

CAPÍTULO XXVIII

HACIA UNA NOCIÓN MÁS ACOTADA DEL ACTO ADMINISTRATIVO (DONDE SE EXPLICA CÓMO LOS ARGENTINOS PASAMOS, SIN DARNOS CUENTA, DE OBEDECER LA LEY A OBEDECER A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS)

Por HÉCTOR A. MAIRAL

SUMARIO

1. Introducción	509
1.1. El principio de legalidad	509
1.2. Los meros pronunciamientos administrativos	511
1.3. La delimitación del campo de estudio	512
2. Acto administrativo y potestad administrativa.....	513
2.1. El acto administrativo como modificador de relaciones jurídicas... 513	
2.2. La necesidad de la presencia de una potestad administrativa.....	515
2.3. El acto administrativo como acto típico	520
2.4. La amplitud del concepto de función administrativa	521
2.5. ¿Funcionario o empleado público?	525
2.6. El impacto del decreto-ley 19.549/72	526
2.7. La decisión dictada sin potestad que la sostenga	531
2.8. La “existencia del acto inexistente”	532
2.9. Potestad, competencia y cometido	537
3. Algunas situaciones especiales	540
3.1. La inexistencia parcial	540
3.2. Los contratos del Estado	540
3.3. Los actos regidos por el derecho privado	542
3.4. Los actos emanados de ciertas personas jurídicas de propiedad del Estado.....	546
3.5. Las relaciones especiales de sujeción.....	547
3.6. La esfera doméstica	551

3.7. Las leyes provinciales	553
4. Conclusiones.....	553

Capítulo XXVIII

HACIA UNA NOCIÓN MÁS ACOTADA DEL ACTO ADMINISTRATIVO (DONDE SE EXPLICA CÓMO LOS ARGENTINOS PASAMOS, SIN DARNOS CUENTA, DE OBEDECER LA LEY A OBEDECER A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS)¹

Por HÉCTOR A. MAIRAL*

“El Congreso tiene que hacer una solemne recomendación a sus compatriotas, una sola recompensa que pedirles en premio de sus desvelos por el bien común. En nombre de lo pasado y de las desgracias sufridas, les pide y aconseja obediencia absoluta a la Constitución que han jurado. Los hombres se dignifican postrándose ante la ley, porque así se libran de arrodillarse ante los tiranos.”

Declaración del Congreso Constituyente que sancionó la Constitución nacional de 1853.

1. Introducción

1.1. El principio de legalidad

Este trabajo intenta explicar cómo, por imperio del decreto-ley 19.549 de 1972 que establece el régimen jurídico de los procedimientos administrativos, y a través de su errónea interpretación, los argentinos pasamos de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios públicos, aun cuando actúen sin habilitación legal. Asimismo,

* Agradezco a la Universidad Torcuato Di Tella y al Dr. MARTÍN HEVIA la invitación a presentar este trabajo en un seminario de post-grado, así como a los Dres. LUIS LOZANO, ALBERTO BIANCHI, ESTELA SACRISTÁN, AGUSTÍN GARCÍA SANZ e IGNACIO MINORINI LIMA sus valiosos comentarios. Agradezco también a los alumnos del Master en Derecho y Economía las notas críticas que debieron hacer al trabajo, algunas de las cuales he tomado en cuenta para agregar las aclaraciones del caso. Los errores del presente son, por supuesto, únicamente atribuibles al autor.

¹ Publicado originalmente en RPA, 2011-1 y 2, Buenos Aires, RAP, 2011, p. 7.

propugna una interpretación más acorde con nuestro sistema constitucional, según el cual “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.” (CN, art. 19.)

Ante todo, cabe recalcar que esta cláusula constitucional exige la presencia de una ley en sentido formal, o sea de una expresión de voluntad del Poder Legislativo. Como bien dice MARÍA ANGÉLICA GELLI: “El principio de legalidad requiere la existencia de una ley emanada del Congreso y sancionada y promulgada por el Poder Ejecutivo mediante los requisitos constitucionales.”¹ Rechazamos por ello, a estos efectos, el concepto de “ley material,” que incluye al reglamento dado que, como mínimo, puede inducir a confusión al permitir inadvertidamente la existencia de obligaciones y prohibiciones fundadas en reglamentos que no se apoyan en ley.² En este mismo sentido EKMEKDJIAN correctamente razona que admitir que baste con una *ley material* para cumplir con el precepto constitucional “convierte en letra muerta al postulado de legalidad, porque lo transforma en una petición de principio, que puede expresarse así: «*Nadie está obligado a hacer lo que la autoridad no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe,*» o sea una tautología.”³

De acuerdo con la posición que adoptamos, pues, cuando hablamos de *ley* a lo largo de este trabajo nos referimos a las leyes emanadas del Congreso y, en su caso, de los poderes legislativos provinciales.

La interpretación del decreto-ley 19.549/72 que criticamos no cuestiona frontalmente el principio de legalidad. Ella se limita a sostener que toda decisión de un funcionario público, adoptada en ejercicio de la función administrativa, se presume legítima y debe ser obedecida. Además, esa decisión deviene jurídicamente inatacable, adquiriendo la misma fuerza de verdad legal que la que le corresponde a una sentencia, si no acertamos a impugnarla —en principio— dentro de los quince días de habernos sido notificada. Pero, y aquí está el meollo de la cuestión, todo ello aunque ninguna ley le haya conferido facultad alguna al funcionario para emitir dicha decisión y ella sea, de acuerdo con la opinión en boga, nula de nulidad absoluta.

Esta interpretación desnaturaliza el concepto de acto administrativo, aprovechándose de un sutil, pero en definitiva trascendental, corrimiento de significados. Y, como se verá, contraría frontalmente las soluciones de todos los derechos

¹ GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2008, 4ª ed., p. 371.

² Conf. también ESCOLA, HÉCTOR J. / COMADIRA, JULIO R., *Derecho Administrativo Argentino*, Ciudad de México, Univ. Autónoma de México, 2006, p. 55. En contra: CASSAGNE, JUAN C., *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, 9ª ed., p. 48; cfr., sin embargo, la obra del mismo autor *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, pp. 119-121.

³ EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1994, pp. 477-478.

que, con menor o mayor acierto, han servido de inspiración a nuestro derecho administrativo.

1.2. *Los meros pronunciamientos administrativos*

Hace algunos años intentamos poner coto a esta conclusión desmesurada proponiendo la categoría de *meros pronunciamientos administrativos* para aquellas decisiones de la administración que solo producían, en todo caso, efectos adjetivos pero nunca tenían virtualidad para afectar la relación de la cual surgían los derechos del particular. Tal, por ejemplo, una negativa de pago de parte de la administración.⁴ Para ello nos basamos en varios precedentes que negaron a ciertas decisiones emanadas de la administración el carácter de actos administrativos.⁵ Trajimos también a colación las enseñanzas de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ sobre la necesidad de la presencia de una potestad administrativa para configurar el acto administrativo cuando dicen: “Ya sabemos que no hay potestad sin norma previa y que todas las potestades son tasadas y específicas, que no existen potestades indeterminadas. Como el acto ha de expresar una de esas potestades previamente especificadas por el ordenamiento, puede concluirse fácilmente que no hay acto sin norma específica que lo autorice y lo prevea...”⁶

GORDILLO coincidió con esta postura al incorporar a su definición del acto administrativo la necesidad de que el acto fuera apto para producir efectos jurídicos, sosteniendo así que existen actos jurídicos emanados de la administración que carecen de la posibilidad de modificar relaciones jurídicas pre-existentes.⁷ BEZZI y CASSAGNE han aceptado también la categoría de los meros pronunciamientos

⁴ MAIRAL, HÉCTOR A., “Los meros pronunciamientos administrativos,” en A.A.VV., *Derecho Administrativo –Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 651; y “Los plazos de caducidad en el Derecho Administrativo argentino,” en A.A.VV., *Derecho Procesal Administrativo, en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 906-908.

⁵ CSJN, *Serra y otro c/Municipalidad de Buenos Aires, LL*, 1995-A, 397, con nota de ALBERTO B. BIANCHI, “¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?,” CNFed.CA., Sala I, *Thorne, c/Gobierno Nacional, LL*, 1982-830, n° 2; CNFed. CA., Sala I, *Polledo S.A. c/Consejo de Investigaciones Científicas y Técnicas, ED*, 111-537.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO / FERNÁNDEZ, TOMÁS R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2006, 1ª ed. argentina, p. 553.

⁷ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2007, 9ª ed., p. IV-32.

administrativos.⁸ Una figura de las nuevas generaciones de administrativistas avanza ahora en la línea de nuestras ideas.⁹

Sin embargo, la jurisprudencia es reacia a aceptar plenamente esta posición. En este sentido, recordamos el reciente caso de una licitación pública en la cual, presentadas y evaluadas las ofertas, la administración intimó al consorcio ganador a suscribir un “acta acuerdo” que incluía cambios sustanciales a su oferta. Los miembros nacionales del consorcio aceptaron. El miembro extranjero, una empresa estatal de considerable patrimonio, rehusó. Ante la negativa de dicha empresa de suscribir el “acta acuerdo,” dado el cambio fundamental de condiciones, la administración consideró retirada la oferta, anuló la licitación e intentó ejecutar la garantía de oferta respectiva. Utilizó para ello, entre otros, el argumento de que la decisión que intimaba a suscribir el acta acuerdo no había sido recurrida y, por ende, quedó consentida. Ahora bien, esa decisión no constituía un acto administrativo, dado que ninguna ley había conferido a la administración la potestad de modificar unilateralmente aspectos fundamentales del contrato luego de presentadas las ofertas. Tal potestad, por su importancia, tampoco podía considerarse implícita en la potestad genérica de “administrar el país” (y por ende conducir licitaciones públicas) que le confiere la Constitución al Poder Ejecutivo.¹⁰ Sin embargo, el tribunal no aceptó este planteo tan revolucionario y encontró la solución justa interpretando que la nota con la que la empresa extranjera rechazó el cambio de condiciones constituyó un recurso que la administración nunca decidió.¹¹

Es necesario, pues, insistir con el planteo y profundizar el análisis.

1.3. *La delimitación del campo de estudio*

En el presente trataremos solamente de los actos administrativos unilaterales que producen efectos individuales, y sólo a ellos nos referiremos cuando usemos el término *acto administrativo*. Es la *décision exécutoire* del derecho francés,¹²

⁸ BEZZI, OSVALDO H., “La teoría del acto administrativo: Consideraciones acerca de la producción científica en torno a dicha institución,” en *Temas de Derecho Administrativo en honor al Profesor Agustín A. Gordillo*, La Plata, Librería Editora Platense, 2003, pp. 81-137; CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, op. cit., t. II, p. 115. BALBÍN, por el contrario, rechaza la categoría en el derecho federal por considerarla “irrelevante” atento a la necesidad de agotar la vía administrativa también ante la inexistencia de un acto administrativo por imperio del art. 30 del decreto-ley 19.549/72, pero no se hace cargo del plazo de caducidad previo para interponer el recurso jerárquico que sólo existe respecto de los actos administrativos pero no de los meros pronunciamientos. (BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, t. II, p. 23.)

⁹ URRUTIGOITY, JAVIER, “Acto Administrativo y carga impugnatoria,” *JA*, 1-XII-10.

¹⁰ Ver sección 3.6, *infra*.

¹¹ CNFed. CA., Sala III, *Astarsa S.A.*, 13-IV-05; recurso de apelación ordinario rechazado por la Corte Suprema el 5-IX-06.

¹² RIVERO, JEAN / WALINE, JEAN, *Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 2006, 2ª ed., p. 245; VEDEL, GEORGES / DELVOLVÉ, PIERRE, *Droit Administratif*, t. I, Paris, PUF, 1992, 12ª ed., pp. 343-344; DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, Paris, Sirey, 1983, p. 26.

el verdadero acto administrativo según MARIENHOFF,¹³ noción análoga a la de *provvedimento* de la doctrina italiana, “el acto administrativo por excelencia” al decir de GIANNINI.¹⁴

Excluimos así tanto a los actos de administración (dictámenes y otros actos internos) como a los *meros actos administrativos*, que son aquellos constituidos por declaraciones de conocimiento o de juicio.¹⁵ Excluimos también a los reglamentos y a los contratos, por presentar estos institutos una problemática especial, especialmente en lo que respecta a las facultades modificatorias y revocatorias de la administración, más allá de la equiparación parcial de su régimen al del acto unilateral y de efectos individuales, particularmente en cuanto a las causales de nulidad.¹⁶

También se excluye a los que hemos denominado *meros pronunciamientos administrativos*. Justamente, en la distinción entre ellos y los actos administrativos se focaliza el presente trabajo.

2. Acto administrativo y potestad administrativa

2.1. El acto administrativo como modificador de relaciones jurídicas

Cualquiera sea la definición que se prefiera, casi todas coinciden en atribuirle al acto administrativo una característica esencial: Él puede —*per se*— modificar el ordenamiento jurídico o rechazar la modificación que pide un particular.¹⁷ Como dice BIELSA: “El acto administrativo tiene por objeto crear, modificar o extinguir un derecho o un interés.”¹⁸

En el mismo orden de ideas, explica un autor español:

¹³ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1988, 3ª ed., p. 227, n. 63.

¹⁴ GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Diritto Amministrativo*, t. 2, Milán, Giuffrè, 1993, p. 236. En análogo sentido, SANDULLI, ALDO M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, t. 1, Nápoles, Jovene, 1989, 15ª ed., pp. 610-611. Parte de la doctrina más antigua reservaba este nombre a aquellos actos que constituyen un *negocio jurídico*, o sea aquellos actos en los cuales “la administración quiere el acto y quiere sus efectos.” (LANDI, GUIDO / POTENZA, GIUSEPPE, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1983, 7ª ed., pp. 164-165 y 175; en nuestro derecho siguió esta posición DIEZ, MANUEL M., *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1965, p. 217; y *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1961, 2ª ed., pp. 128-145.)

¹⁵ DIEZ, *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, t. II, p. 218; *El Acto Administrativo*, *op. cit.*, pp. 143-145. En el mismo sentido LANDI / POTENZA, *op. cit.*, p. 223; SANDULLI, *op. cit.*, t. 1, p. 612.

¹⁶ Conf., en general, GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *op. cit.*, cap. IV. Comparar el nuevo texto del art. 7º del decreto-ley 19.549/72, según el art. 36 del decreto 1023/01, con el fallo de la CSJN citado en la nota 144 *infra*.

¹⁷ En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA / FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, p. 553. La modificación de situaciones jurídicas es lo que caracteriza en Italia al *provvedimento*: GIANNINI, *op. cit.*, vol. II, p. 236; SANDULLI, *op. cit.*, t. 1, p. 611. En el derecho francés se reconoce este carácter a la *décision exécutoire*: RIVERO / WALINE, *op. cit.*, pp. 343-344; VEDEL / DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 1, p. 247.

¹⁸ BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1955, 5ª ed., p. 5. En el mismo sentido, DIEZ, *El Acto Administrativo*, *op. cit.*, p. 115, con cita de CANNADA-BARTOLI.

“Ello significa, parece claro, que, como consecuencia de su carácter regulador, los actos administrativos, *para serlo*, deben encaminarse a la creación, a la modificación o a la extinción de una determinada relación jurídica, o a la declaración (o a la negación de la declaración) de un derecho (o de otra circunstancia jurídicamente relevante), respecto de una persona, cosa o situación. Estas precisiones, inexcusables en su rigor, explican cabalmente en qué consiste el carácter regulador de los actos administrativos, mostrando qué es lo que se quiere decir aquí cuando se incorpora esa característica *como condición necesaria de su existencia*, y describen el exacto contenido que resume la existencia de actos administrativos en sentido estricto.” (Énfasis agregados.)¹⁹

Esto significa que no toda decisión emanada de la administración y que pretende consecuencias jurídicas que se proyectan hacia el particular tiene el efecto de modificar la esfera jurídica del mismo, sino que sólo los actos que gozan de ese efecto modificadorio deben ser considerados actos administrativos.

Un fallo de la Sala I de nuestra Cámara Federal en lo Contencioso-Administrativo sentó la doctrina correcta al decir:

“En el *sub lite*, la demanda no está dirigida a invalidar el acto administrativo formalizado mediante la resolución ministerial; no se pretende privarlo de una coercibilidad que no tiene, sino hacer valer un derecho subjetivo derivado de un negocio jurídico concertado entre las actoras y el Estado. Aquella resolución administrativa carece de virtualidad para modificar, por sí misma, la situación jurídica de las partes y, por ende, para dilucidar los conflictos que pudieran suscitarse entre ellas. Sólo define la actitud de una de las partes contratantes dentro del marco de la relación contractual preexistente.

Quiere decir que, respecto de ella, no es preciso agotar la vía administrativa, pues no se trata de resistir, acudiendo a las sucesivas instancias recursivas, los efectos de un acto administrativo propiamente dicho que tenga, por tanto, virtualidad para modificar ejecutoriamente la situación jurídica del administrado.”²⁰

La diferencia de enfoque es fundamental y nos obliga a determinar, previamente, si el acto emanado de la administración tiene la calidad de acto administrativo, pues de lo contrario constituirá una expresión de voluntad de la administración, solamente hábil para producir los mismos efectos que una declaración de voluntad de un particular, como lo es fijar posición ante una controversia. Obsérvese que

¹⁹ BOCANEGRA SIERRA, RAÚL, *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, 2ª ed., p. 33, con cita de doctrina alemana uniforme en ese sentido. El autor traduce y transcribe el art. 35 de la Ley de Procedimientos Administrativos alemana que define así al acto administrativo: “[A]cto administrativo es toda disposición, resolución u otra medida de autoridad adoptada por un órgano administrativo y dirigida a la regulación de un caso particular en el ámbito del derecho público, con efectos inmediatos en el exterior (frente a terceros.)”

²⁰ In re *Polledo*, cit. en nota 5, *supra*.

tal posición puede ser jurídicamente correcta, pero la expresión de voluntad que la manifiesta no llega a constituir un acto administrativo. Por lo tanto, no goza de presunción de legitimidad ni tiene fuerza ejecutoria. Tampoco es necesario impugnarla ni queda consentida por falta de interposición del recurso correspondiente.

Adelantamos entonces nuestra opinión (nada novedosa, por cierto, en el derecho extranjero): Solamente el acto emanado en ejercicio de una “potestad administrativa” tiene entidad para modificar *per se* el ordenamiento jurídico. El mero ejercicio de la *función administrativa* no reviste, necesariamente, tal entidad. A continuación explicamos estas afirmaciones.

