caminos detallados —recursos y denuncias— son sustanciales porque en el marco de los recursos administrativos el interesado puede ir ante el juez; mientras que en el caso de la denuncia de ilegitimidad su único camino es el Ejecutivo, sin posibilidad de revisión judicial ulterior.

Así, según el cuadro expuesto, el principio es que "una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos se perderá el derecho para articularlos"; y la excepción es que, luego de vencidos los plazos, el interesado puede plantear el recurso —en términos de denuncia de ilegitimidad—, pero con dos salvedades relevantes. Por un lado, la Administración sólo debe darle trámite si no vulnera el principio de seguridad jurídica y siempre que el interesado no haya excedido razonables pautas temporales. Por el otro, el particular ya perdió el derecho a recurrir judicialmente en caso de rechazo.

La Corte dijo, en el antecedente "Gorordo" (1999), que el rechazo en sede administrativa de una denuncia de ilegitimidad no puede ser objeto de impugnación judicial. Finalmente, concluyó que "sería claramente irrazonable otorgar el mismo efecto a la denuncia de ilegitimidad... que a un recurso deducido en término...".

Por nuestro lado, creemos que no debe negarse, en ningún caso, el control judicial. Tengamos presente que el recurso fuera de término sólo procede en tanto el trámite no vulnere el principio de seguridad jurídica y pautas temporales razonables. En efecto, si el trámite cumple con estos recaudos, según el criterio del órgano administrativo y judicial, el procedimiento debiera ser igual que el del recurso administrativo temporáneo.

Por último, cabe agregar que el órgano ante el cual debe interponerse el recurso extemporáneo, así como el órgano competente para resolverlo y el trámite que debe seguirse, son los mismos que en el caso del recurso administrativo temporáneo respectivo.

VII.5. Las pretensiones de impugnación de los reglamentos

La ley establece claramente dos supuestos de impugnación de los actos de alcance general.

Un camino directo de impugnación del reglamento (artículo 24, inciso a, ley 19.549) — llamado reclamo impropio—; y otro indirecto a través de los actos de aplicación de aquél (artículo 24, inciso b, ley 19.549). En el primer caso, el camino es el reclamo; y en el segundo los recursos administrativos ya estudiados.

Sin embargo, en este último caso es necesario incorporar ciertos matices. El recurso debe ser resuelto por el órgano que dictó el acto de alcance general, según surge del artículo 75 del reglamento, y si no fuese el órgano máximo, deben interponerse los recursos del caso hasta agotar las instancias administrativas. Por el contrario, si se trata simplemente de la impugnación de actos de alcance particular, no comprendidos en el inciso b) del artículo 24, LPA, el interesado debe interponer directamente el recurso jerárquico ante el órgano superior.

Por su parte, el ***reclamo impropio*** (inciso a) del artículo 24, LPA) no procede contra los actos de alcance particular que resulten ser aplicación de los actos de alcance general, sino sólo contra estos últimos. A su vez, la ley *no prevé* plazo de impugnación en este caso.

De conformidad con el texto de las normas, cualquier sujeto titular de un derecho subjetivo o interés legítimo puede plantear el reclamo impropio, el cual debe interponerse ante el órgano que dictó el reglamento, agotándose así las vías administrativas.

CAPÍTULO 20 - EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

I. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En el capítulo anterior estudiamos el procedimiento administrativo de modo que en el actual daremos un paso más y nos dedicaremos al análisis del proceso judicial contencioso administrativo.

I.1. Concepto y Principios

El proceso contencioso administrativo es el trámite judicial que tiene por objeto impugnar las conductas estatales (acciones u omisiones) ante el juez —órgano independiente e imparcial respecto de las partes—, con el propósito de que revise su legitimidad y, en su caso, declare su invalidez o le obligue al Estado a reparar los daños causados.

El otro supuesto, ocurre cuando el Estado inicia acciones contra sus propios actos o los particulares.

Es decir, una de las partes en este proceso (actor o demandado) es necesariamente el propio Estado.

El principio que debe guiar y seguirse en el proceso contencioso es básicamente el derecho de defensa y control judicial en términos amplios, rápidos y sencillos, con el objeto de reconocer los derechos.

A su vez, el derecho de defensa puede desgranarse por medio de *derechos instrumentales*, a saber: los derechos de acceso ante el juez, al proceso y a la resolución del caso.

En primer lugar, el derecho de acceso al juez está vinculado con el principio pro acción que exige que las normas procesales se interpreten del modo más favorable posible —dentro del marco jurídico— por la admisión de la acción y la tutela judicial.

En segundo lugar, el derecho al proceso, esto es, el derecho de las personas a que sus pretensiones se tramiten y resuelvan, según las normas preestablecidas. Este derecho comprende —a su vez— otros derechos instrumentales, entre ellos: los derechos a ofrecer y producir pruebas, al patrocinio letrado, al acceso y publicidad del proceso y, por último, al proceso sin dilaciones.

En tercer lugar, las personas tienen *derecho a una decisión debidamente fundada* en los hechos y en el ordenamiento jurídico; y, finalmente, *el derecho de acceso a los recursos*, es decir, a la revisión de las decisiones.

I.2. El mayor obstáculo al acceso judicial en el marco del proceso contencioso: el carácter revisor del proceso

El *carácter estrictamente revisor del proceso judicial* sobre las decisiones estatales reduce notoriamente el control del juez por varias razones.

1. En tanto el proceso judicial es simplemente *revisor* de las decisiones del Poder Ejecutivo, es necesario que éste dicte con carácter previo el acto administrativo que exprese su voluntad. El argumento es simple: el juez sólo puede revisar conductas estatales —actos administrativos—, ya que no es posible hacerlo sobre algo inexistente. En consecuencia, el particular debe obtener el acto estatal y sólo, entonces, recurrir a las vías judiciales.
2. En tanto el juez simplemente revisa las actuaciones previas que se siguieron ante el Ejecutivo, las pretensiones y las cuestiones accesorias del trámite —tales como los hechos, los medios probatorios y el derecho— deben plantearse primero ante el Ejecutivo y sólo —en tal caso y en segundo lugar— intentarse su revisión judicial.

El artículo 30 (LPA) dice que "el reclamo versará sobre los *mismos* hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial y será resuelto por las autoridades citadas". Es decir, el texto normativo, al menos en el marco del reclamo administrativo previo, prevé el principio revisor del control judicial.

De todos modos, admitiéndose el criterio revisor, cabe preguntarse: ¿cuál es su alcance? En otras palabras, ¿qué debe entenderse, *puntualmente, por el carácter revisor del control judicial?*

Creemos que es necesario aclarar que muchos de estos conceptos que prevén las normas jurídicas positivas parten de postulados dogmáticos ya inexistentes en nuestro ordenamiento y que —consecuentemente— los principios e instituciones del Derecho Procesal Administrativo, particularmente en el contexto actual, deben reformularse desde otras bases.

Por ejemplo, el carácter revisor del control judicial debe interpretarse sólo en términos de *congruencia entre las pretensiones* planteadas ante el Poder Ejecutivo y, luego, en el proceso judicial; pero en ningún caso cabe extenderlo, según nuestro criterio, sobre el campo de los hechos, el derecho o los medios probatorios.

En conclusión, *el proceso contencioso administrativo y su carácter revisor deben plantearse y construirse desde las perspectivas de las pretensiones de las personas y sus derechos, y no desde el objeto impugnado (esto es, las conductas estatales).*

Este cuadro nos permite:

- a) en primer lugar, desdibujar el carácter revisor con criterio limitado y restrictivo en el marco del proceso contencioso, y ampliarlo hasta el mayor extremo posible en el contexto normativo actual —revisión de pretensiones y protección de derechos—;
- b) en segundo lugar, acumular las pretensiones del interesado en un mismo proceso, garantizando así los principios de celeridad y economía;
- c) en tercer lugar, hacer mayor hincapié en los derechos de las personas y su acceso al ámbito judicial; y
- d) en cuarto lugar, si bien es necesario plantear judicialmente las pretensiones y cumplir con los recaudos procesales del caso, no es imprescindible llevar puntualmente ante el juez un acto. De este modo, es posible abrir canales de acceso judicial con mayor simplicidad y amplitud.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

En el plano federal, no existe un Código Procesal Contencioso Administrativo, mientras que en las Provincias y en la Ciudad de Buenos Aires, los legisladores locales sí dictaron el código procesal respectivo.

El código procesal contencioso federal debiera regular las normas del trámite judicial sobre los objetos materialmente federales. Así, las leyes de Derecho Administrativo federal —que estudiamos en el marco de este manual— deben ser aplicadas por los jueces federales, según el código procesal federal. Sin embargo, *este código no existe.*

¿Cómo debemos cubrir, entonces, este vacío normativo? Cabe recordar que la ley de procedimiento administrativo federal —cuyo objeto principal es el procedimiento administrativo y no el proceso judicial— establece ciertos principios básicos del proceso contencioso, esto es, las condiciones de acceso a las vías judiciales.

En efecto, **la LPA exige el cumplimiento de ciertos recaudos preliminares propios del trámite judicial.** Así, los artículos 25 y 30, LPA, disponen el agotamiento de las vías administrativas y el plazo en el que debe deducirse la impugnación judicial de las conductas estatales (plazo de caducidad de las acciones judiciales). Es decir, las condiciones de admisibilidad de las acciones contra el Estado.

Sin embargo, es obvio que estas disposiciones son absolutamente insuficientes ya que sólo regulan aspectos sustanciales, pero preliminares del proceso judicial y —además—, como es fácil advertir, están insertas en un cuerpo normativo extraño.

¿Cómo debemos llenar este fuerte vacío normativo?

En primer lugar, es necesario despejar ciertas cuestiones procesales que el legislador ya regló. Así, ciertos aspectos del proceso contencioso han sido objeto de regulación de modo expreso, a saber:

- a) las condiciones de admisión de la acción en el marco del proceso contencioso, esto es: (1) el agotamiento de las vías administrativas; y (2) el plazo de caducidad en que deben interponerse las acciones contenciosas;
- b) las medidas cautelares en los procesos en que el Estado es parte; y
- c) el trámite de ejecución de las sentencias, tal como veremos más adelante.

En segundo lugar, tras dejar de lado estos temas, resta preguntarnos qué normas rigen los otros aspectos del proceso que no han sido objeto de regulación por el legislador.

En este contexto debemos **aplicar el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación**, sin perjuicio de que éste fue pensado por el legislador alrededor de las figuras propias del Derecho Privado. Sin embargo, debemos seguir el Código Procesal de modo analógico (esto es, traer sus normas adaptándolas al orden jurídico propio y específico del Derecho Procesal Administrativo, especialmente sus principios).

De todos modos, respecto de la mayoría de las reglas e institutos del derecho procesal privado, el proceso analógico de segundo grado —es decir, el paso por el tamiz de los principios del Derecho Administrativo— nos permite aplicar las normas procesales tal como fueron creadas por el legislador en el marco del proceso civil y comercial, pues no existe contradicción entre éstas y el Derecho Administrativo, salvo el capítulo sobre prueba confesional que luego analizaremos.

III. LAS CUESTIONES PROPIAS DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Estudiemos a continuación los aspectos más relevantes en el marco del proceso contencioso administrativo.

III.1. La legitimación

En este punto nos remitimos al capítulo sobre las situaciones jurídicas subjetivas. Vale quizás recordar simplemente que los sujetos legitimados en el marco del proceso contencioso administrativo son —según nuestro criterio— los titulares de los derechos subjetivos e incidencia colectiva.

III.2. La competencia contencioso administrativa

Los criterios que utiliza el legislador para distribuir entre los jueces la potestad de resolver los conflictos son básicamente: a) los sujetos; b) el objeto; c) el territorio; y d) el grado del tribunal.

Ahora bien, ¿cuál es la competencia del juez federal contencioso administrativo? La competencia puede ser fijada básicamente en razón del objeto (criterio material) o el sujeto (criterio orgánico).

De acuerdo al primero de ellos (material), la competencia es delimitada por la aplicación de las normas de Derecho Público (Derecho Administrativo) a la situación jurídica de que se trate, y su fundamento es el principio de especialización de los jueces. Así, el juez contencioso es un juez

formado en el Derecho Administrativo y que sólo ejerce su jurisdicción —básicamente— en los casos alcanzados por el Derecho Administrativo.

La dificultad más relevante en este contexto es aprehender razonablemente el contorno de las materias administrativas que están regidas por el Derecho Administrativo.

En cambio, si el *criterio* es *orgánico*, el alcance de la competencia del juez contencioso es el ámbito de actuación del sujeto (en este caso, el Estado Federal), con prescindencia de las materias en análisis. Es claro que este criterio favorece el principio de seguridad jurídica, pues es más sencillo definir los casos en que debe conocer el juez contencioso por el sujeto interviniente que si lo hacemos por el sendero de las materias. Consecuentemente, se suscitan menos conflictos de competencias entre los tribunales.

Por último, es posible fijar criterios *mixtos* que consideren al sujeto y a las materias, para delimitar el ámbito de actuación de los jueces contenciosos.

El *ordenamiento jurídico federal sigue criterios poco claros* y, en ciertos aspectos, contradictorios; de modo que es difícil rearmar el rompecabezas con bases coherentes y uniformes.

