

# **Reglamentos**

## **Bases para la reivindicación de una naturaleza jurídica puesta en controversia**

**Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho  
de la Universidad Austral para optar por el título de  
Doctor en Derecho**

**Buenos Aires, 2021**

**Autor:** Mag. Fernando Gabriel COMADIRA

**Director de tesis:** Dr. Fernando R. GARCÍA PULLÉS



*“Acto y reglamento no se pueden considerar temas de moda; pero es indudable que su adecuado manejo resulta absolutamente indispensable para cultivar con justicia y eficacia el Derecho administrativo. Aún existen cosas por plantear respecto del acto administrativo y del reglamento, porque –como decía Unamuno– no hay temas agotados, sino hombres agotados”.*

COMADIRA, Julio Rodolfo<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, “Palabras de Apertura” de las Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, *Acto administrativo y reglamento*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002.



## DICTAMEN FUNDADO DEL DIRECTOR DE LA TESIS DOCTORAL

Buenos Aires, 3 de marzo de 2021.

Sres. de  
Doctorado en Derecho y Leyes  
Universidad Austral.  
At.: Secretaría Administrativa.

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a Uds. para acompañar la tesis del doctorando Fernando Gabriel COMADIRA, que lleva por título “Reglamentos. Bases para la reivindicación de una naturaleza jurídica puesta en controversia”, que recomiendo sea aceptada para su defensa.

El doctorando ha investigado detenidamente, durante varios años –que han acompañado su desarrollo profesional y académico- una de las fuentes más trascendentes del derecho administrativo, como son los reglamentos que emite la Administración Pública.

Tal investigación lo ha llevado a postular una tesis que se aparta de las opiniones doctrinarias más reconocidas, claramente novedosa y de evidente contenido práctico, que no por ello deja de exhibir una fundamentación mayúscula, desarrollada a partir del método crítico.

El tratamiento de la tónica obliga al doctorando a remontarse al examen de la función administrativa y el régimen exorbitante que le es propio, para probar que los reglamentos derivan de esa función.

Más tarde, se adentra en la teoría del acto administrativo, considerando sus finalidades y funciones y los aspectos comunes y especiales que genera la inclusión de los reglamentos en la categoría. Desarrolla estos temas con destreza para demostrar, lográndolo a mi juicio con acierto, la comunidad esencial entre los actos administrativos de alcance particular y los reglamentos en general, aun respecto de las especies de estos últimos que suelen ser denominados de “contenido legislativo”.

En todos los casos, el doctorando explica precisamente la razón del tratamiento de las cuestiones para fundamentar su posición respecto de la actividad reglamentaria y el modo en que corresponde su examen.

Ingresando al examen de los reglamentos, considera los principales sistemas de derecho comparado y las opiniones doctrinarias que se han vertido sobre la materia, realizando una defensa fundada de la postulación que formula. También examina puntualmente los antecedentes jurisprudenciales emitidos sobre la cuestión, valorando sus proposiciones con sentido crítico.

En el desarrollo del trabajo para fundamentar la tesis se examinan las categorías de reglamentos, como presupuesto indispensable para acudir más tarde a su tratamiento normativo, en particular en el ámbito de los decretos de necesidad y urgencia y delegados.

Pero el trabajo no se agota en ese examen liminar, sino que se extiende más allá y muestra a quien se detenga en la lectura, cuáles son las consecuencias prácticas de la adscripción a la tesis postulada, tanto en materia de control interno de los reglamentos, considerando la importancia de los elementos esenciales para su validez intrínseca, como en lo atinente a su impugnabilidad.

El control judicial de los reglamentos merece un tratamiento especial, que incursión aún en el ámbito del amparo y se detiene especialmente en la materia cautelar, cuya importancia es juzgada con acierto, sin escapar al debate sobre el alcance de las sentencias que declaran la invalidez “per se” de los actos de esta naturaleza.

El examen de cada uno de los temas que rodean al núcleo de la tesis es iniciado con la explicación de su vinculación con la propuesta y la necesidad de su examen, ora para justificar la proposición central, ora para examinar las consecuencias de la adscripción al criterio que se afirma, en la praxis de su aplicación a los casos concretos, extremo que justifica el ingreso al examen del tratamiento de la impugnación judicial de los reglamentos y las alternativas de su suspensión cautelar.

La bibliografía es cuidada y extensa, con base en el derecho nacional y extranjero, también lo es la invocación de precedentes jurisprudenciales de los más Altos Tribunales de la República, que son examinados detenidamente, con acuerdo a su importancia, sin soslayar los más atinentes a su tópica.

En resumen, se trata de un trabajo relevante y profundo, que ha tenido en cuenta el derecho comparado y que revela un profundo conocimiento de la temática. Por ello, entiendo que la labor desplegada para dar sustento a la tesis postulada por el doctorando justifica, sobradamente, su aprobación y sujeción a la defensa pública, toda vez que constituye un aporte significativo para el derecho en general y para el derecho administrativo en particular.

Sin otro particular, saludo a Uds. atentamente.

Fernando R. García Pullés.  
Director de Tesis.

## ABREVIATURAS

LNPA	Ley Nacional de Procedimientos Administrativos
RLNPA	Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos
LNA	Ley Nacional de Amparo
LMC	Ley Nacional de Medidas Cautelares en la que es parte o interviene el Estado
CCCN	Código Civil y Comercial de la Nación
CPCCN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación
RCAN	Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional
RRCAN	Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
CNACAF	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal
JNCAF	Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal
CNAT	Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo
CNAC	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial
TSJCABA	Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
CCAyT	Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
SCJBA	Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires
TSJCatamarca	Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Catamarca
SCJM	Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza
STJJ	Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy
PTN	Procuración del Tesoro de la Nación
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos

CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
SJDH	Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos
TIC	Tecnologías de la Información y Comunicación
CBP	Comisión Bicameral Permanente
DNU	Decreto de Necesidad y Urgencia
ED	El Derecho
EDCO	El Derecho Constitucional
EDA	El Derecho Administrativo
REDA	Revista de Derecho Administrativo
RAP	Revista de Administración Pública
JA	Jurisprudencia Argentina
LL	La Ley
RADA	Revista Argentina de Derecho Administrativo
LNC	Lexis Nexis Córdoba



<b>DICTAMEN FUNDADO DEL DIRECTOR DE LA TESIS DOCTORAL .....</b>	<b>5</b>
<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>7</b>
<b>PRESENTACIÓN .....</b>	<b>29</b>
1.) OBJETO DE ESTUDIO Y TRASCENDENCIA DEL TEMA .....	29
2.) HIPÓTESIS PLANTEADA Y PROBLEMAS QUE SE DERIVAN DE NUESTRA TESIS .....	33
2.1.) <i>Tesis propuesta</i> .....	33
2.2.) <i>Problemas que se presentan</i> .....	39
3.) ESQUEMA METODOLÓGICO PROPUESTO EN ESTA TESIS .....	42
4.) EPÍLOGO: LA IMPORTANCIA DEL SINTAGMA “ACTO ADMINISTRATIVO” .....	46

## PRIMERA PARTE

### FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y RÉGIMEN EXORBITANTE

#### CAPÍTULO I

##### ¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR FUNCIÓN ADMINISTRATIVA?

<b>1.) INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>49</b>
<b>2.) CRITERIOS PARA DELIMITAR LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>53</b>
2.1.) CRITERIO SUBJETIVO U ORGÁNICO .....	53
2.1.1.) <i>Visión crítica</i> .....	54
2.2.) CRITERIO OBJETIVO O MATERIAL .....	54
2.2.1.) <i>Visión crítica</i> .....	55
2.3.) NUESTRA POSTURA: CRITERIO MIXTO .....	60
2.3.1.) <i>Concepto de función judicial</i> .....	62
2.3.1.1.) Modo de relación entre el poder atribuido y la satisfacción del interés público procurado .....	62
2.3.1.2.) Órganos que ejercen la función judicial, régimen jurídico aplicable y resultado de su ejercicio ....	66
2.3.1.3.) Síntesis conceptual.....	66
2.3.2.) <i>Concepto de función legislativa</i> .....	67

2.3.2.1.) Modo de relación entre el poder atribuido y la satisfacción del interés público procurado .....	67
2.3.2.2.) Órganos que ejercen la función legislativa, régimen jurídico aplicable y resultado de su ejercicio 67	
2.3.2.3.) Síntesis conceptual.....	69
<b>2.3.3.) Concepto de función administrativa.....</b>	<b>69</b>
2.3.3.1.) Cuestiones preliminares .....	70
2.3.3.2.) Modo de relación entre el poder atribuido y la satisfacción del interés público procurado .....	72
2.3.3.3.) Órganos que ejercen la función administrativa, régimen jurídico aplicable y resultado de su ejercicio. Remisión.....	73
2.3.3.4.) Síntesis conceptual.....	74
2.3.3.5.) Algunas consideraciones finales.....	75
<b>3.) OTRAS POSTURAS VINCULADAS, ESPECIALMENTE, CON LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD Y URGENCIA Y LOS DELEGADOS .....</b>	<b>81</b>
3.1.) EL CRITERIO DEL PROFESOR MIGUEL S. MARIENHOFF .....	82
3.2.) LA INTERPRETACIÓN DE RODOLFO C. BARRA Y LA EVOLUCIÓN DE SU PENSAMIENTO A LO LARGO DE SU TRAYECTORIA ACADÉMICA .....	84
3.2.1.) <i>Su postura en el año 1978.....</i>	<i>84</i>
3.2.2.) <i>El criterio expuesto en el año 1980, 1989 y en 1999: reiteración de su doctrina originaria... 86</i>	
3.2.3.) <i>Su nueva interpretación a partir del año 2002 y la consolidación de su doctrina en el año 2018: la denominada “función presidencial” o “función de jefatura o conducción superior de Gobierno” 89</i>	
3.3.) LA INTERPRETACIÓN DE FERNANDO GARCÍA PULLÉS Y DE FABIÁN CANDA A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 .....	98
3.4.) VISIÓN CRÍTICA DE LAS POSTURAS ANTES SEÑALADAS .....	98
3.4.1.) <i>Objeciones a la interpretación del Dr. Barra .....</i>	<i>99</i>
3.4.2.) <i>Objeciones a la interpretación de los Dres. MARIENHOFF, GARCÍA PULLÉS y CANDA .....</i>	<i>107</i>
<b>4.) ESPECIAL REFERENCIA A LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD Y URGENCIA (Y DELEGADOS) Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO COMPARADO.....</b>	<b>114</b>
4.1.) LA CUESTIÓN EN BRASIL .....	116
4.2.) LA CUESTIÓN EN CHILE.....	117
4.3.) LA CUESTIÓN EN COLOMBIA .....	124
4.4.) LA CUESTIÓN EN NICARAGUA.....	129

4.5.) LA CUESTIÓN EN PERÚ .....	129
4.6.) LA CUESTIÓN EN ESPAÑA .....	133
4.7.) LA CUESTIÓN EN ITALIA .....	139
4.8.) LA CUESTIÓN EN FRANCIA .....	142
4.9.) LA CUESTIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.....	146
<b>5.) SÍNTESIS.....</b>	<b>159</b>

## CAPÍTULO II

### ¿QUIÉNES PUEDEN EJERCER LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA?

<b>1.) INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>161</b>
<b>2.) EL ESTADO EN EJERCICIO DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>162</b>
2.1.) EL PODER EJECUTIVO Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA .....	162
2.1.1.) <i>Los actos institucionales como producto de la función gubernamental</i> .....	163
2.1.2.) <i>La función administrativa impropia y los actos regidos parcialmente por el derecho privado</i> .....	166
2.2.) EL PODER JUDICIAL Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.....	171
2.3.) EL PODER LEGISLATIVO Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA .....	174
<b>3.) LOS ENTES NO ESTATALES.....</b>	<b>175</b>
3.1.) EL CASO DE LOS ENTES PÚBLICOS NO ESTATALES .....	175
3.2.) EL CASO DE LOS ENTES PRIVADOS .....	179
<b>4.) SÍNTESIS.....</b>	<b>185</b>

## CAPÍTULO III

### ¿CUÁL ES EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA?

#### EL DENOMINADO RÉGIMEN JURÍDICO EXORBITANTE

<b>1.) INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>189</b>
<b>2.) PRERROGATIVAS Y GARANTÍAS TRADICIONALES .....</b>	<b>193</b>
2.1.) PRERROGATIVAS .....	193

2.2.) GARANTÍAS .....	194
<b>3.) NUEVAS PRERROGATIVAS Y GARANTÍAS .....</b>	<b>194</b>
3.1.) NUEVAS PRERROGATIVAS .....	195
3.1.1.) Régimen de medidas cautelares: bilateralización del proceso cautelar con motivo del “informe previo” al dictado de la sentencia. Remisión .....	195
3.2.) NUEVAS GARANTÍAS .....	197
3.2.1.) Régimen de medidas cautelares: la “medida cautelar interina”. Remisión .....	198
3.2.2.) El agotamiento de la vía administrativa .....	199
3.2.3.) La presunción de legitimidad del acto administrativo .....	205
<b>4.) EL RÉGIMEN JURÍDICO EXORBITANTE Y SU IMPACTO EN LOS REGLAMENTOS .....</b>	<b>210</b>
<b>5.) SÍNTESIS: CONTENIDO ACTUAL DEL RÉGIMEN EXORBITANTE.....</b>	<b>218</b>

## SEGUNDA PARTE

### FUNCIONES DE LA TEORÍA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

#### ESPECIES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

#### CONCEPTO DE REGLAMENTO

## CAPÍTULO IV

### FUNCIONES DE LA TEORÍA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

<b>1.) INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>223</b>
<b>2.) FUNCIÓN TELEOLÓGICA .....</b>	<b>224</b>
2.1.) LA FORMALIDAD DOCUMENTARIA COMO CONSECUENCIA DE LA FUNCIÓN TELEOLÓGICA DE LA TEORÍA DEL ACTO ADMINISTRATIVO. EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.....	226
<b>3.) FUNCIÓN INSTITUCIONAL-REPUBLICANA.....</b>	<b>235</b>
<b>4.) FUNCIÓN TEÓRICO-PRÁCTICA.....</b>	<b>237</b>
<b>5.) SÍNTESIS.....</b>	<b>238</b>

## CAPÍTULO V

### LOS REGLAMENTOS, COMO TODA ESPECIE DEL GÉNERO ACTO ADMINISTRATIVO, DERIVAN GENÉTICAMENTE DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

<b>1.) INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>241</b>
<b>2.) EL ACTO ADMINISTRATIVO DE ALCANCE PARTICULAR: EL ACTO ADMINISTRATIVO INDIVIDUAL, PLURIINDIVIDUAL Y PLÚRIMO .....</b>	<b>241</b>
<b>3.) EL ACTO ADMINISTRATIVO DE ALCANCE GENERAL: ACTO GENERAL NORMATIVO –REGLAMENTO- Y NO NORMATIVO .....</b>	<b>245</b>
3.1.) LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE ALCANCE GENERAL NORMATIVO: LOS REGLAMENTOS .....	245
3.2.) LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE ALCANCE GENERAL NO NORMATIVO .....	246
3.3.) EL CASO DE LOS “REGLAMENTOS AUTOAPLICATIVOS”, DE DIRECTA APLICACIÓN O DIRECTAMENTE OPERATIVOS ....	248
3.4.) LOS DENOMINADOS “REGLAMENTOS SINGULARES”. VISIÓN CRÍTICA .....	249
<b>4.) EL ACTO ADMINISTRATIVO UNILATERAL Y EL ACTO BILATERAL: LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMO ACTOS ADMINISTRATIVOS BILATERALES. APROXIMACIÓN .....</b>	<b>252</b>
<b>5.) SÍNTESIS.....</b>	<b>254</b>

## CAPÍTULO VI

### CONCEPTO DE REGLAMENTO

<b>1.) INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>257</b>
<b>2.) CONCEPTO DE REGLAMENTO Y ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE SU DEFINICIÓN .....</b>	<b>258</b>
2.1.) EL REGLAMENTO COMO DECLARACIÓN .....	259
2.1.1.) <i>Forma de la declaración</i> .....	260
2.1.1.1.) Concepto de forma.....	260
2.1.1.1.1.) Alcance del concepto de forma .....	262
2.1.1.1.2.) La declaración debe manifestarse, en principio, expresamente y por escrito .....	266
2.1.1.1.2.1.) Actos tácitos y actos implícitos.....	266
2.1.1.1.2.2.) Los actos verbales.....	269
2.1.1.1.2.3.) Los actos en forma de signos o gestos con un contenido convencional o ideográfico ..	271