2.2. La necesidad de la presencia de una potestad administrativa

GARRIDO FALLA define sintéticamente a la potestad como “un poder de actuación que, ejercitándose de acuerdo con normas jurídicas, produce situaciones jurídicas en las que otros sujetos resultan obligados.”²¹ Con mayor extensión, MUÑOZ MACHADO, siguiendo también él a SANTI ROMANO, la define de la siguiente manera: “Las potestades suponen poderes generales de actuación conferidos por el ordenamiento jurídico, cuya titularidad no implica la existencia de otros sujetos obligados, sino, simplemente, potencialmente afectados y sometidos a dicha potestad, de la que pueden derivar beneficios (una regulación favorable) gravámenes (una nueva exacción tributaria), o situaciones neutrales o indiferentes (como ocurre, normalmente, con el ejercicio por la administración de su potestad de organización.)”²²

La necesidad de la presencia de una potestad administrativa para que se conforme el acto administrativo es reconocida mayoritariamente por la doctrina italiana. La definición de ZANOBINI es un ejemplo claro: “[C]ualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento, de juicio, realizada por un sujeto de la administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa.”²³ LANDI Y POTENZA,²⁴ GIANNINI,²⁵ SANDULLI,²⁶ VIRGA²⁷ y AZZENA,²⁸ coinciden con esta posición. En España, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, así como GARRIDO FALLA, siguen de cerca la definición de ZANOBINI.²⁹ Otros autores españoles concuerdan con esta

²¹ GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1989, 11ª ed., p. 360.

²² MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. I, Madrid, instel, 2006, 2ª ed., p. 523.

²³ ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. I, Milán, Giuffré, 1958, 8ª ed., p. 243.

²⁴ LANDI / POTENZA, *op. cit.*, p. 193.

²⁵ GIANNINI, *op. cit.*, t. II, p. 235, al referirse al “*provvedimento amministrativo*.”

²⁶ SANDULLI, *op. cit.*, t. I, p. 607.

²⁷ VIRGA, PIETRO, *Il provvedimento amministrativo*, Milán, Giuffré, 1972, 4ª ed., p. 3.

²⁸ AZZENA, ALBERTO, capítulo sobre el acto administrativo en *Diritto Amministrativo*, t. II, AA.VV. a cargo de MAZZAROLI, LEOPOLDO *et ál.*, Bologna, Monduzzi, 1993, pp. 1187 y 1191.

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA / FERNÁNDEZ, *Curso...*, *op. cit.*, t. I, p. 550; GARRIDO FALLA, *op. cit.*, vol. I, p. 384.

posición.³⁰ Entre ellos citamos un reciente trabajo de MEILÁN GIL, publicado entre nosotros, que concluye exigiendo la presencia de una potestad para que exista un acto administrativo y recuerda que *nulla potestas sine lege*.³¹ Concuera así con GIANNINI quien dice lo mismo con estas palabras: “[C]omo las potestades administrativas son atribuidas solo por las normas, cuando la norma calla no hay potestad.”³² Obsérvese que todas estas definiciones coinciden en el uso del término *una* potestad administrativa y no *la* potestad administrativa. No existe, pues, para esta concepción, una potestad administrativa genérica para emitir actos administrativos sino potestades específicas conferidas en cada caso por una ley.

En nuestro derecho podemos definir a las potestades administrativas como las facultades que la Constitución y las leyes confieren al Poder Ejecutivo ya sea para (i) administrar la Nación; (ii) emitir las disposiciones de carácter general que sean necesarias para permitir la aplicación de las leyes (la potestad reglamentaria que sí es genérica porque está prevista en la Constitución, pero que es igualmente dependiente de la ley que reglamenta dejando de lado el caso excepcionalísimo de los decretos de necesidad y urgencia); o (iii) individualizar respecto de los particulares las obligaciones o derechos que las leyes establecen de manera necesariamente general. Más allá de la tarea, propiamente dicha, de administrar el país, que la Constitución otorga al Poder Ejecutivo,³³ toda potestad administrativa para avanzar sobre la esfera jurídica de los particulares depende de una ley que la establezca. Como bien dice GRECCO: “Las decisiones de la Administración [...] resultan actuaciones de la ley y es la ley, justamente, la que habilita las potestades administrativas.”³⁴ Tales, señalamos nosotros, las numerosas leyes que le otorgan potestades especiales respecto de determinados sectores de la actividad privada: Salubridad, seguridad en el trabajo, bancos, seguros, pesas y medidas, sanidad animal y vegetal, etc. También la potestad reglamentaria, como hemos dicho, es dependiente de la ley que reglamenta con excepción del limitado campo de los llamados *reglamentos autónomos* que, tra-

³⁰ BOCANEGRA SIERRA, *op. cit.*, p. 42; PAREJO ALFONSO, LUCIANO / JIMÉNEZ BLANCO, ANTONIO / ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS, *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel, 1992, 2ª ed., p. 449. RAMÓN PARADA (*Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2008, 17ª ed., p. 102) requiere el ejercicio de “potestades y funciones administrativas” en su noción de acto administrativo.

³¹ MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS, “El acto administrativo como categoría jurídica,” *ED, Supl. Administrativo 2009*, pp. 663 y 679.

³² *Op. cit.*, t. II, p. 308.

³³ Hoy confusamente desdoblada entre el Poder Ejecutivo, su *responsable político* y el Jefe de Gabinete como *ejecutor*. (CN, arts. 99, inc. 1º y 100, inc. 1º.)

³⁴ GRECCO, CARLOS M., “Tipicidad del Acto Administrativo y Reservas de Revocación,” en MUÑOZ, GUILLERMO A. / GRECCO, CARLOS M., *Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 237. (Énfasis en el original.) En contra, CASSAGNE, quien considera que las potestades “se originan en una ley material,” o sea que bastaría un reglamento para fundar una potestad. (CASSAGNE, *Derecho Administrativo, op. cit.*, t. I, p.121.)

tando de materias internas de la administración, no pueden avanzar sobre la esfera de derechos de los particulares.³⁵

Una interpretación respetuosa del principio de separación de los poderes y de la cláusula constitucional según la cual nadie está obligado frente al Estado sin ley que así lo establezca (o, agregamos, contrato que lo tenga por parte y así lo prevea), debe ser la siguiente: En el ejercicio de su potestad general para administrar el país, la administración no puede, ni necesita, restringir la esfera de derechos de los particulares. Contratar suministros, llevar a cabo obras públicas, hacer funcionar las escuelas y hospitales públicos, son todas operaciones que no requieren avanzar sobre el campo jurídico de los privados, imponiéndoles obligaciones o restricciones a sus derechos en contra de su voluntad. Por supuesto, en el ejercicio de esa potestad la administración no puede violar ni la Constitución ni las leyes, como lo haría, por ejemplo, si excluyera de los servicios de un hospital público a ciertas personas basándose en sus ideas políticas o creencias religiosas, o removiera a un funcionario público sin seguir el procedimiento previsto al efecto.

Por el contrario, la administración solo puede imponer a los particulares obligaciones y prohibiciones, independientemente de la voluntad de éstos, cuando una ley así la faculta. La noción de policía que servía en el Siglo XIX para validar genéricamente tal imposición, no puede cumplir igual cometido actualmente, como lo demostró acabadamente AGUSTÍN GORDILLO en uno de sus primeros trabajos³⁶ y lo sigue sosteniendo hoy al decir que “[l]as nuevas concepciones sobre «reserva de la ley» han hecho que en el Estado de derecho la policía necesite una regulación o autorización legal para disminuir o interferir en la esfera de los individuos,” agregando en nota, con cita de PETERS, que “[l]a solución es clara en el derecho contemporáneo de cualquier país de sistema jurídico desarrollado.”³⁷ Así lo exige nuestro régimen constitucional y así lo confirman las numerosas leyes de policía que el Congreso ha dictado, en ausencia de las cuales la administración se vería impedida de avanzar por sobre la esfera jurídica de los particulares en los sectores que tales leyes reglamentan.

Esta distinción entre los dos campos fundamentales del quehacer administrativo, a saber, el que llamaremos *doméstico*³⁸ (aunque también pueda tener proyección hacia el exterior de la administración) y el que avanza imperativamente hacia la esfera de derechos de los particulares, permite reconciliar dos puntos de vista antitéticos acerca del fundamento y alcance de la competencia: El *vetusto* principio

³⁵ Conf. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *op. cit.*, Buenos Aires, FDA, 2009, 10ª ed., pp. 38-40.

³⁶ GORDILLO, *Estudios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963, p. 23.

³⁷ GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *op. cit.*, Buenos Aires, FDA, 2009, 9ª ed., cap. V-19, p. 78.

³⁸ Tomamos el término de la obra de LÓPEZ BENÍTEZ, MARIANO, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de la relaciones especiales de sujeción*, Madrid, Civitas, 1994, p. 80.

de que ella requiere basarse en ley³⁹ (principio al que otros fallos reconocen buena salud)⁴⁰ y la concepción —que LINARES defendiera en un artículo copiosamente citado—⁴¹ acerca de la posibilidad de una atribución genérica de competencias.

Pues bien, es claro que la concepción de LINARES es correcta y priva en el sector que hemos denominado “doméstico” como lo prueban los ejemplos que da este autor. (Fijar horarios, establecer el color de los uniformes de los empleados de maestranza o disponer el barrido de calles.) Por el contrario, la administración sólo puede avanzar sobre las situaciones particulares si goza de una potestad fundada en ley específica. Discrepamos aquí con LINARES y coincidimos con GORDILLO.

Por supuesto, nadie pretende que la ley fije taxativamente las conductas prohibidas o las obligaciones que pueden imponerse a los particulares, dado que basta una razonable determinación de las mismas, cuyos límites serán tanto más estrictos cuanto más importantes sean tales prohibiciones u obligaciones. Por otra parte, la teoría de los poderes implícitos, dentro de los estrictos límites que les ha fijado la Corte Suprema,⁴² puede otorgar la necesaria flexibilidad.

Este es, por otra parte, el régimen del Estado de Derecho que rige hoy en todos los países civilizados y democráticos. En todos ellos rige el principio de legalidad que requiere la predeterminación por ley de la posibilidad de sacrificar intereses individuales en aras del interés público. Como dice ALESSI:

“El principio de la división de poderes, como ya sabemos, no permite a la Administración (entendida en sentido subjetivo, como aparato administrativo) el desarrollo directo e inmediato del poder de imperio mediante actos de producción jurídica *primarios* (que quedan reservados a los órganos legislativos) permitiéndosele únicamente, como ya dijimos, el realizar actos de producción jurídica que denominábamos *complementarios*, en el sentido de que son simplemente la ejecución concreta de un acto de producción jurídica abstracto

³⁹ La jurisprudencia ha recurrido a este término: “*El vetusto principio que en derecho administrativo la competencia era la excepción y la incompetencia la regla, y que por lo tanto toda competencia debía estar conferida por una norma expresa, ha sido superado por el progreso de las disciplinas jurídicas y los requerimientos de una realidad día a día más compleja, que exige un mayor y más calificado despliegue de actividad administrativa.*” (SCBA, *La Aseguradora Río de la Plata Compañía de Seguros S.A. c. Provincia de Buenos Aires s/ Demanda Contencioso Administrativa*, DJBA, 112: 169, B. 49.234; *Sciannarella, Alfredo M. c. Prov. de Buenos Aires*, JA, 1982-III-42.)

⁴⁰ “[A] la luz de una clara hermenéutica constitucional, 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 o por extensión a lo razonablemente implícito en lo expreso, demuestra lozanía y vigencia.” (CNCAFed., Sala IV, *Peso, Agustín C. c/ Banco Central*, 13-VI-1985, LL, 1985-C-374.) Conf. GORDILLO, *Procedimiento Administrativo*, LexisNexis 9214/001434, 2006.

⁴¹ LINARES, JUAN FRANCISCO, “La Competencia y los Postulados de la Permisi3n,” *RADA*, Año 1, N° 2, Nov. 1971, p. 13; y también “Competencia administrativa y prohibiciones implícitas,” *RADA*, Abril-Junio 1975, N° 8, p. 15.

⁴² CSJN, *Peláez, Fallos*, 318: 1967, donde sostuvo que “[l]os poderes implícitos son atribuciones razonablemente apropiadas y relevantes para el ejercicio de los poderes expresamente otorgados” pero también que “su extensión no puede ir más allá de lo que fuere rigurosamente necesario para que la facultad expresa no resulte ilegítima y gravemente impedida.”

contenido en una ley anterior. [...] En caso contrario, el acto del órgano administrativo con el que se quisieran hacer prevalecer intereses, aunque fueran públicos, pero cuya prevalencia no hubiera sido establecida anteriormente y en abstracto por la ley, se convertiría en un acto primario, directo, prohibido a la administración por el principio de la división de poderes, con lo que a tal acto de producción jurídica vendría a faltarle toda base jurídica y su ejecución tendría que basarse simplemente en una prevalencia de hecho, en una relación meramente de fuerza, cosa inadmisibles en el ordenamiento constitucional actual.”⁴³

En términos análogos se expresan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ:

“El principio de legalidad de la administración, con el contenido explicado, se expresa en un mecanismo técnico preciso: La legalidad atribuye potestades a la administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la administración no puede actuar, simplemente.”⁴⁴

Oigamos, por último, a STASSINOPOULOS:

“La sumisión de la administración a la ley se realiza en virtud del principio de la «legalidad de la administración» que constituye la regla fundamental del derecho de los actos administrativos. Este principio, según el cual ningún acto administrativo puede ser emitido sin apoyarse sobre una ley, es consagrado por disposiciones constitucionales que tienen una fuerza formal superior a la ley.”⁴⁵

Obsérvese que estos autores no son anglosajones sino que escriben dentro de lo que se usa llamar un *régimen administrativo*, al que nuestro país se habría incorporado —según algunas opiniones— a partir de la sanción del decreto-ley 19.549/72. En el derecho inglés, y en otros derechos no latinos, la cuestión es igualmente clara.⁴⁶ Así con respecto al derecho alemán se mencionan decisiones de la Corte Constitucional Federal en el sentido de que:

“[E]s un requisito fundamental de la clasificación de las funciones en un estado democrático basado en el *rule of law* que sólo se permita a las autoridades del gobierno y de la administración interferir con los derechos y libertades de

⁴³ ALESSI, RENATO, *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. I, Barcelona, Bosch, 1970, traducción española de la 3ª ed. italiana, p. 182.

⁴⁴ *Op. cit.*, t. I, p. 449.

⁴⁵ STASSINOPOULOS, MICHEL, *Traité des Actes Administratifs*, Atenas, Sirey, 1954, p. 19.

⁴⁶ Para el derecho inglés, ver WADE, WILLIAM / FORSYTHE, CHRISTOPHER, *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 10ª ed., p. 17; FLOGAÏTIS, SPYRIDON, *Administrative Law et Droit Administratif*, París, LGDJ, 1986, p. 159. Para los derechos alemán, dinamarqués y holandés ver SCHWARZE, JÜRGEN, *European Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1992, pp. 214-222, 223-225 y 227-229, respectivamente.

las personas sobre la base de la autorización de los representantes del pueblo y no (basándose) en su propia autoridad.”⁴⁷

Por su parte, en el derecho norteamericano existe una nítida diferencia entre las potestades del Presidente en materias internas, las que deben basarse en una ley, frente a dichas potestades en materia internacional o de guerra, en las cuales la Constitución admite una mayor participación y control del Presidente.⁴⁸ Finalmente, en el derecho francés, que debe ser tomado con cuidado debido a su diferente estructura constitucional,⁴⁹ se ha considerado como “vía de hecho,” con consecuencias análogas a las del acto inexistente, a aquellas decisiones que “manifiestamente no son susceptibles de ser vinculadas al ejercicio de un poder conferido por la ley a la administración.”⁵⁰

La figura de las potestades administrativas (en plural, no en singular) entronca con estas ideas básicas dado que la supremacía de la administración frente a los individuos no es genérica sino específica y limitada por el alcance de cada una de las leyes que las otorgan. No hay, pues, una única potestad administrativa para limitar los derechos individuales, sino numerosas —pero no infinitas— potestades administrativas.

2.3. *El acto administrativo como acto típico*

De la necesidad de que exista una norma que establezca la potestad se desprende el número limitado (*numerus clausus*) de los actos administrativos.⁵¹ “La administración no puede emanar actos singulares atípicos,” dice VILLAR PALASI⁵² y en el mismo sentido se pronuncian GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ:

“...[E]l acto administrativo, por diferencia sustancial con el negocio jurídico privado, es esencialmente típico, desde el punto de vista legal, nominado, no obediente a ningún genérico principio de autonomía de la voluntad, sino, exclusivamente, a la previsión de la ley.”⁵³

En nuestro derecho GRECCO ha sostenido el carácter típico del acto administrativo.⁵⁴ Confirman, además, la recepción de esta interpretación los numerosos

⁴⁷ SINGH, MAHENDRA P., *German Administrative Law - In Common Law Perspective*, Berlín, Springer-Verlag, 1985, p. 69.

⁴⁸ TRIBE, LAURENCE H., *Constitutional Law*, Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1988, 2ª ed., p. 213.

⁴⁹ Ver sección 2.4 y nota 75, *infra*.

⁵⁰ BIAGINI-GIRARD, SANDRINE, *L'inexistence en droit administratif*, París, L'Harmattan, 2010, p. 263.

⁵¹ En este sentido, CARINGELLA, FRANCESCO / DELPINO, LUIGI / DEL GIUDICE, FEDERICO, *Diritto Amministrativo*, Nápoles, Simone, 2001, 18ª ed., p. 360. GIANNINI habla de la “ilimitada riqueza de modulaciones de los negocios privados” en comparación con la “pobreza de variaciones que admite el acto (*provvedimento*) administrativo,” en *op. cit.*, vol. II, p. 239. VIRGA no admite la tipicidad, *op. cit.*, p. 39.

⁵² Citado por BEZZI, *op. cit.*, p. 91.

⁵³ *Op. cit.*, t. I, p. 553.

⁵⁴ GRECCO, *op. loc. cit.*, y especialmente sus notas I y III.

ejemplos de actos administrativos que trae la doctrina nacional y, más aún, las clasificaciones de los mismos que ella propone y que se identifican con las del derecho italiano y español.⁵⁵ ¿Acaso mencionan una negativa de pago entre dichos ejemplos?

Esta característica de tipicidad se aplica solamente a los actos administrativos que afectan directamente la esfera de derechos de los particulares, pero no así a aquellos emanados dentro de lo que hemos denominado la esfera doméstica de la administración. En ella rige una amplitud de alternativas similar (aunque no igual por las restricciones que le imponen a la administración ciertas normas como aquellas que rigen sus contrataciones) a aquella de la que gozan los particulares.

2.4. *La amplitud del concepto de función administrativa*

En contraste con la noción de *potestad administrativa*, el concepto de *función administrativa* es mucho más amplio y cubre toda la actividad de los funcionarios en su carácter de tales: Sea que los actos que llevan a cabo estén sujetos al derecho público o al derecho privado (esto último nunca totalmente) siempre habrá allí ejercicio de función administrativa. Una de dos: O hay ejercicio de función administrativa o hay actuación del funcionario a título personal.⁵⁶ Comprarle un inmueble a un particular para erigir allí un edificio público implica ese ejercicio tanto como aplicar una multa por violación de las normas del tránsito.⁵⁷ Por supuesto, es posible interpretar el concepto de *función administrativa* de una manera más estricta y como sinónimo de *potestad administrativa*, pero ello dejaría fuera del derecho administrativo muchos actos que implican el ejercicio de funciones públicas pero que no llegan a alcanzar el rango de acto administrativo, es decir, que no tienen entidad para modificar unilateralmente el ordenamiento jurídico.