En principio y según el criterio normativo, el juez contencioso sólo conoce sobre los casos propios del Derecho Administrativo. Es decir, *el criterio es claramente objetivo respecto de los jueces federales contenciosos con asiento en la Ciudad de Buenos Aires*. En igual sentido se han expresado los propios jueces. Estos interpretaron que las causas de su competencia son aquellas en las que debe aplicarse de modo preponderante el Derecho Administrativo.

Así, por caso, los jueces federales contenciosos administrativos conocen en las siguientes causas: a) la impugnación de actos administrativos dictado por el Estado federal; b) los contratos administrativos del Estado federal; c) los servicios públicos federales; d) el poder de policía federal; e) la responsabilidad del Estado federal; y f) cuestiones bancarias y aduaneras; entre otras.

Sin embargo, es importante advertir que —más allá del postulado expuesto de atribución de competencias a los jueces federales contenciosos administrativos en términos objetivos (Derecho Administrativo)— existen múltiples *casos regidos por esta rama del Derecho que tramitan ante otros jueces*.

Por ejemplo:

- a) *los jueces federales civiles y comerciales* conocen sobre nacionalización y ciudadanía; responsabilidad extracontractual por *mala praxis* en los hospitales públicos nacionales; obras sociales; y programas de propiedad participada en los procesos de privatización de las empresas públicas;
- b) *los jueces de la seguridad social* entienden en las resoluciones y actos administrativos dictados por las Cajas Nacionales de Previsión, Comisión Nacional de Previsión Social, Cajas Nacionales de Subsidios Familiares y el Instituto Municipal de Previsión Social, entre otros;
- c) *los jueces laborales* conocen sobre las situaciones jurídicas entre el Estado y sus agentes regidas por la ley 20.744;
- d) *los jueces civiles* son competentes en el conocimiento de las resoluciones del Director del Registro de la Propiedad Inmueble denegatorias de inscripciones o anotaciones definitivas

en el Registro, y las resoluciones de la Inspección General de Justicia sobre las asociaciones civiles y fundaciones; y

e) *los jueces comerciales* conocen sobre las resoluciones de la Comisión Nacional de Valores (ley 17.811), y ciertas resoluciones de la Inspección General de Justicia.

En síntesis, el criterio debe definirse así: *el juez contencioso administrativo federal entiende en todos los casos regidos por el Derecho Administrativo federal, salvo ciertas excepciones que son excluidas de su conocimiento y llevadas ante otros jueces, aún cuando el caso judicial esté regulado por esta rama del ordenamiento jurídico.*

III.3. La habilitación de la instancia

La habilitación de la instancia constituye un trámite propio y específico de los procesos contenciosos administrativos y, por ello, es desconocido en el ámbito de los otros procesos judiciales.

¿En qué consiste este trámite? Las personas que inicien cualquier proceso judicial contra el Estado —proceso contencioso administrativo— deben cumplir con ciertas condiciones de admisibilidad. Por su parte, el juez debe verificar si se cumplió o no con tales recaudos.

Pero, *¿cuáles son las condiciones que el particular debe cumplir y el juez controlar?* Los presupuestos que condicionan el acceso judicial, según el régimen jurídico vigente, son: (1) el agotamiento de las vías administrativas; y (2) la interposición de la acción judicial dentro de un plazo perentorio (plazo de caducidad).

Así, el particular interesado debe: a) interponer y tramitar los recursos o reclamos administrativos respectivos ante el Ejecutivo y hacerlo en término; y, luego, b) iniciar la acción judicial dentro del término legal conocido como plazo de caducidad.

¿Cuál es la consecuencia en caso de incumplimiento de cualquiera de estos recaudos? La ley entiende que las conductas estatales que no fueron recurridas en sede administrativa y judicial —en los términos legales y reglamentarios— están firmes y consentidas y, consecuentemente, ya no es posible impugnarlas.

Más claro aún: si el particular no agotó las vías administrativas de modo correcto y en el plazo debido, entonces no es posible recurrir judicialmente.

El juez sólo debe intervenir y dar curso al proceso si el particular cumplió con estos presupuestos. Es decir, las personas interesadas deben cumplir con ambos recaudos —el agotamiento de las vías y el plazo de caducidad—. En efecto, no es posible saltarse ninguno de ellos.

Entendemos que es importante expresar y repetir este concepto con claridad —más allá de tacharlo por inconstitucional en los términos en que está regulado—. ¿Qué ocurre si el particular no interpuso el recurso administrativo en término? ¿Qué sucede si el interesado no inició el proceso judicial en el plazo legal? Simplemente el acto está firme y ya no es posible recurrirlo.

Sin embargo, existen excepciones. Así, en ciertos casos el marco jurídico vigente establece que no es necesario agotar las vías administrativas, o no es preciso impugnar judicialmente dentro del estrecho marco temporal de la caducidad de las acciones. En tales casos, debe tenerse por habilitada la instancia judicial, sin más.

III.3.1. El trámite de admisibilidad de las acciones judiciales contra el Estado

El nudo que nos proponemos desatar aquí es *el trámite judicial para la comprobación del cumplimiento de los recaudos antes detallados*.

El texto de la **ley 25.344** —que modificó parcialmente la ley 19.549 (LPA)—, exige claramente que **los jueces controlen de oficio**, en el marco del proceso judicial, si las partes cumplieron con los presupuestos de habilitación. *Es decir, el juez está obligado a verificar por sí mismo, el cumplimiento del agotamiento de las vías administrativas y el plazo de caducidad.*

Veamos puntualmente *cómo es el trámite*:

1. el juez debe remitir copia de la demanda y de la prueba documental que se hubiere acompañado por el actor —por oficio— a la Procuración del Tesoro;
2. el juez debe, luego, correr vista al fiscal para que se expida sobre la competencia del tribunal y la procedencia de la acción;
3. luego de contestada la vista por el fiscal, el juez debe expedirse sobre su competencia y, en particular, si la instancia judicial está o no habilitada;
4. si el juez cree que es competente, pero no se cumplieron los presupuestos de habilitación de la instancia judicial, debe rechazar la acción;
5. por el contrario, si el juez entiende que el proceso está debidamente habilitado, entonces debe correr traslado al Estado —Poder Ejecutivo— "por el plazo de treinta días o el mayor que corresponda, para que se opongan todas las defensas y excepciones dentro del plazo para contestar la demanda".

La Corte se expidió a favor de la constitucionalidad de este trámite en los autos "Cohen Arazi" (2007).

A su vez, ¿qué ocurre en aquellos *casos en que no es necesario habilitar la instancia judicial* (es decir, cuando no es necesario agotar las vías administrativas o, en su caso, interponer la acción judicial en el plazo de caducidad)?

La ley 25.344 dice que en tales casos "se cursará de igual forma y manera la notificación a la Procuración del Tesoro de la Nación con una anticipación no menor de treinta días hábiles judiciales al traslado de la demanda que se curse al organismo pertinente".

En este estado, cabe preguntarnos si el Estado —Poder Ejecutivo— puede, luego de que el juez resuelva que la instancia está debidamente habilitada, intentar por vía de las excepciones previas replantear el supuesto incumplimiento de los recaudos procesales —agotamiento de las vías administrativas y el plazo de caducidad—. Creemos que sí, pues el Estado —sin perjuicio de la comunicación preliminar del proceso a la Procuración del Tesoro— no tuvo oportunidad procesal de expresar sus argumentos sobre este aspecto. De todos modos, es conveniente aclarar que en la práctica los jueces sólo se expiden sobre la habilitación de la instancia luego del traslado y contestación de la demanda por el Estado.

Finalmente, la ley dice que este trámite (ley 25.344) no es aplicable a los procesos de amparo y sumarísimos.

III.3.2. El agotamiento de la vía administrativa

Una de las condiciones de admisibilidad de las acciones judiciales contra el Estado es que las personas legitimadas deben recurrir primero ante el propio Ejecutivo y, sólo luego, ante el Poder Judicial. Este trámite es conocido técnicamente como el agotamiento de las vías administrativas.

¿Cómo hacer para agotar las vías administrativas y cumplir así con este trámite de carácter previo, obligatorio y necesario? La LPA y su decreto reglamentario establecen diversas vías, según el objeto de impugnación. Este bloque normativo prevé los distintos remedios con el propósito, insistimos, de agotar las vías en el ámbito administrativo.

¿Cuáles son estos remedios? Hemos contestado este interrogante en el capítulo anterior sobre Procedimiento Administrativo.

III.3.3. El plazo de caducidad

Hemos dicho que el particular sólo puede acceder ante el juez si cumple con dos requisitos, a saber: el agotamiento de las vías administrativas y, luego, la presentación de las acciones judiciales dentro del plazo que prevé la ley —plazo de caducidad—.

¿Cuál es ese término? Dice el artículo 25 de la LPA que: "*la acción contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse dentro del plazo perentorio de noventa días hábiles judiciales*".

A su vez, la ley agrega que en el marco de los *recursos judiciales directos* —es decir, las acciones que se deben plantear directamente ante la Cámara de Apelaciones y no ante el juez de primera instancia—, el plazo es de treinta días hábiles judiciales —y no de noventa días— contados "desde la notificación de la resolución definitiva que agote las instancias administrativas".

Pero, ¿cuál es el sentido del plazo de prescripción en el ámbito del Derecho Público si las acciones contra el Estado deben iniciarse en el término perentorio de noventa días, según el artículo 25, LPA? En otros términos, ¿cuál es la razón de aplicar un plazo de prescripción (por ejemplo de dos o cinco años), si luego de transcurrido el término de noventa días el acto ya está firme y no es posible impugnarlo? En este contexto, parece ser que el plazo de prescripción es irrelevante.

En el Derecho Público, *el plazo de caducidad y su cumplimiento es el principio general, mientras que el plazo de prescripción es sólo excepcional*. Así, sólo en el marco de las excepciones no corre el plazo de caducidad, sino el de prescripción. Es decir, cuando no es necesario cumplir con el plazo de caducidad, entonces, nace el plazo de prescripción de las acciones.

Pues bien, en este contexto, es importante recordar *en qué casos no rige el plazo de caducidad* de las acciones.

En primer lugar, cuando la ley —LPA— prevé expresamente excepciones respecto de este plazo. Así, el artículo 32, LPA, no exige el agotamiento de las vías administrativas ni tampoco el cumplimiento del plazo de caducidad.

En segundo lugar, el plazo de caducidad tampoco corre en el caso de silencio de la Administración. En efecto, el texto del artículo 26 de la LPA dice que "la demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiriera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el artículo 10 y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción".

III.3.4. El cómputo del plazo de caducidad

El interrogante que intentaremos contestar en este apartado es ***cómo debemos computar el plazo de caducidad***. ¿Cuál es el punto de partida (es decir, el inicio del plazo)? Veamos los diferentes casos.

- a) En el marco de los actos administrativos de alcance particular, el plazo de caducidad debe contarse desde la notificación del acto que agotó las vías administrativas.
- b) En el caso de los actos administrativos de alcance general, el plazo debe computarse desde que se notificó el acto de rechazo del reclamo contra el acto de alcance general.
- c) Tratándose de actos administrativos de alcance general cuestionados por medio de actos individuales de aplicación, el plazo comienza a contarse a partir del día siguiente al de la notificación del acto que agotó las vías administrativas.
- d) En el caso de las vías de hecho, el plazo se computa desde que el comportamiento fue conocido por el interesado.
- e) En el marco de las omisiones, el término debe computarse desde el día posterior al de la notificación del rechazo expreso.

Cabe agregar que, en caso de silencio en cualquiera de los apartados (a), (b) y (c) de los párrafos anteriores, no corre el plazo de caducidad, sino sólo el de prescripción. En el supuesto que prevé el punto (e) —silencio estatal en el marco del reclamo— tampoco corre el plazo de caducidad. Por último, cuando el particular impugna un acto administrativo ilegítimo y, luego, finalizado el proceso judicial, resuelve reclamar la reparación por los daños y perjuicios, no existe plazo de caducidad; sin perjuicio, claro, del plazo de prescripción.

La Corte reconoció la constitucionalidad del plazo de caducidad en el precedente "Serra" (1993).

III.3.5. Los supuestos de suspensión e interrupción de los plazos

La LPA y su decreto reglamentario contienen —entre otros capítulos— el régimen de ***suspensión e interrupción*** de los plazos.

En particular, la LPA dice que "la interposición de recursos administrativos interrumpirá el curso de los plazos, aunque hubieren sido mal calificados, adolezcan de defectos formales

insustanciales o fueren deducidos ante órgano incompetente por error excusable" (artículo 1, inciso e, apartado 7).

Por su parte, el decreto reglamentario establece que "si a los efectos de articular un recurso administrativo, la parte interesada necesitare tomar vista de las actuaciones, quedará suspendido el plazo para recurrir... En igual forma a lo estipulado en el párrafo anterior se suspenderán los plazos previstos en el artículo 25 de la ley de procedimientos administrativos" (artículo 76).

En el caso de recursos optativos, su interposición —según el texto de la ley— suspende, pero no interrumpe el plazo del artículo 25 de la LPA (artículos 99 y 100 del decreto reglamentario); y otro tanto ocurre con las "actuaciones practicadas con intervención de órgano competente". Es decir, en este último caso, los plazos legales y reglamentarios deben suspenderse, "inclusive los relativos a la prescripción" (artículo 1, inciso e, apartado 9).