2.1.1.1.2.4.) Los actos administrativos digitales .....	271
2.2.) UNILATERAL .....	273
2.3.) EL SUJETO EMISOR DE UN REGLAMENTO: EL ÓRGANO ESTATAL, O EL ENTE NO ESTATAL, EN EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA. REMISIÓN .....	274
2.4.) BAJO UN RÉGIMEN JURÍDICO EXORBITANTE. REMISIÓN .....	276
2.5.) PRODUCTOR DE EFECTOS JURÍDICOS GENERALES CON VOCACIÓN DE PERMANENCIA.....	278
2.5.1.) <i>El reglamento como norma jurídica de alcance general</i> .....	278
2.5.2.) <i>El reglamento como fuente permanente de juridicidad</i> .....	279

### TERCERA PARTE

## RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS

### CAPÍTULO VII

#### RÉGIMEN JURÍDICO COMÚN DE LOS REGLAMENTOS Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS PARTICULARES

<b>1.) INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>281</b>
<b>2.) ELEMENTOS ESENCIALES.....</b>	<b>282</b>
2.1.) ENUNCIACIÓN .....	282
2.2.) REQUISITOS ESENCIALES DE LOS REGLAMENTOS EN LA DOCTRINA DE LA PTN.....	285
2.2.1.) <i>El caso de los reglamentos de necesidad y urgencia: especial referencia al dictamen jurídico previo</i> .....	286
2.3.) REQUISITOS ESENCIALES DE LOS REGLAMENTOS EN LA JURISPRUDENCIA: ESPECIAL REFERENCIA A LA MOTIVACIÓN Y LA RAZONABILIDAD DE LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD Y URGENCIA Y LOS REGLAMENTOS DELEGADOS .....	288
2.3.1.) <i>La exigencia de la motivación</i> .....	288
2.3.2.) <i>El principio general de la razonabilidad como límite de la medida adoptada</i> .....	291
2.4.) SÍNTESIS.....	296
<b>3.) RÉGIMEN DE VICIOS: APROXIMACIÓN .....</b>	<b>297</b>
<b>4.) CARACTERES ESENCIALES.....</b>	<b>300</b>

## CAPÍTULO VIII

 RÉGIMEN JURÍDICO ESPECÍFICO DE LOS REGLAMENTOS (DIFERENCIAS  
 CON EL ACTO ADMINISTRATIVO DE ALCANCE PARTICULAR)

<b>1.) INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>305</b>
<b>2.) LOS REGLAMENTOS INTEGRAN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SON FUENTE DEL DERECHO: .....</b>	<b>306</b>
2.1.) EL REGLAMENTO COMO FUENTE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO .....	306
2.2.) LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARTICIPA EN LA FORMACIÓN DEL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD. ....	307
2.3.) ¿SON LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE ALCANCE GENERAL NO NORMATIVO FUENTE DEL DERECHO .....	308
2.4.) EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO COMO FUENTE DEL DERECHO .....	308
<b>3.) RÉGIMEN DE PUBLICIDAD .....</b>	<b>310</b>
3.1.) EL ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR SE NOTIFICA, EL ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL –NORMATIVO O NO NORMATIVO– SE PUBLICA.....	310
3.2.) LA PUBLICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR NO SUPLE LA FALTA DE NOTIFICACIÓN .....	310
3.3.) LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE ALCANCE GENERAL REQUIEREN DE “PUBLICACIÓN OFICIAL” .....	313
3.4.) LA PUBLICIDAD COMO REQUISITO DE VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR O GENERAL .....	314
3.5.) LA EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL ART. 104 DEL RLNPA PARA CIERTOS “REGLAMENTOS” .....	318
<b>4.) RÉGIMEN DE ESTABILIDAD.....</b>	<b>322</b>
4.1.) LA ESTABILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR .....	322
4.2.) LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE ALCANCE GENERAL SON ESENCIALMENTE REVOCABLES .....	325
4.2.1.) <i>La opinión de la doctrina.....</i>	325
4.2.2.) <i>La cuestión en la LNPA y en el RLPNA.....</i>	328
4.2.3.) <i>Nuestra postura: el caso de los reglamentos autoaplicativos.....</i>	329
<b>5.) RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN Y LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS PARTICULARES O GENERALES .....</b>	<b>332</b>
5.1.) RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN .....	333
5.1.1.) <i>La impugnación del acto administrativo particular.....</i>	333
5.1.2.) <i>La impugnación de los actos administrativos de alcance general.....</i>	335
5.1.2.1.) <i>Impugnación directa (art. 24, inc. “a”).....</i>	335

5.1.2.1.1.) Ante quien se interpone y quien resuelve el reclamo. Irrecurribilidad del acto expreso de rechazo. Visión crítica.....	335
5.1.2.1.2.) Plazo de interposición .....	338
5.1.2.1.3.) Plazo de resolución .....	340
5.1.2.2.) Impugnación indirecta (art. 24, inc. "b").....	341
5.1.2.3.) La impugnación directa e indirecta, ¿son mecanismos excluyentes? Las posibilidades impugnatorias amplias. Excepciones .....	342
<i>5.1.3.) El caso de los reglamentos autoaplicativos.....</i>	<i>343</i>
<i>5.1.4.) Excepciones al reclamo administrativo impropio .....</i>	<i>344</i>
5.1.4.1.) El ritualismo inútil .....	344
5.1.4.2.) El caso de los reglamentos de necesidad y urgencia y los reglamentos delegados .....	346
5.1.4.2.1.) Postura actual de la Procuración del Tesoro de la Nación .....	346
5.1.4.2.2.) La jurisprudencia de la Cámara del Fuero Contencioso Administrativo: la doctrina "Fernández" y "Luaces", entre otros .....	347
5.1.4.2.3.) La opinión de la doctrina .....	348
5.1.4.2.4.) Nuestra postura .....	349
5.1.4.3.) Impugnación de reglamentos considerados inconstitucionales .....	353
5.1.4.4.) Impugnación por vía de amparo. Remisión.....	357
5.1.4.5.) Consecuencias derivadas de la articulación del reclamo innecesario, pero procedente.....	357
<i>5.1.5.) Efectos de la decisión administrativa que acoge favorablemente el reclamo impropio .....</i>	<i>358</i>
5.2.) LEGITIMACIÓN: DERECHO SUBJETIVO E INTERÉS LEGÍTIMO. DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA .....	359
<i>5.2.1.) Derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple: Relevancia tradicional de la distinción, teorías para distinguir cada situación jurídica. ....</i>	<i>359</i>
5.2.1.1.) Concepción tradicional .....	360
5.2.1.2.) Criterios de distinción.....	361
5.2.1.2.1.) Teoría de la exclusividad y la concurrencia.....	361
5.2.1.2.2.) Teoría de las normas de acción y relación .....	362
5.2.1.2.3.) Teoría del caso concreto .....	362
5.2.1.2.4.) Teoría de la utilidad sustancial y procesal o instrumental .....	363
5.2.1.2.5.) Nuestra postura: teoría del derecho a qué.....	363



5.2.1.3.) La cuestión en el derecho positivo argentino y la jurisprudencia .....	365
5.2.1.4.) Síntesis.....	367
5.2.2.) <i>Legitimación para impugnar actos administrativos de alcance particular</i> .....	367
5.2.3.) <i>Legitimación para impugnar actos administrativos de alcance general</i> .....	368
5.2.3.1.) Los derechos de incidencia colectiva .....	370
<b>6.) JERARQUÍA: EL PRINCIPIO DE INDEROGABILIDAD SINGULAR DEL REGLAMENTO, O, MÁS PRECISAMENTE, LA INDEROGABILIDAD NO NORMATIVA DEL REGLAMENTO .....</b>	<b>371</b>
6.1.) CONCEPTO .....	371
6.2.) FUNDAMENTO .....	372
6.2.1.) <i>La juridicidad y la igualdad como fundamento del principio de inderogabilidad del reglamento</i> .....	374
6.2.1.1.) Supuestos de improcedencia del principio de inderogabilidad singular del reglamento .....	376
6.3.) LA POSTURA DEL PROFESOR COMADIRA: LA INDEROGABILIDAD NO NORMATIVA DEL REGLAMENTO .....	378
<b>7.) PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN .....</b>	<b>380</b>
7.1.) DEBIDO PROCEDIMIENTO PREVIO A LA EMISIÓN DE TODO ACTO ADMINISTRATIVO —PARTICULAR O GENERAL— .....	382
7.1.1.) <i>La elaboración de los actos administrativos de alcance particular</i> .....	384
7.1.2.) <i>La elaboración de los actos administrativos de alcance general: audiencias públicas y documentos consulta</i> .....	384
7.2.) LA TEORÍA DE LA SUBSANACIÓN EN MATERIA DE AUDIENCIAS PÚBLICAS .....	387
<b>8.) RETROACTIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD.....</b>	<b>391</b>
8.1.) PRECISIONES CONCEPTUALES .....	392
8.1.1.) <i>Los efectos jurídicos de los actos administrativos. Remisión</i> .....	392
8.1.2.) <i>Concepto de retroactividad</i> .....	394
8.2.) LA IRRETROACTIVIDAD COMO PRINCIPIO GENERAL .....	396
8.2.1.) <i>Fundamentos de la irretroactividad</i> .....	396
8.2.2.) <i>La irretroactividad en el marco de la LNPA y el RLNPA</i> .....	398
8.3.) ALGUNOS SUPUESTOS DE APLICACIÓN RETROACTIVA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	400
8.3.1.) <i>La retroactividad del acto administrativo de alcance particular</i> .....	401
8.3.1.1.) Supuestos de procedencia de aplicación retroactiva de los actos administrativos.....	402

8.3.2.) <i>La retroactividad del acto administrativo de alcance general</i> .....	409
8.4.) SÍNTESIS .....	412

## CUARTA PARTE

### CLASES DE REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS EN RELACIÓN CON LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES

#### CAPÍTULO IX

#### CLASES DE REGLAMENTOS

<b>1.) INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>415</b>
<b>2.) LOS REGLAMENTOS DE EJECUCIÓN .....</b>	<b>417</b>
2.1.) CONCEPTO .....	417
2.2.) FUNDAMENTO .....	418
2.3.) LÍMITES .....	420
2.4.) LA ULTRAACTIVIDAD DEL REGLAMENTO .....	422
2.5.) LA OMISIÓN REGLAMENTARIA .....	422
2.6.) EL CONTROL DEL CONGRESO .....	424
<b>3.) LOS REGLAMENTOS AUTÓNOMOS.....</b>	<b>427</b>
3.1.) CONCEPTO Y FUNDAMENTO .....	427
3.2.) LÍMITES.....	429
3.3.) EL CONTROL DEL CONGRESO .....	430
<b>4.) LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD Y URGENCIA .....</b>	<b>432</b>
4.1.) CONCEPTO .....	432
4.2.) FUNDAMENTO .....	435
4.2.1.) <i>Los decretos de necesidad y urgencia como potestad inherente del Poder Ejecutivo.....</i>	<i>435</i>
4.3.) LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL: EL ART. 99, INC. 3° .....	442
4.3.1.) <i>Principio general.....</i>	<i>443</i>

4.3.2.) <i>Presupuesto habilitante y límites constitucionales</i> .....	443
4.3.2.1.) Control judicial de los requisitos de los DNU: algunos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	445
4.3.2.1.1.) Nuestra postura: alcance del control judicial.....	450
4.3.2.1.1.1.) Control judicial pleno y/o amplio .....	450
4.3.2.1.1.2.) Control judicial luego de aprobado el DNU por el Poder Legislativo.....	451
4.3.2.1.1.3.) El control judicial amplio y/o pleno como consecuencia de la naturaleza jurídica de los DNU .....	456
4.3.3.) <i>Procedimiento de elaboración</i> .....	458
4.3.4.) <i>El control del Congreso: la Ley N° 26.122. Remisión</i> .....	461
<b>5.) LOS REGLAMENTOS DELEGADOS .....</b>	<b>462</b>
5.1.) CONCEPTO .....	462
5.2.) FUNDAMENTOS. LOS REGLAMENTOS DELEGADOS EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL .....	463
5.2.1.) <i>Principio general</i> .....	465
5.2.2.) <i>Presupuesto habilitante. Límites</i> .....	465
5.2.2.1.) Materias determinadas de administración .....	465
5.2.2.2.) Emergencia pública .....	466
5.2.2.2.1.) ¿existen límites materiales a la delegación legislativa en situaciones de emergencia pública? .....	467
5.2.2.2.1.1.) Inviabilidad jurídica de trasladar los límites previstos en el art. 99, inc. 3° de la Constitución a los reglamentos delegados .....	468
5.2.2.2.1.2.) La jurisprudencia de la CSJN sobre las delegaciones legislativas en materia tributaria y penal.....	469
5.2.3.) <i>Requisitos</i> .....	471
5.2.3.1.) El “plazo de ejercicio” .....	471
5.2.3.2.) Las bases de la delegación .....	473
5.2.4.) <i>La delegación legislativa a favor de órganos y entes distintos del Poder Ejecutivo: la delegación de segundo grado</i> .....	475
5.2.5.) <i>La subdelegación</i> .....	478
5.2.6.) <i>Procedimiento de elaboración</i> .....	479

5.2.7.) <i>El control del Congreso: la Ley N° 26.122. Remisión</i> .....	481
--	-----

## QUINTA PARTE

### LOS REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS Y LA LEY N° 26.122

#### CAPÍTULO X

#### LA LEY 26.122 Y SU IMPACTO EN LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD Y URGENCIA Y LOS REGLAMENTOS DELEGADOS

<b>1.) INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>483</b>
<b>2.) LA COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE</b> .....	<b>488</b>
2.1.) ÁMBITO TEMPORAL DE ACTUACIÓN .....	488
2.2.) INTEGRACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO .....	489
2.3.) PLAZO PARA QUE LA COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE SE EXPIDA .....	491
2.4.) ALCANCE DEL DICTAMEN DE LA COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE .....	492
<b>3.) EL CONTROL A CARGO DE LAS CÁMARAS DEL CONGRESO</b> .....	<b>493</b>
3.1.) ALCANCE DEL CONTROL DE LAS CÁMARAS DEL CONGRESO .....	493
3.2.) PROHIBICIÓN DE INTRODUCIR ENMIENDAS, AGREGADOS O SUPRESIONES .....	495
3.3.) MODALIDAD DEL PRONUNCIAMIENTO DE LAS CÁMARAS .....	497
3.3.1.) <i>La cuestión en la Ley N° 26.122</i> .....	497
3.3.2.) <i>Los efectos del silencio de Congressional</i> .....	500
3.3.2.1.) La opinión de los autores .....	500
3.3.2.1.1.) Posturas que otorgan efectos negativos al silencio del Congreso .....	501
3.3.2.1.2.) Posturas que otorgan efectos positivos al silencio del Congreso .....	506
3.3.2.2.) La cuestión en los ordenamientos jurídicos provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en el derecho comparado .....	510
3.3.2.2.1.) La regulación en el ámbito provincial y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires .....	510
3.3.2.2.1.1.) Silencio positivo .....	511
3.3.2.2.1.2.) Silencio negativo .....	514

3.3.2.2.) La regulación en el derecho comparado.....	515
3.3.2.2.1.) Silencio positivo.....	516
3.3.2.2.2.) Silencio negativo .....	517
3.3.2.3.) Nuestra postura .....	519
<b>3.3.3.) Efectos del rechazo unicameral.....</b>	<b>525</b>
3.3.3.1.) La opinión de los autores.....	526
3.3.3.1.1.) Posturas que consideran que ante el rechazo unicameral del Congreso el DNU debería perder vigencia .....	526
3.3.3.1.2.) Posturas que consideran que ante el rechazo unicameral del Congreso el DNU debería continuar vigente.....	527
3.3.3.2.) Nuestra postura .....	529
<b>3.4.) EFECTOS DEL RECHAZO DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA Y LOS REGLAMENTOS DELEGADOS .....</b>	<b>532</b>
3.4.1.) <i>La opinión de la doctrina</i> .....	533
3.4.2.) <i>La cuestión en la Ley N° 26.122</i> .....	538
3.4.3.) <i>Nuestra postura</i> .....	538
3.4.) DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA DICTADOS EN EL “RECESO” CONGRESUAL .....	540
<b>4.) ESPECIAL REFERENCIA A LA PUBLICIDAD DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA .....</b>	<b>543</b>
<b>5.) EL PODER EJECUTIVO ANTE EL RECHAZO CONGRESUAL DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA Y LOS REGLAMENTOS DELEGADOS.....</b>	<b>549</b>
5.1.) LA “INSISTENCIA” DEL PODER EJECUTIVO.....	549
5.2.) EL VETO PRESIDENCIAL A LA NORMA DEROGATORIA DEL CONGRESO .....	551