En realidad, la presencia de la función administrativa tiene la consecuencia jurídica de hacer responsable al Estado si, en el ejercicio de dicha función, se causan daños a un particular,⁵⁸ daños que pueden resultar tanto de una conducta fáctica como de una conducta jurídica.⁵⁹ Podemos encontrarnos, incluso, ante un acto inexistente, por emanar —por ejemplo— de un empleado subalterno sin capacidad alguna de decisión y, por ende, estar viciado de grosera incompetencia,

⁵⁵ Ver, en este sentido, las páginas que dedica DIEZ a la clasificación de los actos administrativos con copiosas citas de autores italianos; DIEZ, *El Acto Administrativo*, *op. cit.*, pp. 123-154.

⁵⁶ Cfr. BIELSA, *op. cit.*, t. II, p. 3, n. 4: Si el acto “no entra en la órbita de sus funciones, es un acto *personal*, es decir acto del agente; o no es acto, sino una simple *vía de hecho*.” (Énfasis en el original.)

⁵⁷ No estamos de acuerdo, por ello, con la posición de ALTAMIRA GIGENA, para quien la presencia de la “función administrativa” tiene como consecuencia excluir a los actos regidos por el derecho privado. ALTAMIRA GIGENA, JULIO I., *Acto Administrativo*, Córdoba, Advocatus, 2008, p. 20.

⁵⁸ Los arts. 43 y 1112 del Código Civil requieren que exista ejercicio de las funciones del agente para responsabilizar a la persona jurídica.

⁵⁹ Conf. GORDILLO, *Tratado...*, *op. cit.*, t. 2, pp. XX-25-27.

pero que, sin embargo, ocasiona daños a un particular por los que puede tener que responder el Estado.⁶⁰

También en España se ha observado esta ampliación de la noción de acto administrativo al ligarlo a la función pública y no a una potestad pública. Se atribuye este desarrollo a la necesidad de abrir la vía contencioso-administrativa ante decisiones que no constituyen verdaderos actos administrativos pero que deben ser igualmente revisables por los tribunales del fuero.⁶¹ No debe extrañar, entonces, que GONZÁLEZ PÉREZ, que tanto ha escrito sobre el contencioso, ofrezca en primer lugar una definición amplísima, al considerar como acto administrativo al “acto jurídico de la función administrativa,” sin perjuicio de, páginas más adelante, traer a colación una definición más restringida proveniente de una sentencia y en línea con lo que sostenemos en este trabajo, a saber: “El acto administrativo es el ejercicio de una potestad para el cumplimiento de los fines que le están encomendados y por ello sólo puede dictarse en función de las atribuciones concedidas por la ley.”⁶²

Se comprende entonces la mayor amplitud que, sin un análisis cuidadoso, permiten las definiciones argentinas de acto administrativo, basadas en la noción de función administrativa, frente a la de las fuentes italianas en las que algunos de nuestros autores principales han abrevado. Así, BIELSA define el acto administrativo como toda “decisión [...] de una autoridad administrativa en ejercicio de sus propias funciones.”⁶³ También DIEZ recurre al concepto del ejercicio, por un órgano del Poder Ejecutivo, de “su función administrativa.”⁶⁴

⁶⁰ Ver el apartado siguiente. En este caso, la responsabilidad del Estado se fundaría en el art. 1113 del Código Civil que obliga responder por los daños que causan las personas bajo dependencia del responsable, siempre que, como ha decidido la Corte Suprema, el hecho ilícito haya sido cometido en ejecución de las tareas a cargo del dependiente “dentro de los límites y objeto aparentes de las mismas.” (CSJN, *Rodríguez, Enrique c. Nación Argentina*, 1942, *Fallos*, 194:170.) Más recientemente la Corte Suprema aplicó la teoría del órgano para sostener la responsabilidad directa del Estado por los daños causados por sus órganos o funcionarios para el desenvolvimiento de sus fines y por el cumplimiento defectuoso de sus funciones. (CSJN, *Jorge Fernando Vadell c/ Prov. de Buenos Aires*, 1984, *Fallos*, 306:2030; CSJN, *Hotelera Río de la Plata S.A.C.I. c/ Prov. de Buenos Aires*, 1986, *Fallos*, 307:821.) Ampliar en GORDILLO, *Tratado...*, *op. cit.*, t. 2, pp. XX-23-29; BALBÍN, *op. cit.*, t. IV, pp. 262-270.

⁶¹ BOCANEGRA SIERRA, *op. cit.*, p. 43. Sobre la confusión entre el concepto dogmático y el concepto procesal del acto administrativo, ver SANTAMARÍA PASTOR, JUAN A. / PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *Derecho Administrativo – La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1989, pp. 235-236.

⁶² GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS / GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, t. I, Madrid, Civitas, 1997, pp. 1002 y 1010, resp. En el derecho español BALLBÉ y GUAITA propusieron también definiciones amplísimas. (Citadas por MEILÁN GIL, *op. cit.*, p. 671.)

⁶³ BIELSA, *op. cit.*, t. II, p. 3. La definición completa reza así: “[D]ecisión, general o especial, de una autoridad administrativa en ejercicio de sus propias funciones sobre derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellos.”

⁶⁴ DIEZ, *Derecho Administrativo, op. cit.*, t. II, p. 204. La definición completa reza así: “[D]eclaración unilateral de un órgano del Poder Ejecutivo en ejercicio de su función administrativa que produce efectos jurídicos con relación a terceros.”

Y MARIENHOFF coincide al usar en su definición términos similares: “[D]ecisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas.”⁶⁵ Los tres citan autores italianos, muchas de cuyas definiciones, por el contrario, recurren al concepto de potestad administrativa.⁶⁶ Obsérvese, además, la evolución del pensamiento de DIEZ, quien en su obra *El Acto Administrativo* de 1961 lo definía como “una declaración concreta y unilateral de voluntad de un órgano de la administración activa en ejercicio de la potestad administrativa.”⁶⁷ En su obra general, por el contrario, reemplaza la noción de potestad por la de función, pero agrega la producción de efectos jurídicos.⁶⁸

Párrafo aparte merece la definición de GORDILLO a la que le cupo la suerte de todos los clásicos, que es ser repetida por otros autores sin comillas, como si fuera una idea recibida y sempiterna, sin autor conocido: “[D]eclaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata.” GORDILLO, que escribía estas líneas a principios de la década de 1960, estaba empeñado en hacer del derecho administrativo un todo coherente, superando la antinomia entre las concepciones objetiva y subjetiva de la administración, y evitando discordancias entre los conceptos fundamentales de la disciplina. Recurrí, para ello, a la noción de *función administrativa* que, correctamente definida, le permitió cohesionar la materia y, por ello, la utilizó también en su definición de acto administrativo.⁶⁹

En este aspecto, es particularmente importante la opinión de MARIENHOFF, ya que la Exposición de Motivos del decreto-ley 19.549/72 expresa que, en lo referente a su Título III (o sea el que regula el acto administrativo) se adoptaron “en lo esencial, las opiniones expuestas por el doctor MIGUEL S. MARIENHOFF, en el tomo II de su Tratado de Derecho Administrativo en materia de acto administrativo.” ¿Puede sostenerse que este autor no se aparta sustancialmente de la noción restringida de acto administrativo?

Ella sería una interpretación posible pues el apartamiento significativo de la doctrina italiana que hubiera significado la ampliación del concepto de acto administrativo para incluir a todos los actos jurídicos emanados de la administración con el solo requisito de que haya actuado en ejercicio de la función administrativa no podría haber sido silenciado por este autor. Sólo así se entendería que MA-

⁶⁵ MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 260. La definición completa reza así: “[T]oda declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas, productora de un efecto jurídico.”

⁶⁶ Las citas de la doctrina italiana son copiosas en los tres autores mencionados en primer término. Ver, p. ej., BIELSA, *op. cit.*, t. II, pp. 1-5, n. 1, 2 y 4; DIEZ, *Derecho Administrativo, op. cit.*, t. II, p. 204, n. 9 y 12; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, pp. 257-262, n. 108, 109, 113 y 114.

⁶⁷ DIEZ, *El Acto Administrativo, op. cit.*, pp. 108-109.

⁶⁸ *Supra*, nota 64.

⁶⁹ GORDILLO, *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 77. Esta definición ha sido seguida por diversas leyes de procedimiento administrativo provinciales, como la de Neuquén (ley 1284, art. 37, inc. a) y la de Salta. (Ley 5348, art. 25.)

RIENHOFF considerara que su definición presentaba “cierta similitud” con la de GIANNINI que recurría expresamente al concepto de potestad administrativa.⁷⁰

Sin embargo, otra interpretación admisible es que MARIENHOFF consideraba que existe una potestad genérica de emitir actos administrativos independientemente de la existencia de una ley que le otorgue una potestad específica. Ello es lo que puede extraerse de las páginas que le dedica a la potestad de mando⁷¹ a la que parece considerar como un poder “innato” de la administración.

Idéntica ambigüedad se encuentra en la obra de VILLEGAS BASAVILBASO que MARIENHOFF trae a colación,⁷² dado que este autor, con la cita de los mismos autores españoles que MARIENHOFF luego recoge (varios de los cuales escribían durante la época más autoritaria del franquismo),⁷³ sostiene primero la existencia de una potestad imperativa en el Poder Ejecutivo análoga a la de los otros dos poderes, para luego citar con aprobación la opinión de FIORINI según la cual, en palabras de VILLEGAS BASAVILBASO, “[l]a ejecución de la administración se realiza porque existe una ley,” aunque admitiendo a reglón seguido que la norma autorizativa pueda ser de carácter “administrativo,” con lo cual se vuelve al punto de partida.

Estas confusiones se deben, por una parte, a una visión del derecho europeo como un producto científico libre de ideologías políticas, aún cuando sea, en ocasiones, el producto de ideologías incompatibles con nuestra Constitución y, por la otra, a las citas de autores que escriben bajo regímenes jurídicos y políticos contradictorios entre sí.⁷⁴ El derecho francés es especialmente irrelevante en este punto dado que, de acuerdo con la Constitución de 1958, las facultades del Poder Legislativo están acotadas mientras que las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo son genéricas, régimen exactamente opuesto al de nuestra

⁷⁰ MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 262, n. 114, donde se cita también la definición de ZANOBINI como afín a la de GIANNINI.

⁷¹ *Op. cit.*, t. I, pp. 605-606.

⁷² VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, TEA, 1950, pp. 232-237.

⁷³ Son elocuentes las palabras de ROYO VILANOVA al comparar el sometimiento de la administración al derecho que rige en el “Estado liberal” con el régimen del “nuevo Estado” franquista en el cual los intereses individuales solo son respetados en cuanto “no estén en pugna con el supremo interés nacional.” (ROYO VILANOVA, ANTONIO, *Elementos de Derecho Administrativo*, t. II, Valladolid, 1948, 21ª ed., corregida por SEGISMUNDO ROYO VILANOVA, pp. 880-881: Es la misma edición citada por MARIENHOFF en su *Tratado*. (*Op. cit.*, t. I, p. 606.)

⁷⁴ Ver, al respecto, nuestro trabajo “Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino,” en *Estudios de Derecho Administrativo II*, Buenos Aires, IEDA, 2000, pp. 41 y 54-57.

Constitución.⁷⁵ Y, por último, no nos olvidemos de todos los años que vivimos durante el Siglo XX bajo gobiernos *de facto*.⁷⁶

Más allá, entonces, de intentar desentrañar el sentido verdadero de la noción de acto administrativo en la obra de MARIENHOFF, nos parece más apropiado arribar a una noción acorde con nuestro sistema constitucional.

Se hace, pues, necesario recalcar el punto: De acuerdo con nuestro sistema constitucional no todo acto jurídico emanado de un agente de la Administración es un acto administrativo en el sentido del artículo 12 del decreto-ley 19.549/72 y con todos los atributos que dicha norma le confiere. Y ello aunque ese acto esté sujeto total o parcialmente al derecho administrativo. No es la aplicación del derecho administrativo lo que convierte a un acto estatal en *acto administrativo* sino la presencia de una potestad. Como bien ha dicho la Corte Suprema:

“Ningún poder del Estado puede arrogarse mayores facultades que las que le han sido conferidas expresamente. Así, la regla según la cual es inválido privar a alguien de lo que la ley no prohíbe ha sido consagrada en beneficio de los particulares y no de los poderes públicos, quienes, para actuar legítimamente, requieren una norma de habilitación.”⁷⁷

2.5. ¿Funcionario o empleado público?

La amplitud excesiva de la noción de función administrativa para configurar la existencia de un acto administrativo se agrava debido a la imposibilidad, en nuestro derecho, de distinguir entre los funcionarios públicos, quienes serían los únicos autorizados a ejercer la representación del Estado y, por ende, a emitir actos administrativos, y los empleados públicos que llevarían a cabo solamente actos de ejecución pero no de representación o decisión. Si bien se ha sostenido esta distinción conceptual, el derecho vigente así como la jurisprudencia, que ha considerado a un guincho comprendido en la definición de *funcionario público* a los efectos legales, rechazan la distinción.⁷⁸

⁷⁵ Conf. GORDILLO, *Tratado...*, *op. cit.*, t. 1, p. VII-8. Ver los arts. 34 a 37 de la Constitución francesa de 1958. Aun si la interpretación de estas reglas constitucionales por la jurisprudencia no ha limitado el campo de la ley como podría hacer creer su simple lectura, aun subsiste un margen de acción reglamentaria muy superior al de nuestra Constitución: Cfr. TREMEAU, JÉRÔME, *La reserve de loi – Compétence législative et constitution*, París, Economica, 1997, *pássim*.

⁷⁶ Cfr. GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A.M., “Aportes de la Corte Suprema en la puja entre libertad y reglamentarismo,” *LL*, 17-XII-10, p. 1.

⁷⁷ Peláez, *cit.* en nota 42, *supra*.

⁷⁸ A favor de la distinción, BIELSA, *op. cit.*, t. 3, p. 29; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. III, pp. 278-287; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. III-B, pp. 33-41. En contra, GORDILLO, *Tratado...*, *op. cit.*, t. 1, pp. XIII-1/5, con cita del art. 77 del Código Penal, la Convención Interamericana contra la Corrupción (aprobada por la ley 24.759), la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (aprobada por la ley 25.319) y, entre otros, del fallo de la Cám. Fed. Cap., Sala Penal, *Franci, DJ*, 10-IV-1964, p. 335.

Si agregamos a ello que un acto viciado de incompetencia, aunque nulo de nulidad absoluta, igualmente está protegido por los plazos de caducidad de acuerdo con la jurisprudencia del fuero,⁷⁹ resultaría que la decisión de un empleado público de baja categoría escalafonaria tendría la misma fuerza, para extinguir los derechos de los particulares, que una sentencia firme o que una ley. Un acto viciado de tamaña incompetencia debiera ser considerado inexistente como acto administrativo: Tal es la regla en Francia cuando “la incompetencia es tan manifiesta que ella revela una verdadera usurpación de poder.”⁸⁰

El hecho que, al día de hoy, la emisión de actos administrativos por parte de empleados subordinados parezca más una hipótesis de laboratorio que una realidad cotidiana, no nos debe tranquilizar. La degradación del derecho público es un proceso muy paulatino.⁸¹

Como bien ha observado FERNANDO GARCÍA PULLÉS, se detecta en nuestro país, actualmente, una tolerancia judicial ante el vicio de incompetencia salvo, claro está —agregamos nosotros— cuando lo plantea la misma administración. La aparición de actos administrativos expedidos por empleados subalternos sería un paso más en este proceso. En realidad, esta etapa podría ya haber llegado: La creciente práctica de obligar a los particulares a realizar trámites por Internet, permite a cualquier empleado con acceso al sistema, generalmente obedeciendo órdenes verbales de sus superiores, excluir a algunos particulares del régimen, con lo cual se les impide —de hecho— ejercer sus derechos constitucionales, o impedirles a todos los que acceden al sistema llevar a cabo conductas no prohibidas por ninguna norma. Hemos llegado, así, al acto anónimo pero no por ello menos efectivo para coartar los derechos individuales.⁸²

2.6. *El impacto del decreto-ley 19.549/72*

Las definiciones de la doctrina nacional del acto administrativo que hemos visto tenían dos características importantes: Todas ellas nacieron antes del dictado del decreto-ley 19.549/72 y, además, casi todas ellas hacían referencia —expresa o implícita— a la producción de efectos jurídicos. Este último aspecto, además de excluir a los actos internos o *de administración*, permitiría relacionar el concepto de función administrativa con el de potestad administrativa, ya que sólo la existencia de una potestad hace posible la creación de efectos jurídicos en contra o independientemente de la voluntad del particular, o sea los efectos

⁷⁹ Ver nota 88, *infra*.

⁸⁰ PLESSIX, BENOÎT, *L'utilisation du droit civil dans l'elaboration du droit administratif*, París, LGDJ, 2003, p. 457.

⁸¹ Cfr. MAIRAL, “La degradación del derecho público argentino,” en *El derecho administrativo de la emergencia vol. IV*, Buenos Aires, FDA, 2005, p. 17.

⁸² Cfr. GARCÍA SANZ, AGUSTÍN, “Las vías de hecho informáticas,” en prensa.

típicos del acto administrativo.⁸³ Si admitimos este punto de vista, pues, la tesis del presente trabajo no haría más que explicitar las definiciones tradicionales del acto administrativo que, especialmente a partir de la citada obra de GORDILLO, se utilizan en nuestro país.

Por otra parte, antes de la sanción del decreto-ley 19.549/72 los plazos de caducidad existían solamente con respecto a actos específicos (por ejemplo, las sanciones administrativas previstas por algunas leyes que debían recurrirse dentro de un determinado plazo) los que surgían claramente del ejercicio de potestades puntuales. La inexistencia de un plazo general de caducidad tornaba entonces irrelevante la amplitud de la definición, ya que de invocar la administración un acto en contra del particular y dictado fuera del ámbito de las leyes que le otorgaban potestades, nada le impedía a este último hacer valer sus defensas cualquiera fuera el momento en que dicha invocación se producía dentro del plazo de prescripción aplicable. Y, además, no sólo no regía ningún plazo de prescripción respecto del acto viciado de nulidad absoluta, sino que existían fallos que consideraban a tal tipo de acto como *inexistente*.⁸⁴

En este escenario, que hoy se nos antoja idílico (salvo, obviamente, para los abogados del Estado), irrumpió el decreto-ley 19.549/72 y su decreto reglamentario, normas cuyos rasgos autoritarios (pese a ser anunciadas como protectoras de los derechos individuales)⁸⁵ fueron potenciados por una jurisprudencia que, paralelamente, diluyó las salvaguardias que dichas normas establecían. Nos referimos, en especial, al efecto conjunto de cuatro soluciones disvaliosas, a saber:

(i) El plazo de caducidad rigurosamente aplicado al agotamiento de la vía administrativa ante la emasculación de la denuncia de ilegitimidad, al declarar judicialmente irrevisible su rechazo por la administración cuando ésta entra al fondo de la cuestión,⁸⁶

⁸³ BIELSA se acerca a este punto de vista cuando dice que cuando la autoridad “actúa u obra fuera de toda atribución, sólo hay vías de hecho” que abre la jurisdicción ordinaria “pues no hay entonces acto administrativo” (*op. cit.*, t. II, p. 6.) GORDILLO menciona la necesaria delegación de potestades públicas para que existan actos administrativos emitidos por personas jurídicas que él denomina “entes no estatales.” *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, *op. cit.*, p. 1-21.