Por último, cabe recordar que la Corte en el precedente "Lagos, Alejandro" (2007) sostuvo que los reclamos innominados suspenden el plazo de prescripción en los términos del artículo 3986, CC, es decir, por un año. El actual Código Civil y Comercial sustituyó ese mandato por el art. 2541 cuyo texto dice que "el curso de la prescripción se suspende, por una sola vez, por la interpelación fehaciente hecha por el titular del derecho contra el deudor o el poseedor. Esta suspensión sólo tiene efecto durante seis meses o el plazo menor que corresponda a la prescripción de la acción".

III.4. El plazo para oponer excepciones y contestar demanda

Cabe aclarar en este estado de nuestro análisis que —según el Código Procesal Civil y Comercial— *el plazo para comparecer y contestar cuando la parte demandada es el Estado Nacional*, es de sesenta días.

Por su parte, la ley 25.344 agregó que el plazo para oponer las defensas y excepciones es de "de treinta días o el mayor que corresponda".

De modo que —en síntesis y según nuestro criterio—, los plazos para que el Estado oponga excepciones y conteste demanda son distintos. Así, el plazo de que dispone el Estado para contestar demanda es de sesenta días hábiles judiciales, y el plazo para oponer las excepciones previas es de treinta días hábiles judiciales dentro de ese plazo de sesenta días.

Sin embargo, más adelante, la ley de reforma del Código Procesal Civil y Comercial unificó el término para oponer excepciones y contestar demanda. Así, pues, el plazo actual es de sesenta días (excepciones y contestación de demanda).

Entonces, ¿qué régimen debemos aplicar en relación con el plazo para oponer excepciones, la ley 25.344 o el Código Procesal? Creemos que en el marco de los procesos judiciales contenciosos administrativos debe aplicarse la ley especial (es decir, la ley 25.344). De modo que el cuadro sigue en pie, esto es: treinta y sesenta días para oponer excepciones y contestar demanda, respectivamente.

Cabe señalar que otros operadores entienden que el Código derogó el plazo de treinta días para oponer excepciones y, consecuentemente, el Estado tiene el plazo común de sesenta días para oponer excepciones y contestar demanda. Vale advertir que éste es el criterio mayoritario.

III.5. Las medidas cautelares

Entre el inicio del proceso judicial (incluso con anterioridad a éste) y la resolución del conflicto, transcurre necesariamente un tiempo en el que las pretensiones pueden tornarse de difícil o imposible cumplimiento por distintas circunstancias. De modo que, aun cuando el juez finalmente reconozca el planteo del recurrente y sus derechos, puede ocurrir que el cumplimiento del fallo sea imposible.

Con el objeto de evitar esta situación, el ordenamiento procesal reconoce a los jueces el poder y, al mismo tiempo, el deber de proteger con carácter preventivo los derechos bajo debate. Este poder es ejercido por medio del instituto de las medidas previas o también llamadas cautelares que sólo procede por pedido de las partes y no de oficio por los jueces. En otros términos, las medidas cautelares permiten preservar el objeto del proceso y su eventual cumplimiento.

Así, el derecho de protección cautelar (esto es, la garantía de realización del decisorio judicial definitivo y el carácter útil de éste) constituye un derecho instrumental que se desprende del derecho de defensa y tutela judicial en términos ciertos y reales y, en particular, del derecho a una decisión fundada y a su cumplimiento.

Más aún, el proceso cautelar tiene un sentido fundamental en los procesos contenciosos administrativos puesto que permite lograr el equilibrio entre las prerrogativas del Estado, es decir el denominado régimen exorbitante —en el caso particular el carácter ejecutorio de sus actos— y los derechos y garantías de las personas.

Las medidas precautorias son de carácter *instrumental* porque constituyen simplemente herramientas utilizadas en el marco del proceso principal, y cuyo propósito es garantizar el dictado de la decisión judicial final en términos eficaces. Es decir, los instrumentos cautelares no son un fin en sí mismo. Estas medidas instrumentales son —además— *temporales* porque se extinguen cuando concluye definitivamente el proceso; y *provisorias* pues pueden ser modificadas por pedido de parte e incluso de oficio o, en su caso, levantarse cuando cesasen las circunstancias que le sirvieron de sustento.

III.5.1. El desarrollo en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos

Sin perjuicio de introducirnos en el cuadro jurídico específico de las medidas cautelares, cabe señalar que éstas encuentran fundamento en el propio texto constitucional y en los tratados internacionales, en particular, la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 8.1. —derecho a la tutela judicial efectiva—; y art. 25.1. —derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo antes los jueces o tribunales competentes—).

Cabe recordar que el art. 25 del reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), prevé la potestad de dictar medidas cautelares, con fundamento en los artículos 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA); 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); 18.b del Estatuto de la Comisión; y XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Los aspectos más relevantes de las medidas cautelares, en el marco de la Convención, son los siguientes: a) éstas pueden ser dictadas de oficio o por pedido de parte; b) proceden ante situaciones de gravedad y urgencia que constituyan un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente de decisión ante los órganos del Sistema Interamericano; c) protege a una persona o grupos de individuos; d) no supone un prejuzgamiento;

e) la Comisión debe evaluar periódicamente, de oficio o a pedido de parte, las medidas vigentes; y f) la Comisión puede adoptar las medidas de seguimiento que considere adecuadas.

Por otro lado, la Comisión puede solicitar ante la Corte IDH el dictado de medidas provisionales.

III.5.2. El marco jurídico anterior a la ley 26.854

Con anterioridad a la sanción de la ley específica sobre las medidas cautelares ([ley 26.854](#)), en el año 2013, el marco jurídico aplicable estaba integrado por las normas del derecho procesal privado ante el vacío normativo del Derecho Público. En particular, el artículo 230 CPCC — prohibición de innovar— y otros preceptos concordantes del mismo texto legal.

III.5.3. El régimen jurídico vigente. Su inconstitucionalidad. Los aspectos más relevantes (el ámbito de aplicación; el juez competente; el pedido cautelar; la provisionalidad y modificación de las medidas; la vigencia temporal; la aplicación del Código Procesal Civil y Comercial)

El vacío normativo antes descripto fue suplido por la ley regulatoria de las medidas cautelares en que el Estado central o sus entes descentralizados son parte —actora o demandada— (ley 26.854); sin perjuicio de que cabe aplicar el Código Procesal Civil y Comercial, siempre que no resulte incompatible.

Asimismo, la ley excluye de su ámbito de aplicación a las medidas cautelares en el proceso de amparo (ley 16.986); sin embargo, las reglas específicas sobre informe previo; plazo; y modificación e inhibitoria (ley 26.854), sí son aplicables al amparo.

Es importante resaltar, como paso previo, que la ley 26.854 es sumamente restrictiva de las medidas cautelares y que, por tanto, no cumple con los estándares constitucionales. En efecto, la ley dispone límites formales y sustanciales constitucionalmente inadecuados.

Así, por ejemplo, entre las **cortapisas formales**, cabe mencionar: a) la imposibilidad del juez incompetente de dictar medidas cautelares (salvo casos excepcionales); b) el carácter bilateral (esto es, el informe previo del Estado, sin perjuicio de la potestad del juez de dictar medidas interinas); c) la caducidad de las medidas cautelares autónomas, tras el transcurso del plazo de diez días desde la notificación del acto que agotó las vías administrativas; d) los efectos suspensivos del recurso de apelación contra la providencia cautelar que suspende los efectos de una disposición legal o reglamentaria de igual rango jerárquico (salvo, los casos excepcionales).

Respecto de las **limitaciones sustanciales**: a) la improcedencia de las medidas cautelares si coinciden con el objeto de la demanda principal; b) el plazo de vigencia de las cautelares (sin perjuicio de las excepciones); c) la procedencia de la caución juratoria, sólo en los casos de excepción (sectores socialmente vulnerables; derechos a la vida; la salud; de naturaleza alimentaria y ambiental); d) las condiciones de procedencia de las medidas cautelares suspensivas (la ejecución debe causar "perjuicios graves de imposible reparación ulterior" y, a su vez, la suspensión no debe producir "efectos jurídicos o materiales irreversibles"), y positivas (por ejemplo, el "deber jurídico, concreto y específico"); e) el agotamiento de las vías administrativas previas con el objeto de solicitar la suspensión de un acto general o particular (es decir, la solicitud

previa ante la Administración); f) el pedido del levantamiento de la suspensión del acto estatal por la entidad pública, sin perjuicio de la responsabilidad por los daños que cause la ejecución de aquél.

Repasemos los capítulos más relevantes del texto legal.

El ámbito de aplicación. La ley comprende "las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u omisión del Estado nacional o sus entes descentralizados, o solicitadas por éste..." (art. 1).

En sentido concordante, el apartado 2, del art. 2, se refiere a "la providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados...". A su vez, el art. 10 describe "las medidas cautelares dictadas contra el Estado nacional o sus entidades descentralizadas". El siguiente artículo exime de la contracautela al "Estado nacional o una entidad descentralizada del Estado nacional". Asimismo, el artículo 16 de la ley establece que "el Estado nacional y sus entes descentralizados podrán solicitar la protección cautelar en cualquier clase de proceso". Por su parte, el art. 17 se refiere al "Estado nacional o sus entidades descentralizadas que tengan a cargo la supervisión, fiscalización o concesión de tales servicios o actividades" (servicios públicos o actividades de interés público).

El texto normativo utiliza los conceptos jurídicos de "Estado nacional" y "entes descentralizados", con matices menores.

Es decir, el legislador siguió un criterio claramente subjetivo sobre el ámbito de aplicación (el estándar es, por tanto, el sujeto actor o demandado, y no el ejercicio de las funciones administrativas); y excluyó implícitamente a los sujetos privados en ejercicio de facultades administrativas (por ejemplo, los concesionarios de servicios públicos o los permisionarios con delegación de potestades estatales) y, asimismo, a las personas jurídicas públicas no estatales y a las sociedades y empresas estatales.

En conclusión, la ley regulatoria de las medidas cautelares incluye al Estado central y a las entidades descentralizadas autárquicas y no autárquicas (Empresas del Estado y Sociedades del Estado).

El juez competente. En general, las normas procesales reconocen el poder de los jueces de dictar medidas cautelares, aun cuando fuesen incompetentes para resolver la pretensión principal, en razón del carácter urgente de tales medidas. En efecto, las resoluciones cautelares exigen una respuesta sin dilaciones por parte del juez; por eso, no es razonable detenerse en cuestiones de competencia sino actuar inmediatamente. Sin embargo, la ley modifica este criterio inveterado y le prohíbe al juez incompetente decretar medidas cautelares.

Por eso, el juez —al estudiar la medida cautelar— debe expedirse previamente sobre su competencia si no lo hubiese hecho antes y, en caso de saberse incompetente, abstenerse de resolver.

Sin embargo, el legislador introdujo una excepción que luego se repite en varios de los capítulos restrictivos de la ley. ¿En qué consiste esta excepción? Cuando se trate de sectores socialmente vulnerables (sujetos); vida digna (objeto); salud (objeto); derechos de naturaleza alimentaria (objeto) y ambientales (objeto).

En estos casos, el juez incompetente está autorizado a decretar medidas cautelares, sin perjuicio de remitir las actuaciones inmediatamente al juez competente, quien debe expedirse nuevamente sobre el mandato cautelar ya ordenado (alcance y vigencia), en el plazo máximo de cinco días.

Cabe agregar que tales excepciones (sectores vulnerables, vida digna, derechos alimentarios y ambientales) permiten exceptuarse de: a) el juez competente; b) el plazo de seis meses; c) el informe previo; d) las cauciones reales o personales; y e) el efecto suspensivo del recurso de apelación cuando se trate de disposiciones legales, o reglamentarias de igual rango jerárquico. Sin embargo, no está previsto respecto de los siguientes capítulos: a) la caducidad de las medidas cautelares autónomas ordenadas durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa (en cuyo caso caen automáticamente a los diez días de la notificación del acto de agotamiento); b) la no afectación de bienes ni recursos propios del Estado; c) los requisitos de cumplimiento sumamente dificultoso —trátese de suspensión de actos, medidas positivas o de no innovar—.

Por nuestro lado, creemos que debe aceptarse que cualquier juez (competente o incompetente) decreta las medidas cautelares pertinentes, siempre que se trate de un derecho fundamental.

Finalmente, la ley establece que "todo conflicto de competencia planteado entre un juez del fuero contencioso administrativo y un juez de otro fuero, será resuelto por la Cámara Contencioso Administrativo Federal; mientras que cuando el conflicto de competencia se suscitare entre la Cámara Contencioso Administrativo y un juez o Cámara de otro fuero, el conflicto será resuelto por la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal" (art. 20). Cabe aclarar que en tanto no se haya constituido la Cámara Federal de Casación, tales conflictos (entre la Cámara Contencioso Administrativo y jueces de otro fuero) deben resolverse por la Corte.

El pedido cautelar. El sentido de la medida cautelar es asegurar el objeto del proceso principal y puede ser solicitada antes de la demanda, con el escrito de inicio, o posteriormente. A su vez, el pedido cautelar debe contener: el derecho o interés del particular; el perjuicio que se quiere evitar en términos claros y precisos; las actividades estatales cuestionadas; el tipo de medida solicitada; y, finalmente, el cumplimiento de los requisitos legales.