## SEXTA PARTE

 ASPECTOS VINCULADOS CON EL CONTROL JUDICIAL DE LOS  
 REGLAMENTOS POR VÍA DE DEMANDA Y LA SUSPENSIÓN DE SUS  
 EFECTOS

## LA IMPUGNACIÓN DE REGLAMENTOS POR VÍA DEL AMPARO

## CAPÍTULO XI

## DEMANDA ANULATORIAS CONTRA UN REGLAMENTO

<b>1.) INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>555</b>
<b>2.) HABILITACIÓN DE LA INSTANCIA.....</b>	<b>558</b>
2.1.) EL CONTROL DE OFICIO DE LA HABILITACIÓN DE LA INSTANCIA.....	562
2.2.) AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA. ....	564
2.2.1.) <i>Agotamiento de la vía por medio de impugnación directa del reglamento .....</i>	<i>565</i>
2.2.2.) <i>Agotamiento de la vía por medio de la impugnación indirecta del reglamento.....</i>	<i>566</i>
2.2.3.) <i>El caso de los reglamentos delegados y los reglamentos de necesidad y urgencia .....</i>	<i>566</i>
2.3.) PLAZO PARA INTERPONER LA DEMANDA ANULATORIA DEL REGLAMENTO .....	567
2.3.1.) <i>Plazo para interponer la demanda ante el rechazo expreso de la impugnación administrativa del acto de alcance general .....</i>	<i>568</i>
2.3.1.1.) Plazo para interponer la demanda anulatoria ante el rechazo expreso de la impugnación directa por vía de reclamo impropio .....	569
2.3.1.2.) Plazo para interponer la demanda anulatoria ante el rechazo expreso de la impugnación indirecta por vía de recurso administrativo .....	570
2.3.2.) <i>Plazo para interponer la demanda ante el silencio de la impugnación administrativa del acto de alcance general .....</i>	<i>570</i>
2.3.2.1.) Plazo para interponer la demanda anulatoria ante el silencio de la administración frente a la impugnación directa del acto general.....	570
2.3.2.1.) Plazo para interponer la demanda anulatoria ante el silencio de la administración frente a la impugnación indirecta del acto general .....	572
2.3.3.) <i>Síntesis.....</i>	<i>573</i>

2.4.) HABILITACIÓN DE LA INSTANCIA Y DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA. ¿EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA Y/O LA INTERRUPTIÓN DE LOS PLAZOS POR PARTE DE UN REPRESENTANTE DE LA CLASE, BENEFICIA A LOS DEMÁS?.....	573
<b>3.) EFECTOS DE LA SENTENCIA QUE DECLARA LA NULIDAD DE UN REGLAMENTO.....</b>	<b>575</b>
3.1.) LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA .....	576
3.2.) LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA .....	577
3.3.) LA CUESTIÓN EN LA LEGISLACIÓN PROVINCIAL Y EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES .....	578
3.4.) LOS PROYECTOS DE CÓDIGOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS FEDERALES.....	581
3.5.) NUESTRA POSTURA .....	581

## CAPÍTULO XII

### SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE UN REGLAMENTO

<b>1.) INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>585</b>
<b>2.) SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE UN REGLAMENTO EN SEDE ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>587</b>
2.1.) SUPUESTOS DE PROCEDENCIA: EL ART. 12 DE LA LNPA .....	587
2.1.1.) <i>Razones de interés público</i> .....	588
2.1.2.) <i>Perjuicios graves al interesado</i> .....	589
2.1.2.1) Ponderación de los perjuicios: razonabilidad de la medida. ....	591
2.1.2.1.1) Ponderación del principio de razonabilidad o proporcionalidad.....	595
2.1.2.1.1.1.) Subprincipio de adecuación u idoneidad .....	597
2.1.2.1.1.2.) Subprincipio de necesidad o indispensabilidad .....	597
2.1.2.1.1.3.) Subprincipio de proporcionalidad o razonabilidad stricto sensu .....	600
2.1.2.1.2) Epílogo .....	601
2.1.3.) <i>Alegación fundada de una nulidad absoluta</i> .....	602
2.2.) ALGUNAS CUESTIONES PROCEDIMENTALES .....	604
2.2.1.) <i>Legitimación. Reenvío</i> .....	604
2.2.1.1.) Las asociaciones .....	605
2.2.1.2.) El defensor del pueblo.....	606
2.2.1.3.) Los terceros interesados.....	608

2.2.2.) <i>Plazo para responder el pedido de suspensión</i> .....	609
2.2.2.1.) Consideraciones preliminares .....	609
2.2.2.2.) Solución normativa.....	613
2.2.3.) <i>Impugnación del acto que resuelve el pedido de suspensión de efectos de un reglamento</i>	615
2.2.4.) <i>Efectos de la decisión que acoge favorablemente el pedido de suspensión de efectos de un reglamento</i> .....	618
<b>3.) SUSPENSIÓN JUDICIAL DE LOS EFECTOS DE UN ACTO ADMINISTRATIVO –PARTICULAR O GENERAL–</b>	<b>619</b>
3.1.) LA SITUACIÓN ANTES DEL DICTADO DE LA LEY N° 26.854 .....	623
3.1.1.) <i>Presupuestos de procedencia de la suspensión de efectos de un acto administrativo –particular o general–</i> .....	623
3.1.1.1.) Suspensión de los efectos con base en el art. 230 del CPCCN .....	624
3.1.1.2.) Suspensión de los efectos con base en el art. 12 de la LNPA .....	625
3.1.1.3.) Criterio de aplicación mixto .....	626
3.1.2.) <i>Otros requisitos</i> .....	627
3.1.2.1.) El previo pedido de suspensión de efectos en sede administrativa.....	627
3.1.2.2.) La no afectación del interés público .....	628
3.2.) LA REGULACIÓN EN LA LEY N° 26.854.....	629
3.2.1.) NATURALEZA DE LA MEDIDA CAUTELAR SUSPENSIVA DE EFECTOS EN FUNCIÓN DE LA OPORTUNIDAD PROCESAL EN QUE SE SOLICITA.....	630
3.2.1.1.) Durante el agotamiento de la vía administrativa o mientras tramita en un recurso o reclamo administrativo optativo.....	632
3.2.1.1.1.) La denominada medida cautelar autónoma .....	632
3.2.1.1.1.1.) Requisitos .....	633
3.2.1.1.1.1.1.) Perjuicios graves de imposible reparación ulterior .....	635
3.2.1.1.1.1.2.) Verosimilitud del derecho y verosimilitud de la ilegitimidad .....	638
3.2.1.1.1.1.3.) No afectación del interés público.....	640
3.2.1.1.1.1.4.) No producción de efectos jurídicos o materiales irreversibles.....	644
3.2.1.1.1.1.5.) El previo pedido de suspensión en sede administrativa .....	644



3.2.1.1.1.1.6.) Ponderación de los requisitos: la verosimilitud del derecho como llave maestra para el otorgamiento de una medida cautelar .....	646
3.2.1.1.1.2.) El informe previo de la autoridad pública .....	651
3.2.1.1.1.2.1.) Excepciones al pedido del informe previo .....	653
3.2.1.1.1.2.2.) La medida cautelar interina. Plazo de vigencia. ....	659
3.2.1.1.1.2.2.1.) Apelabilidad del auto que resuelve la medida interina .....	662
3.2.1.1.1.3.) Caducidad y vigencia temporal.....	664
3.2.1.1.1.4.) Efectos de la apelación de las sentencias dictadas contra una ley o un reglamento del mismo rango jerárquico (el caso de los reglamentos de necesidad y urgencia y los delegados) .....	667
3.2.1.1.1.5.) Criterio amplio para el otorgamiento de medidas cautelares autónomas .....	669
3.2.1.1.2.) El caso de los reglamentos de necesidad y urgencia y los reglamentos delegados .....	671
3.2.1.2.) Luego de agotada la vía administrativa o, en su caso, después de haberse resuelto el recurso o reclamo administrativo optativo .....	672
3.2.1.2.1.) Antes de la interposición de la demanda: la denominada medida cautelar anticipada.....	673
3.2.1.2.1.1.) Requisitos. Remisión.....	673
3.2.1.2.1.1.1.) Inexigibilidad del previo pedido de suspensión en sede administrativa .....	674
3.2.1.2.1.2.) El informe previo de la autoridad pública. Excepciones. Remisión y visión crítica.....	674
3.2.1.2.1.2.1.) La medida cautelar interina. Plazo de vigencia. Reenvío .....	677
3.2.1.2.1.3.) Caducidad y vigencia temporal.....	677
3.2.1.2.1.4.) Efectos de la apelación de las sentencias dictadas contra un reglamento. Remisión ...	682
3.2.1.2.2.) Junto con la demanda o luego de su interposición: la denominada medida cautelar accesoria .....	683
3.2.1.2.2.1.) Requisitos .....	683
3.2.1.2.2.1.1.) Inexigibilidad del previo pedido de suspensión en sede administrativa .....	683
3.2.1.2.2.2.) El informe previo de la autoridad pública. Excepciones. Remisión y visión crítica.....	684
3.2.1.2.2.2.1.) La medida cautelar interina. Plazo de vigencia. Reenvío. ....	685
3.2.1.2.2.3.) Vigencia temporal .....	685
3.2.1.2.2.4.) Efectos de la apelación de las sentencias dictadas contra un reglamento. Remisión ...	685
3.2.2.) <i>Efectos de la sentencia que acoge favorablemente el pedido de suspensión de efectos de un reglamento</i> .....	685
<b>4.) SÍNTESIS Y CUADRO GRÁFICO .....</b>	<b>687</b>

## CAPÍTULO XIII

## LA IMPUGNACIÓN DE REGLAMENTOS POR VÍA DEL AMPARO

<b>1.) INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>695</b>
<b>2.) LA IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS (PARTICULARES O GENERALES) COMO OBJETO DEL CONTROL AMPARISTA .....</b>	<b>697</b>
2.1.) IMPUGNACIÓN INDIRECTA DE LOS REGLAMENTOS POR VÍA DEL AMPARO .....	699
2.2.) IMPUGNACIÓN DIRECTA DE LOS REGLAMENTOS POR VÍA DEL AMPARO .....	701
<b>3.) AMPARO VS. AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>704</b>
3.1.) EFECTOS DE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA DEL AMPARO CON RELACIÓN A LOS PLAZOS RECURSIVOS EN SEDE ADMINISTRATIVA Y DEMÁS ACCIONES JUDICIALES .....	708
<b>4.) EL PLAZO DE CADUCIDAD PARA INTERPONER LA DEMANDA DE AMPARO.....</b>	<b>709</b>
<b>5.) LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE UN REGLAMENTO EN EL MARCO DEL PROCESO DE AMPARO .....</b>	<b>712</b>
<b>6.) LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL REGLAMENTO EN EL ÁMBITO DEL AMPARO .</b>	<b>716</b>
<b>7.) SÍNTESIS.....</b>	<b>722</b>
<b>CONCLUSIÓN Y REFLEXIONES FINALES .....</b>	<b>727</b>
1) CONCLUSIONES.....	727
2) REFLEXIONES FINALES .....	736
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>741</b>
<b>JURISPRUDENCIA CITADA .....</b>	<b>807</b>
1) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS .....	807
1.1.) <i>Sentencias</i> .....	807
1.2.) <i>Opiniones consultivas</i> .....	807
2) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN .....	807
2.1.) <i>Sentencias</i> .....	807
2.2.) <i>Acordadas</i> .....	823
3) SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES .....	824

4) TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE CATAMARCA .....	824
5) SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE JUJUY.....	824
6) SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE MENDOZA.....	824
7) CORTE DE JUSTICIA DE SALTA .....	824
8) TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE SANTA CRUZ.....	825
9) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE TUCUMÁN.....	825
10) CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO FEDERAL.....	825
10.1.) Sala en Pleno.....	825
10.2.) Sala de Feria.....	825
10.3.) Sala I.....	825
10.4.) Sala II.....	826
10.5.) Sala III.....	827
10.6.) Sala IV.....	828
10.7.) Sala V.....	831
11) JUZGADO NACIONAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL.....	832
11.1.) Juzgado de Feria.....	832
11.2.) Juzgado N° 1.....	832
11.3.) Juzgado N° 2.....	832
11.4.) Juzgado N° 3.....	833
11.5.) Juzgado N° 6.....	833
11.6.) Juzgado N° 10.....	833
11.7.) Juzgado N° 11.....	833
12) CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL .....	833
12.1.) Sala III.....	833
13) CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL .....	834
13.1.) Sala V.....	834
14) JUSTICIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA CABA .....	834
14.1.) Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires .....	834

14.2.) <i>Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA</i> .....	834
14.2.1.) Sala 1 .....	834
14.3.) <i>Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA</i> .....	835
14.3.1.) Juzgado N° 1 .....	835
14.3.2.) Juzgado N° 3 .....	835
15.) DICTÁMENES DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN. ....	835
16.) DICTÁMENES DE LA OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES .....	844
17.) DICTÁMENES DE LA PROCURACIÓN GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES.....	844
<b>ANEXOS</b> .....	<b>845</b>
1) ANEXO I: ACTIVIDAD JURÍDICA Y NO JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN .....	845

## PRESENTACIÓN

### 1.) Objeto de estudio y trascendencia del tema

1.1.- El objeto de estudio de esta tesis consiste en analizar los *reglamentos*, instituto central y siempre actual de la disciplina jurídico-administrativa (e incluso constitucional) pero que, en nuestra opinión, y con base en la realidad política de nuestro país, la doctrina ha examinado desde perspectivas que, entendemos, los aleja de la esencia jurídica que debería retribuirseles<sup>2</sup>.

Como lo destaca BIANCHI, resulta curioso que en la Argentina siempre se le haya dado mayor trascendencia, como fuente del derecho administrativo, al acto administrativo que al reglamento, pues si bien existen numerosas obras destinadas al primero, “*el reglamento, en cambio, no ha merecido igual o equivalente preocupación doctrinaria. Se lo estudia como fuente del derecho administrativo en las obras generales sobre la materia y hay trabajos que abordan su impugnación en sede judicial o administrativa, pero proporcionalmente la preocupación jurídica por una y otra fuente ha sido muy despareja*”<sup>3</sup>.

1.2.- Los reglamentos son una de las fuentes cuantitativas más importantes del ordenamiento jurídico<sup>4</sup>, a punto tal que se ha llegado a señalar que “*en el conjunto del*

---

<sup>2</sup> Al respecto, bien ha señalado MAIRAL que “*el estudio del Derecho Administrativo comparado demuestra que los conceptos jurídicos surgen de cada régimen institucional y por ende deben adecuarse a las particularidades del régimen al que corresponden, de donde no es posible la pretensión de crear tales conceptos con validez universal*” (MAIRAL, Héctor A., “Los meros pronunciamientos administrativos”, en AA.VV., *Derecho administrativo —Homenaje al Profesor Miguel S. MARIENHOFF—*, CASSAGNE, Juan Carlos –Director–, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1988, p. 651).

<sup>3</sup> BIANCHI, Alberto B., “Una aproximación constitucional a la ley nacional de procedimientos administrativos”, en *Procedimiento Administrativo. A 20 años de la reforma constitucional*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Astrea Ediciones RAP, Buenos Aires, 2015, p. 614.

<sup>4</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1950, Tomo I, p. 264; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Quinta edición actualizada, 1º reimpresión, Buenos Aires, 2000, Tomo I, p. 240; DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, 2ª edición renovada y actualizada, Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, Tomo I, p. 334; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, 10ª Edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo 1, p. 130; GRECCO, Carlos, *Impugnación de disposiciones reglamentarias*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 32 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. Parte General*, 1º edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2010, Tomo 1, Cap. VII-22; BIANCHI, Alberto B., “Una aproximación constitucional...”, op. cit., p. 540/541, entre muchos otros.

*sistema normativo, la Constitución y las normas con rango de ley no son sino islotes perdidos en un vasto océano de reglamentos*”<sup>5</sup>.

Con su dictado, la Administración Pública participa en la génesis del ordenamiento jurídico, de modo tal que ya no solo se presenta como una simple instancia de ejecución de normas *heterónomas*, es decir, normas que le son impuestas (v.gr.: Constitución, Ley, Tratados), sino que es a la vez, en mayor o menor medida, fuente de normas *autónomas*, en el sentido de que tienen origen en ella misma (v.gr.: reglamentos)<sup>6</sup>.

Por ello, el estudio de los reglamentos, además de ser, como recién dijéramos, uno de los temas centrales que tiene el derecho administrativo, es una cuestión que, al día de hoy, sigue generando posiciones enfrentadas con algunos principios generales del derecho administrativo que, lejos de permanecer en el mundo de lo teórico, tiene indudables consecuencias prácticas que se traducen en los ámbitos político jurisdiccional y del ejercicio de la función que llamamos administrativa.

No cabe duda, pues, que el objeto de la tesis que hemos de proponer constituye una cuestión de pura actualidad, que aborda una temática de trascendental importancia tanto para el derecho administrativo y el derecho constitucional<sup>7</sup>, como para la defensa de los

---

Al respecto, TREVIJANO FOS ha señalado que “*los Reglamentos son indudablemente una fuente importantísima en el campo del Derecho Administrativo. A este respecto se ha dicho que el Reglamento es una fuente de naturaleza primaria en nuestra disciplina, ya que así como en Derecho civil las intervenciones estatales se llevan a cabo a través de Leyes formales, o normas con esta fuerza formal, el Derecho Administrativo está integrado fundamentalísimamente con normas reglamentarias*” (GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de derecho administrativo*, 3ª Edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974, Tomo 1, p. 281).