⁸⁴ Sobre la inexistencia de plazo para el acto viciado de nulidad absoluta, ver CSJN, *Los Lagos S.A. Ganadera c/ Gobierno nacional*, 1941, *Fallos*, 190:142. Declarando inexistente a tal tipo de actos: CNAFed. Cap. Fed., *Mórtola c/ Gobierno de la Nación*, LL, 18:1122. (En la especie, decreto del Poder Ejecutivo que contradecía las disposiciones de una ley.)

⁸⁵ En la Exposición de Motivos se habla de “asegurar a los interesados las garantías constitucionales del debido proceso.”

⁸⁶ CSJN, *Gorordo Allaria de Kralj*, 1999, *Fallos*, 322:73. Apoyan esta solución HUTCHINSON, TOMÁS, *Ley Nacional de procedimientos administrativos*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 50; y COMADIRA, JULIO R. / MONTI, LAURA (coord.), *Procedimientos administrativos - Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 71 y 83-89. Existen, por el contrario, numerosas críticas, entre ellas las de GORDILLO (*Tratado...*, *op. cit.*, t. 4, 10ª ed., p. VIII-39); MAIRAL, HÉCTOR A. (*Control Judicial de la Administración Pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 342-343); REJTMAN FARAH, MARIO (*Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 105-110) e IGNACIO MINORINI LIMA.

(ii) la teoría de la subsanación que permite convalidar cualquier decisión administrativa emitida sin motivación y sin dictamen jurídico previo, gracias a la motivación y al dictamen que se emiten en ocasión del recurso administrativo que interpone el particular afectado;⁸⁷

(iii) la inclusión de los actos viciados de nulidad absoluta dentro del régimen de caducidad;⁸⁸ y

(iv) la eliminación, en la práctica, de la cosa juzgada administrativa al ampliar la excepción de *conocimiento del vicio* por parte del particular y admitir la suspensión de efectos *sine die* dispuesta por la administración.⁸⁹

El efecto conjunto de estas decisiones ha llevado a una significativa reducción de la tutela judicial efectiva de que deben gozar los particulares frente al Estado, de acuerdo tanto con el art. 18 de nuestra Constitución como con el art. 8° de la

(“La Denuncia de Ilegitimidad,” en AA.VV., TAWIL, GUIDO S. (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, pp. 425 y 439, con cita de jurisprudencia del fuero contencioso-administrativo de la Ciudad de Buenos Aires que declaró inconstitucional la irrecurribilidad de la decisión que resuelve la denuncia de ilegitimidad.)

⁸⁷ CSJN, S.A. *Duperial I.C. c/ Nación Argentina*, 1979, Fallos, 301:953; CSJN, *Molinas, Ricardo c. Nación Argentina*, 1991, Fallos, 314:1091; CSJN, *Universidad Bartolomé Mitre*, 1969, Fallos, 273:134 (con disidencias); CNFed. CA, Sala IV, *Oncetur S.A.*, ED, 122:253 y *Finatlantic S.A.*, LL, 1993-B, 431; Sala III, *Hisi, Gustavo*, LL, 1994-D-461, con nota de HUICI, HÉCTOR, “Subsanación en sede judicial de vicios del acto administrativo.” Criticamos estas reglas en nuestro reciente trabajo “¿Uno o dos derechos administrativos?” en Suplemento Extraordinario, La Ley, Agosto 2010, p. 2. Otra crítica a esta teoría puede verse en CANDA, FABIÁN O., “El debido proceso adjetivo. La llamada «Teoría de la subsanación.»” en TAWIL (dir.), *Procedimiento...*, op. cit., p. 145. Más recientemente la Procuración del Tesoro invoca, con los mismos efectos que criticamos, “el principio de conservación del acto administrativo.” (PTN, *Dictámenes*, 234:156, cit. por COMADIRA / MONTI, op. cit., p. 319.)

⁸⁸ CNFed. CA, Sala III, *Giménez Vega c. Comité Federal de Radiodifusión*, ED, 97-283; CNFed. CA, Sala IV, *Gallegos, Miguel A. y otro c/ Ministerio de Justicia*, LL, 2000-A, 550; CNFed. CA, Sala IV, 16-IV-98, *Muñoz, José N.*, ED, 182-441. Criticamos esta posición en nuestro *Control Judicial...*, op. cit., t. I, pp. 343 y 391-392. También la han criticado GORDILLO (*Tratado de derecho administrativo*, t. 3, op. cit., pp. XI-25-26); y TAWIL, “El plazo para accionar en la instancia contencioso administrativa,” en AA.VV., *Derecho Procesal Administrativo*, Dir. TAWIL, GUIDO S., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 317.

⁸⁹ Cfr. VEGA, SUSANA, “La desprotección del particular frente a la potestad revocatoria de la administración. La agonía de la acción de lesividad,” LL, 2007-B-451 comentando el caso *Gordillo, J.H. c. Administración Nacional de la Seguridad Social*, CNFed. CA, Sala II; GUSMAN, ALFREDO, “La estabilidad del acto administrativo a treinta años de la conformación del régimen legal,” ED, Administrativo, 2007, pp. 675-676. Cfr. REJTMAN FARAH, “La estabilidad del acto administrativo y el conocimiento del vicio como causal de revocación,” en AA.VV., *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Universidad Austral, 2009, pp. 431-432 citando la cambiante doctrina de la Procuración del Tesoro, hoy más favorable a la posición del particular: Ver, en este último sentido, el dictamen transcrito en LL, 2007-C, 376 con nota de ALONSO REGUEIRA, “¿Debe presumirse el conocimiento del vicio?” Conf. con la posibilidad de suspender los efectos del acto, COMADIRA, *La Anulación de Oficio del Acto Administrativo*, 2ª ed., Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, pp. 214-215, con cita de dictámenes en el mismo sentido de la Procuración del Tesoro; MONTI, LAURA “Consideraciones sobre la sentencia dictada en la causa *Pradera del Sol* y la potestad revocatoria de la Administración,” ED Administrativo 2005, p. 114. Contra, GORDILLO, *Tratado...*, op. cit., t. 3, p. VI-13/14.

Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁹⁰ en comparación con la que regía antes de la emisión del decreto-ley 19.549/72. Se torna imprescindible, pues, acotar la noción de acto administrativo para evitar un debilitamiento aún mayor de la defensa en juicio de los particulares frente al Estado.

El decreto-ley 19.549/72 no define al acto administrativo. Sin embargo, los requisitos que exige para su validez confirman el punto de vista que sostenemos: No toda decisión administrativa alcanza el rango de acto administrativo pues, de lo contrario, el riguroso procedimiento previo que exige el decreto-ley paralizaría, en la práctica, la acción administrativa. Justamente, se ha sostenido que la presencia de tan riguroso procedimiento es lo que justifica la presunción de legitimidad del acto administrativo.⁹¹ Pero en lugar de extraer de ese rigor procedimental la conclusión correcta —o sea la necesaria limitación del número de actos administrativos posibles— la jurisprudencia directamente eximió a la administración de su cumplimiento. La teoría de la subsanación, como la denominó en su momento JUAN FRANCISCO LINARES,⁹² devino así en el aliado insustituible de la expansión del concepto de acto administrativo, pese a ignorar de esta manera disposiciones expresas del decreto-ley 19.549/72.

El impacto de las reglas jurisprudenciales antedichas sobre la definición del acto administrativo, que distorsionó las definiciones de los autores argentinos citados, se fue observando gradualmente para hacerse notorio en estos últimos años. Hoy día —a estar a la opinión que aparece como mayoritaria— cualquier manifestación de voluntad administrativa y que no constituye un acto meramente preparatorio, deviene incuestionable y tiene fuerza de verdad legal una vez transcurridos los quince días hábiles del plazo para interponer el recurso jerárquico sin que el mismo haya sido articulado. En consecuencia, cualquier decisión administrativa puede pretender efectos modificatorios de la posición jurídica del particular aunque no nazca del ejercicio de una potestad. En España esta misma tendencia ha sido calificada de “perversión,”⁹³ calificativo que merece aún más entre nosotros, dado que ella ampara con los plazos de caducidad incluso las graves irregularidades de los actos absolutamente nulos que en España, bajo el nombre de “actos nulos de pleno derecho,”⁹⁴ a partir de una jurisprudencia consolidada a mediados de la década de 1970, y más claramente desde las reformas introducidas en 1992 y 1999, quedan excluidos de tal protección.⁹⁵

⁹⁰ En realidad, dicha Convención no agrega nada a nuestra anterior norma constitucional a menos que se interprete que ésta sólo garantizaba una tutela judicial “inefectiva.”

⁹¹ Así, MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, pp. 369-370.

⁹² LINARES, JUAN FRANCISCO, “La garantía de defensa ante la Administración,” *LL*, 142-1137.

⁹³ Así, BOCANEGRA SIERRA, *op. cit.*, p. 24.

⁹⁴ Sobre la identidad del acto afectado de nulidad absoluta y el acto nulo de pleno derecho, ver GARCÍA DE ENTERRÍA / FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, p. 618.

⁹⁵ Así interpretamos el art. 102 de la ley 30/1992, del 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En el sentido del texto, GARCÍA DE ENTERRÍA / FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, pp. 623-624. Sobre la jurisprudencia que aplicaba la

La llamada “ley de procedimientos administrativos,” o sea el decreto-ley 19.549/72, no puede constituir un otorgamiento de potestad genérico que convierte a cada decisión de un funcionario o empleado público en un acto administrativo por el solo hecho de haber sido adoptada en ejercicio de sus funciones como tal. Si la Constitución nacional dispone que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, no puede una norma nacional que pretende jerarquía de ley como el decreto-ley 19.549/72, establecer que de allí en más a los funcionarios o empleados se los obedece aun sin ley que lo disponga. Ello porque la ley que obliga a los particulares debe ser necesariamente específica dado que las garantías constitucionales, necesariamente generales, no pueden dejarse sin efecto por normas legislativas igualmente generales. ¿Acaso sería constitucional una ley que declarara de utilidad pública a todos los inmuebles privados sitios en el país? Una ley, y menos aún un decreto-ley, no pueden borrar una disposición constitucional.⁹⁶

Por otra parte, es incompatible con el principio constitucional de separación de los poderes que la única diferencia entre cualquier decisión administrativa y la sentencia sea el plazo disponible para impugnarlo, a partir del cual, si no se articuló el recurso respectivo ambas adquieren fuerza de verdad legal: Quince días para el acto administrativo o cinco días para la sentencia judicial. Este verdadero privilegio debe estar reservado solo para aquellos actos autorizados por una ley especial y que están rodeados de las garantías de fondo y de forma que exige el decreto-ley 19.549/72.

Argumentos similares se esgrimen en España para superar la brevedad de los plazos para impugnar los actos anulables.⁹⁷ ¿Qué decir en nuestro derecho en que la misma brevedad ampara también a los actos absolutamente nulos?

Es necesario, pues, reaccionar ante una jurisprudencia y una doctrina que, interpretando normas que admiten varias lecturas, nos colocan en una situación muy desfavorable, en lo que hace a la protección de los derechos individuales frente al Estado, en relación con los derechos extranjeros en los que gustamos abreviar. Y para ello, entre otras concepciones que deben corregirse, cabe restringir la noción de acto administrativo solamente a aquellos dictados con apoyo en una potestad administrativa.

De lo contrario se amplía exageradamente el ámbito de la vía de acceso a la Justicia “impugnatoria,” o sea la basada en los artículos 23 a 25 del decreto-ley 19.549/72 con el requisito del agotamiento de la vía administrativa en el brevísimo plazo de quince días, en detrimento de la vía “reparatoria” que, en principio, continúa sujeta al plazo de prescripción.

ley anterior ver la 3ª ed. de la obra citada de GARCÍA DE ENTERRÍA / FERNÁNDEZ, t. I, Madrid, Civitas, 1982, pp. 518-519.

⁹⁶Tampoco constituye la Ley de Ministerios (hoy ley 22.520) una atribución general de potestades: Ver sección 2.9 y nota 136, *infra*.

⁹⁷BOCANEGRA SIERRA, *op. cit.*, p. 31.

2.7. *La decisión dictada sin potestad que la sostenga*

Muchas decisiones de la administración son dictadas sin que ello implique el ejercicio de una potestad administrativa ya sea porque la potestad ha desaparecido, ya sea porque nunca existió. Por ejemplo, si se confirmara, como sostiene importante doctrina,⁹⁸ que la Ley de Abastecimientos 20.680 perdió vigencia como resultado de la reforma constitucional de 1994, habría desaparecido la potestad del Poder Ejecutivo para fijar precios y obligar a los comerciantes a vender, incluso a pérdida, que le otorgan los diversos incisos del artículo 2° de la misma. En consecuencia, toda decisión administrativa que pretendiera tales efectos constituirá un acto inexistente por carencia de potestad. Que esta conclusión parezca sorprendente para algunos demuestra cómo nos hemos apartado de nuestras normas constitucionales básicas.

En la segunda categoría entran los actos que pueden tener efectos jurídicos válidos pero que carecen de efectos *reguladores* y, por lo tanto, están desprovistos de fuerza imperativa.⁹⁹ En este sentido cabe citar a la doctrina italiana que nos habla de los actos *paritetici* los cuales, si bien producen efectos jurídicos de derecho público, no gozan de imperatividad, como ocurre con la determinación, por la propia administración, del monto de una obligación patrimonial propia frente al particular.¹⁰⁰

Lo mismo cabe decir, entre nosotros, del caso ya citado de una negativa de pago que puede tener efectos jurídicos, en cuanto constituye una toma de posición de la administración frente a una pretensión del particular, pero que no alcanza a incidir sobre la relación de fondo.¹⁰¹ Ninguna ley le otorga a la administración la *potestad* de negarse a pagar, aunque tenga todo el derecho a así hacerlo. Igual solución cabe cuando la administración pretende, para su decisión, efectos que requieren la existencia de una potestad que, en derecho, no existe.

Sin embargo, en la práctica, el especialista recomienda, ante la duda, impugnar toda decisión administrativa desfavorable a su cliente con lo cual se produce en los expedientes administrativos lo que hemos denominado *metástasis jurídica* ante las sucesivas impugnaciones de decisiones desfavorables.¹⁰² Los jueces se van así acostumbrando a considerar actos administrativos a cualquier decisión de la administración. Es necesario terminar con esta corruptela y construir un cuerpo de jurisprudencia que niegue a los actos dictados sin potestad en qué apoyarse el carácter de actos administrativos.

⁹⁸ GELLI, MARÍA ANGÉLICA, "Control judicial de la actividad administrativa en materia de abastecimiento: Entre la delegación prohibida y la irrazonabilidad," Revista de Derecho Público, tomo: *Control judicial de la jurisdicción administrativa*, 2010-2, Rubinzal-Culzoni, p. 49, esp. en p. 70.

⁹⁹ Conf. BOCANEGRA SIERRA, *op. cit.*, p. 35, quien da como ejemplos, entre otros, el ejercicio de un derecho de retracto o tanteo o el de una opción.

¹⁰⁰ SANDULLI, *op. cit.*, t. I, p. 632.

¹⁰¹ Ver CSJN, *Serra, cit. en nota 5, supra*.

¹⁰² En el mismo sentido, URRUTIGOITY, *op. cit.*

Ante estas decisiones no fundadas en potestad alguna cabe hablar de la inexistencia de acto administrativo o, si la administración pretende imponer al particular los efectos de su decisión, de acto administrativo inexistente. Ello, a su vez, plantea el interrogante de la admisibilidad de la categoría del *acto inexistente*.

2.8. La “existencia del acto inexistente”

Graves controversias doctrinarias ha provocado la cuestión de la “existencia del *acto inexistente*.” En nuestro derecho IMAZ defendió tempranamente la utilidad del concepto de acto inexistente tanto en el derecho privado como en el público.¹⁰³ BIELSA la admitió implícitamente al sostener que “cuando la administración actúa u obra fuera de toda atribución, solo hay vías de hecho,” que abre la jurisdicción ordinaria “pues no hay entonces acto administrativo.”¹⁰⁴ Posteriormente GORDILLO escribió páginas valiosas en favor del reconocimiento de la categoría del acto inexistente puntualizando sus diferencias con la nulidad.¹⁰⁵ MARIENHOFF, por el contrario, rechazaba la categoría sosteniendo que cabe hablar de *vías de hecho*.¹⁰⁶ CASSAGNE, por su parte, considera que el acto inexistente es “un mito.”¹⁰⁷ Ante la controversia, traigamos a colación el derecho comparado.

El derecho francés conoce la categoría del acto inexistente, la cual se superpone, en ciertos casos, con la vía de hecho.¹⁰⁸ El Consejo de Estado la ha utilizado bajo la locución *nul et non venu*.¹⁰⁹ AUBY, quien ha sistematizado esa jurisprudencia, encuentra diversas situaciones en las cuales se presenta esta categoría: (i) El caso de usurpación de funciones administrativas como ocurre cuando quien actúa carece de toda investidura o ella ha perimido, o usurpa un poder de decisión que no le corresponde; (ii) el caso de actos sin objeto determinado; y (iii) el caso de actos que afectan al derecho real de propiedad o al principio de separación de los poderes o que carecen de forma.¹¹⁰

En España GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ no consideran a la inexistencia un tipo de invalidez sino que atribuyen tal carácter al acto “que carece de los requisitos necesarios para ser considerado como un acto propiamente dicho.”

¹⁰³ ESTEBAN IMAZ, “Teoría del acto inexistente,” *LL*, 89-893.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, t. II, p. 6.

¹⁰⁵ *Tratado...*, cit., t. 3, pp. XI-22-30.

¹⁰⁶ *Op. cit.*, t. II, pp. 492-96.

¹⁰⁷ *Derecho Administrativo, op. cit.*, t. 2, p. 252.

¹⁰⁸ RIVERO / WALINE, *op. cit.*, p. 373; DELVOLVÉ, *op. cit.*, pp. 237-38; BIAGINI-GIRARD, *op. cit.*, pp. 263-85. Ver también, WALINE, MARCEL *Droit Administratif*, Sirey, París, 1963, 9ª ed., pp. 445-47.

¹⁰⁹ C.E., ROSAN GIRARD, 31/5/57, Recueil Lebon, p. 355. Ver su comentario en *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, Dalloz, 2009, 17ª ed., pp. 492-497.

¹¹⁰ Cit. por BIAGINI-GIRARD, *op. cit.*, p. 301. Una sistematización análoga se encuentra en RAYMOND ODENT, *Contentieux Administratif*, París, Institut d'Etudes Politiques, 1976-81, vol. III, pp. 954-957. En el derecho suizo, la noción paralela a la de la inexistencia del derecho francés es la de la nulidad. (ANDRÉ GRIESEL, *Traité de Droit Administratif*, Neuchatel, Ides et Calendes, 1984, t. I, p. 417.) ENRIQUE SAYAGUÉS LASO sigue a la doctrina francesa en este punto. (*Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Montevideo, 1963, p. 505.)