La provisionalidad y modificación de las medidas cautelares. Por un lado, las medidas cautelares solo subsisten durante "su plazo de vigencia" (*provisionalidad*). Por el otro, el juez puede otorgar una medida cautelar distinta a aquella solicitada por el particular o incluso limitarla, siempre que se evite un perjuicio innecesario al interés público; y teniendo presente, además, el derecho a proteger y el perjuicio a evitar (*modificación*).

Por ejemplo, si el Estado dicta un acto de cesantía de un agente estatal y éste solicita una medida cautelar cuyo objeto es la suspensión del cese (restitución al puesto de trabajo y pago de los haberes correspondientes), el juez puede ordenar su reincorporación pero en otro puesto de trabajo (es decir, otorgar una medida distinta, siempre que preserve el interés público y el derecho del recurrente).

Sin embargo, el legislador respecto de la potestad judicial de otorgar una medida cautelar distinta a aquella solicitada, sólo ha tenido presente el interés público como fundamento y no así el interés del particular (art. 3); sin perjuicio del derecho de las partes de solicitar la ampliación, mejora o sustitución, luego de su otorgamiento (art. 7).

A su vez, las partes pueden solicitar su levantamiento, cuando hubiesen cesado o modificado las circunstancias determinantes (art. 6)

Por su parte, el Estado puede requerir su sustitución por otra menos gravosa, siempre que garantice debidamente el derecho controvertido (art. 7, segundo párrafo). Y el beneficiario puede requerir su ampliación, mejora o sustitución, siempre que probase que la medida decretada no cumple debidamente con su finalidad (art. 7, primer párrafo).

Es decir, la ley establece que "el juez o tribunal, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al interés público, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o

limitarla, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho que se intente proteger y el perjuicio que se procura evitar" (art. 3, apartado 4). A su vez, "quien hubiere solicitado y obtenido una medida cautelar podrá pedir su ampliación, mejora o sustitución, justificando que ésta no cumple adecuadamente la finalidad para la que está destinada. Aquél contra quien se hubiere decretado la medida cautelar podrá requerir su sustitución por otra que le resulte menos gravosa, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho de quien la hubiere solicitado y obtenido" (art. 7, apartados 1 y 2).

El juez, antes de resolver el pedido de modificación (sustitución, ampliación o mejora de la medida cautelar), debe correr traslado a la otra parte por el término de cinco días.

La vigencia temporal de las medidas cautelares. Uno de los aspectos más controvertidos en términos constitucionales es el carácter temporal de las medidas ordenadas por el juez, según el mandato legislativo. Ciertamente es que el juez —en el marco del régimen anterior— podía otorgar una medida cautelar por tiempo determinado (es decir, por un plazo cierto o por el acontecimiento de un hecho cierto). Sin embargo, en el texto legal vigente el juez no puede otorgar medidas cautelares por un plazo mayor de seis meses, de modo que el derecho controvertido puede tornarse ilusorio si el juez en ese tiempo no se pronuncia sobre el fondo del asunto. Por su parte, en los procesos sumarísimos y en el juicio de amparo el plazo máximo es de tres meses.

El plazo puede prorrogarse por otro término no mayor de seis meses, y siempre que estén presentes las siguientes circunstancias: a) solicitud de parte; b) valoración del interés público; c) carácter indispensable; y d) actitud dilatoria o impulso procesal del beneficiario. Así, "al vencimiento del término fijado, a petición de parte, y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el tribunal podrá, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis meses, siempre ello resultare procesalmente indispensable" (art. 5, tercer párrafo).

Así, entonces, la vigencia de las cautelares es de seis meses, más otros seis (procesos ordinarios) y de tres meses, más otros tres, en los procesos sumarísimos y de amparo.

A su vez, el plazo no rige en los casos de excepción (sectores socialmente vulnerables; vida digna; salud; derecho alimentario y ambiental).

El fundamento de esta regla ha sido que los jueces habitualmente han otorgado medidas cautelares por tiempo indeterminado, en perjuicio del Estado. En este contexto, vale recordar que la Corte en el precedente "Clarín" sostuvo que corresponde establecer un límite razonable a las medidas cautelares. En este proceso se debatió sobre la constitucionalidad de los arts. 41 —prohibición de transferir licencias—; 45 —cantidad de licencias— y 161 —plazo de adecuación—, de la Ley de Medios de Comunicación Audiovisual. Así, el Tribunal dijo que la medida cautelar que suspendió la aplicación de la ley "tiene una significativa incidencia sobre el principio constitucional... ningún juez tiene en la República Argentina el poder de hacer caer la vigencia de una norma *erga omnes* ni nunca la tuvo desde la sanción de la Constitución de 1853/60. Si no la tiene en la sentencia que decide el fondo de la cuestión, *a fortiori* menos aún puede ejercerla cautelarmente".

Pues bien, en el modelo anterior cabía preguntarse sobre la provisionalidad o temporalidad de las medidas cautelares y su razonabilidad, pues el juez —muchas veces— ordenaba tales medidas sin plazo. Sin embargo, en el modelo actual, la protección cautelar —aún cuando hubiese sido otorgada— es limitada en el tiempo y, por tanto, es posible que se planteen situaciones de desprotección. Por ejemplo, a) el vencimiento del plazo (transcurrido el año); o b) los efectos suspensivos del recurso de apelación interpuesto "contra la providencia cautelar que suspenda... los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico". Cabe recordar

que en el marco del CPCC el recurso de apelación contra las medidas cautelares se concede con efecto devolutivo (art. 198, último párrafo).

La aplicación del Código Procesal Civil y Comercial (CPCC). La ley establece que corresponde aplicar las reglas del Código Procesal siempre que sean compatibles con este régimen jurídico. Así, pues, en caso de indeterminaciones, particularmente ante el caso administrativo no previsto (lagunas), debe recurrirse al Código Procesal Civil y Comercial.

Por ejemplo, respecto de los recursos de apelación y sus efectos. Aquí, la ley establece que "el recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2, inciso 2"). Pero, ¿qué ocurre respecto de los efectos del recurso de apelación contra las medidas cautelares positivas o de no innovar ordenadas por el juez? En tal caso, debemos aplicar el art. 198, CPCC —antes mencionado—.

III.5.4. La aplicación de la ley 26.854 al amparo. Las medidas cautelares y la percepción de las rentas públicas. Las medidas cautelares sobre los bienes o recursos del Estado

En primer lugar, no cabe aplicar la [ley 26.854](#) a los procesos de amparo (art. 19), salvo los siguientes trámites: a) la producción del informe previo por parte del Estado (tres días); b) la vigencia temporal de las cautelares (tres meses, más el período de prórroga); c) la modificación de las cautelares a pedido de las partes, previo traslado a la otra por el plazo de tres días; y d) la resolución de los conflictos de competencia por el fuero contencioso administrativo federal.

Pues bien, el resto de las cuestiones en relación con el amparo y las cautelares debe regirse, básicamente, por la [ley 16.986](#) y el Código Procesal Civil y Comercial.

Cabe recordar que la [ley 16.986](#) —respecto de las cautelares— establece que "sólo serán apelables... las [resoluciones] que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado. El recurso deberá interponerse dentro de 48 horas de notificada la resolución impugnada y será fundado, debiendo denegarse o concederse en ambos efectos dentro de las 48 horas. En este último caso se elevará el expediente al respectivo Tribunal de Alzada dentro de las 24 horas de ser concedido. En caso de que fuera denegado, entenderá dicho Tribunal en el recurso directo que deberá articularse dentro de las 24 horas de ser notificada la denegatoria, debiendo dictarse sentencia dentro del tercer día" (art. 15). Sin perjuicio del carácter suspensivo (ambos efectos) que prevé el texto legal, los jueces le han reconocido efecto no suspensivo al recurso de apelación contra las providencias que otorgan medidas cautelares; de modo que el decisorio cautelar sigue vigente.

A su vez, la [ley 16.986](#) añade que "son supletorias de las normas precedentes las disposiciones procesales en vigor", es decir, el Código Procesal Civil y Comercial.

En segundo lugar, debemos preguntarnos qué ocurre respecto de la percepción de las rentas públicas y las decisiones cautelares. La Corte sostuvo —de modo reiterado— que en materia de reclamos y cobros fiscales debe adoptarse un criterio de particular estrictez en el examen y concesión de las medidas suspensivas. En efecto, el Tribunal afirmó que cuando las medidas cautelares afectasen la percepción de las rentas públicas debe evitarse su concesión porque puede incidir en la política económica del Estado y en los intereses de la comunidad.

Otro aspecto vinculado con las rentas públicas es el eventual embargo de éstas. La [ley 26.854](#) establece que "los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice,

comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado". En verdad, este texto reproduce el artículo 195, último párrafo, del Código Procesal.

III.5.5. Las medidas cautelares y el agotamiento de las vías administrativas. El pedido cautelar previo y obligatorio ante la Administración Pública

Sigamos con el análisis de otras cuestiones procesales respecto de las medidas cautelares. Así, ¿es necesario agotar las vías administrativas para peticionar ante el juez el dictado de las medidas cautelares? Evidentemente no, pues las legislaciones habitualmente regulan medidas cautelares autónomas (esto es, desvinculadas *temporalmente* del proceso judicial); y, en igual sentido, del trámite del agotamiento de las vías administrativas. Es decir, el planteo cautelar es independiente del procedimiento principal y sus respectivos pasos (entre éstos, el agotamiento de las vías administrativas).

¿Debe, al menos, agotarse las vías administrativas específicamente en relación con el planteo cautelar (es decir, en primer lugar hacer el planteo cautelar ante el propio Poder Ejecutivo y, sólo luego, en segundo lugar, ir ante el juez, más allá del planteo principal)? Entendemos que en el plano teórico no, porque si fuese así el instituto procesal de las medidas cautelares no cumpliría debidamente el propósito de proteger preventivamente y en tiempo oportuno los derechos de las personas.

Quizás, un ejemplo nos permita analizarlo con mayor claridad. Si el Poder Ejecutivo dicta un acto sancionador (la suspensión en el trabajo por diez días) en perjuicio de un agente público; éste debe recurrir el acto (planteo de fondo sobre su nulidad) en sede administrativa y, tras ello, ir a las vías judiciales. ¿Es posible que planté directamente el otorgamiento de una medida cautelar, más allá del trámite principal? Sí, y es plausible hacerlo en las instancias administrativas y judiciales. ¿Cuál es el objeto del pedido cautelar? La suspensión del acto sancionador y, por tanto, la reincorporación provisoria. A su vez, ¿cuál es el objeto de la pretensión de fondo (nulidad del acto)? La reincorporación definitiva y el pago de los salarios caídos. Pues bien, si el agente solicita el dictado de una medida cautelar no es necesario que haya agotado las instancias administrativas por el planteo de fondo (nulidad del acto sancionador) y, desde nuestro parecer, tampoco debe recurrir el planteo cautelar con carácter previo ante el Poder Ejecutivo, de modo que es posible ir directamente a las vías judiciales.

Sin embargo, la [ley 26.854](#) dispone que "el pedido de suspensión judicial de un reglamento o de un acto general o particular, mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa, solo será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y la decisión de ésta fue adversa a su petición, o que han transcurrido cinco días desde la presentación de la solicitud sin que ésta hubiera sido respondida".

Es razonable preguntarse también si corresponde agotar las vías administrativas en otros supuestos distintos (cuestionamientos de otras conductas estatales). Recordemos que la ley dice que "el pedido de suspensión judicial de un reglamento o de un acto general o particular, mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa, solo será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración". Por ejemplo, ¿en el caso del reclamo administrativo previo (art. 30, LPA), esto es, *omisiones estatales*, es necesario agotar las vías administrativas si se tratase de un pedido cautelar? Entendemos que no, porque *el agotamiento de las vías debe interpretarse —según los principios constitucionales y convencionales— con carácter restrictivo*. Así, solo cabe agotar las vías administrativas previas cuando se tratase de la suspensión de reglamentos o actos.

III.5.6. La medida cautelar de suspensión de los actos estatales

El [art. 13](#) de la [ley 26.854](#) señala que procede la suspensión de una ley, reglamento, acto general o particular, cuando sea pedido por parte interesada y se cumplan los siguientes requisitos:

- a) el cumplimiento cause *perjuicios graves de imposible reparación ulterior*, acreditado sumariamente;
- b) la *verosimilitud del derecho*;
- c) la *verosimilitud de la ilegitimidad* por existir indicios serios y graves;
- d) la *no afectación del interés público*; y, a su vez,
- e) la *suspensión judicial no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles*.

Asimismo, el encabezamiento señala que tales requisitos deben concurrir simultáneamente.

Por nuestro lado, creemos que el texto vigente restringe el otorgamiento de las medidas cautelares por varios motivos:

1. La ley exige que la ejecución de la decisión estatal cause *perjuicios* graves sobre los derechos del particular; pero —además— de *reparación imposible*. Es decir, el acto estatal debe causar no solo un daño grave sobre las personas y sus derechos, sino también irreparable.

A su vez, cabe preguntarse qué debe interpretarse por reparaciones imposibles. ¿Cuándo es imposible recomponer un daño? ¿Cuál es el baremo para medir estos extremos de posibilidad/imposibilidad? Por nuestro lado, creemos que este criterio no debe rellenarse con contenido económico (esto es, la posibilidad o no de indemnizar que, por cierto, el Estado en principio siempre puede hacerlo); si no desde la perspectiva de la sustantividad o esencialidad de los derechos. De tal modo, si la decisión estatal lesionase o pudiese lesionar ese núcleo, entonces, el daño debe interpretarse de carácter irreparable.