<sup>5</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1991, p. 687.

<sup>6</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Decimoquinta Edición, Madrid, 2011, Tomo 1, p. 459.

<sup>7</sup> Es que, como destacara GALLEGO ANIBITARTE, “*el especialista en Derecho Administrativo está avocado en cualquier planteamiento serio y riguroso en una cuestión ‘de su disciplina’ a enfrentarse con los grandes temas del Derecho Público Constitucional*” (GALLEGO ANIBITARTE, Alfredo “Derecho Público, Derecho Constitucional y Derecho Administrativo en España, RAP 89:19, especialmente p. 30). Del mismo modo, MARIENHOFF señaló que “*la fuente primaria, no sólo del derecho administrativo, sino de todas las ramas del derecho, es la Constitución. Esta constituye el punto de partida de todo el ordenamiento jurídico. Con razón la norma constitucional es denominada ‘superley’: ley de las leyes. Toda norma jurídica debe concordar, en forma inmediata o mediata, con la Constitución*” (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 217).

Lo expuesto deja en evidencia que el derecho administrativo y el derecho constitucional están íntimamente vinculados, a punto tal que constitucionalistas (por todos: HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, Traducción e índices por Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, p. 218) y administrativistas (por todos: GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones de Derecho*

derechos de los ciudadanos.

1.3.- Ahora bien, y como se verá *infra*, los reglamentos suelen clasificarse y denominarse, de acuerdo con la relación que aquellos tienen con nuestra Constitución nacional y las leyes: *a)* reglamentos de ejecución o ejecutivos; *b)* reglamentos autónomos –también llamados independientes o constitucionales–; *c)* reglamentos de necesidad y urgencia –es decir, los comúnmente denominados Decretos de Necesidad y Urgencia– y, finalmente; *d)* reglamentos delegados –también llamados habilitados o de integración–.

---

*Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 26) sostuvieron, como lo hizo originariamente FRITZ WERNER en Alemania, que el “*Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concreto o concretizado*”.

Un profundo estudio acerca del origen de la frase mencionada en el texto puede verse en el trabajo de GALLEGU ANIBITARTE antes citado, donde el autor analiza, entre otras cosas, la evolución que hubo desde la expresión “Derecho Constitucional pasa. Derecho Administrativo permanece”, utilizada por OTTO MAYER en el primer párrafo del prólogo a la tercera edición de su conocida obra *Derecho Administrativo Alemán* (edición 1923), a la frase acuñada por FRITZ WERNER “Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretizado”.

Sobre el tema también puede verse: IBLER, Martín, “Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo en Alemania”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 50/51, Valencia, 2005, p. 5 y ss.

En la doctrina nacional, un reciente trabajo publicado por el profesor COVIELLO desarrolla de manera clara y concisa las raíces del derecho administrativo, su vinculación con el Derecho Constitucional y su estado actual: COVIELLO, Pedro J. J., “Raíces históricas del derecho administrativo y su actualidad. Apuntes para su estudio”, EDA, Agosto 2020, N° 8, ED-CMXXV-521.

Sobre la cuestión, cabe tener especialmente en cuenta nuestra Constitución nacional, a partir de la reforma de 1994 –e incluso antes– se ha transformado en un vehículo transportador de una extraordinaria apertura hacia el amplio campo de los derechos humanos contenidos en las convenciones y pactos internacionales, incluidos expresamente en el art. 75, inc. 22 –y los que eventualmente se incorporen de acuerdo con la metodología allí contemplada– “*que invaden y exceden los espacios normativos formales locales, los cuales se abren, con mayores y menores resistencias –aunque pareciera que incondicionalmente–, hacia su aplicación efectiva directa*” (PÉREZ HUALDE, Alejandro, “El juez de amparo y la ‘constitucionalización’ del derecho administrativo”, en AA.VV., *El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo. A 200 años de la Declaración de la Independencia. En homenaje al Prof. Julio Rodolfo Comadira, 25 años del MDA*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2017, p. 526).

Por ello, en nuestra opinión, y como veremos a lo largo de esta investigación, si se tiene en cuenta que a partir de la ratificación y aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la República Argentina ingresó en el llamado Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, resulta más adecuado sostener que, parafraseando a FRITZ WERNER, *el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional y Convencional concretizado*. En igual sentido puede verse: CANDA, Fabián O., “La desviación de poder: del Consejo de Estado a la Corte IDH, del derecho administrativo local al derecho administrativo convencional. El caso “Granier” (Radio y Televisión de Caracas) y el derecho administrativo como derecho convencional concretizado Segunda Parte. El instituto en el sistema interamericano”, en DPI, Diario Administrativo N° 93, suplemento del 01/12/2015.

1.4.- El principal problema que se deriva de aquella clasificación, y que ha sido la razón que motivó el estudio que ha llevado a la propuesta de esta tesis doctoral, es que un gran sector de la doctrina nacional –y del derecho comparado– (los que serán analizados en profundidad a lo largo del Capítulo I), al igual que la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante, PTN)<sup>8</sup> y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (en adelante, CNACAF) (cuyos dictámenes y precedentes jurisprudenciales serán estudiados en el Capítulo VIII, especialmente en el punto N° 5.1.4.2.), entienden que algunos de los reglamentos mencionados (v.gr.: los reglamentos de necesidad y urgencia y los delegados) son producto de la *función legislativa* y que, por

---

<sup>8</sup> La Procuración del Tesoro de la Nación fue creada con la sanción de la Ley de Presupuesto del año 1863/64 y es el máximo órgano asesor del Poder Ejecutivo de la Nación. El Procurador del Tesoro de la Nación, cuyo nombre se debe al órgano estadounidense “Solicitor of the Treasury” –aunque, en rigor, no tengan las mismas funciones–, depende directamente del Presidente de la Nación, tiene jerarquía equivalente a la de los Ministros del Poder Ejecutivo y ejerce sus competencias con independencia técnica (art. 1° de la Ley N° 24.667). Es un organismo desconcentrado del Poder Ejecutivo nacional, cuya estructura administrativa y presupuesto están contenidos en la estructura y presupuesto del Ministerio de Justicia de la Nación (art. 2° de la Ley N° 24.667).

En principio, en cada jurisdicción o entidad de la Administración Pública existe una delegación del Cuerpo de Abogados del Estado (el “servicio jurídico permanente” creado por Ley N° 12.954) con dependencia funcional del Procurador del Tesoro y dependencia jerárquica del titular de la jurisdicción o entidad. Estas delegaciones solo pueden someter ciertos casos a consulta de la Procuración del Tesoro de la Nación en determinados supuestos, como por ejemplo aquellos que revistan un especial interés para la Administración en general o en cuestiones de una elevada trascendencia desde el punto de vista jurídico. Además, son sometidos a dicho organismo de forma obligatoria algunos casos específicos (como los recursos jerárquicos interpuestos contra Resoluciones de Ministros/Secretarios o en las operaciones de crédito público).

La Dirección Nacional de Dictámenes, una de las áreas de la Procuración del Tesoro de la Nación, se encarga de asistir al Procurador del Tesoro de la Nación en el asesoramiento jurídico al Poder Ejecutivo de la Nación y demás organismos y entidades que integran el Sector Público Nacional, y en la política de determinación de los criterios de la Procuración del Tesoro de la Nación en materia de interpretación y aplicación normativa.

Aquellos criterios que emanan de la Procuración del Tesoro de la Nación se instrumentan por medio de “Dictámenes” los que, cabe señalar, son obligatorios para todos los integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado. Es decir que, en definitiva, todos los servicios jurídicos permanentes del Poder Ejecutivo nacional tienen la obligación de actuar conforme lo determine la Procuración del Tesoro de la Nación.

La cuestión puede ampliarse en: GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 819 y ss.; RODRÍGUEZ, María José, “El control de legalidad en sede administrativa. La gravitación de las características del órgano sobre el alcance y modalidades del control de legalidad”, en AA.VV., *Control Público y Acceso a la Justicia*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2016, Tomo 1, p. 305 y ss.; COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo –Coordinador, colaborador y actualizador–, *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 1, p. 341 y ss., entre otros.



consiguiente, tienen *naturaleza legislativa*, criterio que –a nuestro juicio– se desentiende de los límites en los que se desarrolla la “función administrativa” y conduce a una parte importante de esta especie a un ámbito que le es ajeno, excluyéndolo de la participación en un contexto de normas y principios que no deberían ser postergados.

Así, a modo de ejemplo, suele sostenerse que como los reglamentos de necesidad y urgencia pueden modificar y hasta derogar una ley, aquellos son el resultado de la *función legislativa* y tienen la misma naturaleza que la ley pero, no obstante, y como se verá *infra* –especialmente en el punto N° 2.2.1. del Capítulo I–, lo cierto es que además de emanar de un *órgano* constitucional distinto, las notables diferencias de *régimen jurídico* que ambas normas poseen (como ser el procedimiento de elaboración, la publicidad, el carácter excepcional y los límites materiales de los primeros, etc.), y *el modo en que satisfacen el interés público* (esto es, de manera directa e inmediata) llevan a sostener que no deben ser considerados producto de la función legislativa sino, antes bien, de la *función administrativa* y, por consiguiente, *actos administrativos en sentido amplio* o, en otros términos, *una especie del género acto administrativo*.

Asimismo, y también a simple título ejemplificativo, veremos que si ante un *decreto de necesidad y urgencia*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) actualmente sostiene que es posible controlar y verificar, entre otros aspectos, su procedimiento de *elaboración* pero que, ante una Ley, se debe abstener de examinar *el procedimiento adoptado para su formación y sanción* –salvo que faltaren los requisitos mínimos e indispensables–, aquella “deferencia judicial” solo es concebible si se entiende que *el decreto de necesidad y urgencia* (en adelante, DNU) *es producto de la función administrativa y no de la función legislativa*, como lo es la Ley emanada del Congreso.

## 2.) Hipótesis planteada y problemas que se derivan de nuestra tesis

### 2.1.) Tesis propuesta

2.1.1.- *La tesis que aquí proponemos, y que será fundamentada a lo largo de las siguientes páginas, consiste en afirmar que todos los reglamentos, aún los de necesidad y urgencia y los delegados, son una especie del género acto administrativo.*

Para poder demostrar el aserto de esta tesis doctoral, resultará insoslayable

adentrarnos en una de las cuestiones más importantes que debe tenerse en cuenta al estudiar el derecho administrativo: la denominada *función administrativa*.

Ello así toda vez que, en primer término, y como bien lo ha señalado el profesor Julio Rodolfo COMADIRA, el derecho administrativo es “*la rama de la ciencia del derecho que tiene por objeto de estudio las normas y los principios que regulan el ejercicio de la función administrativa y, asimismo, el control judicial de ésta* (énfasis agregado)”<sup>9</sup>.

En otras palabras: si el derecho administrativo es, en líneas generales, el derecho de la *función administrativa* y su control judicial, surge de manera clara que para entender correctamente aquella disciplina, es más que necesario comprender qué se entiende por aquella función, en especial para determinar qué tipo de actos deben encuadrarse en ella y superar, así, un análisis meramente subjetivista o hasta político de la tónica.

Por otra parte, la definición y delimitación de la *función administrativa* se erige en un aspecto fundamental en este trabajo pues, como se demostrará a lo largo de los fundamentos que sustentan nuestra tesis, el concepto de acto administrativo está indisolublemente asociado al ejercicio de aquella función.

En efecto, luego de caracterizar las distintas funciones jurídicas asumidas por el Estado (función judicial, legislativa y administrativa), llegaremos a la conclusión de que, según el criterio mixto para delimitarlas, el resultado de la *función judicial* –que solo puede ser desplegada por los órganos integrantes del Poder Judicial– es el acto estatal “sentencia”; el de la *función legislativa* –que únicamente la ejerce el Poder Legislativo– el acto estatal “ley” (general o particular) y, por último, que el resultado de la *función administrativa* es el “acto administrativo”, *entendida esta expresión en su sentido más*

---

<sup>9</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo –Coordinador, colaborador y actualizador–, *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo–Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 1, p. 6.

Al respecto, es dable señalar que, como bien señala el autor citado, el derecho administrativo puede ser visto desde una perspectiva jurídico-positiva (esto es, una porción del derecho positivo) o cognoscitiva (es decir, una rama de la ciencia jurídica).

En el primer supuesto, el derecho administrativo sería el *conjunto de normas y de principios que regulan el ejercicio de la función administrativa del Estado* y, en el segundo, correspondería entenderlo como se mencionó en el texto, es decir, *como la rama de la ciencia del derecho que tiene por objeto de estudio las normas y los principios que regulan el ejercicio de la función administrativa y, asimismo, el control judicial de ésta*.

Como apuntamos al comienzo, hemos adoptado la definición del derecho administrativo en su perspectiva cognoscitiva pues, en rigor, el primer contacto con aquel se realiza a través de la rama de la ciencia jurídica que investiga las normas y principios que regulan el ejercicio de la función administrativa.

*genérico y comprensivo.*

Ello así a punto tal que concluiremos que allí donde aquella se desarrolle, ora mediante órganos estatales (léase: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial)<sup>10</sup>, ora a través de entes no estatales (públicos o privados<sup>11</sup>), habrá actos administrativos en sentido amplio y/o genérico<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Y ello sin contar la actividad administrativa de diversos órganos instituidos o integrados en el ámbito de tales Poderes (v.gr.: Defensor del Pueblo o Consejo de la Magistratura).

<sup>11</sup> En este supuesto, es decir, el ejercicio de funciones administrativas por parte de sujetos privados, se produce en virtud de lo que BARRA ha denominado “*delegación transestructural de cometidos*” pues, como explica el autor y profundizaremos *infra*, opera una verdadera delegación que, a diferencia de la típica figura de la delegación estudiada en materia de organización administrativa, “*trasciende la propia estructura del delegante (incluyendo tanto a la Administración Pública centralizada como a la descentralizada) para recaer en una estructura extraña, hasta ese momento absolutamente desvinculada de la primera*” (BARRA, Rodolfo C., *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 246 y ss., idea luego reiterada en BARRA, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006, Tomo 3, p. 607, y profundizada en su reciente obra BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos*, Astrea-Rap, Buenos Aires, 2018, Tomo 1, p. 156 y 333).

<sup>12</sup> No escapa a nuestro conocimiento que un calificado sector de la doctrina nacional, con base en las consecuencias jurídicas que se derivan de caracterizar a un acto como administrativo (v.gr.: presunción de legitimidad, ejecutoriedad, agotamiento de la vía administrativa, etc.), propone restringir la noción de acto administrativo y excluir, por tanto, conductas estatales que, no obstante presentar ciertas similitudes con aquel, no merecen gozar de aquellos atributos (MAIRAL, Héctor A., “Los meros pronunciamientos administrativos”, op. cit., p. 651 y ss. Ver, también, del mismo autor: “Hacia una noción más acotada del acto administrativo (donde se explica cómo los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios públicos”, Res Pública Argentina, Ed. RAP, Buenos Aires, 2011-1 y 2, p. 7 y ss.).

En los trabajos citados, el autor realiza una mirada novedosa y de estimable rigor científico-práctico acerca de la definición de acto administrativo y la necesidad de acotar su noción. Sostiene el autor que existen situaciones en las que si bien la Administración toma posición ante situaciones jurídicas del particular, lo cierto es que como aquellas tomas de posición no alteran la situación jurídica del administrado, no cabe definirlos como actos administrativos.

Señala MAIRAL que “*cuando un particular tiene un derecho cuya existencia no depende de reconocimiento administrativo (...) las manifestaciones que respecto de dicho derecho formule la Administración son inhábiles para afectare, no constituyen actos administrativos ni requieren impugnación*”. Aquellas conductas estatales –como sería el caso de la negativa de la administración a reconocer una deuda– a las que el autor les niega la naturaleza de acto administrativo, las define como “*meros pronunciamientos administrativos*”.

La doctrina del citado jurista parece haber tenido recepción legislativa pues, según surge del art. 28 de la reciente Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza aprobada por Ley N° 9003, tras definir al acto administrativo inmediatamente establece que “*no lo son los meros pronunciamientos administrativos, los cuales no gozan de los caracteres de los actos administrativos; no hay en relación a los mismos carga impugnatoria, ni alteran las competencias judiciales correspondientes para accionar*”.