Sin embargo, atendiendo al régimen de la nulidad de pleno derecho, que declara imprescriptible la acción de nulidad, incluso a favor del particular, respecto de dichos actos, restringen sobremanera el alcance de la categoría, sin perjuicio de considerar incluidos, entre los actos nulos de pleno derecho, al dictado en ausencia de potestad por ser éste “el supuesto máximo de incompetencia, el más grave y manifiesto de todos.”¹¹¹ A su vez, RAMÓN PARADA sostiene la utilidad práctica de la noción de inexistencia como “un instrumento que permita suplir las deficiencias de construcción técnica de la nulidad, bien para introducir nuevos supuestos allí donde las nulidades aparecen tasadas..., bien para facilitar su ejercicio procesal cuando no se reconocen los poderes de oficio para declararla o cuando la acción de nulidad se considera prescriptible.”¹¹²

Por su parte, la doctrina italiana admite también la categoría y considera *inexistente* al acto dictado fuera de la órbita de las potestades del órgano o, más aún, cuando el órgano administrativo invade atribuciones de los otros poderes del Estado, sea el legislativo o el judicial.¹¹³

Finalmente, en el derecho comunitario europeo se admite la categoría de la inexistencia, la que se atribuye a aquellos actos “afectados por vicios particularmente graves y evidentes.”¹¹⁴

La distinción entre el acto nulo y el inexistente es reputada importante en todos los derechos considerados porque frente al acto inexistente no juegan los plazos de caducidad de la acción aunque, en algunos de ellos, sí juegue con respecto al acto nulo.¹¹⁵ La solución en nuestro país debiera ser la misma.

¹¹¹ *Op. cit.*, t. I, pp. 622 y 643, respectivamente. También trata el caso del acto inexistente BOCANEGRA SIERRA, *op. cit.*, p. 168.

¹¹² PARADA, *op. cit.*, t. I, p. 179.

¹¹³ GIANNINI, *op. cit.*, t. II, p. 308; CARINGELLA, DELPINO Y DEL GIUDICE, *op. cit.*, p. 477. Esto demuestra que es posible distinguir entre el acto que no se basa en potestad alguna, del acto que, si bien se basa en una potestad, evidencia un mal ejercicio de la misma. Justamente se ha propuesto este criterio en Italia para distinguir la afectación del derecho subjetivo de la del interés legítimo: NIGRO, MARIO, *Giustizia Amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1983, 3ª ed., p. 189. En el mismo sentido se ha dicho que el interés legítimo “presupone la sujeción del particular a una potestad pública.” (VIRGA, PIETRO *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milán, Giuffré, 1982, 3ª ed., p. 23.) Sobre el efecto que la inexistencia del acto posee sobre la jurisdicción (administrativa o judicial) competente, ver también CARANTA, ROBERTO, *L'Inesistenza dell' Atto Amministrativo*, Milán, Giuffré, 1990, p. 176.

¹¹⁴ ALEJANDRO NIETO, “Estudio Preliminar” a la obra de BELADIEZ ROJO, *op. cit.*, p. 14; SCHWARZE, *op. cit.*, p. 976. (Aunque señalando también que idénticos resultados produce una declaración de nulidad absoluta.)

¹¹⁵ Para el derecho francés, ver CHAPUS, RENÉ, *Droit du Contentieux Administratif*, París, Montchrestien, 2004, 11ª ed., p. 600; PACTEAU, BERNARD, *Traité de contentieux administratif*, París, PUF, 2008, p. 211; BIAGINI-GIRARD, *op. cit.*, p. 369; ODENT, *op. cit.*, vol. III, p. 954; PLESSIX, *op. cit.*, pp. 453-454. Para el derecho español, ver GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, p. 623. En el derecho italiano GIANNINI (*op. cit.*, t. II, p. 310) sostiene que la tutela de los derechos lesionados por el acto inexistente no debe solicitarse ante el tribunal administrativo sino ante el judicial (con lo que, apuntamos, no rige el plazo de caducidad de 60 días), correspondiendo a este último declarar la inexistencia del acto y no anularlo. Para el derecho comunitario europeo, ver SCHWARZE, *op.*

Obsérvese por otra parte que, si bien puede sostenerse que la inexistencia es un grado —extremo— de la invalidez, en algunas situaciones el acto puede ser válido como acto jurídico pero sin llegar a constituir un acto administrativo. Por supuesto, si la administración pretende extraer de dicho acto los efectos de un acto administrativo, como tal el acto revestirá el grado máximo de la invalidez, o sea la inexistencia.

En el derecho inglés se ha dicho, con un pragmatismo que evita la necesidad de introducirse en honduras metafísicas sobre la existencia de la inexistencia: “Cuando un ente público ha omitido cumplir con un requisito legal, puede haber diferentes resultados. En un extremo del espectro, estarían los casos de una grosera violación de una obligación fundamental: El individuo (afectado) podría simplemente usar ese defecto como defensa sin necesidad de tomar ninguna acción positiva. En el otro extremo del espectro, podrían existir defectos triviales que posiblemente sean ignorados por el tribunal. En el medio, sin embargo, existiría un amplio grupo de casos en los cuales sería conveniente que el individuo impugne la conducta pública, y en los cuales el efecto de la violación dependerá de las circunstancias.”¹¹⁶

Lo cierto es que cuando un régimen jurídico reconoce efectos al acto viciado de nulidad absoluta, como ocurre con nuestro derecho, debe admitirse una categoría que niegue todo efecto a aquellas conductas administrativas groseramente viciadas como, entre otras, aquellas no basadas en el ejercicio de una potestad. Frente a una conducta estatal inoperante para producir efectos ante el particular a quien va dirigida, llamarla *acto inexistente* o hablar de la *inexistencia de acto* es, en definitiva, un juego de palabras.¹¹⁷ Lo importante es que dicha conducta no goza de presunción de legitimidad ni de ejecutoriedad, ni rigen, con respecto a su impugnación, los plazos de caducidad. Ella puede ser ignorada por el particular sin consecuencias adversas.

En otros países, como hemos visto, se llega a la solución correcta negando todo efecto al acto afectado de nulidad absoluta. En nuestro derecho la jurisprudencia ha rehusado seguir esta solución. Puede haber incidido para ello la amplísima extensión que da a esta categoría el art. 14 del decreto-ley 19.549/72 que excede,

cit., p. 977. También en el derecho alemán, la nulidad (por oposición a la anulabilidad) de un acto administrativo se puede plantear en cualquier momento. (SINGH, *op. cit.*, p. 42.)

¹¹⁶ CRAIG, PAUL, *Administrative Law*, Londres, Thomson - Sweet & Maxwell, 2008, 6ª ed., p. 773.

¹¹⁷ Llamarla “vía de hecho,” como propone MARIENHOFF, por el contrario puede tener consecuencias mucho más serias toda vez que el inciso (d) del art. 25 del decreto-ley 19.549/72, cometiendo un grave error, establece un plazo de caducidad para la impugnación judicial de las vías de hecho. Dicho decreto-ley tomó así del derecho francés una teoría innecesaria para el derecho argentino (pues en él no existen tribunales administrativos de competencia general, a los cuales se les podía tener más desconfianza que a los tribunales judiciales y de allí la razón de ser de esa teoría en el derecho francés: MAIRAL, *Control judicial de la Administración Pública*, *op. cit.*, t. I, pp. 252-55 y 273) pero le quitó un ingrediente esencial que es la inexistencia a su respecto del plazo de caducidad. (BIAGINI-GIRARD, *op. cit.*, p. 264.)

por ejemplo, las causales de nulidad de pleno derecho del derecho español.¹¹⁸ Es probable que nuestros tribunales, ya recargados de trabajo, hayan adoptado la regla para evitar tener que procesar todas las impugnaciones que se les presentan vencido el plazo de caducidad arguyendo la nulidad del acto, para recién al final del proceso rechazar la acción por considerar meramente anulable al acto en cuestión. Pero ello no quita que condenar a un particular a soportar los efectos de un acto absolutamente nulo por no haberlo cuestionado en un plazo de días, y permitir a la administración impugnarlo eternamente (y sin costo indemnizatorio), constituye una regla injusta.¹¹⁹ Por ello, la posibilidad de paliar parcialmente esta injusticia mediante la noción de acto inexistente no debe ser desechada.

Tratemos de aplicar estas consideraciones en ejemplos de nuestro derecho. Supóngase que un fallo contra el Estado queda firme. Exigido su cumplimiento por el particular, la administración expide un acto fijando, por ejemplo, un plazo de cinco años para cumplir el fallo. ¿Nos encontramos ante un nuevo acto administrativo que deberá ser recurrido dentro de los 15 días so pena de quedar consentido? ¿Qué ley le ha dado a la administración la potestad de negarse a cumplir una sentencia judicial firme? ¿Diez o quince años de juicio quedan sin efecto como consecuencia de una decisión de un funcionario administrativo? Veamos otra hipótesis: Si el Ministro del Interior comunica a una persona que tiene prohibido salir del país, ¿ésta pierde su derecho a hacerlo si no recurre el acto dentro de los 15 días de habersele notificado la prohibición?

Se dirá que estos ejemplos son más de laboratorio que de la vida real. Tomemos entonces ejemplos reales.

La Constitución dispone que nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley. Por lo tanto, una decisión de un órgano administrativo que pretenda desapropiar a un particular de un bien determinado no constituirá un acto administrativo o, si se prefiere, constituirá un acto inexistente, respecto del cual, insistimos, no puede jugar el instituto de la caducidad de plazos ni la teoría del acto consentido. La Corte Suprema mencionó precisamente la categoría del acto inexistente en el *leading case Los Lagos* en el que resolvió que el decreto por el cual el Poder Ejecutivo dispuso la cancelación del dominio de la actora en el Registro de la Propiedad estaba viciado de nulidad absoluta

¹¹⁸ Comparar el art. 14 del decreto-ley 19.549/72 con los arts. 62 y 63 de la ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

¹¹⁹ Conf. ALTAMIRA GIGENA, quien considera que el plazo debiera ser el mismo para la administración y el particular ALTAMIRA GIGENA, JULIO ISIDRO, "Los plazos en el derecho procesal administrativo," en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo*, vol. X, *El Proceso Administrativo en la República Argentina*, Mendoza, Diké, 2004, pp. 279, 287. BUSTELO, por su parte, considera que los breves plazos para impugnar administrativa y judicialmente las decisiones administrativas, violan el principio de "tutela judicial efectiva" establecido en los Tratados de Derechos Humanos incorporados por el inc. 22 del art. 75 de la CN. (BUSTELO, ERNESTO, "La Convención Americana sobre Derechos Humanos y la constitucionalidad de los breves plazos previstos para impugnar administrativa y judicialmente las decisiones administrativas," en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo*, vol. V, Mendoza, Diké, 2001, p. 71.)

por significar “el ejercicio de funciones judiciales contraviniendo el art. 95 de la Constitución nacional pilar básico del sistema político adoptado.”¹²⁰ El caso *Los Lagos* se engarza con precedentes anteriores en uno de los cuales la Corte había dicho, en el mismo sentido:

“... [S]ería atentatorio al orden establecido en la Carta Fundamental en cuanto consagra la división de los poderes del Estado, admitir que el Poder Ejecutivo general o local, se atribuya facultades judiciales para aniquilar por sí y ante sí derechos legítimos, o aparentemente legítimos en virtud de su título, pues como lo ha dicho la Corte, en uno de sus primeros fallos, siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del Gobierno en tres grandes departamentos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas haría desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos y destruiría la base de nuestra forma de gobierno.”¹²¹

Como se ve esta jurisprudencia encuadra perfectamente en una de las situaciones en las que, en el derecho francés, se reputa inexistente al acto, o sea, cuando la administración se atribuye funciones que corresponden a los otros poderes del Estado.¹²²

Sin embargo, estas advertencias no parecen haber sido suficientes porque más de medio siglo después se volvió a repetir la situación: La adjudicación de un paquete accionario vendido en licitación pública por el Estado fue declarada nula por la administración quince años después de haberse transferido la propiedad de ese paquete a los adjudicatarios. La administración pretendió así recuperar directamente la propiedad del paquete accionario vendido y, en la práctica, lo consiguió ya que pasó a detentar el control de hecho de dichas acciones.¹²³ Ahora bien, una cosa es la nulidad de la adjudicación y otra muy distinta es la re-transferencia de la propiedad de las acciones al Estado, la cual sólo puede ser declarada por un juez. Ninguna ley ha otorgado a la administración la potestad de privar a una persona de su propiedad sin intervención judicial y, de acuerdo con la prescripción constitucional, ninguna ley podría hacerlo.¹²⁴

¹²⁰ Cit. en nota 84, *supra*. MARIENHOFF interpreta la jurisprudencia de la Corte Suprema como asimilando el acto inexistente con el acto viciado de nulidad absoluta. (*Op. cit.*, t. II, p. 476.)

¹²¹ CSJN, *Compañía de Petróleo La República y otros c/ Prov. de Salta*, 1932, *Fallos*, 164: 140. Ver, en el mismo sentido, CSJN, *Francisco Rodríguez Melero c/ Nación Argentina*, 1939, *Fallos*, 185: 177.

¹²² Ver nota 110 *supra*, y texto que la acompaña.

¹²³ Ver, en este sentido, el decreto 315/07 y CNCCom, Sala A, 20-VII-07, *Inversora Dársena Norte S.A. s/quiebra*, con nota de J.C. CASSAGNE, “Potestad jurisdiccional del Juez del concurso para dictar medidas cautelares de suspensión de actos administrativos,” *LL Online AR/JUR/4648/2007*, suspendiendo sus efectos.

¹²⁴ Sin embargo, de poco serviría la construcción que proponemos si, en caso de falta de impugnación del acto que declara nula la licitación, el mismo quedara consentido y, por ende, debiera prosperar necesariamente la acción de recuperación de la propiedad de las acciones. Obviamente, a

Párrafo aparte merece el costo del cuestionamiento judicial de las ilegalidades en que incurre la administración para evitar que se las considere consentidas. Obligar a un particular a pagar, como tasa de justicia, el 3% de la suma que la administración sostiene que se le adeuda, sin potestad administrativa que sostenga tal pretensión (es decir, sin que se trate, por ejemplo, de una relación tributaria en la cual dicha potestad claramente le corresponde) bajo pena de dejar consentida la pretensión, es una conclusión totalmente reñida con nuestro sistema constitucional.

2.9. *Potestad, competencia y cometido*

Los conceptos “potestad,” “competencia” y “cometido” tienen cierta vinculación como que describen los diversos tipos de habilitación para actuar que puede ser conferida a los órganos administrativos. También se habla de “atribución.”¹²⁵

La terminología no es uniforme. Así, entre los conceptos de potestad y competencia existe cierta confusión. La legislación española nos habla de “las potestades y competencias administrativas,” sin distinguirlas unas de otras.¹²⁶ La explicación clásica es que “la competencia es la medida de la potestad que pertenece a cada órgano,”¹²⁷ o “la medida del ejercicio de las atribuciones.”¹²⁸

La relación entre estos conceptos la expresa así GIANNINI: “La noción de atribución es derivable de la jurisprudencia de la Corte de Casación relativa a la

la decisión que declara nula una licitación no se le podría negar el carácter de acto administrativo. ¿Cómo solucionar entonces la cuestión sin convertir al juez en un simple ejecutor de la voluntad administrativa considerada consentida por el particular? Una solución posible sería considerar extinguida la potestad revocatoria de la administración una vez cumplido totalmente el acto, obligando así a la administración a iniciar la acción de lesividad: así lo sostuvo expresamente la Corte Suprema en el caso *Los Lagos*. (Nota 84 *supra*.) Ello es lo que surgiría, además, de una aplicación razonable del principio de la estabilidad del acto administrativo que establecen los arts. 17 y 18 del decreto-ley 19.549 dado que esta última norma limita la revocación en el caso de los actos cuyos efectos se están cumpliendo, lo que permite inferir que la facultad revocatoria no existe cuando los efectos del acto se han cumplido totalmente. Allí sí es necesaria la acción de lesividad, especie que se ha vuelto inexistente en nuestra práctica gracias a la jurisprudencia que ha desnaturalizado el régimen de la cosa juzgada administrativa. (Ver nota 89, *supra*.) Obsérvese que no queda el Estado desprotegido con esta solución dado que puede obtener una medida cautelar sobre las acciones en discusión y, si la nulidad de la licitación es procedente y no han transcurrido aún los plazos de prescripción aplicables, recuperar las acciones devolviendo el precio cobrado. Lo que se impide es la desposesión del particular por la mera decisión administrativa obligándolo a iniciar una larga acción de recupero de la propiedad o repetición del precio pagado. En contra de esta interpretación ver ROSA ALVES, ESTEBAN J., “Inexplicable desconocimiento de la potestad revocatoria de la Administración en un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal: A propósito del caso «Tandanor;» *RAP*, N° 390, 2011, p. 57.

¹²⁵ Cfr. BARRA, RODOLFO CARLOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, t. 2, pp. 204-206; CASSAGNE, *op. cit.*, t. I, p. 252. En el derecho italiano trata el tema, entre otros, GIANNINI, *op. cit.*, t. 1, pp. 239-243 y t. 2, pp. 68-74.

¹²⁶ MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, t. I, p. 522.

¹²⁷ GARRIDO FALLA, con cita de D'ALESSIO (*op. cit.*, t. I, p. 424); en el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, p. 155.

¹²⁸ GIANNINI, *op. cit.*, t. 1, p. 241.

carencia de poder; en realidad la jurisprudencia nunca ha hablado expresamente de atribución, pero la noción está implícita en la separación que ella ha hecho entre el vicio de competencia (medida del poder) y el vicio que va más allá de la competencia, alcanzando «la carencia absoluta de poder.»¹²⁹

De allí que, en Italia, la existencia o inexistencia de la potestad tenga incidencia en el reparto jurisdiccional. Es corriente la posición que distingue la ausencia de la potestad de su ejercicio incorrecto para determinar la jurisdicción competente —judicial o administrativa—, debiendo recordarse que sólo ante la jurisdicción administrativa juega el plazo de caducidad de 60 días. Así NIGRO apunta que la jurisprudencia se ha mantenido fiel al siguiente criterio:

“[T]oda vez que se impugne el mal uso del poder de la administración, se hace valer un interés legítimo y la competencia corresponde al juez administrativo, mientras que hay una cuestión de derecho subjetivo y (procede) la competencia del juez ordinario (o sea del tribunal judicial) cuando se impugna la existencia misma del poder.”¹³⁰

En nuestra opinión, la potestad debe ser considerada como la manifestación primigenia de la competencia. Como dice GIANNINI, la potestad “sería siempre una situación jurídica preliminar.”¹³¹ Su base es exclusivamente constitucional o legal, y en este último caso específico y no general. Tal, por ejemplo, la potestad de controlar la actividad cambiaria que la ley ha atribuido al Banco Central.¹³²

Como dice un autor español: “El proceso de distribución de competencias en el seno de una Administración comienza con la atribución a la administración en cuanto persona jurídica de una determinada potestad, atribución que tiene que ser realizada previamente por una norma.” Por ello, “no puede haber competencia si no hay previamente una potestad que repartir.”¹³³

Comprobada, pues, la existencia de una potestad constitucional o legalmente conferida al Poder Ejecutivo o a otro ente público, deberá determinarse el órgano competente para ejercerla. Aquí entra en juego el concepto de competencia y las reglas sobre su distribución entre los diferentes órganos de la administración.¹³⁴ Así, por ejemplo, la Carta Orgánica del Banco Central establece primero las

¹²⁹ GIANNINI, *op. cit.*, t. 1, p. 242. La distinción entre la carencia de poder (“jurisdiction”) y el mal uso del mismo tiene larga prosapia: CRAIG (*op. cit.*, p. 760) cita varios casos ingleses del 1600 en ese sentido.