2. La *verosimilitud del derecho y de la ilegitimidad* son, en principio, dos ideas complementarias. Esto es, la apariencia del derecho supone en este contexto reconocer —en principio— la ilegitimidad de las decisiones estatales; y, en sentido inverso, la apariencia de la ilegitimidad nos permite construir con mayores certezas el carácter verosímil del derecho planteado.

Por eso, en el derecho procesal administrativo —antes de la sanción de la [ley 26.854](#)—, los requisitos eran la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. ¿Por qué, entonces, el legislador incluyó la verosimilitud de la ilegitimidad? Según nuestro criterio, porque intentó reforzar la exigencia del derecho aparente. En efecto, el derecho debe ser tan aparente y cierto —según el criterio legislativo— que fuerce el carácter ilegítimo de la decisión estatal. A su vez, la verosimilitud de la ilegitimidad es un requisito complejo porque las decisiones estatales se presumen legítimas. Sin embargo, cabe aclarar que la *verosimilitud del derecho* es un juicio de probabilidad y no de certeza sobre las pretensiones del recurrente.

A su vez, la exigencia de ambos requisitos de verosimilitud (derecho del particular e ilegitimidad del acto estatal) rompe el equilibrio o balance entre estos presupuestos. Es decir, en principio, si el derecho es verosímil, no es necesario exigir verosimilitud de ilegitimidad sino una apariencia menor de este último extremo; y, por el contrario, si la ilegitimidad es verosímil, es

posible requerir menor verosimilitud del derecho. Sin embargo, el texto legal exige igual grado de certeza (verosimilitud) a ambos presupuestos y, en tal sentido, sigue un criterio restrictivo.

3. La *no afectación del interés público* es una condición necesaria y razonable, pero el legislador debió prever mayores precisiones sobre este concepto ciertamente indeterminado.

4. A su vez, el legislador incorporó otro requisito más, a saber: *la suspensión judicial no puede causar efectos* —jurídicos o materiales— *irreversibles*.

Por tanto, no solo es necesario que se acredite que: a) el cumplimiento cause perjuicios graves e irreparables; b) la no afectación del interés público; c) la verosimilitud del derecho y de la ilegitimidad de la decisión estatal; sino —además— d) la suspensión no puede producir consecuencias irreversibles.

5. Asimismo, aquí no se excluye del cumplimiento de estos requisitos estrictos y claramente restrictivos a los sectores socialmente vulnerables; a la vida digna; a la salud y a los derechos de naturaleza alimentaria o ambiental.

Entendemos que el razonamiento, en términos útiles o prácticos, debe apoyarse en el análisis comparativo de los siguientes extremos:

- 1) cuál es el daño causado o que puede causar el cumplimiento del acto (ley, reglamento o acto propiamente dicho);
- 2) cuál es el daño que puede causar la suspensión de aquél;
- 3) cuál de los supuestos anteriores es más grave desde el andarivel de los intereses públicos — derechos de los otros—; y, luego,
- 4) este criterio —el balance entre los daños— debe ser sopesado con el derecho del recurrente, su verosimilitud y la ilegitimidad.

Por ejemplo, si el Estado decide revocar el permiso de comercialización de productos medicinales simplemente por incumplimiento de los estándares de distribución de éstos — periodicidad en el proceso—; y el acto estatal (revocación del permiso) causa o puede causar graves perjuicios —quizás irreparables— en el nombre e imagen del laboratorio responsable de la elaboración y comercialización del producto; entonces: el derecho y el peligro individual es mayor (derecho individual) y el interés público menor (el derecho de los otros).

Cabe señalar que, en este caso, el interés colectivo es simplemente el cumplimiento de los estándares de distribución de los productos medicinales. Es decir, el derecho de los otros es más distante y difuso, siempre que el laboratorio provea los medicamentos necesarios.

Por el contrario, si el Estado revocó el permiso porque el producto no cumple con los estándares de calidad y puede, así, lesionar la salud de las personas; entonces, el derecho del titular del permiso de distribuir y comercializar el producto es más difuso e incierto, y el daño que causa o puede causar el acto estatal de suspensión del permiso es, en igual sentido, menor y débil. A su vez, el interés colectivo —en este caso: el derecho a la salud de las personas— es más fuerte, y el daño que cause o pueda causar es claramente mayor.

En conclusión, el edificio dogmático de las medidas cautelares (suspensión de los actos estatales), igual que cualquier otro instituto jurídico, debe construirse y pensarse desde los derechos y sus conflictos (ciertos y eventuales), según el marco constitucional vigente.

Otro aspecto importante es saber quién debe probar los extremos que define la ley en el marco de las cautelares. Evidentemente, el pretendiente es quien —en principio— debe acreditar que el cumplimiento causa graves perjuicios de imposible reparación ulterior; así como la verosimilitud del derecho y de la ilegitimidad; y, finalmente, la no afectación del interés público.

Por su parte, el Estado debe probar que la suspensión judicial produce efectos jurídicos o materiales irreversibles.

Cabe añadir que "el pedido de suspensión judicial de un reglamento o de un acto general o particular, mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa, sólo será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y que la decisión de ésta fue adversa a su petición, o que han transcurrido cinco días desde la presentación de la solicitud sin que ésta hubiera sido respondida" (art. 13, apartado 2). Aquí nos remitimos al punto III.5.5.

A su vez, la ley establece que "la providencia que suspenda los efectos de un acto estatal será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa". Luego añade que "el recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2, inciso 2" (art. 13, apartado 3).

Por otro lado, el legislador prevé la solicitud del levantamiento de la suspensión del acto estatal por el Estado cuando se invoque un grave daño al interés público. En efecto, "la entidad pública demandada podrá solicitar el levantamiento de la suspensión del acto estatal en cualquier estado del trámite, invocando fundamente que ella provoca un grave daño al interés público. El tribunal, previo traslado a la contraparte por cinco días, resolverá el levantamiento o mantenimiento de la medida. En la resolución se declarará a cargo de la entidad pública solicitante la responsabilidad por los perjuicios que irroge la ejecución, en el supuesto en que se hiciere lugar a la demanda o recurso" (art. 13, apartado 4).

III.5.7. Las medidas cautelares de no innovar

La ley, además de regular específicamente la suspensión de los actos estatales, establece el marco jurídico general de las medidas de no innovar (art. 15).

En este caso, los requisitos que deben concurrir simultáneamente son los siguientes:

- a) los perjuicios graves e irreparables causados por la conducta material de la Administración, acreditados sumariamente;
- b) la verosimilitud del derecho;
- c) la verosimilitud de la ilegitimidad;
- d) la no afectación de un interés público; y, a su vez,
- e) la suspensión no cause efectos irreversibles —materiales o jurídicos—.

Es claro que la medida de no innovar está pensada frente a los hechos materiales de la Administración supuestamente lesivos de derechos (es decir, *las vías de hecho*). El objeto, por tanto, es el cese de los hechos materiales ilegítimos (*conductas materiales irregulares*).

Así, tratándose de la suspensión de las decisiones estatales formales (ley, reglamento y acto) debe aplicarse el artículo 13; y, por su lado, si el objeto cautelar es la suspensión de las conductas materiales de la Administración, entonces, debe seguirse el artículo 15 de la ley recién descripto.

Finalmente, la ley añade que "las medidas de carácter conservatorio no previstas en esta ley, quedarán sujetas a los requisitos de procedencia previstos en este artículo".

III.5.8. Las medidas cautelares innovadoras (medidas positivas). Los requisitos. El carácter restrictivo (el deber cierto y específico; el incumplimiento claro e incontestable; y la posibilidad fuerte sobre la existencia del derecho controvertido)

Las medidas innovadoras son aquellas que modifican las situaciones preexistentes y, por tanto, reconocen nuevos derechos con alcance transitorio, obligándole al Estado a actuar provisionalmente.

Asimismo, y con cierta razonabilidad, las medidas innovadoras se relacionan con los derechos sociales y los nuevos derechos; y, por otro lado, las medidas de no innovar con los derechos individuales. Ello es así, pues las medidas innovadoras se construyen desde las omisiones estatales (por ej., el incumplimiento del deber de proveer medicamentos) y, por tanto, el particular (titular del derecho) pretende que el Estado modifique ese estado de cosas y que el juez le obligue a hacer o dar.

La ley regula las medidas positivas en su art. 14 y las define como aquellas cuyo objeto consiste en "imponer la realización de una determinada conducta a la entidad pública demandada". A su vez, los requisitos de procedencia son los siguientes:

- a) el incumplimiento —claro e incontestable— de un deber jurídico concreto y específico;
- b) la fuerte posibilidad de que exista el derecho del solicitante a una prestación o actuación positiva de la autoridad pública;
- c) los perjuicios graves de imposible reparación ulterior;
- d) la no afectación del interés público; y, a su vez,
- e) la medida solicitada no tenga efectos irreversibles (materiales o jurídicos).

Estos presupuestos deben ser concurrentes (primer párrafo, art. 14). Asimismo, el texto normativo agrega que "estos requisitos regirán para cualquier otra medida de naturaleza innovativa no prevista en esta ley".

En primer lugar, es claro advertir que razonablemente los presupuestos no se superponen con las condiciones propias de las medidas de no innovar ni las de suspensión de los actos estatales.

Más puntualmente, sí coinciden en cuanto a los perjuicios graves e irreparables por las conductas estatales (acciones u omisiones); la no afectación del interés público en razón de la decisión judicial; y, a su vez, los efectos irreversibles de la eventual suspensión.

El punto crítico de distinción es el derecho del particular y el deber estatal de no interferir; o —en su caso— el derecho de exigir prestaciones y el deber estatal de actuar. Es más, en el marco del art. 13 (suspensión del acto) la ilegitimidad estatal debe ser verosímil; mientras que en el contexto del art. 14 (medidas positivas) el incumplimiento del Estado debe ser claro e incontrastable, y siempre que se trate, además, de un deber concreto y específico. De modo que aquí, según la ley, el derecho debe ser más verosímil. ¿Por qué? Porque la medida cautelar altera el estado de cosas por ser innovadora. Sin embargo, creemos que este criterio no es razonable ya que este instituto —igual que cualquier otro— debe construirse desde los derechos y no desde el poder y sus bases.

En segundo lugar, el deber estatal nace de las reglas y principios jurídicos de un modo específico y concreto o, muchas veces, de modo inespecífico, impreciso y general. En cualquier caso, el Estado está obligado a cumplir con ese mandato. Quizás, sí sea razonable preguntarse —en razón del carácter concreto o general del mandato— cuál es el nivel que cabe reclamársele al Estado, pero de todos modos ese deber existe en el mundo jurídico (principios o reglas) y, por tanto, debe ser cumplido. Sin embargo, la ley solo prevé el dictado de medidas cautelares (esto es, mecanismos de protección preventiva ante el incumplimiento estatal) cuando se trate de deberes jurídicos "concretos y específicos".

En otros términos: cuando el Estado incumple un deber jurídico, pero inespecífico, según el mandato constitucional o legal, entonces, el juez debe rechazar la tutela o protección cautelar. Es simple advertir que esta regla vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, los derechos sustanciales de las personas.

En tercer lugar, la ley exige que el incumplimiento estatal de ese deber (concreto y específico) sea "*claro e incontestable*". Este requisito es propio del pronunciamiento sobre el fondo, pero inapropiado en el marco de las medidas cautelares. En efecto, en el plano cautelar el examen del juez versa sobre simples probabilidades y no certidumbres.

En cuarto lugar, la ley parece reafirmar su criterio restrictivo, pues tras exigir el deber "concreto y específico" y el incumplimiento "claro e incontrastable" que, tal como señalamos, nos lleva al derecho cierto y, por tanto, impropio en el marco de las medidas cautelares; añade, luego, como presupuesto la "fuerte posibilidad de que el derecho del solicitante... exista".

En quinto lugar, la ley también exige aquí perjuicios graves e irreparables causados por el incumplimiento del deber estatal y que, además, la medida que eventualmente ordene el juez no cause efectos irreversibles.

En síntesis, el cuadro a cumplir es el siguiente: 1) el deber cierto y específico del Estado; 2) el incumplimiento claro e incontestable de éste, 3) la fuerte posibilidad de que exista el derecho del recurrente; 4) los perjuicios graves de imposible reparación ulterior o irreversibles; y, finalmente, 5) la no lesión al interés público.

III.5.9. Las medidas cautelares y su coincidencia con la pretensión principal

Cabe preguntarse, ¿las medidas cautelares proceden cuando su contenido coincide sustancialmente con las pretensiones principales de los recurrentes (es decir, el objeto de fondo del proceso)? Por ejemplo, si el planteo principal es la nulidad del acto de expulsión de un agente

público y, por tanto, su reincorporación, el pedido cautelar (reincorporación provisoria) coincide en términos sustanciales con aquél. ¿Es posible, entonces, dictar las medidas cautelares respectivas?

Por nuestro lado, creemos que no existe impedimento en este sentido. Es más, el juez debe otorgar las medidas cautelares si se cumplen los recaudos legales, más allá de su superposición o no con el objeto principal del proceso.

A su vez, no es razonable sostener que el juez prejuzga, pues sólo resuelve con carácter provisorio —en el entendimiento de que ello es así—, y sin condicionar su imparcialidad y objetividad en el trámite del proceso y en la resolución del caso.