Independientemente de nuestra posición sobre la cuestión, la que será desarrollada a lo largo de esta tesis, cabe señalar que la citada Ley mendocina define al reglamento como “*toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos generales en forma directa*” y dispone, a su vez, que “*sin perjuicio de las disposiciones contenidas en este capítulo, es aplicable a los reglamentos el régimen jurídico establecido para el acto administrativo, en lo que no resulte incompatible con su naturaleza*”. En nuestra opinión, si conforme el texto legal citado es posible aplicar a

2.1.2.- De lo expuesto en los párrafos que anteceden es posible advertir que el resultado de la función administrativa es el acto administrativo, expresión que, como dijimos, debe ser entendida en su sentido más genérico y comprensivo.

***Es decir que, en definitiva, el acto administrativo en sentido amplio y/o genérico, deriva genéticamente de la función administrativa.***

Esta tesis se propone demostrar que los reglamentos, de todas las especies, aún los llamados de necesidad y urgencia y los delegados, deben ser incluidos en la categoría genérica de acto administrativo.

Como se demostrará, el ejercicio de la función administrativa requiere, necesariamente, de la emisión de reglamentos que, como señalaba GARCÍA PULLÉS en un trabajo escrito en el año 1992, “*no solo escapan a las competencias constitucionalmente atribuidas al Poder Legislativo, sino que se afincan en el núcleo mismo de las funciones del Poder Ejecutivo*”, sin que ello implique “*avance sobre la potestad constitucional del Poder Legislativo*”<sup>13</sup>.

Así las cosas, negar la existencia de reglamentos asociados estructuralmente a la *función administrativa* –y que, por tanto, no pueden sino concebirse como actos administrativos– o, en su defecto, sostener que la función legislativa tiene la potestad exclusiva de emitirlos, “*no solo contraría los criterios constitucionales, sino que violenta la naturaleza de las cosas*” y, además, “*implica aferrarse a un criterio que la realidad demuestra insuficiente para identificar las funciones actuales de la legislación y administración en el gobierno de la Nación*”<sup>14</sup>.

---

los reglamentos el régimen jurídico del acto administrativo, en lo que no resulte incompatible con su naturaleza, es porque el primero es considerado una especie de la categoría del segundo.

<sup>13</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “La impugnación de actos administrativos de alcance general”, ED 148:853. Agrega el autor que “*hoy se impone redefinir el alcance de las atribuciones de las distintas funciones del poder del Estado, con un criterio que se asemeja más a la realidad política contemporánea, sin que allí pueda excluirse la atribución normativa entre las funciones del Ejecutivo*”. Cabe señalar que el trabajo citado fue escrito en el año 1992, es decir, antes de la reforma de la Constitución nacional de 1994. La afirmación efectuada por el citado jurista en aquella época es, sin duda alguna, más que predicable en nuestra realidad jurídico, político y social actual.

<sup>14</sup> Idem, p. 855 y doctrina allí citada. No obstante lo señalado en el texto, cabe tener presente que, como se verá en el punto N° 3.3. del Capítulo I de esta tesis, y con base en la reforma constitucional de 1994, el citado jurista ha clasificado a los diversos reglamentos en reglamentos “administrativos” y “legislativos”.

2.1.3.- Ahora bien, la locución “acto administrativo”, como casi todas las palabras, importa un concepto multívoco, es decir, un vocablo en el que se designan no uno, sino varios objetos<sup>15</sup> y, por ello, a lo largo de esta investigación veremos que ante aquella multivocidad resulta metodológicamente necesario tratar de estipular un campo de aplicación que, dentro del uso lingüístico, sea lo más preciso posible para saber, como ha señalado GORDILLO<sup>16</sup>, cuál es el campo de aplicación de un determinado *régimen jurídico* y no otro.

De ese modo, y con la finalidad de ordenar y sistematizar el total de la actividad administrativa, durante el desarrollo de esta tesis se verá que aquella puede ser clasificada de diversas maneras.

Así, pues, frente a la diversidad u heterogeneidad que reviste el término “acto administrativo”, se hace menester clasificarlos sobre la base de la observación y el análisis de las particularidades del *régimen jurídico* aplicable a cada uno de ellos, de manera tal que pueda fortalecerse la *seguridad jurídica*, entre cuyos componentes está, como ha señalado RECASÉNS SICHES, el que las personas sepan a qué atenerse<sup>17</sup>.

En ese orden de ideas, durante el desenvolvimiento de esta tesis veremos que una posible clasificación de los actos administrativos –que, huelga señalar, en modo alguno creemos que sea la única manera correcta de hacerlo–<sup>18</sup> permite agruparlos, según sus

---

<sup>15</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, 6º edición, Reimpresión inalterada, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 1.

<sup>16</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. I–20.

<sup>17</sup> RECASÉNS SICHES, Luis, *Introducción al Estudio del Derecho*, Décimo segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 112. Señala el autor que “*el derecho es fabricado por los hombres sobre todo bajo el estímulo de una urgencia de certeza (saber a qué atenerse) y de seguridad (saber que eso a lo cual puede uno atenerse tendrá forzosamente que ser cumplido)*”.

<sup>18</sup> Es que, como ha señalado CARRIÓ, “*las clasificaciones no son verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles: sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables (...)* Siempre hay múltiples maneras de agrupar o clasificar un campo de relaciones o de fenómenos: el criterio para decidirse por una de ellas no está dado sino por consideraciones de conveniencia científica, didáctica o práctica” (CARRIÓ, Genaro, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 72 y ss.). Ver, también: (HOSPERS, John, *Introducción al análisis filosófico*, Versión española de Julio César Armero San José, Alianza Editorial, Madrid, 1985, Tomo I, p. 52 y ss.).

Los actos administrativos también se suelen clasificar en virtud de su posición dentro del procedimiento administrativo (acto administrativo definitivo, equiparable a definitivo, interlocutorio, o de

*alcances*, en particulares o generales (normativos –v.gr.: reglamentos– o no normativos) y, de acuerdo con su *gestación*, en unilaterales o bilaterales –es decir, contratos administrativos–.

Ello permitirá sostener que, al ser todos actos administrativos, poseen ciertas cualidades en común, del mismo modo que justificará, entonces, y al menos en lo que aquí interesa, que al ser dos *especies* de un mismo *género*, exista un tratamiento jurídico diferente en algunos aspectos normativos entre, por ejemplo, el *acto administrativo de alcance particular* y los *actos administrativos de alcance general*, como también ocurre entre los *actos administrativos unilaterales* y los *contratos administrativos*, lo que fue advertido por el propio legislador al invocar “en cuanto fuera pertinente” en el último párrafo del art. 7° *in fine* de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (en adelante, LNPA)<sup>19</sup>.

De cualquier manera, e independientemente de ello, a lo largo de los argumentos que sustentan esta tesis se verá que con base en una de las funciones de la teoría del acto administrativo<sup>20</sup>, esto es, la función teórica-práctica, será necesario restringir la noción técnica-estricta de “acto administrativo” a una de las *sub-especies* de entre las diversas *especies* del *género*.

#### 2.1.4.- Si se considera que la *potestad reglamentaria* de la Administración Pública

---

mero trámite); según favorezcan o perjudiquen al administrado (favorables o desfavorables; constitutivos o declarativos; verbales o escritos (ampliar en el punto 2.1.1.1.2.2. del Capítulo VI); expresos, tácitos o implícitos (ampliar en el punto 2.1.1.1.2.1. del Capítulo VI); preponderantemente discrecionales o reglados (ver COMADIRA, Julio Rodolfo, (ESCOLA, Héctor, Jorge y COMADIRA, Julio Pablo: coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 99 y ss.); actos que causan estado, acto recurrible en sede administrativa y acto firme (ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 200), etc.

<sup>19</sup> Tal como se verá en el punto N° 4.3.2.1. del Capítulo V.

<sup>20</sup> Cuando nos referimos a las funciones de la “teoría” del acto administrativo, lo hacemos conscientes de que “*quien hace teoría sabe, de antemano, que su enfoque no caerá en terreno pacífico y que la polémica será el resultado natural de la posición adoptada (...) toda teoría jurídica necesita también de la experiencia, que se produce en la realidad social y con la perspectiva que le da la historia. Para Marcel Prélot, la teoría es el resultado de la observación. Se coloca –dice– en el terreno del conocimiento positivo, pero no consiste solo en la comprobación de los hechos: los trasciende, primero para agruparlos y luego, alejándose aún más, para explicarlos. Ahora bien, es en este sentido que hacemos teoría, trabajando con un material histórico (hechos) que suministra los elementos (datos) de las doctrinas jurídico-políticas*” (AJA ESPIL, Jorge A., *Constitución y Poder. Historia y Teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, Buenos Aires, TEA, 1987, p. 151/152).



consiste en la posibilidad de dictar actos de alcance general y obligatorio, reguladores, por tanto, de situaciones objetivas e impersonales, corresponderá entender que todas las especies de reglamentos (v.gr.: reglamentos autónomos, ejecutivos, delegados y de necesidad y urgencia) deben incluirse como una emanación de ella, ejercida, además, en diversos supuestos, por derecho propio<sup>21</sup>.

## 2.2.) Problemas que se presentan

2.2.1.- La tesis que aquí proponemos, es decir, que *todos los reglamentos*, cualquiera fuera la clase, *tienen la naturaleza jurídica de actos administrativos*<sup>22</sup> (bien que en sentido amplio) y *que, por consiguiente, son producto de la función administrativa* (por oposición a legislativa), llevará necesariamente preguntarse:

- (i) ¿qué debe entenderse por función administrativa?
- (ii) ¿quiénes ejercen función administrativa?
- (iii) ¿cuál es el régimen jurídico de la función administrativa?

(iv) ¿deben los reglamentos cumplir con los recaudos exigidos en el art. 7° de la LNPA<sup>23</sup>?

---

<sup>21</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, (ESCOLA, Héctor, Jorge y COMADIRA, Julio Pablo: coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 61. En relación específica con los reglamentos de necesidad y urgencia, el citado jurista señala que, “*así concebida la potestad reglamentaria, es coherente concluir en que la circunstancia de que la materia sobre la que recae el accionar normativo del Poder Ejecutivo pertenezca normalmente a la esfera de competencia del Poder Legislativo, e incluso la eventual exigencia de que la norma de urgencia deba aprobarse por este último, no privan al acto de su carácter reglamentario*”.

<sup>22</sup> Sin perjuicio de la actual postura asumida por la PTN –la que será analizada más adelante–, lo cierto es que la tesis propuesta en el texto pareciera ser la que en su momento adoptó aquel Máximo Órgano Asesor en reiteradas oportunidades pues, como veremos más adelante –especialmente el punto N° 5.1.4.1.4. del Capítulo VIII–, en diversos asesoramientos sostuvo que “*los reglamentos de necesidad y urgencia son actos emanados del Poder Ejecutivo de jure y en virtud de ello no es una ley porque el Poder Ejecutivo no dicta leyes; constituye un mero reglamento (acto administrativo) de contenido legislativo*” (Dictámenes 207:272; 198:124; 86:221; 121:93, entre otros).

<sup>23</sup> En relación con la LNPA y las materias que ella regula, bien se ha señalado que en el ámbito de aquella existen, además de diversas temáticas de naturaleza estrictamente procesal –tanto administrativas como contencioso administrativas–, y no obstante que su nominación genera la apariencia de contenido normativo vinculado, exclusivamente, con materias objetivas, también se regulan cuestiones de naturaleza *sustantiva*, como lo es la materia acto administrativo (ver: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, con la colaboración de Laura M. MONTI, La Ley, Buenos Aires, 2002, Tomo I, p. 10). Por ello, FIORINI ha destacado que la LNPA es para

(v) ¿el régimen de invalidez de los reglamentos debe ser analizado desde aquella base?

(vi) ¿el régimen jurídico que se le aplica a los reglamentos es el mismo que rige para el acto de alcance particular? ¿o será acaso que al ser distintas *sub-especies* dentro de las distintas *especies* del mismo *género* presentan ciertas modulaciones?

(vii) ¿cabe formular alguna distinción en relación con la *clase* de reglamentos de que se trate, es decir, entre los reglamentos autónomos, ejecutivos, delegados y de necesidad urgencia?

2.2.2.- Además de abordar el estudio de las consecuencias que se derivan de sostener que todos los reglamentos –incluso los de necesidad y urgencia y los delegados– son una especie del género “acto administrativo” (requisitos, impugnación, publicidad, jerarquía, estabilidad, elaboración, etc.), nos introduciremos en cuestiones que se vinculan directamente con el régimen legal y constitucional de algunos reglamentos:

(i) ¿cuál es el ámbito de competencia de los reglamentos autónomos?

(ii) ¿puede un reglamento autónomo otorgar derechos o imponer obligaciones a los administrados?

(iii) ¿cuál es el límite de los reglamentos de ejecución?

(iv) ¿solo el Poder Ejecutivo puede dictar un reglamento ejecutivo de una ley?

(v) ¿los límites constitucionales previstos para el dictado de un reglamento de necesidad y urgencia, se aplican a los reglamentos delegados?

(vi) ¿puede el Congreso delegar el dictado de reglamentos *delegados* en autoridades diversas del Poder Ejecutivo?

2.2.3.- Asimismo, nos enfrentaremos con conflictos tales como los que se vinculan con los aspectos procesales para la impugnación judicial de los reglamentos por vía de demanda ordinaria:

---

la Administración lo que el Código Civil para los particulares (FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, Segunda Edición Actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, Tomo II, p. 417).



(i) ¿es necesario habilitar la instancia para impugnar judicialmente un reglamento, cualquiera fuera su clase?

(ii) en caso de que la respuesta al interrogante anterior fuera afirmativa, ¿cómo se agota la vía administrativa? ¿cuál es el plazo para deducir la demanda?

(iii) ¿cuáles son los efectos que debe otorgársele a la sentencia que declara la nulidad de un reglamento?

A su vez, y teniendo en consideración, por un lado, la regulación del proceso de amparo prevista en la Ley N° 16.986 del año 1966 y, por otra parte, la posterior incorporación de aquel instituto en el art. 43 de nuestra Constitución nacional a partir de la reforma de 1994, resultará forzoso plantearnos muchos de los interrogantes efectuados para la impugnación de los reglamentos por vía del proceso ordinario.

Finalmente, y en virtud de la sanción de la Ley Nacional de Medidas Cautelares N° 26.854 del año 2013, también abordaremos los diversos problemas que surgen de aplicar aquella norma que regula el régimen de medidas cautelares en la que es parte o interviene el Estado, en materia de reglamentos:

(i) ¿cuáles son los modos y oportunidades para requerir la suspensión judicial de los efectos de un reglamento?

(ii) ¿puede solicitarse aquella suspensión durante el agotamiento de la vía administrativa o mientras tramita un recurso o reclamo administrativo optativo?

(iii) ¿es posible petitionar la suspensión de los efectos del reglamento luego de agotada la vía administrativa –o, en su caso, después de haberse resuelto el recurso o reclamo administrativo optativo– tanto antes como conjuntamente o de manera posterior a la demanda de fondo?

(iv) ¿cuáles son los presupuestos de procedencia para requerir la suspensión de efectos en aquellos supuestos?

(v) ¿la sentencia judicial que dispone la suspensión de los efectos del reglamento, tiene plazo de vigencia?

### 3.) Esquema metodológico propuesto en esta tesis

Como hemos adelantado, nuestra tesis consiste en afirmar que todos los reglamentos, incluso los de necesidad y urgencia y los delegados, son una *especie* del *género* acto administrativo.

Pues bien, con el fin de comprobar aquel aserto y demostrar cuáles son las razones que tornan científicamente válida la formulación de esa afirmación, adelantamos que a partir de la adscripción al método cualitativo de investigación, seguiremos el siguiente esquema:

3.1.- En primer lugar, y teniendo en consideración que, como dijimos, el acto administrativo en sentido amplio y/o genérico deriva genéticamente de la función administrativa, en la *primera parte* de esta tesis, concretamente, en el primer Capítulo, pasaremos revista de los diversos criterios que, al menos a nivel nacional, se han esbozado para definir y delimitar aquella función.

En ese entendimiento, entonces, y como adelantáramos al comienzo, tras caracterizar las distintas funciones jurídicas asumidas por el Estado (función judicial, legislativa y administrativa), veremos que el resultado de la función judicial será el acto estatal “sentencia”, de la función legislativa el acto estatal “ley” (general o particular) y, por último, el de la función administrativa el “acto administrativo”, *entendida esta expresión en su sentido más genérico y comprensivo*.