¹³⁰ NIGRO, *op. cit.*, p. 189. En el mismo sentido, L. MAZZAROLLI, en AA.VV., *Diritto Amministrativo*, *op. cit.*, t. II, pp. 1515-1516.

¹³¹ GIANNINI, *op. cit.*, t. 2, p. 73.

¹³² Así lo ha caracterizado la jurisprudencia: CNFed. CA, sala II, 26-III-1985, *Ossola, SA v. Banco Central*, LL 1985-E-280, mencionando la Carta Orgánica del Banco Central y la “Ley de Casas de Cambio.” (Decreto-ley 18.924/71.)

¹³³ BURLADA ECHEVESTE, JOSÉ LUIS, *Las garantías jurisdiccionales frente a la vía de hecho de la administración*, Oñati, IVAP, 2004, p. 155.

¹³⁴ Ver Ley de Ministerios 22.250, t. o. decreto 438/92, art. 13; decreto-ley 19.549/72, art. 3.

“atribuciones” (potestades) del ente y luego distribuye las competencias entre el Directorio, su Presidente y otros funcionarios superiores del ente.¹³⁵

Por su parte, los cometidos son las habilitaciones que confiere, por ejemplo, la Ley de Ministerios para intervenir en la gestión interna de los asuntos del Estado, sin proyección externa. Como tiene dicho la Procuración del Tesoro dicha ley no distribuye competencias sino cometidos, o sea “los rubros y materias en los que le corresponde entender a cada uno de los (Ministerios.)”¹³⁶ Ello es necesariamente así porque si se considerara que la Ley de Ministerios es atributiva de potestades o competencias, dada la omnicomprensión de sus normas no sería necesaria ninguna otra ley para que la administración pudiera avanzar, en todos los asuntos posibles, sobre los derechos de los particulares. Ello no impide que, juntamente con los cometidos que les otorga la Ley de Ministerios, a cada uno de esos órganos se les pueda otorgar competencias ya sea a través de leyes específicas o merced a delegaciones que les efectúe el Poder Ejecutivo en ejercicio de la facultad delegatoria que contiene la misma Ley de Ministerios.

Creemos que ésta es la forma más clara (no la única) de describir los distintos tipos de facultades de que gozan los órganos del Estado.

De todos modos, más allá de las diferencias terminológicas puede existir una cierta coincidencia conceptual: El acto dictado con falta de potestad o atribución (para unos), o con incompetencia absoluta de materia por no tratarse de una potestad atribuida a la administración, sino —en todo caso— a uno de los otros dos poderes del Estado (para otros), es inexistente. Falta de potestad e incompetencia absoluta son dos formas de expresar una misma consecuencia: La inexistencia del acto. Coinciden en ello tanto la doctrina francesa como la italiana.¹³⁷ En nuestro derecho DIEZ y GORDILLO aceptan esta tesis.¹³⁸

Se podrá decir que, en definitiva, la distinción entre potestad y competencia, y con ella toda la construcción que realizamos, es innecesaria ya que, aun aceptando las definiciones del acto administrativo basadas en la presencia de “función administrativa,” bastaría con declarar inexistentes los actos dictados con “incompetencia absoluta” para alcanzar los mismos resultados. Pero ocurre que el decreto-ley 19.549/72 no define al acto administrativo pero sí incluye, entre las causales de nulidad absoluta, a la incompetencia por razón de la materia, sin discriminar entre los supuestos de falta de atribución total de competencia a la administración y aquellos otros de ejercicio de la competencia por un órgano

¹³⁵ T. O. por ley 24.144, arts. 3, 10, 11, 14, 46 y 47.

¹³⁶ Dictamen del 17-XII-1970, Expte. 9261/69, con cita de dictámenes 111:325/26. Para BARRA, “cometidos” son los objetivos concretos que debe perseguir el órgano, mientras que la competencia por materia “es un ámbito de actuación jurídica del órgano.” (BARRA, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. 3, p. 609.)

¹³⁷ Para Francia e Italia, ver sección 2.8 y notas 110 y 113 *supra*, respectivamente. Para una comparación de las doctrinas italiana y francesa sobre inexistencia del acto administrativo, ver CARANTA, *op. cit.*, p. 171.

¹³⁸ Conf. DIEZ, *Derecho Administrativo*, cit., t. II, p. 373; GORDILLO, *op. cit.*, t. 3, p. VIII-39.

diferente del titular de dicha competencia y no jerárquicamente subordinado a él. Ello posibilita el argumento *ubi lex non distinguit*, ya utilizado por la jurisprudencia del fuero con respecto a los plazos de caducidad.¹³⁹ Por otra parte, al hablar de “función administrativa” se enfatiza el tipo de actividad que lleva a cabo el órgano, mientras que al hablar de “potestad” el énfasis recae sobre la habilitación constitucional o legal como condición necesaria y previa para la existencia del acto administrativo. Así, la referencia a la “función administrativa” permite considerar acto administrativo prácticamente a toda expresión de voluntad de la administración pública: El “acto jurídico de la función administrativa” según la cita de GONZÁLEZ PÉREZ,¹⁴⁰ con lo cual el recibo de sueldo de un empleado público podría ser considerado acto administrativo. Se parte entonces de una definición amplísima que luego resulta muy difícil acotar. Por el contrario, si se parte de la noción de “potestad” se pone de relieve la especificidad del concepto de acto administrativo y, además, se justifican los requisitos que, para su dictado, establece el artículo 7° del decreto-ley 19.549/72.

3. *Algunas situaciones especiales*

3.1. *La inexistencia parcial*

Dado que un acto administrativo puede tener objeto múltiple e incluir así varias disposiciones en su texto, no hay inconveniente en considerar que solamente una parte del acto no constituye un acto administrativo, por ausencia de potestad. De lo contrario sería posible “camoufflar” decisiones no imperativas, o groseramente viciadas, dentro de un acto válido en otros aspectos y argumentar que el acto constituye un todo inescindible y debe ser recurrido o consentido en su totalidad.

La inexistencia, a la que cabe considerar en algunos casos como el grado máximo de la invalidez, puede ser parcial así como puede haber nulidades parciales. En este sentido, DIEZ sostiene que la invalidez parcial tiene lugar “cuando un acto, que formalmente es único, contiene, sin embargo, diversas providencias, cada una de las cuales tiene su autonomía.”¹⁴¹

3.2. *Los contratos del Estado*

La situación de los contratistas estatales es particularmente compleja a raíz de la exagerada extensión, entre nosotros, tanto de la figura del contrato administrativo

¹³⁹ Ver nota 89, *infra*.

¹⁴⁰ Ver nota 62, *supra*.

¹⁴¹ DIEZ, *El Acto Administrativo*, *op. cit.*, p. 396. El art. 20 del decreto-ley 19.549/72 prevé la existencia de elementos válidos en un acto nulo, con lo cual admite, implícitamente, la existencia de aspectos nulos en un acto parcialmente válido. En España, el art. 66 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común admite la validez parcial. (Ver BELADIEZ ROJO, MARGARITA, *Validez y Eficacia de los Actos Administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 281-283.)

como de las prerrogativas que, en su ámbito, se le reconocen a la administración, situación magnificada por el decreto 1023/01.

Como ya hemos tratado el tema en extenso en otros trabajos,¹⁴² nos limitaremos a apuntar aquí algunas observaciones.

En primer lugar, dicho decreto prácticamente declara de carácter administrativo a la casi totalidad de la contratación estatal,¹⁴³ con lo cual la categoría del contrato privado de la administración ha quedado reducida a su mínima expresión. Ello significa, en la práctica, que cuando se suscite cualquier controversia respecto de un determinado contrato del Estado, la administración probablemente invocará su calidad de carácter administrativo para justificar su conducta, y será una batalla cuesta arriba demostrar lo contrario.

Por otra parte, de acuerdo con el art. 12 de dicha norma, la autoridad administrativa tiene extensísimas facultades, entre ellas las de modificación y rescisión unilateral por razones de interés público, ejecución directa, inspección, control y dirección de la contratación. Y ello respecto de todos los contratos sujetos a su régimen, y de todos los aspectos de cada uno de dichos contratos, sin distinción alguna, con lo cual en un contrato de consultoría la administración podría, por ejemplo, inspeccionar las oficinas de los consultores y dirigir su labor. Es particularmente pertinente para el presente análisis el inciso (a) de ese artículo ya que, según él, “[l]os actos administrativos que se dicten en consecuencia (de las facultades que el mismo artículo reconoce a la administración) tendrán caracteres y cualidades otorgados por el artículo 12 de la ley N° 19.549 y sus modificatorias.”¹⁴⁴

¹⁴² Entre otros trabajos, ver “De la inutilidad o peligrosidad de una teoría general del contrato administrativo,” *ED*, 179-675, y “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas,” en “El Contrato Administrativo en la Actualidad,” *LL*, mayo 2004, p. 3.

¹⁴³ Su art. 4° declara comprendidos en su régimen a los siguientes contratos: “a) Compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a 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.” Además, según su art. 1°: “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.”

¹⁴⁴ Un reciente fallo de la Corte Suprema ha arrojado una bocanada de aire fresco al negarle a la administración la potestad de modificar unilateralmente el contrato pese a su carácter administrativo: *CSJN, Pradera del Sol c/ Municipalidad de General Pueyrredón*, 2004, *Fallos*, 327: 5356, donde dijo “los contratos administrativos constituyen una ley para las partes [...] en ellos el principio es siempre el cumplimiento de lo pactado (*pacta sunt servanda*), y la modificación unilateral llevada a cabo por la administración con independencia de la voluntad del contratista no puede ser justificada a la luz de los expresamente dispuesto en el art. 1197 C. Civ.” Si se confirmara la tendencia de este fallo, todo el derecho de los contratos administrativos habría sufrido un cambio copernicano, con lo cual restarían solamente las prerrogativas previstas expresamente en la ley (por ejemplo en el art. 29 de la Ley de Obras Públicas) o en la documentación contractual. Sin embargo, por tratarse de un contrato celebrado en jurisdicción provincial, subsistirían aún las dudas antedichas con respecto a los contratos celebrados con el Estado nacional. Curiosamente, este fallo no ha despertado el interés de nuestros comentaristas, seguramente por su discrepancia con una de las “vacas sagradas” del derecho administrativo argentino: La mutabilidad del contrato administrativo.

Ya sea, entonces, que el decreto citado tenga rango legislativo, como se le pretendió dar en virtud de la delegación efectuada por la ley 25.414,¹⁴⁵ o que se considere que ha mediado aceptación expresa o tácita de sus disposiciones por los contratistas que han aceptado contratar con el Estado nacional a partir de su sanción, será difícil escapar a la obligatoriedad de sus disposiciones.

De allí que toda decisión que tome la administración nacional en el curso de una relación contractual podría pretender al carácter de acto administrativo y, en caso de reputársela ilegítima, debería ser oportunamente impugnada por el particular bajo riesgo de que se la considere consentida y, por ende, válida no importa cuán violatoria ella sea de los derechos del contratista.¹⁴⁶

3.3. *Los actos regidos por el derecho privado*

Los actos regidos por el derecho privado constituyen una importante categoría de actos en los cuales el Estado no puede invocar una potestad administrativa a su favor. Sin embargo, la existencia inevitable de aspectos regidos por el derecho administrativo en estos actos, como en toda conducta estatal, puede inducir a confusión.

Así, LINARES incluye a los actos jurídicos unilaterales adoptados por la administración que estén sometidos al derecho privado en cuanto a su objeto, entre los actos administrativos, proponiendo para ellos el término “actos administrativos de objeto privado.”¹⁴⁷ BALBÍN considera que se debe aplicar a estos actos “básicamente” el decreto-ley 19.549/72 y “sólo respecto del objeto de acto” el derecho privado.¹⁴⁸ MARIENHOFF, por el contrario, no considera actos administrativos a aquellos realizados en la esfera del derecho privado.¹⁴⁹

Aun admitiendo que ningún acto emanado de la administración se halla regido enteramente por el derecho privado, consideramos peligroso darle el nombre de “acto administrativo” a decisiones que la administración toma con respecto a relaciones regidas por ese derecho por cuanto se posibilita de esa manera atribuirles los efectos típicos del acto administrativo. En el derecho francés la solución es clara: No se pueden considerar actos administrativos, dice DELVOLVÉ,

¹⁴⁵ ALIANAK considera que los objetivos del decreto-ley 1023/01 “exceden ampliamente el marco de delegación en razón de la emergencia.” (ALIANAK, RAQUEL C., “El decreto 1023/2001 sobre contrataciones de la Administración Pública – Inquietudes y Comentarios,” *Contrataciones del Estado, LL Online*.)

¹⁴⁶ AGUILAR VALDEZ critica la exigencia de impugnar todas las decisiones que se dictan en el transcurso de una relación contractual para evitar que queden consentidas. (AGUILAR VALDEZ, OSCAR R., “El Agotamiento de la Vía Administrativa,” en AA.VV., *Procedimiento Administrativo, op. cit.*, p. 89.) Sobre cómo se favorece la corrupción estableciendo un régimen contractual opresivo para el contratista privado, ver MAIRAL, HÉCTOR A., *Las raíces legales de la corrupción*, Buenos Aires, Cuadernos Res Publica, 2007, pp. 81-83.

¹⁴⁷ LINARES, JUAN FRANCISCO, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, pp. 209-210.

¹⁴⁸ *Op. cit.*, t. II, p. 22.

¹⁴⁹ *Op. cit.*, t. II, pp. 255-259.

a los actos adoptados por órganos de la administración que se refieren a relaciones de derecho privado y añade “estos actos corresponden al contencioso judicial porque no ponen en juego ninguna prerrogativa de poder público.”¹⁵⁰ Nuevamente vemos cómo el derecho argentino expande el ámbito del derecho administrativo en relación con su modelo francés.

Las dos áreas en las cuales se plantea con más frecuencia la aplicación del derecho privado a conductas administrativas son el área societaria y el área contractual.

En el área societaria porque frecuentemente se suscitan problemas para distinguir el derecho aplicable a las actuaciones de aquellos funcionarios públicos que han sido designados directores en el seno de personas jurídicas constituidas bajo el derecho privado en las cuales el Estado tiene participación, sea ella total, mayoritaria o minoritaria. El tema es arduo y, por haberlo tratado en trabajos anteriores a los cuales nos remitimos, le dedicamos una breve mención, pero no está de más recordar una de sus conclusiones: Ningún director que la administración elija en una sociedad anónima privada goza de potestad pública alguna en el ejercicio de ese cargo.¹⁵¹

Analicemos, en este capítulo, el área de los contratos de derecho privado que celebra la administración, que aún existe pese a las disposiciones del ya mencionado decreto 1023/01.

Supongamos que en un boleto de compraventa de un inmueble privado, el Estado, comprador, notifica al vendedor una fecha de escrituración que se aparta de lo pactado. El vendedor se niega a escriturar en esa fecha e insiste en lo pactado. ¿Acaso deberá interponer un recurso contra dicha notificación para que no se la considere consentida? ¿Qué ley ha dado potestad a la administración para apartarse de lo pactado, a menos que demos a la noción de contrato administrativo una extensión desorbitada tanto lo que respecta a dicha noción como a sus consecuencias?

Otro ejemplo, éste tomado de la realidad, prueba nuestra tesis con elocuencia: El Banco Nacional de Desarrollo había otorgado su aval a un documento cambiario emitido por un particular. Como el deudor principal no lo honró a su vencimiento, el mismo fue presentado ante el banco avalista el cual rechazó el pago. Promovida la acción de cobro, el fiscal (hoy magistrado del fuero contencioso-administrativo) se pronunció en contra de la habilitación de la instancia con el argumento de que no se había agotado la instancia administrativa frente al acto —la negativa de

¹⁵⁰ DELVOLVÉ, PIERRE, en Dalloz, *Encyclopédie de Droit Public, Répertoire de Contentieux Administratif*, París, Vocablo “Acte Administratif,” 2001, n° 129. En el mismo sentido se cita el arrêt *Formery* del C.E. de 1966 en que se decidió que los actos de gestión del dominio privado del Estado no son actos administrativos. (SEYDOU TRAORÉ, *Droit des Propriétés Publics*, París, Vuibert, 2008, p. 380.)

¹⁵¹ MAIRAL, HÉCTOR A., “El Estado como empresario,” en la obra de AA.VV. *Tratado de la Empresa*, dirigida por ANA PIAGGI, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, t. II, p. 591. Antes habíamos tratado un tema análogo en “Las sociedades del Estado o los límites del derecho administrativo,” LL 1981-A-790. En el presente trabajo ver Sección 3.4, *infra*.

pago— de una entidad autárquica como lo era el Banco Nacional de Desarrollo. Cabe aquí preguntarse qué ley había otorgado al banco mencionado *la potestad* de no pagar ciertas obligaciones. Podía estar en su derecho al no hacerlo, pero su decisión no merecía presunción de legitimidad ni las consecuencias procesales que derivan del acto consentido.¹⁵²

Actitudes judiciales como la descripta, que dista de ser excepcional, son fomentadas por el nombre ambiguo que se da a estos actos. Es que, ante estas situaciones, decir que nos encontramos frente a *actos administrativos de objeto privado* no puede menos que inducir a confusión. Tales actos ni tienen presunción de legitimidad ni necesitan ser recurridos, lo que no obsta a que —en todo caso— se aplique el derecho administrativo para determinar, por ejemplo, la competencia del funcionario que llevó a cabo la conducta en cuestión.¹⁵³

Ahondemos, sin embargo, el análisis. Supongamos que en una relación de derecho privado, la administración ejerce una facultad prevista en ese derecho, por ejemplo para rescindir anticipadamente el contrato. El particular considera que esa decisión ha sido tomada por razones impropias que nada tienen que ver con el interés público. (En el ejemplo, porque el particular es un opositor político.) ¿Puede interponer un recurso administrativo? ¿Rigen a ese respecto los plazos de caducidad aplicables?

¹⁵² En la especie, el juez habilitó la instancia sobre la base de un curioso argumento: El alto monto pagado por el actor en concepto de tasa de justicia. Puede preguntarse por qué se inició la acción ante el fuero contencioso-administrativo: El abogado actuante confesó que lo hizo para evitarse la cuestión de competencia que generalmente plantea el Estado cuando se ocurre ante el fuero civil y comercial federal y que podría haber demorado dos años en resolverse.