Sin embargo, la ley 26.854 dice expresamente que "las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal" (art. 3, apartado 4). Es evidente que, con el propósito de salvar la inconstitucionalidad de este mandato legislativo, debe extremarse el análisis comparativo y las diferencias entre las pretensiones cautelares y las de fondo (por ejemplo, distinguir entre el hecho de no aplicar el acto de modo transitorio o definitivo, esto es: suspensión y nulidad de los actos estatales).

III.5.10. El carácter unilateral o bilateral de las medidas cautelares. El criterio legal. El informe previo y su trámite. El plazo. Las excepciones. Las medidas interinas

Sigamos con el análisis de otros aspectos que rodean las medidas cautelares y nos permiten construir una teoría dogmática de este instituto procesal. Así, ¿el trámite de las medidas cautelares en los procesos contenciosos debe ser bilateral o no? Es decir, ¿el juez debe, antes de resolver, correr traslado al Estado?

El criterio procesal clásico es la unilateralidad. Así, el artículo 199 del Código Procesal establece como principio que las medidas cautelares deben ordenarse y cumplirse sin traslado. Y el artículo 198 del Código Procesal es muy claro cuando dice que "las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte. Ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento". Es decir, el juez debe expedirse sobre la medida cautelar, sin audiencia ni conocimiento de la otra parte.

Sin embargo, la [ley 26.854](#) establece el principio de la bilateralidad. En efecto, "el juez, previo a resolver, deberá requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido", salvo que se tratase de sectores socialmente vulnerables, vida digna, salud o derechos de naturaleza alimentaria o ambiental (art. 4).

¿Cuál es el trámite del informe previo? Por un lado, el informe es —según el texto de la ley— un verdadero acto de defensa, en tanto el Estado puede expedirse sobre las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida y, además, acompañar las constancias documentales de que intente valerse. Es decir, el trámite comprende argumentación y pruebas.

A su vez, el plazo en que el Estado debe elaborar y presentar su informe es de cinco días, salvo en los procesos de amparo o sumarísimos, en cuyo caso el término es de tres días.

¿Puede el juez dictar una medida cautelar antes de la presentación del informe estatal? Sí, la ley prevé que "solo cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez o tribunal podrá dictar una medida interina cuya eficacia se extenderá hasta el momento

de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción" (art. 4, apartado 1).

Es claro entonces que el alcance de la medida interina es previa a la cautelar y, además, transitoria, pues caduca con la presentación del informe o el vencimiento del plazo respectivo (esto es, cinco o tres días). Evidentemente, el criterio legislativo es desacertado porque la medida interina debiera mantenerse hasta tanto el juez resuelva si procede o no la medida cautelar.

En síntesis, el juez debe resolver las medidas cautelares luego del traslado al Estado, sin perjuicio de las medidas interinas o precautelares.

III.5.11. Las contracautelas. El Código Procesal Civil y Comercial. La ley específica

También debemos analizar otro de los institutos relacionados directamente con las cautelares judiciales, esto es: las contracautelas. Pero, ¿en qué consiste la contracautela?

Recordemos, en primer lugar, las reglas del Código Procesal Civil y Comercial vigente. El artículo 199, CPCC, dice que las medidas cautelares deben ser ordenadas bajo la responsabilidad de la parte solicitante que deberá dar caución por las costas y daños y perjuicios que pudiese ocasionar. A su vez, la caución puede ser juratoria, personal o real.

Por su parte, el artículo 200, CPCC, establece que no se exigirá caución cuando el que obtuvo la medida es el Estado Nacional, sus reparticiones, una municipalidad o una persona que justifique ser reconocidamente solvente o actuare con el beneficio de litigar sin gastos.

A su vez, el Código ordena que "el juez graduará la calidad y monto de la caución de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso".

El fundamento de este instituto es la igualdad entre las partes. Así como el actor tiene el derecho a obtener una decisión final útil a través de las medidas cautelares; el demandado goza del derecho a ser resarcido ante los eventuales daños causados por las cautelares ordenadas por el juez si el fondo es rechazado.

La [ley 26.854](#) establece la obligatoriedad de la contracautela real o personal e, incluso, juratoria. Esta última solo procede cuando se trate del reclamo de sectores socialmente vulnerables, vida digna, salud o derechos de naturaleza alimentaria o ambiental.

En efecto, "las medidas cautelares dictadas contra el Estado nacional o sus entidades descentralizadas tendrán eficacia práctica una vez que el solicitante otorgue caución real o personal por las costas o daños y perjuicios que la medida pudiese ocasionar". Así, "la caución juratoria solo será admisible cuando el objeto de la pretensión concierne a la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2, inc. 2" (art. 10).

Por último, el legislador eximió de constituir contracautela en los siguientes casos: a) cuando sea parte el Estado nacional o un ente descentralizado; y b) cuando el interesado actúe con el beneficio de litigar sin gastos (art. 11).

III.6. El trámite de ejecución de sentencias contra el Estado

Las sentencias condenatorias contra el Estado pueden tener por objeto obligaciones de dar, hacer o no hacer. Por ejemplo, cuando el juez condena al Estado a proveer alimentos o medicamentos respecto de personas indigentes (dar); apuntalar un edificio (hacer); o no cobrar impuestos retroactivamente (no hacer).

Estas hipótesis no plantean mayores inconvenientes en el marco del trámite judicial de ejecución. En tal caso, el juez debe fijar el plazo razonable en que el Estado debe cumplir con las sentencias.

El mayor inconveniente se ubicó históricamente en el cumplimiento de las sentencias de *dar sumas de dinero*.

III.6.1. El carácter declarativo de las sentencias condenatorias de dar sumas de dinero

La [ley 3952](#) de demandas contra la Nación disponía que "las decisiones que se pronuncien en estos juicios cuando sean condenatorios contra la Nación, tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda" (art. 7).

Es decir, *los fallos judiciales condenatorios contra el Estado tenían carácter declarativo* y no ejecutivo; de modo que el Estado podía o no cumplir con las sentencias, sin perjuicio de reconocer su validez y autoridad de cosa juzgada.

III.6.2. El carácter ejecutivo de las sentencias que condenan al Estado a dar sumas de dinero

Posteriormente, la Corte fue fijando un criterio distinto en varios de sus precedentes (es decir, el carácter ejecutivo de las sentencias).

Este desarrollo y viraje paulatino comenzó en ciertos ámbitos materiales, en particular el derecho de propiedad (expropiación, interdictos de despojo y desalojo), y fue extendiéndose sobre otros. Sin dudas, el caso más renombrado de esta corriente judicial novedosa fue el precedente "Pietranera" (1966).

¿Cuáles fueron los fundamentos de la Corte? **Primero:** la ley 3952 no puede interpretarse como una autorización al Estado para no cumplir con las sentencias judiciales. **Segundo:** el sentido, entonces, de la ley 3952 es otro, esto es: evitar que el Estado se encuentre en la situación de no poder satisfacer el requerimiento por no tener los fondos necesarios o perturbar la marcha normal de la Administración Pública. **Tercero:** en el presente caso, la ocupación del inmueble por el Estado, sin término temporal, es una "suerte de expropiación sin indemnización o, cuanto menos, una traba esencial al ejercicio del derecho de propiedad".

En síntesis, el Tribunal entendió que el artículo 7 de la ley 3952 —carácter declarativo de las sentencias contra el Estado— debe ser interpretado en términos razonables y no simplemente literales.

¿Qué ocurrió luego? Por un lado, los jueces siguieron lisa y llanamente el antecedente "Pietranera"; de modo tal que el principio declarativo de la ley 3952 terminó trastocándose por un criterio claramente ejecutivo de las sentencias condenatorias contra el Estado.

III.6.3. Los mecanismos de restricción del carácter ejecutivo de las sentencias condenatorias

Las situaciones de crisis social y económica —recurrentes en nuestro país— con un alto déficit fiscal y fuerte endeudamiento, crearon un escenario lleno de dificultades o lisa y llanamente la imposibilidad de cumplir con las sentencias condenatorias en los términos fijados por los jueces.

A partir de allí, el Estado comenzó una carrera casi desenfrenada y al compás de las crisis económicas circulares, mediante el uso de diversas herramientas jurídicas para extender en el tiempo el cumplimiento de las sentencias. Por ejemplo, la suspensión de la ejecución de las sentencias por tiempo determinado; la consolidación de deudas reconocidas por sentencia judicial firme; y la espera en términos de previsión y ejecución del presupuesto.

a) La suspensión de ejecución de las sentencias por plazo determinado

En el año 1989, tras la renuncia anticipada del Presidente R. ALFONSÍN, asumió el Presidente C. MENEM que había triunfado en las elecciones del año 1989. Entre las primeras medidas de gobierno, impulsó la sanción de leyes que consideró fundamentales en la definición de su política económica, esto es, la Ley de Reforma del Estado y Emergencia Económica ([leyes 23.696](#) y [23.697](#), respectivamente).

En particular, el artículo 50 de la Ley de Reforma del Estado suspendió la ejecución de las sentencias y laudos arbitrales que condenaban al Estado al pago de sumas de dinero, por el término de dos años contados desde la vigencia de la ley.

Por su parte, la Corte se expidió a favor de la constitucionalidad de la suspensión de la ejecución de las sentencias en los autos "Videla Cuello" (1990).

b) La consolidación de deudas y el trámite de previsión presupuestaria y plazos máximos

Transcurridos casi los dos años que preveía la [ley 23.696](#) (Ley de Reforma del Estado), y sin perjuicio de los decretos de prórroga, el Estado decidió seguir dos caminos complementarios por medio de la [ley 23.982](#).

Por un lado, **consolidar las obligaciones anteriores** (es decir, aquellas que estuviesen ya vencidas o fuesen de causa o título anterior al 1 de abril de 1991 y que tuviesen por objeto dar sumas de dinero). Por el otro, fijar **un nuevo régimen sobre el trámite de ejecución de las sentencias** condenatorias contra el Estado.

¿En qué consistió el modelo de consolidación de deudas? En primer lugar, las sentencias, los actos, las transacciones y los laudos que reconocían obligaciones alcanzadas por el régimen de consolidación sólo tenían carácter declarativo, y su modo de cumplimiento era el camino previsto por la [ley 23.982](#). Así, luego de recibida la liquidación, el órgano competente debía solicitar el crédito presupuestario respectivo ante la Secretaría de Hacienda, que debía responder "exclusivamente con los recursos que al efecto disponga el Congreso de la Nación en la ley de presupuesto de cada año, siguiendo el orden cronológico de prelación". El Poder Ejecutivo debía proponer al Congreso que votase anualmente los recursos necesarios para hacer frente al pasivo consolidado en un plazo máximo de dieciséis años para las obligaciones generales, y de diez años para las de origen previsional.

Sin perjuicio de la vía anterior (previsión presupuestaria), los acreedores podían optar por suscribir bonos de consolidación en moneda nacional o en dólares estadounidenses, y bonos de consolidación de deudas previsionales. Los primeros se emitieron a 16 años de plazo y el capital comenzó a amortizarse —es decir, reintegrarse— mensualmente. Por su parte, los bonos

previsionales se emitieron a 10 años de plazo. Posteriormente, la ley 25.344 del año 2000 estableció un nuevo régimen de consolidación de deudas en los mismos términos que la [ley 23.982](#), casi diez años después.

Cabe aclarar que la Corte se pronunció reiteradamente en sentido favorable a la constitucionalidad de los regímenes de consolidación, salvo casos de excepción. Entre otros, en el precedente "Albarracín" (2007).

Por su parte, la Corte IDH dijo en el caso "Furlán" (2012) que "respecto a la etapa de ejecución de las providencias judiciales, este Tribunal ha reconocido que la falta de ejecución de las sentencias tiene vinculación directa con la tutela judicial efectiva para la ejecución de los fallos internos, por lo que ha realizado su análisis a la luz del artículo 25 de la Convención Americana". Y, en tal sentido, agregó que "en los términos del artículo 25 de la Convención, es posible identificar dos responsabilidades concretas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de los recursos... que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales... La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas... Por tanto, la efectividad de las sentencias depende de su ejecución...". Según la Corte IDH, "el principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos de ejecución sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral. Adicionalmente, las disposiciones que rigen la independencia del orden jurisdiccional deben estar formuladas de manera idónea para asegurar la puntual ejecución de las sentencias sin que exista interferencia por los otros poderes del Estado". Finalmente, concluyó que la ejecución de la sentencia —en el presente caso y en el marco de la ley de Consolidación ([ley 23.982](#))— "no fue completa ni integral", en tanto "las condiciones personales y económicas apremiantes en las cuales se encontraban Sebastián Furlán y familia... no les permitía esperar hasta el año 2016 para efectuar el cobro".

El legislador, además de regular cómo ejecutar las sentencias por las obligaciones de causa o título anterior al 1 de abril de 1991 (consolidación), también regló ***el trámite de ejecución de sentencias por obligaciones de dar sumas de dinero por causa o título posterior al 1 de abril de 1991 (es decir, el procedimiento ordinario)***.

El trámite para ejecutar las sentencias condenatorias contra el Estado, cuyo objeto es la obligación de dar sumas de dinero es el siguiente: el Poder Ejecutivo debe comunicar al Congreso los reconocimientos administrativos y judiciales firmes de obligaciones de dar sumas de dinero o que pudiesen convertirse en tales, y que carezcan de créditos presupuestarios para su cancelación "en la ley de presupuesto del año siguiente al del reconocimiento".