Naturalmente, y teniendo en cuenta que los reglamentos, además de ser una de las fuentes cuantitativas más importantes del ordenamiento jurídico, han adquirido una singular importancia en nuestro tiempo<sup>24</sup>, resulta conveniente analizar, al menos someramente, cuál es la concepción que en el derecho comparado tiene la doctrina en

---

<sup>24</sup> En ese orden de ideas, GARCÍA PULLÉS destacó que “*la importancia de la actividad reglamentaria de la Administración, en todas sus especies, es uno de los signos de los tiempos (...) la realidad política general y la nuestra particular, muestra que las leyes resultan cada vez menos debatidas y su aprobación se reclama ‘...a libro cerrado...’, por la Administración o la ‘tecnocracia’, al punto que muchas de ellas contienen sólo pautas genéricas y delegaciones que importan una verdadera abdicación de la responsabilidad de los legisladores –algunas veces hasta de sus competencias constitucionales– a favor de la Administración*” (GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Las vías administrativas en la impugnación de reglamentos y los efectos administrativos de las sentencias judiciales que los anulan”, en AA.VV. *Cuestiones del contencioso administrativo*, CASSAGNE, Juan Carlos –Director-, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 303).

relación con los “reglamentos *materialmente* legislativos”, es decir, los reglamentos de necesidad y urgencia y los delegados y, en su caso, cómo han sido regulados (Capítulo I).

Así, pues, al quedar claro que el acto administrativo está indisolublemente asociado al ejercicio de la función administrativa –pues, como dijimos, deriva genéticamente de ella–, llegaremos a la conclusión de que allí donde aquella se desarrolle, sea mediante órganos estatales (léase: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial)<sup>25</sup>, o a través de entes no estatales (públicos o privados), habrá actos administrativos en sentido amplio y/o genérico (Capítulo II).

Del mismo modo, luego de haber definido a la función administrativa, nos detendremos a estudiar cuál es su *régimen jurídico*, toda vez que si según el criterio al que adheriremos, la función judicial se rige por el procedimiento establecido en los respectivos códigos y la función legislativa por el previsto en la Constitución de la Nación para la formación y sanción de las leyes, resulta más que necesario definir y enunciar cuál es el régimen jurídico propio, característico y tipificante de la *función administrativa*.

Es que, en definitiva, sostener que los reglamentos son una *especie* del *género* acto administrativo, y, por consiguiente, producto de la *función administrativa* (por oposición a la legislativa), implica que también habrán de estar sujetos al *régimen jurídico* propio de aquella función (Capítulo III).

*Por consiguiente, al finalizar la primera parte de la tesis, podremos afirmar que el acto administrativo en sentido amplio y/o genérico (concepto que incluye tanto a los actos de alcance particular y los de alcance general como a los de gestación unilateral y bilateral), deriva genéticamente de la función administrativa, que puede ser desplegada por cualquier órgano estatal (léase: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial) o ente no estatal (público o privado), y que posee un régimen jurídico propio (v.gr.: exorbitante).*

3.2.- Por otra parte, si bien como ya lo hemos adelantado, el acto administrativo engloba en su concepto tanto a los actos de alcance particular y general (normativos –

---

<sup>25</sup> Y ello sin contar la actividad administrativa de diversos órganos instituidos o integrados en el ámbito de tales Poderes (v.gr.: Defensor del Pueblo o Consejo de la Magistratura).

v.gr.: reglamentos— o no normativos) como a los de gestación unilateral y bilateral (es decir, los contratos administrativos), en la *segunda parte* de este trabajo nos detendremos en el estudio de cuáles son las funciones a las que debe responder la *teoría del acto administrativo* para, luego de ello, enfatizar que, con base en una de ellas, resultará necesario restringir la noción técnico-estricta de “acto administrativo” a una *sub-especie* de entre las diversas *especies* del mismo *género* (Capítulo IV).

En el Capítulo V, tras haber demostrado que el resultado de la función administrativa es el acto administrativo en sentido *amplio* o *genérico*, analizaremos sus diversas especies, es decir, los actos administrativos que según sus alcances se denominan *particulares* (individuales, pluriindividuales o plúrimos) o *generales* (normativos –v.gr.: reglamentos— o no normativos) y que, conforme a su formación, unilaterales o bilaterales –es decir, contratos administrativos–.

Asimismo, y con el fin de dar satisfacción a las distintas funciones que, según lo expuesto en el Capítulo IV, debe cumplir la teoría del acto administrativo, restringiremos la noción técnico-estricta de “acto administrativo” a una de las *sub-especies* de entre las diversas *especies* del mismo *género* que, adelantamos, será al “acto administrativo de alcance particular”.

Finalmente, brindaremos un concepto de reglamento y analizaremos los distintos elementos que componen su definición (Capítulo VI).

De esa manera, entonces, a esta altura del desarrollo de nuestra tesis y sobre la base de los diversos argumentos que la sustentan, habremos demostrado que, como señala GORDILLO, “*la expresión ‘acto administrativo’ requiere primero la clasificación de las características jurídicas de distintas actividades de tipo administrativo, dentro de las cuales ubicaremos a una especie que definiremos de alguna manera; a su vez, la misma especie ‘acto administrativo’ ya definida, puede dar lugar a nuevas y más minuciosas clasificaciones, que constituirán ahora subespecies de actos administrativos*”<sup>26</sup>.

3.3.- En la *tercera parte* de la obra, y ya habiendo evidenciado que tanto el acto de alcance particular como los actos de alcance general (normativos –v.gr.: reglamentos— o

---

<sup>26</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. I-24.

no normativos) revisten la naturaleza de actos administrativos, pues ambos son *especies* del mismo *género*, analizaremos el régimen jurídico que comparten (Capítulo VII).

A su vez, y sin perjuicio de aquellas cualidades en común, estudiaremos cuáles son las diferencias de régimen jurídico que tienen ambas *especies* (especialmente, en lo que hace a esta tesis, el acto general normativo, esto es, el reglamento) y que justifican, entonces, adoptar una noción diferente para cada uno de ellos (Capítulo VIII).

3.4.- La *cuarta parte* de la tesis está destinada al estudio de las diversas clases de reglamentos en relación con la Constitución y las leyes.

Así, pues, estudiaremos los denominados: a) reglamentos de ejecución ejecutivos; b) reglamentos autónomos –también llamados independientes o constitucionales–; c) reglamentos de necesidad y urgencia –es decir, los comúnmente denominados Decretos de Necesidad y Urgencia– y, finalmente; d) reglamentos delegados –también llamados habilitados o de integración– (Capítulo IX)<sup>27</sup>.

3.5.- En la *quinta parte* de la tesis analizaremos el régimen legal de la Ley N° 26.122 y su impacto en los reglamentos delegados y en los de necesidad y urgencia y veremos, a su vez, que la reglamentación efectuada por la mentada ley, si bien es discutible, a nuestro modo de ver resulta razonable y coherente con la naturaleza que, en nuestra opinión, tienen aquellos reglamentos (v.gr.: naturaleza de actos administrativos, pues son el resultado de la función administrativa, por oposición a la legislativa) (Capítulo X).

Asimismo, a lo largo del Capítulo mencionado pasaremos revista no solo de cómo aquellos reglamentos han sido regulados tanto en los ordenamientos jurídicos provinciales –y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– e internacionales sino que, además, nos detendremos a estudiar la postura que algunos de los más reconocidos administrativistas y constitucionalistas han esbozado sobre la cuestión, tanto antes de la

---

<sup>27</sup> De aquella clasificación se sigue, como apunta BIANCHI, que “*que en el derecho argentino el reglamento en relación con la ley puede: 1) ser independiente (autónomos); 2) nacer al amparo de ella con el objeto de llenar sus contenidos y ponerla en ejecución (delegados y ejecutivos); o 3) suplantarla ante la imposibilidad de que el Congreso legisle con eficacia en una emergencia (de necesidad y urgencia)*” (BIANCHI, Alberto B., “Una aproximación constitucional...”, op. cit., p. 558).

reforma constitucional de 1994 (fecha a partir de la cual los DNU y los reglamentos delegados se incorporaron expresamente a la Constitución nacional) como luego de aquella y, en su caso, con posterioridad a la sanción de la Ley N° 26.122 del año 2006 que regula el trámite para la aprobación por el Congreso de dichos reglamentos.

3.6.- La *sexta parte* de la obra está dedicada a estudiar algunos aspectos procesales vinculados con el control judicial de los reglamentos.

Allí se analizará no solo cómo *habilitar la instancia* para poder demandar la nulidad de un reglamento (cualquiera fuera su especie) ante la Justicia (Capítulo XI) sino, también, cómo obtener la suspensión administrativa y judicial de sus efectos (Capítulo XII) y, por último, si aquellos pueden ser impugnados por medio del proceso de amparo (Capítulo XIII).

3.7.- Finalmente, sistematizaremos las conclusiones y haremos unas reflexiones finales.

#### 4.) Epílogo: la importancia del sintagma “acto administrativo”

4.1.- Como surge de lo expuesto, la figura del acto administrativo es una categoría jurídica fundamental, incluso central, en la formación y desarrollo hasta nuestros días del derecho administrativo al punto tal que, como destacaba el ilustre jurista alemán OTTO MAYER hace ya más de un siglo, para entender “*el derecho administrativo moderno*” necesariamente hay que estudiar el acto administrativo, pues aquel derecho “*está dominado por él*”<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, 2° Edición inalterada traducida por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 125. Siguiendo aquella línea, autores más modernos han precisado que “*el acto administrativo es una categoría jurídica fundamental, incluso central, en la formación y desarrollo hasta nuestros días del derecho administrativo*” (MEILÁN GIL, José Luis, “El acto administrativo como categoría jurídica”, en AA.VV. *El acto administrativo como fuente del derecho administrativo en Iberoamérica (Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo)*, Congrex S.A., Panamá, 2009, p. 369).

En similar sentido, calificada doctrina nacional ha señalado que el acto administrativo “*es al derecho administrativo como la metafísica a las demás ramas de la filosofía*” (RODRÍGUEZ, María José, *El acto administrativo tributario*, Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 227).

En línea con aquella doctrina, autores más modernos han precisado que “*el acto administrativo es una institución capital de la disciplina, la más característica y definitoria, con toda seguridad, de las que le son propias*”<sup>29</sup>.

Del mismo modo, BREWER CARÍAS ha señalado que “*el acto administrativo, así, sin duda, es la noción más importante del derecho administrativo; es más, sin acto administrativo éste, simplemente, no existiría ni tendría razón de ser. Por ello, podemos decir sin temor a equivocarnos que todo el derecho administrativo gira en torno a este concepto fundamental; y podemos decir, además, que el derecho administrativo, como el derecho que regula la actividad administrativa, siempre se traduce o tiene como presupuesto un acto administrativo*”<sup>30</sup>.

No obstante ello, conviene dejar aclarado, ya desde ahora, que si bien es cierto que el acto administrativo es una de las principales instituciones del derecho administrativo, creemos que este no se agota con aquel, pues, en rigor, existen otras tantas instituciones que son de trascendental importancia, como ser, por ejemplo, el procedimiento administrativo, la responsabilidad del estado, el control judicial, etc.<sup>31</sup>.

4.2.- A lo largo de este trabajo no pretendemos abrumar al lector con información y datos que simplemente sean útiles para retenerlos en la memoria, pues no solo creemos que una gran memoria nunca se considera sinónimo de sabiduría<sup>32</sup> sino porque, además,

---

<sup>29</sup> BOCANEGRA SIERRA, José Luis, *La teoría del acto administrativo*, Madrid, Iustel, 2005, p. 17.

<sup>30</sup> BREWER CARÍAS, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, Volumen III, p. 123

<sup>31</sup> Es que, como destaca BOCANEGRA SIERRA en una obra reciente, sostener que el acto administrativo es una institución central de la disciplina, no significa que aquel “*resuma al Derecho Administrativo entero o que todo él gire magnéticamente a su alrededor*” (BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Cuarta Edición, Thomson – Cívitas, Madrid, 2012, p. 27/28).

Sobre la cuestión, cabe señalar la anécdota relatada por el Profesor GORDILLO en el prólogo a la cuarta edición del Tomo 3 de su tratado (1999) “*Estaba almorzando a fines de 1998 con SPYRIDON FLOGAÏTIS, con quien me une antiguo respeto y afecto, cuando me preguntó, a modo de introducción luego de casi veinte años sin vernos: “¿Y, cómo están las cosas en la Argentina? ¿Siempre siguen centrando el derecho administrativo en torno al acto administrativo?”* (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo. El acto administrativo*, 10 edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2010, Tomo 3, p. 49).

<sup>32</sup> NEWMAN destaca que “*una gran memoria nunca se considera sinónimo de sabiduría, como tampoco un diccionario es lo mismo que un tratado. Hay personas que estudian las cosas en su conjunto e individualmente, pero no correlativamente, que acumulan hechos sin formar juicios, que se sienten satisfechos con mucha erudición o información. Pueden ser lingüistas, anticuarios, cronistas, Biógrafos o*

al decir de MONTAIGNE, más importante que una cabeza llena de información es una cabeza bien formada<sup>33</sup>.

Finalmente, hemos de señalar que con esta tesis no pretendemos presumir de poseer la verdad y, parafraseando a MONTESQUIEU, al lector una sola gracia pido me conceda: que no se juzgue por una lectura rápida un trabajo de muchas horas de dedicación; que se apruebe o se condene la tesis entera, no un pasaje cualquiera o algunas frases. Quien desee buscar el designio del autor, no lo descubrirá sino en el conjunto de la obra.

---

*naturalistas; pero, sean cuales fueren sus méritos, que a menudo son muy grandes, no tienen derecho a que se les considere verdaderos sabios o filósofos” (NEWMAN, John Henry, *La Fe y la Razón. Quince Sermones predicados ante la Universidad de Oxford*, Ediciones Encuentro, España, p. 342).*

<sup>33</sup> Citado por: COMADIRA, Julio Rodolfo, “Una experiencia docente en el posgrado del Derecho Administrativo. A diez años del inicio del Máster en Derecho Administrativo”, EDA, 01/02–611.



## PRIMERA PARTE

## FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y RÉGIMEN EXORBITANTE

## CAPÍTULO I

## ¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR FUNCIÓN ADMINISTRATIVA?

**1.) Introducción**

1.1.- Con el fin de dar sustento a nuestra tesis, es decir, que todos los reglamentos, aún los de necesidad y urgencia y los delegados, son verdaderos actos administrativos, resulta necesario detenernos en el análisis de una de las cuestiones más importantes que debe tenerse en cuenta al estudiar el derecho administrativo, esto es, la denominada *función administrativa*.

*Ello así habida cuenta de que, por un lado, como adelantáramos en las páginas anteriores, el concepto de acto administrativo está indisolublemente asociado al ejercicio de la función administrativa o, en otros términos, porque aquel deriva genéticamente de aquella función.*

Por otra parte, por cuanto, tal como señaláramos al comienzo de esta investigación y bien enseña COMADIRA, el derecho administrativo es “*la rama de la ciencia del derecho que tiene por objeto de estudio las normas y los principios que regulan el ejercicio de la función administrativa y, asimismo, el control judicial de ésta*”<sup>34</sup>.

Definir y delimitar la función administrativa lejos está de ser una cuestión abstracta desprovista de consecuencias prácticas pues, como dijimos al inicio de esta tesis, si el resultado de aquella función es, en sentido genérico, el acto administrativo, habrá que aceptar que los actos que emanan de un órgano estatal o un ente no estatal en el ejercicio de aquella función también deben ser considerados, al menos genéricamente, actos administrativos.

Ahora bien, ¿qué es la función administrativa? ¿Quiénes la ejercen? ¿Cuál es su régimen jurídico?

---

<sup>34</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 6, énfasis agregado. Ampliar en nota N° 9.

1.2.- Para responder aquellos interrogantes, en primer lugar debemos señalar que el Estado, cuya única y excluyente razón de ser es el logro del bien común o interés público<sup>35</sup>, asume, para cumplir con sus objetivos materiales -que, por cierto, varían a lo largo del tiempo y según las ideologías que los inspiran-, el cumplimiento de diversas funciones jurídicas que son, en rigor, los instrumentos formales por medio de los cuales el Estado provee al cumplimiento de esos objetivos materiales.

De tal forma, el Estado no constituye un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar el bien común, de ahí su rol servicial, como bien enseña ROMMEN<sup>36</sup>.

En un Estado Constitucional de Derecho como es la Argentina debe tenerse especialmente en cuenta que, como en toda democracia constitucional, el Estado debe estar organizado de manera tal que garantice y reconozca derechos fundamentales a sus habitantes, puesto que, como ha señalado la doctrina, debe actuar con sujeción a los principios jurídicos fundamentales, respetando todos los derechos individuales y, particularmente, el derecho a la libertad<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> JUAN XXIII, Encíclica “*Mater et Magistra*”, N° 65.

Al respecto, y como ya señaláramos, utilizamos los términos “bien común” e “interés público” como sinónimos, habida cuenta de que “*éste último, al que generalmente se refiere la doctrina, no puede ser sino el “bienestar general” mencionado en el preámbulo de la Constitución, y éste, a su vez, debe ser entendido, según ha señalado la Corte Suprema, como el ‘bien común’ de la filosofía clásica (Fallos 179:113)*” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, 2° Edición Actualizada y Ampliada, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 4, nota N° 1479).