¹⁵³ DIEZ y GORDILLO también consideran actos administrativos a los actos cuyo objeto está regido por el derecho privado. (DIEZ, MANUEL M., *Derecho Administrativo, op. cit.*, t. II, p. 210; GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, t. 3, *op. cit.*, p. II-29-35.) Sin embargo, ninguno de estos autores sostiene expresamente que dichos actos quedan consentidos en caso de falta de impugnación. Si bien GORDILLO opina que “[n]o existen consecuencias jurídicas diversas de importancia según que a un acto se lo califique de civil en su objeto,” luego se refiere a la procedencia del recurso jerárquico y a los límites de derecho público que le son aplicables con lo cual demuestra que su posición busca aumentar, y no disminuir, la protección jurídica del particular. (*Tratado...*, t. 3, *op. cit.*, cap. II, sec. 14.) Por su parte, DIEZ no admite la ejecutoriedad de los actos privados de la administración. (*El Acto Administrativo, op. cit.*, p. 265.)

Hay varias respuestas posibles. Una es negar la posibilidad de plantear un recurso administrativo.¹⁵⁴ Otra es admitir, bajo la teoría del acto separable,¹⁵⁵ la impugnación administrativa de la alegada ilegitimidad, dentro del plazo de caducidad, dejando sujeto a prescripción los aspectos regidos por el derecho privado en cuanto el particular considere que la administración carecía del derecho de rescisión. La caducidad se aplicaría, en todo caso, a la ilegitimidad, entendiéndola a ésta como un vicio de derecho público, mientras que la ilicitud, entendiéndola como la violación del derecho privado,¹⁵⁶ podría plantearse dentro del plazo de prescripción sin que juegue a su respecto la teoría del acto consentido.

Un acto emitido por la administración cuyo objeto está sujeto al derecho privado, no se convierte en acto administrativo por ser recurrido en sede administrativa. Pero ¿qué decir de la decisión de ese recurso? Pareciera difícil negarle a tal decisión la categoría de acto administrativo, pero si reflexionamos sobre los ejemplos planteados veremos que es necesario matizar la respuesta. En cuanto el recurso, y su resolución, se refieran a temas de derecho privado, dicha resolución no será idónea para modificar *per se* la esfera de derechos del particular, como no lo fue el acto inicial: No existe, ni puede existir, ninguna ley que otorgue a la administración tal potestad en términos genéricos y, como hemos dicho, el decreto-ley 19.549/72 es insuficiente a tales efectos.¹⁵⁷ Si, por el contrario, el particular plantea un aspecto de derecho público, como en el ejemplo mencionado, deberán

¹⁵⁴ GORDILLO sostiene la procedencia de los recursos administrativos contra los actos de la administración sujetos al derecho privado, con cita de dictámenes de la Procuración del Tesoro en el mismo sentido: *Tratado...*, t. 3, *op. cit.*, p. II-33. MARIENHOFF niega tal procedencia. (*Op. cit.*, t. II, p. 258.) La regla en Francia es que los recursos administrativos proceden contra toda decisión de una autoridad administrativa, incluso aquellas que corresponden a la gestión sujeta al derecho privado (TRUCHET, DIDIER, "Recours Administratifs," en Dalloz, *Encyclopédie de Droit Public*, *op. cit.*, n° 20 y 162); en el mismo sentido BRISSON, JEAN FRANÇOIS, *Les recours administratifs en droit public français*, París, L.G.D.J., 1996, p. 241. En España no se admiten los recursos administrativos contra los actos de derecho privado correspondiendo, por el contrario, la interposición de una reclamación previa: Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, arts. 53, 107 y 120-6. Ver su comentario en GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS / GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Civitas, 1997.

¹⁵⁵ Así como se admiten en Francia los actos separables, que pueden impugnarse ante el tribunal administrativo, en las relaciones que surgen del uso del dominio privado del Estado sujetas al derecho privado: GAUDEMET, YVES, *Traité de droit administratif - Droit Administratif des Biens*, t. 2, París, L.G.D.J., 2008, 13ª ed., pp. 340-341. Es lo que sostuvimos en nuestro *Control Judicial...*, *op. cit.*, t. I, pp. 296-297.

¹⁵⁶ Cfr. la distinción tradicional italiana, hoy criticada por algunos, entre ilegitimidad, como violación de normas de acción que protegen intereses legítimos, y la ilicitud, como violación de normas de relación que protegen derechos: VIRGA, *op. cit.*, pp. 380-381; GIANNINI, *op. cit.*, t. 2, pp. 328-331.

¹⁵⁷ Aquí se observa lo inapropiado de la reforma introducida al art. 31 del decreto-ley 19.549/72 por la ley 25.344, que aplica la teoría del acto consentido a quien invoca ante el Estado una pretensión que no consiste en la anulación de un acto administrativo y no impugna en plazo el silencio de la administración ante su pedido de pronto despacho del reclamo administrativo previo. El silencio crea así efectos análogos a los de un acto administrativo donde no había, ni podía haber, ninguno.

aplicarse los plazos de caducidad solo en lo que respecta a la impugnación regida por el derecho público.

Admitimos que la solución no tiene la claridad grata a los profesores de derecho, pero la realidad es compleja y las otras dos alternativas son peores: O no admitir el recurso administrativo o aplicar los plazos de caducidad a una decisión administrativa que, por incidir en una relación de derecho privado, no se apoya en potestad alguna. Entre estas dos, es preferible la primera alternativa. Sin embargo, en rigor, deberíamos concluir que la caducidad puede regir respecto de los vicios de que adolezca el acto que estén regidos por el derecho público, pero que la violación del derecho privado puede plantearse dentro del plazo de prescripción.¹⁵⁸

3.4. *Los actos emanados de ciertas personas jurídicas de propiedad del Estado*

La exigencia de una potestad para determinar la existencia de un acto administrativo permite dar solución adecuada al problema de los actos emanados de personas jurídicas de propiedad, total o mayoritaria, del Estado, pero no incluidas dentro de la enumeración de aquellas que poseen carácter público según el artículo 33 del Código Civil. Nos referimos, por lo tanto, a las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta, y las sociedades anónimas regidas por la Sección V del Capítulo II del decreto-ley 19.550/72 (o sea las sociedades anónimas regidas por el régimen de las sociedades privadas) que son de propiedad total o mayoritaria del Estado.¹⁵⁹

La cuestión debe analizarse distinguiendo la esfera externa de la administración de aquella que hemos denominado “doméstica.”

En la esfera externa, es decir, cuando se trata de actos que pretenden unilateralmente producir efectos hacia la esfera jurídica de los particulares, la naturaleza de los actos emanados de dichos entes no dependerá de la “naturaleza jurídica” del ente sino de la pre-existencia de una potestad que le atribuya al mismo la posibilidad de afectar los derechos privados. Si dicha potestad no existe, los actos que dicte el ente no serán administrativos, como no lo son los actos emanados de la administración central en ausencia de potestad habilitante.

¹⁵⁸ Respetando, en su caso, el plazo de caducidad resultante del art. 31 del decreto-ley 19.549/72 según su reforma por la ley 25.344.

¹⁵⁹ Se ha creado el nombre de “sociedades anónimas bajo injerencia estatal” o “SABIE” para estas últimas, grupo en el que se pretende incluir también a aquellas sociedades anónimas en las cuales la ANSeS posee hoy participaciones minoritarias como resultado de la estatización de las AFJP por la ley 26.425. (CARBAJALES, JUAN J., “Las sociedades anónimas bajo injerencia estatal – SABIE,” Buenos Aires, RAP, 2011.) En realidad, cuando el Estado adquiere una participación minoritaria en una sociedad anónima privada sería más republicano denominarla, a lo sumo, “sociedad anónima con injerencia estatal” y no incluirla dentro de una categoría común con aquellas sociedades controladas por el Estado. Tratamos el tema en nuestro capítulo “El Estado como empresario,” *op. cit.*, p. 629.

En dicha esfera, no es la naturaleza del sujeto sino la pre-existencia de una potestad lo que define la naturaleza del acto: A falta de potestad no existe acto administrativo ni aunque el acto emane de la misma administración central. A la inversa, pueden existir actos administrativos que emanan de sujetos de derecho privado cuando se ha delegado en ellos potestades públicas.¹⁶⁰

Por el contrario, dentro de la esfera doméstica, es decir, cuando el ente realiza los cometidos que le han sido encargados sin pretender afectar unilateralmente los derechos de los particulares, la naturaleza del ente sí podrá ser importante para determinar si nos encontramos frente a actos administrativos que gozarán de las prerrogativas del art. 12 del decreto-ley 19.549/72 y podrán ser impugnados por los recursos administrativos. Desde ya que ello nunca podrá ocurrir con las sociedades anónimas de derecho privado en las cuales la participación estatal sea minoritaria. En las demás, la existencia de un acto administrativo dependerá del tipo de actividad en cuestión.¹⁶¹

3.5. *Las relaciones especiales de sujeción*

Una situación que puede plantear dudas acerca de la necesidad de la pre-existencia de una potestad para posibilitar la emisión de actos administrativos es aquella que resulta de las llamadas *relaciones especiales de sujeción*. En su ámbito existiría una potestad genérica, y no específica, para imponer unilateralmente obligaciones a los particulares en él comprendidos.

Esta teoría se originó en Alemania a fines del Siglo XIX y le dio su forma definitiva OTTO MAYER. Decía este autor: “Hay en el derecho público una clase especial de relaciones que contienen un poder general a favor de la autoridad: Se les ha dado el nombre de relaciones de sujeción particular.”¹⁶² Y más adelante agregaba: “Sujeción significa vínculo de dos personas desiguales desde el punto de vista del derecho, cuyo contenido lo determina la voluntad de la persona superior.”

Las relaciones especiales de sujeción han sido definidas más recientemente como “el estado de libertad restringida en el que quedan colocados determinados administrados que traban una relación de inmediatez o intimidad con la administración por el natural repliegue que sufre la reserva de ley en estas relaciones.”¹⁶³

Entre nosotros, observaba SALOMONI que la teoría de las relaciones de especial sujeción se asienta sobre tres principios:

¹⁶⁰ Ampliar en GORDILLO, *Tratado...*, *op. cit.*, t. 3, pp. I-11/26.

¹⁶¹ Cfr. CSJN, *La Buenos Aires, Cía. de Seguros c/ Petroquímica Bahía Blanca S.A.*, 1988, *Fallos*, 311: 750. Un ejemplo de las idas y vueltas en que incurre el mismo Estado lo da ENARSA, ente constituido como sociedad anónima privada pero de capital íntegramente estatal, que comenzó contratando bajo el derecho privado para luego declarar aplicable a sus contratos la Ley de Obras Públicas. (MAIRAL, “El Estado como empresario,” *op. cit.*, p. 611.)

¹⁶² MAYER, OTTO, *Derecho Administrativo Alemán*, traducción al español, Madrid, Depalma, 1982, 2ª ed., t. I, p. 134.

¹⁶³ LÓPEZ BENÍTEZ, *op. cit.*, p. 39.

“i) [U]na máxima vinculación o un plus de vinculación del administrado a la administración producida por la relación de sujeción especial;

ii) un déficit de legalidad que se torna legal por esa especial relación de sujeción; y

iii) una disminución de los derechos fundamentales.”¹⁶⁴

Las categorías de personas respecto de quienes se le aplicó inicialmente esta teoría fueron los reclusos, los militares, los funcionarios públicos, los policías y los estudiantes de institutos oficiales. Sólo posteriormente se pretendió incluir en ella a los concesionarios de servicios públicos.¹⁶⁵

Nuestro sistema constitucional no puede dar acogida a esta teoría nacida en la Alemania imperial del Siglo XIX.¹⁶⁶ Más allá del adelanto que, en su momento, significó la obra de MAYER en el derecho alemán, no pueden silenciarse sus continuas referencias al *príncipe* y a los *súbditos*, comprensibles para la época en que él escribía pero que reflejan concepciones hoy obsoletas. Menos aún se puede permitir la extensión de esta misma teoría —pensada inicialmente para los presos, los militares y los funcionarios públicos—¹⁶⁷ a los concesionarios y contratistas del Estado¹⁶⁸ y a quienes llevan a cabo actividades privadas sujetas a regulación estatal.¹⁶⁹

¹⁶⁴ SALOMONI, JORGE L., “La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el Derecho Público Argentino,” en *Problemática de la Administración Contemporánea*, Inst. de Der. Adm. de la Univ. Notarial Argentina, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, p. 154.

¹⁶⁵ LÓPEZ BENÍTEZ, *op. cit.*, pp. 65-81.

¹⁶⁶ Conf. SALOMONI, *op. cit.*, p. 153. En España JULIÁN ROLÓN MUÑOZ ha calificado a dicha noción “heredera de principios monárquicos, acuñados por la dogmática alemana del Derecho Público del siglo XIX, incompatibles con la sociedad democrática de nuestros días.” (*Cit.* en el voto de la Dra. KEMELMAJER DE CARLUCCI en el fallo S.C. Mendoza, Sala I, 14-XI-2000, *García de Barrancos, Adriana, c/ Dirección Nacional de Escuelas*, Lexis N° 30002075.)

¹⁶⁷ Son los tres ejemplos que se continúan mencionando hoy día: Así, GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, p. 452.

¹⁶⁸ La C.N. Cont. Adm. Fed. en CNFed. CA, Sala I, 5-IX-1995, *Edenor S.A. c/ Secretaría de Energía*, J.A. 1996-III-128, resolvió que “... la concesionaria se encuentra frente a la Administración en una situación de especial sujeción,” aunque aclarando a renglón seguido “bajo la observancia estricta del principio cardinal de legalidad administrativa,” con lo cual no se puede saber si dicha sujeción agrega algo a la solución del caso. Concuere con la existencia de una relación de sujeción especial respecto de las licenciatarias de un servicio público: STEFANELLI, CARLOS A. R., “Especial sujeción y proceso sancionatorio en el marco del proceso de privatización del sector público,” Lexis n° 0003/014580, con cita de los fallos CNFed. CA, Sala I, *in re Metrogas S.A. c/ Enargas, LL*, 1998-E-531; y de las Salas II, III y V *in re Edesur c/ ENRE* del 3-II-1996, 2-IV-1996 y 16-VIII-1995 respectivamente.

¹⁶⁹ Así, un supermercado privado fue incluido en una “relación especial de sujeción de carácter público”: C.A. Cont. Adm. Trib. C.A.B.A., Sala I, *Carrefour Argentina S.A. c/ Ciudad de Buenos Aires*, 07-XII-2004. “La Secretaría de Desarrollo Económico de la Ciudad de Buenos Aires impuso una multa a un supermercado por incumplimiento de lo establecido por el art. 5° de la ley 22.802. Apelada la resolución, la Cámara rechazó el recurso incoado.” *LL Online AR/JUR/5593/2004*. Ver, asimismo, con respecto a las entidades financieras, el comentario de PEDRO J.J. COVIELLO al caso *Columbia S.A. de A. y P. para la V. c/ B.C.R.A.* (CSJN, 1996, *Fallos*, 319: 2658): “El caso Columbia:

En su origen, la teoría se explicó como una justificación de la posibilidad del monarca de restringir los derechos de ciertos de sus súbditos sin la intervención del Parlamento.¹⁷⁰ Cumplía así un rol similar —en otro campo— al de la policía. En ambos era admisible la reglamentación de los derechos individuales, sin ley formal que lo autorizara. Frente a la clara disposición del art. 19 de nuestra Constitución ninguna de estas dos teorías tiene cabida en el derecho argentino. Incluso en Alemania, actualmente, la teoría se admite sujeto a la reserva de ley que autorice las prerrogativas de la administración y hay quienes sostienen “la muerte de la categoría.”¹⁷¹

En verdad, la necesidad de una ley que establezca la potestad indica que no existe ninguna necesidad de teorías especiales. La ley puede establecer obligaciones genéricas que la administración luego especificará. Por otra parte, actualmente existirá, por lo general, una ley que regula la cuestión incluso respecto de las categorías de personal originalmente alcanzadas por esta teoría. Tal el deber de obediencia de los funcionarios públicos hacia sus superiores jerárquicos dentro de los límites que la misma norma legal establece.¹⁷²

La explicación que daba OTTO MAYER para justificar la teoría se basaba en el hecho de que cierto tipo de personas por entrar dentro de la organización administrativa, sea obligatoriamente (reclusos, soldados conscriptos), sea voluntariamente (funcionarios públicos, estudiantes o pacientes, respectivamente, de institutos docentes u hospitalarios estatales), debían sujetarse a un determinado régimen disciplinario y a obligaciones de obediencia especiales.

Por esa razón se cuestiona actualmente en España la inclusión de los concesionarios de servicios públicos entre aquellos alcanzados por las relaciones especiales de sujeción.¹⁷³ El concesionario no integra la administración pública sino que explota por su cuenta y riesgo el servicio concesionado. Que deba atenerse a las instrucciones que le imparte la administración en lo que respecta a la prestación del servicio a su cargo, instrucciones que deben respetar el marco regulatorio respectivo, agregamos nosotros, no lo hace equivalente a un preso, a un conscripto ni a un funcionario público, a menos que la teoría se expanda y se torne así inútil para explicar las soluciones que deben necesariamente ser diferenciadas, o que se use la teoría como una genérica habilitación legislativa a favor

Nuevas Precisiones de la Corte sobre la Responsabilidad por Actos Estatales Normativos,” *Rev. de Derecho Administrativo*, n° 9/10, 1992, p. 139, esp. en 144.

¹⁷⁰ GARCÍA MACHO, RICARDO, “En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción,” en AA.VV., *Actualidad y Perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX – Homenaje al Profesor Garrido Falla*, Madrid, Complutense, 1992, t. 2, p. 1470.

¹⁷¹ Ver PAREJO ALFONSO, LUCIANO, “La categoría de las relaciones especiales de sujeción” en *Problemática... op. cit.*, p. 131, esp. pp. 136-140. En el mismo sentido, LÓPEZ BENÍTEZ, *op. cit.*, pp. 137-141.

¹⁷² Según el art. 23, inc. (e) de la Regulación del Empleo Público Nacional aprobada por la ley 25.164, el agente público debe “obedecer toda orden emanada del superior jerárquico competente, que reúna las formalidades del caso y tenga por objeto la realización de actos de servicio compatibles con la función del agente.”

¹⁷³ LÓPEZ BENÍTEZ, *op. cit.*, pp. 222-235.

de la administración. Los límites de los poderes de la administración frente al concesionario son estrictos: En todo momento debe respetar la ecuación económica del contrato por lo cual, si las obligaciones que le impone al concesionario para mejorar la prestación del servicio significan costos extraordinarios, los mismos deberán ser reconocidos a través de un aumento de sus tarifas o mediante el pago de un subsidio equivalente. Y si las nuevas obligaciones son irrazonables, el concesionario puede cuestionarlas administrativa y judicialmente.

La exageración de la cobertura de esta teoría, para incluir prácticamente a todas las relaciones jurídicas entre la administración y los particulares, ha sido criticada en España.¹⁷⁴ En verdad, cualquier actividad regulada puede ser incluida en ella: ¿Acaso los bancos no están sujetos a las minuciosas reglamentaciones que continuamente dicta y modifica el Banco Central?¹⁷⁵ ¿Vamos a decir, por ello, que quienes llevan a cabo una actividad regulada se encuentran en un estado de “libertad restringida”?