La ley agrega que "el acreedor estará legitimado para solicitar la ejecución judicial de su crédito a partir de la clausura del período de sesiones ordinario del Congreso de la Nación en el que debería haberse tratado la ley de presupuesto que contuviese el crédito presupuestario respectivo".

Así, cuando el Poder Ejecutivo comunique en el curso del año 2016 al Congreso el reconocimiento judicial de una obligación de dar sumas de dinero y no exista crédito presupuestario, el Congreso debe entonces incorporarlo en el presupuesto del año siguiente (2017). Por su parte, el acreedor, una vez vencido el período de sesiones de este último año (es decir, tras el 1 de diciembre del año 2017), puede entonces ejecutar judicialmente su crédito.

c) La previsión presupuestaria y plazos máximos en los términos de las [leyes 23.982](#) y 24.624

El Congreso aprobó la [ley 24.624](#), en el mes de diciembre de 1995, sobre el Presupuesto General de la Administración Nacional para el ejercicio 1996, e incorporó varias cláusulas en la Ley Permanente de Presupuesto sobre el trámite de ejecución de las sentencias contra el Estado.

En primer lugar, este régimen establece el principio rector, esto es, la necesidad de previsión del gasto en el Presupuesto; y, en segundo lugar, la vigencia de la [ley 23.982](#) ("sin perjuicio del mantenimiento del régimen establecido en la [ley 23.982](#)").

Luego, el legislador describe cuál es el trámite de previsión e incorporación en el presupuesto. Así, si el presupuesto del ejercicio financiero en que la condena deba ser atendida carece de crédito, entonces el Poder Ejecutivo debe hacer las provisiones necesarias a fin de su inclusión en el ejercicio siguiente a cuyo efecto la Secretaría de Hacienda debe tomar conocimiento fehaciente de la condena antes del 31 de agosto del año correspondiente al envío del proyecto de presupuesto.

¿Cómo debemos conciliar las [leyes 23.982](#) y 24.624? Creemos que la [ley 24.624](#) no introduce un concepto distinto con relación al período en que la obligación debe incorporarse en el Presupuesto General, sino sólo el término de corte (esto es, el 31 de agosto de cada año), que sí puede incidir en parte en el período de ejecución de las sentencias.

Así, la obligación debe incluirse en el presupuesto posterior a su reconocimiento judicial firme. En tal sentido, entendemos que *"el ejercicio financiero en que la condena deba ser atendida"*, en los términos de la [ley 24.624](#), es el año del reconocimiento judicial.

Si la sentencia es comunicada a la Secretaría de Hacienda antes del 31 de agosto del año en curso, entonces, la previsión debe hacerse en el ejercicio siguiente y si el Estado no cumple, es plausible su ejecución desde el 1 de diciembre de ese año.

Por ejemplo: si la sentencia del mes de abril del 2016 es comunicada a la Secretaría de Hacienda antes del 31 de agosto del 2016, el Estado debe incorporar ese crédito en el ejercicio presupuestario del año 2017 y, en caso de que no hacerlo y no cumplir con el pago, el acreedor puede ejecutar judicialmente su crédito contra el Estado desde el 1 de diciembre del año 2017.

La otra hipótesis que puede plantearse es si la sentencia firme es comunicada a la Secretaría de Hacienda después del 31 de agosto del año 2016, en cuyo caso el Estado puede incorporarlo en cualquier ampliación del presupuesto del ejercicio del 2017, pero si no fuese así, la ley obliga al Ejecutivo a su incorporación en el presupuesto del año 2018 y sólo después de clausuradas las sesiones de ese período (esto es, el 1 de diciembre del 2018), el acreedor puede ejecutar su crédito.

III.7. Otras cuestiones procesales

III.7.1. La prueba

El régimen de la prueba en el proceso contencioso es, en principio, igual que en el proceso civil, con matices menores que luego analizaremos.

Ya hemos dicho que existen diversos *principios* que deben conjugarse en el ámbito probatorio:

1. el criterio según el cual la parte que intente impugnar una decisión estatal debe probar su ilegitimidad, en razón del principio de presunción de validez de los actos estatales;
2. el postulado de que la parte que intente valerse de ciertos hechos o derecho extranjero, debe probar su existencia. Este es —a su vez— el principio básico del Código Procesal Civil y Comercial; y, por último,
3. el principio de las pruebas dinámicas.

Es decir, si es el Estado quien intenta valerse de sus propios actos, no debe probarlos en términos de materialidad y legitimidad. Por el contrario, si el particular es quien pretende impugnar el acto estatal, entonces, debe probar el hecho de que intente valerse y, particularmente, el vicio del acto estatal.

Por último, el criterio de las pruebas dinámicas disminuye el peso que recae sobre las personas de probar ciertos hechos, en tanto el Estado esté en mejores condiciones de hacerlo (por caso, los extremos que surgen de los expedientes administrativos).

Intentemos ordenar de modo secuencial el cuadro probatorio antes detallado. El Estado debe probar a través del expediente administrativo (es decir, de las actuaciones o trámites), los hechos que sustenten la legitimidad de sus decisiones; pero una vez dictado el acto, éste goza de presunción de legitimidad y, consecuentemente, es el particular quien debe probar que el acto es ilegítimo. Sin embargo, respecto de los hechos, si bien es el interesado quien debe probarlos, esa obligación recae sobre el Estado cuando éste se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. Este último paso es controvertido y raramente aceptado por los jueces.

Luego de fijar los criterios generales es necesario detenerse en los medios probatorios específicos. En particular, respecto de la *prueba de absolución de posiciones*, cabe decir que ésta es improcedente, pues no es posible escindir las personas físicas de los órganos estatales. Es más razonable, entonces, que el agente simplemente preste declaración como testigo en el marco del proceso judicial. Sin embargo, el decreto 1102/86 delegó en el Procurador del Tesoro, Subprocurador y Directores de los servicios jurídicos, la facultad de absolver posiciones en representación del Estado nacional.

IV. LAS ACCIONES ESPECIALES

El camino básico del trámite judicial contra el Estado nacional es la acción ordinaria ante el juez de primera instancia con competencia en lo Contencioso Administrativo Federal, cuyo trámite está regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y las leyes complementarias antes mencionadas.

Es, entonces, una acción común y ordinaria. Sin embargo, el ordenamiento jurídico también prevé otras acciones que podríamos llamar especiales ya que constituyen excepciones respecto del principio antes mencionado. En este punto, cabe estudiar las otras vías de acceso al Poder Judicial con el objeto de completar el cuadro.

IV.1. La acción de amparo

El amparo básicamente es un proceso judicial mucho más breve y rápido que los procesos ordinarios ya que, entre otras cuestiones, su régimen prohíbe ciertos trámites con el propósito de

darle mayor celeridad (entre ellos, los incidentes y las citaciones de terceros) y, además, establece plazos más cortos.

Como sabemos el amparo es una garantía de protección de los derechos fundamentales que nació de los propios precedentes de la Corte "Siri" y "Kot" ya que, en aquél entonces, el ordenamiento jurídico sólo regulaba el *habeas corpus* —libertades personales—, y no otro proceso especial. Fue entonces cuando la Corte creó la figura del amparo con el objeto de proteger los derechos y garantías constitucionales mediante un proceso judicial rápido y expedito.

Luego, en el año 1966 el gobierno de facto dictó la ley 16.986 que, *en primer lugar*, definió el amparo como la acción que procede contra "todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional"; y, *en segundo lugar*, estableció un conjunto de excepciones (es decir, casos en que no procede el amparo y que —según nuestro criterio— desvirtuaron el sentido y alcance de este proceso judicial). Veamos cuáles son estas cortapisas:

- a) la existencia de otros remedios o recursos judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional en conflicto;
- b) los actos del Poder Judicial o aquellos dictados por aplicación de la ley 16.970;
- c) cuando la intervención judicial afecte directa o indirectamente la regularidad, continuidad o eficacia de la prestación de un servicio público o el desenvolvimiento de las actividades esenciales del Estado;
- d) la exigencia de mayor amplitud de debate o prueba, o el planteo y declaración de inconstitucionalidad de la norma; y, finalmente,
- e) la presentación de la acción más allá de los quince días hábiles contados "a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse".

A su vez, el legislador fijó otro de los presupuestos del amparo, esto es, la legitimación. ¿Quién puede deducir esta acción? Las personas individuales y jurídicas titulares de un derecho —afectadas en sus derechos o garantías— y las asociaciones que sin revestir el carácter de personas jurídicas justifiquen —mediante la exhibición de sus estatutos— que no contrarían una finalidad de bien público.

Luego, el Código Procesal Civil y Comercial incorporó el amparo contra los actos u omisiones de los particulares.

Posteriormente, el Convencional Constituyente reguló en el artículo 43, CN, el amparo individual y colectivo.

Primer párrafo: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva".

Segundo párrafo: "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al

consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propenden a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

¿Cuáles son las reformas más importantes introducidas en el texto constitucional del año 1994 en relación con el amparo regulado por la ley 16.986? Veamos, **primero**, las cuestiones no controvertidas. El amparo comprende no sólo los derechos garantizados por el texto constitucional, sino también aquellos reconocidos por los tratados y las leyes.

A su vez, es obvio, tal como surge del texto del artículo 43, CN, que no es necesario agotar las vías administrativas para interponer la acción judicial de amparo, y que el juez puede declarar la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas en el marco de este proceso.

Analicemos entonces, **en segundo lugar**, los aspectos más controvertidos. Ellos son, según nuestro criterio, los siguientes.

Por un lado, la **legitimación**, cuestión que hemos analizado en el capítulo sobre las situaciones jurídicas subjetivas.

Por el otro, el **plazo de caducidad** que prevé la ley 16.986 (es decir, el término de quince días en que debe interponerse el amparo). El interrogante puntualmente es el siguiente: ¿está en pie el plazo de quince días después de la reforma constitucional? En general, los jueces entienden que el plazo de caducidad está vigente.

Asimismo, el Convencional incorporó el amparo colectivo. Es sabido que este instrumento está rodeado por aristas propias. ¿Cuáles son estos aspectos procesales específicos? La primera cuestión es obviamente la legitimación —ya tratada en el capítulo sobre las situaciones jurídicas subjetivas—. Otro aspecto es el efecto de las sentencias —en este punto también cabe remitirnos al capítulo ya mencionado—.

A su vez existen otras cuestiones que es necesario plantear en el proceso del amparo colectivo y que deben tener tratamiento legislativo, a saber: a) el proceso de notificación o comunicación del inicio del amparo colectivo a todos los interesados y, particularmente, el modo más razonable de hacerlo; b) la representación de los titulares, más aún si existen intereses contrapuestos entre los miembros de un mismo sector (por ejemplo, puede ocurrir que la decisión favorezca a ciertos usuarios o consumidores y, a su vez, perjudique a otros); y c) las costas del proceso, es decir, los gastos del juicio (por ejemplo, el costo de las notificaciones o publicaciones de los edictos, y los honorarios profesionales y gastos de los peritos).

IV.2. La acción de amparo por mora

El amparo por mora es un proceso que tiene por objeto que el juez se expida sobre la demora del Poder Ejecutivo en responder a las pretensiones del reclamante y, en su caso —es decir, si el Ejecutivo hubiese incurrido en retardo—, ordenarle que resuelva en un plazo perentorio.

Es importante aclarar que este proceso no tiene por objeto revisar decisiones del Ejecutivo o resolver el fondo del planteo sino, simplemente, obligarle a que "despache las actuaciones".

El artículo 28 de la LPA dice que aquél que es parte en el expediente administrativo puede solicitar judicialmente que se libre una orden de pronto despacho con el objeto de que se obligue al Ejecutivo a resolver las actuaciones.

En efecto, el actor del amparo por mora debe ser el titular de un derecho subjetivo, interés legítimo o interés colectivo, en el marco del expediente administrativo.

¿Cuándo procede el amparo por mora? Cuando el Estado ha dejado vencer los plazos para resolver o, en caso de que no existiesen tales plazos, haya transcurrido un tiempo que exceda los límites razonables. Pero, ¿cuál es el límite temporal en que debe resolver el Ejecutivo? Creemos que el artículo 10, LPA, responde debidamente este interrogante. Dice el artículo 10, LPA, que "si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días". El precepto agrega luego que "vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución se considerará que hay silencio de la Administración". Este último apartado, esto es, el pronto despacho y el plazo complementario de treinta días para resolver, es propio y específico del instituto del silencio administrativo y, consecuentemente, no cabe extenderlo al amparo por mora.

En otras palabras, el amparo por mora procede cuando: a) venció el plazo específico y el Poder Ejecutivo no contestó; o b) el Ejecutivo no contestó y no existe plazo especial, pero transcurrió el plazo razonable —es decir, los sesenta días hábiles administrativos que prevé la primera parte del segundo párrafo del artículo 10 LPA—.

Cabe aclarar que el amparo por mora no procede en el campo de *los recursos administrativos*, ya que aquí el transcurso de los plazos constituye por sí mismo el rechazo del planteo. Más claro: en el marco de los recursos administrativos, el silencio no sólo constituye incumplimiento de la Administración de dar respuesta, sino que es interpretado lisa y llanamente como rechazo del planteo de fondo.

¿Cómo es *el trámite del amparo por mora*? El particular, una vez cumplidos los recaudos de admisión del amparo (es decir, el transcurso del plazo y la falta de respuesta de la Administración), debe presentar el planteo judicial.