En el ámbito doctrinario se ha señalado que el bien común es “*el fundamento de la existencia de la autoridad pública y fuente de legitimidad de las potestades estatales. La autoridad pública, las diversas potestades estatales (...) y el deber de obedecerlas bajo determinadas condiciones encuentran su fundamento y su fuente de legitimación ética y política en el bien común*” (SANTIAGO, Alfonso H., *Bien común y derecho constitucional. El personalismo solidario como techo ideológico del sistema político*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 35/36).

En relación con el concepto de bien común o interés público, COMADIRA ha precisado que aquel debe ser “*considerado no como una simple suma de intereses individuales coincidentes, sino como conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a asociaciones e individuos el logro más pleno y más fácil de su propia perfección*” (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 405). Igual conceptualización adoptó el Máximo Tribunal de la Nación en: CSJN, 07/10/1976, “Moyano Marclina”, Fallos 296:45).

<sup>36</sup> Citado por SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, 5° edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, Tomo 3, p. 69.

<sup>37</sup> GORDILLO, Agustín, *Introducción al Derecho Administrativo*, 2° Edición corregida y aumentada, Abeledo-Perrot, 1966, p. 64. Obra posteriormente reeditada en GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho*

Desde antaño se ha sostenido que los dos principios básicos de un Estado de Derecho son, por un lado, el de reconocer la libertad humana como un derecho anterior a la existencia misma del Estado (principio de distribución), teniendo éste una facultad limitada para restringirla y, por el otro, el que más nos interesa para el desarrollo de éste breve comentario, aquel en virtud del cual se divide al Estado en un sistema de competencias delimitadas (principio de organización)<sup>38</sup>, al igual que la doctrina de la división de poderes desarrollada y analizada acabadamente por MONTESQUIEU<sup>39</sup>.

Históricamente el poder del Estado, como medio o instrumento para alcanzar aquella finalidad, era responsabilidad de un solo órgano.

No obstante, con el correr del tiempo se comenzó a gestar la idea de que, a efectos de evitar caer en un absolutismo, resultaba imprescindible que el poder sea distribuido en diversas funciones (v.gr.: función legislativa, jurisdiccional y administrativa) y, asimismo, asignando de manera preponderante cada una de aquellas funciones a un órgano distinto.

De esa manera, entonces, surge claramente que si bien no hay *separación de poderes*, por cuanto el poder es único e indivisible, sí existe, por el contrario, una *separación orgánica de funciones*<sup>40</sup> asumidas por parte del Estado para lograr cumplir con su única

---

*Administrativo y Obras Selectas. Primeras Obras*, 1ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2012, Tomo 5, IADA-II-3.

<sup>38</sup> SCHMITT, Carl J., *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial S.A, Madrid, 1982, p. 138.

<sup>39</sup> MONTESQUIEU, Charles de, *El espíritu de las leyes*, Editorial Heliasta S.R.L, Buenos Aires, 6ª Edición, 1984, Libro XI, Cap. 6 “*De la constitución de Inglaterra*”.

<sup>40</sup> BARRA, Rodolfo C., *Principios...*, op. cit., p. 143 y ss., luego en BARRA, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, Tomo 1, p. 243 y, más recientemente, en BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 252; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. IX-2. Señala el último autor citado que “*precisando el lenguaje se habla ya más de ‘separación de funciones’, antes que de separación de poderes ya que el poder es uno solo, pero se mantiene el principio de que ella tiene por finalidad coordinar el ejercicio del poder público y evitar que pueda ser fuente de despotismo o arbitrariedad*”.

Del mismo modo, MARIENHOFF precisó que “*el ‘poder’ del Estado es único; las ‘funciones’ son múltiples. Las ‘atribuciones de las funciones a los órganos no constituyen división de poderes sino distribución de funciones. En lugar de una separación de poderes, podrá hablarse más bien de una separación de las funciones*” (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 42/43). El citado jurista luego de enfatizar que “*con referencia a la actividad del Estado, no corresponde hablar de ‘separación de poderes’, sino de ‘distribución de funciones’ entre los órganos legislativo, ejecutivo y judicial*”, señaló que “*los constitucionalistas hablan de ‘división de poderes’: continúan influidos por la grande obra de Montesquieu o, posiblemente, por el distinto criterio o por el diferente punto de vista con relación a los administrativistas con que afrontan el estudio de esta cuestión. En cambio, siempre respecto a la actividad del Estado, los administrativistas modernos ya hablan de ‘distribución de funciones’, de ‘funciones del Estado’, de ‘órganos y funciones’. Los constitucionalistas consideran este asunto con*

razón de ser: el interés público o bien común.

Aquella separación orgánica de funciones, que implica un control recíproco de cada poder estatal<sup>41</sup>, importa que cada uno de los poderes estatales (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial) tiene asignada, como competencia predominante, una de las funciones señaladas, lo que no obsta, claro está, a que, en ciertas ocasiones, algunos de aquellos órganos del Estado puedan ejercer la función que le fue preponderantemente asignada a otro<sup>42</sup>.

En ese sentido, la CSJN ha precisado que *“la doctrina de la división de los poderes o la separación de funciones no implica que cada uno de los órganos del poder pueda ejecutar únicamente actividades materialmente administrativas, legislativas o judiciales. Es que esas actividades son consecuencia del ejercicio mismo del poder, que nuestro sistema legal le reconoce a los 3 órganos en sus determinados ámbitos de competencia.*

---

*criterio ‘político’, en tanto que los administrativistas lo hacen con criterio puramente ‘jurídico’, vinculándolo a la organización administrativa y a la adjudicación de la respectiva competencia a los distintos órganos”* (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 47/48).

En esa línea de pensamiento, FIORINI ha precisado que *“la separación de funciones jurídicas estatales garantiza que el Presidente de la Nación no se transforme en legislador o en magistrado judicial, o el legislador, en magistrado judicial o administrador, o el juez, en legislador o administrador”* (FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo I, p. 110).

Sobre la cuestión, resulta ilustrativa la distinción efectuada por CARRÉ DE MALBERG entre poder, función y órgano. El autor, tras destacar la necesidad de restablecer la idea de la unidad del *poder* del Estado, apuntaba que también era necesario distinguir en aquel sus múltiples *funciones*, las que debían ser entendidas como las *“diversas formas como se manifiesta la actividad dominadora del Estado”*. Por otra parte, enseñaba que los *órganos* del poder eran las *“diferentes personas o cuerpos públicos, encargados de desempeñar las diferentes funciones del poder”* (CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría general del Estado*, Traducción al español por José Lión Depetre, México, 1948, p. 249, especialmente nota N° 1).

En línea con los autores mencionados puede verse, entre otros: VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo...*, op. cit., Tomo I, p. 7/8; GARCÍA TREVIANO FOS, José Antonio, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 36 y ss.; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, 4° Edición, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, Volumen 1, p. 33 y ss.; FARRANDO, Ismael (H.) “Estado, poder, órganos y funciones”, en AA.VV., *Manual de Derecho Administrativo*, FARRANDO, Ismael (H.) –MARTÍNEZ, Patricia R. –Directores-, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 14 y ss.

<sup>41</sup> Al respecto el Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano dice: *“Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada y la división de poderes determinada, no tiene constitución”*. GORDILLO ha destacado que *“para que el poder contenga al poder, para que no exista absolutismo ni la suma del poder público, es imprescindible que el poder estatal sea ejercido por órganos diferenciados, cuantos más mejor. El Estado tendrá así diversos tipos de órganos: legislativos, judiciales, administrativos”* (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. IX–3, en igual sentido: IVANEGA, Miriam M., *Principios de la Administración Pública*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2005, p. 31).

<sup>42</sup> Ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, “Apuntes sobre la función administrativa y los criterios para delimitarla”, EDA 2016–443.

*Sin embargo cada uno de los órganos sólo puede ejercer sus atribuciones dentro del estricto marco de su función específica*”<sup>43</sup>.

## **2.) Criterios para delimitar la función administrativa**

La existencia de las funciones administrativa, legislativa y jurisdiccional ha generado la formulación de distintos criterios para poder definir y delimitar cada una de ellas, especialmente, la que más nos interesa para el desarrollo de este trabajo, la denominada función administrativa.

Limitándonos a la doctrina nacional, los criterios más utilizados doctrinariamente para definir las funciones del Estado son: a) *subjetivo u orgánico*, que define a las funciones de acuerdo con el órgano del poder o la persona que la ejerce, b) *objetivo o material*, que toma en cuenta las notas caracterizantes de una determinada actividad, repetibles en cada caso en que ella se manifiesta y, finalmente, c) el *mixto*.

### **2.1.) Criterio subjetivo u orgánico**

Quienes participan de esta teoría definen a las funciones del estado de acuerdo con el órgano o la persona que las ejerce y, por consiguiente, los actos que se dicten tendrán la naturaleza jurídica del Poder del cual emanan.

Según enseña DIEZ, el art. 1º de la LNPA, al igual que la Ley española de 1956, considera a la Administración en sentido orgánico o subjetivo, toda vez que establece que las normas del procedimiento se aplicarán a la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada, incluso entes autárquicos<sup>44</sup>.

Desde esa atalaya, no podrán considerarse actos administrativos aquellos que, no obstante su contenido administrativo, procedan de los órganos legislativo y judicial. Así, *“los únicos actos regidos por el derecho administrativo serán los que emanan de*

---

<sup>43</sup> CSJN, 23/12/1992, “Rodríguez Varela, Florencio c. Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Fallos 315:2990.

<sup>44</sup> DIEZ, Manuel, “La administración moderna”, Revista Argentina de Derecho Administrativo, enero-marzo de 1975, p. 16. Ver, también, DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, 2ª edición renovada y actualizada, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, Tomo II, p. 201.

*complejos orgánicos de la Administración Pública en sentido subjetivo*”<sup>45</sup>.

### 2.1.1.) *Visión crítica*

Como fácil resulta advertirlo, esta teoría trae como consecuencia, por un lado, la inviabilidad jurídica de admitir el ejercicio de la función administrativa en los Poderes legislativos y judicial<sup>46</sup> y, por otra parte, la inexistencia de funciones materialmente jurisdiccionales o legislativas en cabeza del Poder Ejecutivo.

En ese sentido, y tal como se profundizará al analizar el *criterio objetivo y material*, el criterio aquí analizado es criticable por cuanto denomina de la misma manera a situaciones sujetas a un régimen jurídico distinto.

El criterio orgánico o subjetivo es, en definitiva, un supuesto de aplicación irrestricta de la separación orgánica de funciones asumidas por parte del Estado para lograr cumplir el interés público o bien común.

### 2.2.) Criterio objetivo o material

Según esta postura, debe tomarse en cuenta no el acto en función del órgano del cual emana, sino su contenido material, sus notas caracterizantes repetibles en cada caso en que ella se manifiesta.

Tal como precisara LINARES, el criterio objetivo o material entiende que la función legislativa consiste en el dictado de “*normas jurídicas generales, así como las normas jurídicas de alcance individual dictadas por el Poder Legislativo*”, la función jurisdiccional en aquella “*actividad estatal de ejecutar el ordenamiento jurídico, mediante actos unilaterales de alcance individual, que deciden situaciones contenciosas en casos concretos, por las que se particularizan, para esos casos, cualesquiera de los contenidos de normas jurídicas*” y, por último, la función administrativa sería “*todo lo que no es ejecución jurisdiccional (...) con tal que no se la ejerza en situaciones*

---

<sup>45</sup> Ibidem.

<sup>46</sup> FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo I, p. 26; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado...*, op. cit., Volumen 1, p. 48-49.

*contenciosas, y siempre que se la despliegue a través de actos de alcance individual*”<sup>47</sup>.

Es decir que, en definitiva, según el criterio objetivo, la función legislativa consistiría en el dictado de normas imperativas, generales, abstractas, impersonales y objetivas; la función judicial en la aplicación de aquellas normas a un caso contencioso, es decir, a situaciones de conflicto y, por último, la función administrativa será la aplicación concreta de esas normas a situaciones no contenciosas.

Aquella última función sería, en palabras de MARIENHOFF, “*la actividad permanente, concreta y práctica, del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran*”<sup>48</sup>.

### 2.2.1.) *Visión crítica*

2.2.1.1.- La principal consecuencia de esta doctrina es que las funciones administrativa, legislativa y judicial son ejercidas por los tres poderes estatales.

2.2.1.2.- En efecto, según esta postura, los tres órganos del estado ejercerían función legislativa al dictar normas de alcance general normativo destinados a una pluralidad indeterminada de personas.

Así, a modo de ejemplo, el Poder Legislativo ejercería función legislativa al sancionar una ley con arreglo al procedimiento previsto por la Constitución nacional para la formación y sanción de las leyes; el Poder Judicial al dictar una acordada<sup>49</sup> y, el Poder

---

<sup>47</sup> LINARES, Juan F., *Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 152, 158 y 165, respectivamente.

<sup>48</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 66. En similar sentido CASSAGNE, en ediciones anteriores, explicaba que la función administrativa para el criterio objetivo o material sería “*aquella actividad que en forma inmediata, permanente, concreta, práctica y normalmente espontánea, desarrollan los órganos estatales para alcanzar el bien común, conforme a regímenes jurídicos de derecho público*” (CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 7º Edición actualizada, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, Tomo 1, p. 88). GARCÍA PULLÉS, por su parte, también ha adherido al criterio material u objetivo para delimitar las funciones del Estado: GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 45 y ss.

<sup>49</sup> Como ser la Acordada 4/2007 que aprobó el reglamento sobre los escritos de interposición del recurso extraordinario y del recurso de queja por denegación de aquél o, también, la Acordada 28/2014 que actualizó el monto mínimo establecido en el art. 24º inc. 6º, apartado “a” del Decreto N° 1285-58 para la procedencia del recurso ordinario de apelación ante la CSJN.



Ejecutivo, al dictar reglamentos.

La función judicial, por su parte, también sería ejercida por los tres poderes del Estado pues aquella no solo la desplegaría el Poder Judicial al dictar una sentencia, sino, también, el Poder Legislativo al remover mediante el juicio político al Presidente de la Nación o a un Ministro y, el Poder Ejecutivo, al resolver, por ejemplo, conflictos planteados ante los entes reguladores de servicios públicos (v.gr.: Ente Nacional Regulador de la Electricidad, en adelante “ENRE”) o los tribunales administrativos (v.gr.: Tribunal Fiscal de la Nación), por cuanto estaría aplicando una norma general para una situación contenciosa.

Finalmente, según el criterio aquí analizado la función administrativa no solo estaría en cabeza del Poder Ejecutivo, sino que también la ejercerían el Poder Judicial o el Poder Legislativo al sancionar a un empleado administrativo, celebrar un contrato con una empresa de limpieza, etc.

Como se ve, el criterio objetivo o material para delimitar las funciones del Estado importa que los tres poderes ejercen las tres funciones y, por tanto, el principio de división de poderes se diluye fuertemente.

Por ello, una de las principales críticas que se le atribuye a esta teoría es la notable relativización y flexibilización del principio de la división de poderes o, en palabras de GORDILLO, “*como decir que los tres poderes realizan las tres funciones y que no existe, en suma, división de poderes ni sistema de frenos y contrapesos alguno. Es destruir el sistema constitucional por vía de conceptos y definiciones que lo contrarían y pervierten*”<sup>50</sup>.

2.2.1.3.- Por otra parte, creemos que este criterio resulta insuficiente para definir las funciones del Estado pues, en definitiva, denomina de la misma manera a situaciones sujetas a un *régimen jurídico* distinto.

---

No obstante, y vinculado con la aplicación de la Acordada 28/2014, cabe tener presente que recientemente la propia CSJN ha declarado la inconstitucionalidad del aludido recurso ordinario de apelación (CSJN, 20/08/2015, “Anadón, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ despido”).

<sup>50</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, Cap. IX-8.



En efecto, no obstante estar sometidas a regímenes jurídicos diferentes, quienes participan de esta teoría entienden que tanto la resolución dictada en sede administrativa por un ente regulador de servicios públicos, como la decisión del Congreso de remover por juicio político al Presidente, y la sentencia dictada por un juez de primera instancia, son producto del ejercicio de la función judicial<sup>51</sup>.

A su vez, el criterio objetivo engloba dentro del concepto de “función legislativa” a realidades jurídicas diferentes como ser, por ejemplo, el dictado de reglamentos por parte del Poder Ejecutivo y las leyes emanadas del Poder Legislativo.