Pero entre nosotros, incluir a empresas privadas entre aquellos alcanzados por las relaciones de sumisión especial tiene una consecuencia adicional: Mientras que en Europa los derechos humanos protegen también a las personas jurídicas,¹⁷⁶ entre nosotros, ellas no estarían incluidas bajo esa protección.¹⁷⁷ Obsérvese, entonces, el curioso resultado de la doctrina: Mientras que las personas que dieron origen a la teoría (presos, conscriptos, funcionarios públicos, estudiantes, etc.) están hoy protegidos no sólo por las garantías constitucionales que amparan los derechos fundamentales de las personas sino también por los tratados de derechos humanos,¹⁷⁸ las empresas concesionarias de servicios públicos —a quienes sólo por una exageración de la teoría se los incluye— no gozarían de idéntica protec-

¹⁷⁴ Ver el prólogo de LUIS COSCULLUELA MONTANER a la obra de LÓPEZ BENÍTEZ, *cit.*, p. 30.

¹⁷⁵ Cfr. COVIELLO, *op. cit.*

¹⁷⁶ Ello resulta del art. 1º del Protocolo Adicional N° 1 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en 1952 que entró en vigor en 1954.

¹⁷⁷ Para la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) “persona es todo ser humano.” En el sentido de aplicar dichos tratados sólo a las personas físicas, ver MÓNICA PINTO, *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 13; contra BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Teoría General de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2006, pp. 39-41. Sin embargo, se conocen casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que se aplicó la protección para amparar los derechos de sociedades (*Radio Nanduty v. Paraguay* [1987]; *Cantos v. Argentina* [2001].)

¹⁷⁸ En nuestro derecho se ha sostenido la aplicación de las garantías que surgen de la CN y de los tratados internacionales de derechos humanos a favor de policías y presos: Disidencia del Dr. Licht en CNFed. CA, Sala I, 18-V-99, *Pochón, Jesús A. c/ Policía Federal Argentina*, Lexis N° 60000484. Ampliar en GARCÍA PULLÉS, FERNANDO, “Derecho Administrativo sancionador y algunas notas del régimen disciplinario del empleo público,” *JA*, 2003-IV-1258. En España LÓPEZ BENÍTEZ desarrolla ampliamente este tema con respecto a los reclusos, funcionarios públicos, militares, policías y usuarios de establecimientos públicos. (*Op. cit.*, pp. 399-585.) Ver también GARCÍA MACHO, RICARDO, “En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción” en *Actualidad y Perspectivas...*, *op. cit.*, t. 2, p. 147.

ción.¹⁷⁹ Pueden ser, entonces, oprimidos por la administración sin más remedio, entre nosotros, que un juicio contra el Estado con sentencia a diez o quince años.

Leemos en MAYER que no hace falta ley que imponga la carga al particular cuando la parte interesada presta su consentimiento: “Es el caso de los actos administrativos en virtud de sumisión.” Y el ejemplo que cita es el nombramiento para un empleo público.¹⁸⁰ Nadie actualmente se referiría al status de un empleado público como el resultante de su *sumisión*, pero no hay empacho en sujetar a los particulares —oferentes en una licitación, contratistas y empresas reguladas— a una tal *sumisión*.

Se observa entonces la peligrosidad de la teoría de las sujeciones especiales, ya que sirve para convalidar toda orden emanada de un funcionario y dirigida a un particular aunque no se sustente en ley alguna. De acuerdo con este punto de vista, quien se presenta a una licitación pública, contrata con el Estado u opera una actividad regulada se colocaría en una situación de sumisión o sujeción especial y gozaría de “libertad restringida.”

En Italia se ha comparado la concepción del derecho administrativo que considere que la administración tiene poderes genéricos “innatos” (y que lleva a que toda decisión de un funcionario público deba ser obedecida a menos que, agregamos nosotros, un juez suspenda sus efectos), con el régimen jurídico otrora vigente para las fuerzas armadas, pero en Italia ya superado.¹⁸¹ La misma comparación se ha hecho en Francia: “[A] fuerza de obedecer antes de discutir, el administrado se encuentra en Francia en una situación cuasi-militar.”¹⁸² Entre nosotros, la expansión del concepto de relación especial de sujeción, que incluía inicialmente a los militares, a los funcionarios públicos y a los presos, para abarcar también a las actividades particulares por el solo hecho de ser reguladas por Estado (¿y qué actividad privada no está hoy así regulada?) demuestra que rigen ideas análogas.

3.6. *La esfera doméstica*

Hemos dicho que en su esfera doméstica la administración cuenta con una potestad amplia, constitucionalmente otorgada, para actuar. Puede, pues, designar y remover empleados, llevar a cabo obras por sí o a través de contratos, prestar servicios, utilizar sus inmuebles o adquirir o alquilar inmuebles de terceros, y llevar a cabo las demás tareas que crea convenientes para administrar el país.

¹⁷⁹ Obsérvese que en España, a diferencia de nuestro país, el derecho de propiedad no está incluido entre los “derechos fundamentales” y, por ende, no puede ser defendido con la acción de amparo. (Constitución española de 1978, arts. 14 a 29, 33 y 53, inc. 2.)

¹⁸⁰ MAYER, *op. cit.*, t. I, p. 130 y su nota 5.

¹⁸¹ AZZENA, *op. cit.*, t. II, p.1187.

¹⁸² FRANÇOIS FÉRAL, cit. por MILHAT, CÉDRIC, *L'Acte administratif. Entre processus et procédures*, Montreuil, Editions du Papyrus, 2007, p. 10. Ver una comparación entre el acto administrativo y la orden de servicio castrense en GÓMEZ ESCALANTE, MARCELO D., “El acto administrativo y la orden del servicio. Sus alcances y recurribilidad por sus destinatarios integrantes de la administración pública. Diferencias conceptuales. Su vigencia en el medio castrense,” *ED Administrativo*, 2004, p. 394.

Existe además una norma habilitante anual, la ley de presupuesto, que le fija los límites del gasto para cada una de las tareas que decida emprender.¹⁸³

En dichas tareas la administración tiene, en principio, los mismos límites que los particulares: No puede afectar derechos de terceros sin una ley que lo autorice (caso de la expropiación, por ejemplo.) En ciertos casos tiene más límites que un particular, tal el requisito de la licitación para contratar o el sumario previo para separar a un empleado público. Las normas que rigen la esfera doméstica de la administración son, principalmente, normas de acción, en la clásica categorización de GUICCIARDI, por cuanto están primordialmente dirigidas a proteger los intereses públicos.¹⁸⁴

Los actos que ella dicta en ejercicio de su potestad genérica de administración pueden ser actos internos en cuanto afectan solamente la organización administrativa (“actos de administración”)¹⁸⁵ o verdaderos actos administrativos en cuanto se proyectan hacia el exterior de la administración (p. ej. la exclusión de un oferente en una licitación.) Estos últimos, si bien no inciden, necesariamente, sobre la esfera de derechos de los particulares, son también impugnables porque en ocasiones pueden afectar los intereses y aun los derechos de los particulares. (En el ejemplo, la exclusión arbitraria del oferente.)¹⁸⁶

Las potestades administrativas en el campo que hemos denominado *doméstico* alcanzan solamente a aquellas medidas necesarias para cumplir con los cometidos estatales pero no llegan a permitirle imponer obligaciones a los particulares que exceden de la conducción del trámite en cuestión. Así, por ejemplo, en el caso de la licitación descrito al comienzo, la potestad de conducir el proceso licitatorio puede incluir la potestad de separar a un oferente pero no la de modificar unilateralmente las condiciones de una oferta presentada. Dicha exclusión es un acto administrativo que deviene firme si no es recurrido en plazo; la intimación a suscribir un acta acuerdo que modifica la oferta del particular así intimado es inexistente como acto administrativo por carencia de potestad en la cual fundarla.

¹⁸³ CN, art. 75, inc. 8. Así debiera ser, pero en la práctica el Congreso hoy en día ha abdicado esta potestad en favor del Jefe de Gabinete.

¹⁸⁴ GUICCIARDI, ENRICO, *La Giustizia Amministrativa*, Padua, CEDAM, 1954, 3ª ed, p. 33 y ss.

¹⁸⁵ Conf. MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 247.

¹⁸⁶ Se observa aquí, además, una de las conclusiones absurdas de nuestro derecho administrativo. Las decisiones administrativas que afectan derechos subjetivos son rigurosamente notificadas a los particulares en cuestión, con lo cual se busca que transcurra el plazo de caducidad para la interposición del recurso administrativo cerrando así la puerta a la eventual impugnación judicial. Por el contrario, los reglamentos, así como las decisiones que sólo afectan intereses, no se notifican, sino que solamente se publican, con lo cual no corre ningún plazo para interponer recursos. (Conf. LUQUI, ROBERTO E., *Revisión judicial de la actividad administrativa: Juicios contenciosoadministrativos*, Buenos Aires, Astrea, 2005, t. 2, p. 231.) Con lo cual hemos llegado a la paradoja de establecer, en la práctica, plazos de caducidad para los derechos y no para los intereses, justamente a la inversa de lo que ocurre en Francia, donde el vencimiento del plazo de caducidad no alcanza, en principio, a la acción que reclama los daños y perjuicios provocados por el acto devenido firme: En este sentido ver CHAPUS, *op. cit.*, p. 659; GAUDEMET, YVES, *Traité de Droit Administratif*, t. 1, París, LGDJ, 2001, 16ª ed., p. 488; PACTEAU, *op. cit.*, p. 223.

No puede argüirse aquí ningún poder implícito: Las facultades necesarias para conducir una licitación pública no alcanzan para fundamentar la modificación unilateral de la oferta.¹⁸⁷

3.7. *Las leyes provinciales*

Dado el carácter local del derecho administrativo, debemos tomar en cuenta también a las leyes provinciales de procedimiento administrativo. Al respecto cabe preguntarse si nuestra tesis puede sostenerse ante leyes que definen de manera amplia al acto administrativo.

En este sentido se cita la opinión de ERNESTO BUSTELO¹⁸⁸ según la cual cuando una ley provincial —en el caso la de Mendoza— establece una definición de acto administrativo que no exige la presencia de una potestad,¹⁸⁹ nuestra tesis sobre los *meros pronunciamientos administrativos* sería solo admisible en esa jurisdicción de *lege ferenda*.

Por las razones expuestas en el texto no estamos de acuerdo: Los argumentos que exponemos son de índole constitucional, por lo cual ninguna ley —nacional o provincial— puede alterarlos. Por otra parte, basta con extraer la conclusión necesaria de la definición misma que trae la ley de Mendoza, dado que ella exige la producción de efectos jurídicos los cuales, como hemos dicho, sólo pueden ser aquellos típicos de un acto administrativo, los que —a su vez— únicamente pueden darse cuando una ley ha otorgado previamente la potestad respectiva a la administración. La propia ley mendocina trae la solución al prever el supuesto del acto inexistente, categoría que, como hemos dicho, es aplicable al caso del acto emitido sin potestad que lo respalde.¹⁹⁰

4. *Conclusiones*

Todo intento de sistematizar la proteica actividad de la administración es por naturaleza aproximativo e imperfecto. Sin embargo, creemos que la sistematización que proponemos es mucho más afín con nuestro sistema constitucional que la que se aplica actualmente en nuestro país.

¹⁸⁷ CSJN, *Peláez*, nota 42, *supra*.

¹⁸⁸ URRUTIGOIY, *op. cit.* Ver el trabajo de ERNESTO BUSTELO, “Materia Procesal Administrativa. Dilemas que origina su correcta determinación” en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo*, vol. X, *El Proceso Administrativo en la República Argentina*, Mendoza, Diké, 2004, p. 326. Sin embargo, algunos de los ejemplos que cita este autor pueden constituir el ejercicio de una potestad administrativa. Así, si la ley otorga a la administración potestad para efectuar pagos a los particulares que reúnan ciertas condiciones, debe considerarse implícita la potestad de denegarlos.

¹⁸⁹ El art. 28 de la ley mendocina 3909 sigue de cerca la definición de GORDILLO al disponer: “Entiéndese por acto administrativo toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa.” Las leyes análogas de Neuquén y Salta contienen una norma similar. (Ver nota 68, *supra*.)

¹⁹⁰ Así califica la ley 3909, art., 72 inc. (c) a los actos que adolecen de vicio “grosero,” vicio que, según su art. 52, inciso (b) puede existir cuando el acto transgrede normas constitucionales.

Proponemos, pues, las siguientes conclusiones:

1. En nuestro sistema constitucional, todo avance de la administración sobre los derechos de los particulares debe basarse en ley formal. Ninguna teoría, y menos aquellas tomadas de regímenes incompatibles con el nuestro, puede liberarla de ese requisito.

2. Tampoco puede el decreto-ley 19.549/72, ni ninguna ley general, dispensar a la administración, en forma genérica, de dicho requisito.

3. Sin la existencia de ley formal previa, la administración carece de potestades para afectar los derechos de los particulares.

4. Para incidir sobre la esfera de derechos de los particulares es necesaria la preexistencia de una potestad administrativa (o sea, basada en ley formal) para que así, en su ejercicio, se pueda dictar un acto administrativo.

5. De entre todas las decisiones que adopta la administración solamente los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad y ejecutoriedad, y deben ser recurridos para no quedar consentidos.

6. No alcanza con que el acto emanado de la administración esté sujeto al derecho administrativo, y/o que pretenda efectos hacia terceros, para que constituya un acto administrativo.

7. Los actos emanados de la administración que no constituyen el ejercicio de una potestad, aún tratándose de actos jurídicos emitidos en el marco de relaciones de derecho público que intentan producir efectos externos a la administración, podrán ser válidos y correctos pero carecerán de la imperatividad que las normas generales de procedimiento administrativo reconocen a los actos administrativos. Llámeseles meros pronunciamientos administrativos, llámeseles decisiones administrativas, no serán idóneos para producir los efectos de un acto administrativo.

8. En consecuencia, los actos descriptos en el punto anterior no modifican la esfera jurídica de los particulares, no gozan de presunción de legitimidad ni carácter ejecutorio, no necesitan ser impugnados ni quedan consentidos ante la falta de impugnación oportuna.

9. Los actos emitidos dentro de la esfera doméstica de la administración, por constituir el ejercicio de una potestad, también son actos administrativos —en la medida en que se limiten a ese ejercicio— pese a que no tienen por efecto directo modificar la esfera de los derechos individuales.

10. Los actos emanados de la administración regidos por el derecho privado carecen de los efectos típicos de los actos administrativos y no rige, respecto de las violaciones del derecho privado en que puedan incurrir, ningún plazo de

caducidad sino solamente los plazos de prescripción aplicables. Denominarlos *actos administrativos* induce a confusión.

Proponemos también la siguiente definición de “acto administrativo” que adapta la de AGUSTÍN GORDILLO: “Declaración unilateral realizada en ejercicio de una potestad administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata.”

Las conclusiones antes listadas son *verdades de Perogrullo* a estar a la doctrina extranjera citada en el presente trabajo. Sin embargo, a menos que nuestra jurisprudencia reaccione y acepte plenamente estas verdades, continuará el actual círculo vicioso resultante de recursos contra decisiones de la administración que no constituyen actos administrativos (pero que el letrado aconseja impugnar, *por las dudas*) y fallos judiciales que correlativamente consideran a las decisiones así recurridas como verdaderos actos administrativos.

Una tarea adicional será la de elaborar herramientas conceptuales y mecanismos procesales idóneos para proteger cabalmente a los particulares de la indebida expansión del concepto de acto administrativo. Digamos desde ya que el abandono de la teoría de la subsanación constituiría un importante paso en ese sentido.¹⁹¹ También lo sería ir elaborando una jurisprudencia que admita claramente los casos de inexistencia del acto administrativo. Mientras ello no ocurra seguiremos soportando un derecho administrativo que nos hace avergonzar frente a aquellos que, correcta o equivocadamente, han actuado como nuestros modelos.

Admitimos que no resulta fácil limitar las prerrogativas del Estado en el contexto actual. Cada crisis económica que vive el país sirve de excusa para aumentar las restricciones a los derechos individuales. Cada nueva restricción es invocada por los representantes del Estado hasta sus máximas consecuencias. Todos nos vamos acostumbrando a que el Estado goce cada vez de más protecciones jurídicas: Reiteradas consolidaciones de deudas, inembargabilidad de fondos públicos, posibilidad de no pagar sus deudas y de modificar unilateralmente las condiciones y monedas de pago, repetidas renegociaciones obligatorias de contratos en curso, congelamientos de tarifas *sine die*, plazos de caducidad aplicables frente al silencio o aun ante un acto absolutamente nulo, emergencias que duran una década, costos exorbitantes para demandar a la administración, prerrogativas para imponer la voluntad unilateral de la administración en prácticamente todos los contratos que ella celebra y en todos los aspectos de dichos contratos. Pareciera que el Estado argentino no puede sobrevivir sin estas protecciones, verdaderos “andadores jurídicos,” que los demás países del mismo nivel cultural no necesitan ni utilizan.

Una de esas protecciones jurídicas es, justamente, la pretensión de dotar a cualquier decisión de un funcionario o empleado público de presunción de legítimi-

¹⁹¹ El reciente fallo de la Sala I de la C.N.A. Cont. Adm. Fed. *in re IBM Argentina S.A. c/ DGA* (31-VIII-2010) constituye un claro repudio de la teoría de la subsanación.

dad y fuerza ejecutoria, y otorgarle fuerza de verdad legal si no se la impugna en brevísimos plazos, cualquiera sea el defecto de que adolezca. Como lo demuestra la práctica cotidiana del derecho administrativo, la expansión indiscriminada de las protecciones mencionadas, más allá de sus justos límites, potencia las posibilidades de ilegalidades administrativas y correlativamente afecta la garantía constitucional de la defensa en juicio.¹⁹²

Estamos peligrosamente cerca del “Estado policía” propio de las monarquías absolutas del Siglo XVIII que MICHEL FOUCAULT definía como “un sistema en el cual no hay diferencia de naturaleza, de origen, de validez y, por consiguiente, tampoco diferencia de efecto entre, por un lado, las prescripciones generales y permanentes del poder público —en líneas generales, si se quiere, lo que llamaríamos la ley— y, por otro, las decisiones coyunturales, transitorias, locales, individuales de ese mismo poder público: El nivel de lo reglamentario, para decirlo de algún modo. El Estado de policía es el que establece un continuo administrativo que, de la ley general a la medida particular, hace del poder público y de las órdenes emitidas por éste un solo y el mismo tipo de principio y le otorga un solo y el mismo tipo de valor coercitivo.”¹⁹³

Se ha cumplido así el vaticinio de ALBERDI: Hemos dejado que el derecho administrativo se convierta en “un medio falaz de eliminar y escamotear las libertades y garantías constitucionales.”¹⁹⁴ Quienes nos dedicamos al derecho administrativo tenemos nuestra cuota de responsabilidad por este nefasto resultado.

¹⁹² Sobre el deterioro del control judicial sobre la administración pública ver el trabajo de BIANCHI, ALBERTO B., “Declinación y Caída del Control Judicial de la Administración Pública,” *LL, Suplemento Extraordinario de Derecho Administrativo*, Agosto 2010, p. 9.

¹⁹³ FOUCAULT, MICHEL, *Nacimiento de la biopolítica*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 202-203. Ver la descripción de ese régimen en MAYER, *op. cit.*, t. I, pp. 49-50.

¹⁹⁴ ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1980, p. 106.