Luego, el juez requiere al órgano competente que informe sobre las causas del retraso. Una vez contestado el informe o vencido el plazo que el juez fije a ese efecto, debe resolver la aceptación o rechazo. En caso de aceptación, el juez ordena a la Administración a que resuelva en el plazo que él establece, según la naturaleza y complejidad del asunto pendiente de decisión estatal.

Por último, el propio texto del artículo 28, LPA, dice que la decisión judicial es inapelable. Sin embargo, la Cámara Federal en pleno ("Transportadora de Caudales Zubdesa") sostuvo que la decisión judicial de declarar admisible el amparo por mora es inapelable, pero no así la resolución en sentido contrario —es decir, el rechazo—.

¿Qué ocurre en caso de *desobediencia a la orden de pronto despacho judicial*? El artículo 29, LPA, establece que en caso de incumplimiento, el juez debe comunicarlo a la autoridad superior del agente responsable, a los efectos de la aplicación de las sanciones disciplinarias. ¿Puede el juez aplicar *astreintes* en caso de incumplimiento? Creemos que —en principio— no existe ningún obstáculo; de modo que el juez puede imponer "sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento". Por ejemplo, la Corte sostuvo en el caso "Cabe Estructura" (2004) que los jueces deben compeler a la Administración pública a que cumpla con sus obligaciones en el trámite de ejecución de sentencias, bajo apercibimiento de imponer sanciones conminatorias. Sin embargo, cabe recordar que la ley de Responsabilidad del Estado establece que "la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios" (art. 1).

¿El amparo por mora es un proceso contradictorio? El amparo por mora es un *proceso contradictorio*, pues el Estado ejerce su derecho de defensa, en particular expone sus argumentos mediante el informe, salvo que el juez no lo requiriese.

Cabe insistir una vez más en que el *objeto del proceso*, de carácter contradictorio como ya hemos visto, debe circunscribirse al control del retardo estatal y, en su caso, el decisorio judicial sólo comprende la orden de que el Ejecutivo resuelva en el plazo que fije el juez a ese efecto.

IV.3. La acción de lesividad

Hemos dicho que el Poder Ejecutivo debe revocar sus decisiones ilegítimas, por sí y ante sí; sin embargo, cuando ello no fuese posible porque el acto fue notificado o se estén cumpliendo derechos subjetivos que nacieron de él, debe iniciar las acciones judiciales con el propósito de que el juez sea quien declare su invalidez. Este proceso y la acción respectiva llevan el nombre de lesividad.

Así, la acción de lesividad procede cuando *el Estado es parte actora y pretende la invalidez de sus propios actos*.

En este contexto, el Estado alega su propia torpeza (esto es, la negligencia en sus actuaciones); cuestión prohibida en el marco del Derecho Privado, pero admitida en el campo del Derecho Público y en relación con el Estado.

Dos aspectos procesales debemos analizar aquí. *Por un lado*, el Código no establece un proceso especial respecto de las acciones de lesividad, sino que éstas deben regirse por las normas del proceso ordinario.

Por el otro, el Estado no debe agotar las vías administrativas porque esto es un privilegio estatal y, además, la LPA establece de modo expreso que "no habrá plazos para accionar en los casos en que el Estado o sus entes autárquicos fueren actores, sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción".

Por último, cabe recordar que el Estado también es parte actora en *otros procesos judiciales*, por ejemplo: a) las ejecuciones fiscales; b) el proceso de ejecución de los actos que no tienen fuerza ejecutoria por aplicación de las excepciones del artículo 12, LPA; o c) el caso de desalojo de inmuebles de su propiedad.

IV.4. Los recursos directos

Los recursos directos son acciones judiciales que tramitan y se resuelven directamente por el tribunal de alzada (Cámara de Apelaciones), y no por los jueces de primera instancia. De allí que el legislador utilice el concepto de proceso directo (es decir, trámite o recurso directo ante el tribunal de apelaciones).

Estos recursos proceden contra las decisiones estatales (comúnmente actos administrativos), en los casos en que esté previsto expresamente en la ley y tienen un régimen especial distinto del proceso ordinario.

Veamos cuál es el *trámite de los recursos directos*. En primer lugar, la LPA establece que el plazo para interponer los recursos directos es de treinta días hábiles judiciales, desde la

notificación de la resolución definitiva que agotó las instancias administrativas, salvo que las normas fijen otro plazo. Por ejemplo, el recurso contra los actos que disponen la cesantía o exoneración de un agente estatal, en cuyo caso éste puede acudir a la sede judicial "o recurrir directamente por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal o por ante las Cámaras federales con asiento en las Provincias", en el plazo de noventa días hábiles judiciales.

Por su parte, el agotamiento de las vías administrativas debe guiarse por las normas respectivas ya que el recurso directo —insistimos— es sólo el lado procesal. En otras palabras, el recurso directo debe ubicarse en el capítulo sobre las condiciones de admisibilidad de las acciones y, en particular, el plazo de caducidad de éstas —es decir, el término en que el particular debe impugnar judicialmente el acto estatal, habiendo ya agotado las vías administrativas— y ante quién debe hacerlo.

El *régimen del recurso directo* comprende básicamente los siguientes aspectos.

- 1) El plazo de interposición (término especial que prevé la ley o, en su defecto, treinta días hábiles judiciales por disposición de la LPA).
- 2) Ante quién debe interponerse y quién debe resolver (Cámara de Apelaciones; sin perjuicio de que —a veces— se debe plantear ante el órgano administrativo); y, por último,
- 3) Las reglas básicas sobre el trámite judicial.

¿Cuál es el sentido de los recursos directos? ¿Por qué el legislador exceptuó, en ciertos casos, el proceso ordinario y siguió este camino? Creemos que el fundamento de los recursos directos en el ámbito judicial contencioso es simplemente la distribución de trabajo entre los tribunales de diferentes instancias.

Conviene aclarar que el recurso directo no es simplemente un proceso de revisión, limitándose el tribunal colegiado —de Alzada— a conocer los hechos y medios probatorios producidos y debatidos en el ámbito administrativo; sino que es un proceso judicial pleno, tal como si se tratase de un proceso ordinario ante los jueces de las primeras instancias.

Por eso, el trámite del recurso directo no debe ser restrictivo en el acceso y control judicial, salvo —claro— respecto de la doble instancia; en cuyo caso, sí es cierto que en este marco, las partes sólo pueden recurrir ante la Corte y por las vías de excepción.

V. LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

En este contexto, cabe advertir que el acceso más amplio a la justicia que hemos detallado en los puntos anteriores y, en particular, en el capítulo sobre las situaciones jurídicas subjetivas, ha dado paso a una justicia masiva y a un Poder Judicial colapsado.

Es cierto que se han creado mecanismos idóneos en el marco judicial, tal como ocurre con los procesos colectivos, pero a pesar de ello es necesario crear otras vías alternativas de resolución de los conflictos en términos razonables y expeditivos. Analicémoslos por separado.

V.1. El arbitraje

El libro V del Código Procesal Civil y Comercial establece el proceso arbitral en los siguientes términos: "toda cuestión entre partes... podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o después de deducida en juicio y cualquiera fuese el estado de éste. La sujeción a juicio arbitral puede ser convenida en el contrato o en un acto posterior".

Cabe recordar, también, que el Código Procesal prevé —en este marco— la posibilidad de renunciar a los recursos; pero ello "no obstará, sin embargo, a la admisibilidad del de aclaratoria y de nulidad, fundado en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera del plazo, o sobre puntos no comprometidos".

¿Es aplicable el proceso arbitral al Estado? El [decreto 411/80](#), texto ordenado por el decreto 1265/87, dispone que "la facultad de representar en juicio incluye la de entablar y contestar demandas o reconveniciones... Podrán, también, con autorización expresa de las autoridades u órganos mencionados en el artículo 1, o, en su caso, en el artículo 2 cuando también se les hubiere delegado esta facultad, formular allanamientos y desistimientos, otorgar quitas y esperas, transigir, conciliar, rescindir contratos, **someter a juicio arbitral** o de amigables componedores, aceptar herencias o legados, e iniciar y proseguir juicios sucesorios".

Sin perjuicio del régimen general, expuesto en los párrafos anteriores, existen casos particulares de arbitraje. Veamos algunos de ellos:

- 1) La ley 23.283 sobre Convenios de Cooperación Técnica y Financiera (Entes Cooperadores) establece que "la Procuración del Tesoro de la Nación actuará como árbitro de las divergencias que puedan surgir entre la Secretaría de Justicia y el ente cooperador, o entre este último y la Dirección Nacional en la aplicación e interpretación del convenio de la presente ley".
- 2) La Ley de Consolidación de Pasivos del Estado del año 1991 ([ley 23.982](#)) dispuso que el Presidente o sus ministros, previo asesoramiento jurídico, podían someter a arbitraje las controversias en sede administrativa o judicial, siempre que el asunto revistiese significativa trascendencia o fuese conveniente para los intereses del Estado. En el compromiso arbitral debían convenirse las costas por su orden y renunciar a cualquier recurso, con excepción del recurso extraordinario ante la Corte.
- 3) Las controversias con motivo de los contratos celebrados bajo el régimen del [decreto 966/05](#). Así, por caso, los pliegos de bases y condiciones y la documentación referida al Concurso de Proyectos Integrales puede someterse a mecanismos de avenimiento o arbitraje.
- 4) Las controversias que pudiesen surgir con ocasión de los contratos celebrados bajo el régimen del [decreto 967/05](#) y los pliegos de bases y condiciones y la documentación correspondiente.

V.2. El arbitraje internacional

El texto ordenado de la Ley Permanente de Presupuesto reconoce la potestad del Ejecutivo de someter las controversias con personas extranjeras ante los jueces de otras jurisdicciones, tribunales arbitrales o la Corte Internacional de Justicia de La Haya.

En sentido coincidente, el Código Procesal Civil y Comercial establece que las partes pueden prorrogar la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales y que, cuando el asunto sea de índole internacional, cabe admitir la prórroga de jurisdicción aun a favor de jueces

extranjeros y árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tengan jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga esté prohibida por ley.

Por su parte, el tratado del CIADI —suscrito por nuestro país— dice que "todo Estado contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado". Además, el tratado agrega que el laudo arbitral debe ejecutarse según las normas del país en que deba ser cumplido. Por su lado, los tratados bilaterales de protección de inversiones —celebrados en el marco del CIADI— entre Argentina y otros Estados, prevén también el procedimiento de arbitraje como modo de resolución de las controversias.

Un caso distinto es la prórroga de la jurisdicción (poder jurisdiccional y no arbitraje), por el Estado a favor de jueces de otros países. Por ejemplo, el [decreto 2455/93](#) autoriza "la inclusión en las condiciones de emisión de los Bonos, de cláusulas que establezcan la prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales ubicados en la ciudad de New York, Estados Unidos de América; y la renuncia a oponer la defensa de inmunidad soberana, debiendo preservarse la inembargabilidad con respecto a: a) los activos que constituyen reservas de libre disponibilidad, dentro del marco de la Ley de Convertibilidad, cuyo monto, composición e inversión se reflejen en el Balance General y estado contable del Banco Central...; b) los bienes del dominio público ubicados en el territorio de la República Argentina, o bienes que le pertenezcan a la República Argentina y que estén ubicados en su territorio y estén destinados a los fines de un servicio público esencial". En sentido concordante, el [decreto 319/04](#) autoriza "la prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales estaduales y federales ubicados en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, y la renuncia a oponer la defensa de inmunidad soberana, incluida en la Carta de Contratación...".

V.3. La mediación

La ley 26.589 establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial con el objeto de alcanzar una solución a los conflictos, sin intervención de los jueces. Así, el actor debe formalizar su pretensión ante el Poder Judicial, y procederse al sorteo del mediador y a la asignación del juzgado que, eventualmente, intervendrá en el caso. En efecto, "se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia" (art. 1).

En particular, el art. 5 establece que "el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no será aplicable en los siguientes casos:... c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil...".

INDICE

CAPÍTULO 1 - LAS BASES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	3
CAPÍTULO 2 - EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	7
CAPÍTULO 3 - EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO	27
CAPÍTULO 4 - LOS CARACTERES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	38
CAPÍTULO 5 - LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	60
CAPÍTULO 6 - LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO	115
CAPÍTULO 7 - EL EJERCICIO DISCRECIONAL O REGLADO DE LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS	
.	145
CAPÍTULO 8 - LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA	158
CAPÍTULO 9 - EL RÉGIMEN DE EMPLEO PÚBLICO	203
CAPÍTULO 10 - EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	221
CAPÍTULO 11 - LOS BIENES DEL DOMINIO ESTATAL	229
CAPÍTULO 12 - LAS ACTIVIDADES ESTATALES DE INTERVENCIÓN	233
CAPÍTULO 13 - EL SERVICIO PÚBLICO	298
CAPÍTULO 14 - LA ACTIVIDAD DE FOMENTO	330
CAPÍTULO 15 - EL ACTO ADMINISTRATIVO Y EL REGLAMENTO	333
CAPÍTULO 16 - LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	390
CAPÍTULO 17 - LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	444
CAPÍTULO 18 - LAS SITUACIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS	486
CAPÍTULO 19 - EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	502
CAPÍTULO 20 - EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	538