En esa inteligencia, resulta insoslayable puntualizar que el carácter general y abstracto de los reglamentos se diferencia claramente de las leyes emanadas del Congreso, por cuanto, entre otras razones, el procedimiento que precede a los actos que emanan de la función legislativa es siempre deliberativo y de acuerdo con el procedimiento previsto por la Constitución nacional para la formación y sanción de las leyes, en tanto que los reglamentos están precedidos de un procedimiento jerárquico<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Las diferencias del régimen jurídico están dadas en que tanto la remoción por juicio político, como las resoluciones emanadas de los entes reguladores de servicios públicos, deben estar sujetas a un control judicial suficiente (un profundo estudio vinculado con el control judicial que debe ejercerse en la denominada actividad administrativa jurisdiccional puede verse en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 637 y ss.) mientras que, las sentencias de los jueces, no necesariamente importan tal control (el art. 242 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que serán inapelables las sentencias definitivas y las demás resoluciones cualesquiera fuere su naturaleza, que se dicten en procesos en los que el valor cuestionado no exceda cierto monto). En definitiva, como enseña GORDILLO, el régimen jurídico propio de la función jurisdiccional es que la decisión pueda ser definitiva (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, Cap. IX-13).

En relación con los denominados “actos jurisdiccionales de la administración” puede verse lo expuesto por GORDILLO y HUTCHINSON quienes concluyen, en definitiva, que no corresponde hablar de “facultades jurisdiccionales de la administración” por cuanto en nuestro sistema las facultades jurisdiccionales solo corresponden a los jueces y, además, que no existe un régimen jurídico diferenciado para el “acto jurisdiccional” que sea distinto del acto administrativo (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, Cap. IX-5/37; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, 10<sup>o</sup> Edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 466 y ss.).

Sobre la evolución jurisprudencial en materia de la “denominada actividad administrativa jurisdiccional” puede verse: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 6 y ss.

<sup>52</sup> Ver: FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo I, p. 30 y 109; BARRA, Rodolfo C., *Principios...*, op. cit., p. 144, luego en BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 244 y, más recientemente, en BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 254; COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 4 y ss.; DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación en el procedimiento administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 35; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración. En el Estado Constitucional Social de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 1, p. 234, entre otros.

Más aún, y a modo de ejemplo, mal podría sostenerse que un *reglamento ejecutivo*, esto es, aquel acto administrativo de alcance general normativo que “*emite el Poder Ejecutivo para hacer posible, o más conveniente, la aplicación o ejecución de las leyes*,”

---

Concretamente, FIORINI ha señalado que la actividad legislativa tiene como resultado el acto estatal denominado “ley”, cuyo “*procedimiento utilizado es el de deliberación*” y, BARRA, por su parte, precisó que “*el ejecutivo expresa su voluntad conforme a un procedimiento preponderantemente jerárquico, mientras el legislativo lo hace previa deliberación y decisión mayoritaria y el judicial según la regla del silogismo*”.

Del mismo modo, el resto de los autores citados apuntaron que mientras el procedimiento que antecede a la sanción de una ley es “deliberativo”, el del acto es “jerárquico” (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 4 y ss.; DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación...*, op. cit., p. 35; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 234).

Sin embargo, cabe aclarar que el hecho de que un acto haya sido emitido mediante un mecanismo previo de “deliberación” no implica, *per se*, que aquel sea fruto de la función legislativa pues, insistimos, para que se esté ante el ejercicio de aquella función y, por tanto, frente a una “ley”, no solo es necesario que el procedimiento deliberativo se lleve a cabo en el Congreso sino, además, que la deliberación se haga de acuerdo con el procedimiento previsto por la Constitución de la Nación para la sanción de las leyes. Como veremos más adelante (punto N° 2.3.3.1.1., especialmente Nota N° 82), habrá actos que si bien para su emisión requieren “deliberación”, no por ello dejarán de ser “actos administrativos” y, por tanto, producto de la función administrativa, independientemente del órgano del cual emane. Así, será posible encontrar actos administrativos que han sido dictados previa deliberación en cualquier órgano colegiado, sea que aquel integre el Poder Judicial (v.gr.: los actos emanados del Consejo de la Magistratura, etc.-), el Poder Legislativo (v.gr.: los actos que son producto del procedimiento de juicio político, etc.) o el Poder Ejecutivo (v.gr.: las decisiones de un jurado en el marco de un concurso público, etc.).

Sobre el concepto de jerarquía y sus derivaciones puede verse: COMADIRA, Fernando Gabriel, “La jerarquía como principio de la organización administrativa”, EDA 2018-582.

Por lo demás, las leyes y reglamentos también se diferencian en cuanto al régimen jurídico en materia de: a) publicidad: las leyes requieren, según el art. 2° del Código Civil, ser publicadas en el “Boletín Oficial”; los reglamentos, en virtud del art. 103 del RLNPA, en una “Publicación Oficial” [al respecto, se ha señalado que la expresión “publicación oficial” no puede quedar limitada a la efectuada en el Boletín Oficial, “*ya que puede suceder que la publicidad se produzca en otro medio de amplia y pública difusión*” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 225, nota 819 y doctrina allí citada). Asimismo, la CSJN ha señalado que la publicación de un acto de alcance general no puede ser suplida por su notificación a los interesados (CSJN, 18/07/2002, “Gartner, Ángel E. c. Comité Federal de Radiodifusión”, Fallos 325:1808)]; b) impugnación: las leyes se cuestionan directamente ante la justicia mediante el proceso judicial pertinente; los reglamentos, en cambio, previo a ser impugnados judicialmente, deben, en principio, impugnarse en sede administrativa ya sea directa (mediante el “reclamo impropio” contemplado en el art. 24 inc. “a” de la LNPA) o indirectamente (por medio del acto administrativo particular de aplicación del reglamento, art. 24 inc. “b” de la LNPA)

En cuanto a los actos administrativos de alcance general autoaplicativos, es decir, aquellos que no requieren de actos administrativos particulares de aplicación para producir efectos jurídicos directos y que, por consiguiente, adquieren aplicación desde su misma entrada en vigencia (v.gr.: reglamento que fija condiciones para acceder a un sistema de retiros o el que establece un régimen de incompatibilidad para la función pública), si bien coincidimos con quienes sostienen que el administrado puede optar por impugnarlos por vía de recursos o mediante el reclamo impropio (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 469; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 559), lo cierto es que el Máximo Órgano Asesor ha señalado que solo resulta procedente aquel último (P.T.N 210:137, 274:64).

*llenando o previendo detalles omitidos en éstas*<sup>53</sup>, tenga el mismo rango legal que la ley emanada del Congreso pues, como es sabido, existe entre ambos una relación de subordinación, toda vez que al primero le está vedado alterar su espíritu con excepciones reglamentarias<sup>54</sup>.

Por otra parte, si bien aquella relación de subordinación no se daría en el caso de los reglamentos de necesidad y urgencia pues, como ha precisado la CSJN<sup>55</sup>, estos podrían modificar y hasta derogar una ley, ello en modo alguno puede llevar a considerar que aquellos son producto de la *función legislativa* y tienen la misma naturaleza que la ley pues, en rigor, además de emanar de un *órgano* constitucional distinto, las notables diferencias de *régimen jurídico* que ambas normas poseen (como ser procedimiento de elaboración, publicidad, carácter excepcional y límites materiales de los primeros, etc.), y *el modo en que satisfacen el interés público* (esto es, de manera directa e inmediata) llevan a sostener que no son producto de la función legislativa<sup>56</sup> sino, antes bien, de la *función administrativa* y, por consiguiente, *actos administrativos en sentido amplio* o, en otros términos, *una especie del género acto administrativo*.

Es que, como veremos en las páginas que siguen, según el criterio que adoptaremos para clasificar las funciones jurídicas del Estado, una de las notas tipificantes para diferenciarlas radica en el *régimen jurídico objetivo* que las informa.

Además, y solo por mencionar alguno de los distintos fundamentos que sustentan nuestra tesis y que serán desarrollados *infra*, si ante un *decreto de necesidad y urgencia*, la CSJN actualmente sostiene que es posible controlar y verificar, entre otros aspectos, su

---

<sup>53</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 259.

<sup>54</sup> Ello no obsta a que, como ha señalado la CSJN, puedan contener apartamientos literales que no comprometan la sustancia de la ley reglamentada (CSJN, 12/09/1995, “*Barrose, Luis Alejandro c/ Ministerio del Interior - art. 3º ley 24.043*”, Fallos 318:1707; CSJN, 19/05/1999, “*AADI - CAPIF Asociación Civil Recaudadora c/ LU6 Radio Atlántica*”, Fallos 322:775), o disposiciones que se aparten de aquella en la medida en que no haya incompatibilidad entre ambas (CSJN, 27/10/1964, “*Lopardo, Miguel*”, Fallos 264:206; CSJN, 18/10/1967, “*Cía. Argentina de Electricidad, S.A. c/ Nación*”, Fallos 269:120; CSJN, 30/10/1973, “*Sociedad Máquinas Hoffman Limitada c/ Dirección General Impositiva*”, Fallos 287:150). Para un análisis profundo sobre los reglamentos ejecutivos nos remitimos al meticuloso estudio realizado en SANTIAGO, Alfonso “*Régimen constitucional de los reglamentos ejecutivos*”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Vol. XIII: Fuentes del Derecho Administrativo, I.E.D.A., Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007.

<sup>55</sup> CSJN, 28/06/2011, “*Aceval Pollacchi Julio Cesar c/ Compañía de radiocomunicaciones móviles S.A. s/ Despido*”, Fallos 334:799, entre muchos otros.

<sup>56</sup> En similar sentido puede verse: DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación...*, op. cit., p. 37/38.

procedimiento de *elaboración* pero que, ante una Ley, se debe abstener de examinar *el procedimiento adoptado para su formación y sanción* –salvo que faltaren los requisitos mínimos e indispensables–, aquella “deferencia judicial” solo es concebible si se entiende que *el DNU es producto de la función administrativa y no de la función legislativa*, como lo es la Ley emanada del Congreso.

2.2.1.4.- Por ello, como bien ha señalado BOQUERA OLIVER, no se debe “*tratar de explicar con notas materiales realidades jurídico-positivas si responden evidentemente a criterios de otra naturaleza*”<sup>57</sup>.

### 2.3.) Nuestra postura: Criterio mixto

De lo hasta aquí expuesto se colige que ninguno de los dos criterios precedentemente enunciados resulta suficiente para distinguir y delimitar las funciones jurídicas del Estado.

Por ello, antes de ahora hemos adherido<sup>58</sup> al criterio propiciado por el profesor COMADIRA<sup>59</sup> quien, en línea con las enseñanzas de GORDILLO<sup>60</sup>, aunque con algunos matices que luego serán mencionados, propone categorizarlas según el *régimen jurídico objetivo* que las informa, y que ha sido denominado “*criterio mixto*”<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> BOQUERA OLIVER, José M., *Derecho Administrativo*, 10ª Edición revisada y ampliada, Cívitas, Madrid, 1996, Tomo I, p. 60.

<sup>58</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “Apuntes sobre la función administrativa...”, op. cit.

<sup>59</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 1 y ss.

<sup>60</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo I, Cap. IX.

<sup>61</sup> También han adherido al criterio mixto para delimitar las funciones jurídicas del Estado, entre otros: PETRA RECABARREN, Guillermo M., “Contratos en función administrativa”, JA 1978-I, p. 702 y ss., especialmente p. 711; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo I, p. 64 y ss.; GUSMAN, Alfredo S., *Juicio de amparo por mora de la administración*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, p. 62/63; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho Administrativo*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, p. 298, especialmente nota N° 54 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Impugnación administrativa de los actos de alcance general”, en AA.VV., *Fuentes y Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Rap, Buenos Aires, 2019, p. 89, especialmente nota N° 54; HUTCHINSON, Tomás, “El Poder Judicial y su función administrativa”, en Revista Argentina de Derecho Administrativo, Plus Ultra, 1976, N° 13, p. 35 y ss., criterio luego ratificado en: HUTCHINSON, Tomás, “De la irrevisibilidad a la revisibilidad jurisdiccional de la función administrativa del Poder Judicial”, Sup. Adm.2010 (agosto), 63 y, más recientemente, en HUTCHINSON, Tomás, “Acto administrativo” en AA.VV., *Tratado jurisprudencial y doctrinario*, HUTCHINSON, Tomás, - Director -, La Ley, Buenos Aires, 2010, Tomo 1, Vol. 1, p. 2; SARMIENTO GARCÍA, Jorge - PETRA RECABARREN, Guillermo M., *Ley de Procedimiento Administrativo de*

Tal como se verá a continuación, la denominación “mixta” obedece a que una de sus características principales es que se nutre de distintos elementos (orgánicos, materiales, procedimentales o formales y teleológicos) para categorizar a cada una de las funciones jurídicas del Estado.

Por otra parte, el criterio al que aquí adherimos tiene en cuenta que *todas las actividades desplegadas por los órganos –poderes– del Estado están orientadas a la satisfacción del bien común o interés público* pues, como hemos apuntado antes, aquel es su causa final y única razón de ser.

Sin embargo, como dijimos con anterioridad y veremos a lo largo de los argumentos que sustentan esta tesis, el *poder* del Estado, como medio o instrumento para alcanzar aquella finalidad, ha sido asignado a distintos *órganos estatales* y, a su vez, sometido a *regímenes jurídicos diversos* configurándose, así, las distintas funciones jurídicas del Estado (función legislativa, administrativa y judicial) que, además, por conducto de uno de los elementos antes mencionados (v.gr.: teleológico), reconocen el *modo de relación –directa e inmediata o indirecta y mediata– entre el poder atribuido y el fin de interés público que persiguen*<sup>62</sup>.

De ese modo, entonces, veremos que el *régimen jurídico* propio de cada una de las funciones jurídicas del Estado responde a distintos criterios: *teleológicos*, por cuanto, como dijimos, se toma en cuenta el modo de relación, inmediata o mediata, entre el poder atribuido y el fin de interés público que persiguen; *orgánicos*, es decir, según los datos políticos que determinan la conformación del órgano que actuará: independencia, imparcialidad, subordinación jerárquica, representación popular; *procedimentales o formales*, porque se hace referencia al procedimiento seguido por el órgano: contradictorio, deliberativo, mixto; *materiales*, de acuerdo con la generalidad o

---

Mendoza N° 3909. *Concordada y comentada.*, Ediciones AVGVSTVS, Mendoza, 1973, p. 11; APUD, Marcos, “Función administrativa y ejecución de sentencias: pautas para una correcta instrumentación de las mandas judiciales”, tesina inédita presentada para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2020, p. 16 y ss., entre otros.

<sup>62</sup> Como bien ha señalado COMADIRA, una de las características de la función administrativa reside, pues, en el modo de operatividad, directo e inmediato, que en ella asume el interés público, “*mientras en la legislación, por un lado, se necesita el complemento e integración ejecutiva de la Administración, en la función judicial, por el otro, sólo se dispone que se cumpla la voluntad legislativa, sin por ello cumplirla directamente*” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio del acto administrativo, la denominada cosa juzgada administrativa*, segunda edición actualizada, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, p. 63 y ss.).



individualidad del acto que se emite<sup>63</sup>.

Desde esa atalaya definiremos, entonces, qué debe entenderse por *función judicial*, *función legislativa* y, finalmente, la que más nos interesa para el desarrollo de esta tesis, *función administrativa*. Veamos.

### 2.3.1.) Concepto de función judicial

#### 2.3.1.1.) Modo de relación entre el poder atribuido y la satisfacción del interés público procurado

2.3.1.1.1.- Mediante la función jurisdiccional se atiende, en forma imparcial y por medio de órganos independientes, al interés público de forma *indirecta y mediata*, determinando, a través de actos individuales<sup>64</sup>, el derecho aplicable en los conflictos entre

---

<sup>63</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge, *Derecho Administrativo Argentino*, Porrúa, México, 2006, p. 4, idea luego reiterada en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 3/4.

<sup>64</sup> Ello sin perjuicio del alcance *erga omnes* que, en ciertas ocasiones, debe reconocérsele a las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, 26/12/1996, “Monges, Analía M. c/ UBA. - resol. 2314/95”, Fallos: 319:3148, y, más cercano en el tiempo, CSJN, 24/02/2009, “Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/amparo-ley 16.986”, Fallos: 332:111), entre otros.

Sobre los efectos *erga omnes* que el Máximo Tribunal de la Nación ha reconocido a los pronunciamientos que declaran la inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias ver: COMADIRA, Julio Pablo – LAGARDE, Fernando, “La cosa juzgada en el proceso contencioso administrativo”, en AA.VV., *Tratado de derecho procesal administrativo*, CASSAGNE, Juan Carlos - Director -, 2º Edición actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo 2, p. 163 y ss.; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 492 y ss. Ver, también, GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Perspectivas del contencioso administrativo”, LL 2012-E, 1270 (primera parte) y LL 2012-F, 1116 (segunda parte).

En nuestra opinión, y tal como se verá en el punto N° 3.5. del Capítulo XI de esta tesis, sea en un proceso colectivo o individual, nos inclinamos a compartir el criterio de quienes atribuyen efectos *erga omnes* a la sentencia anulatoria de un reglamento en la medida en que, por un lado, la inconstitucionalidad o ilegitimidad sea intrínseca y no por aplicación a un caso concreto, de modo que, cualquiera hubieren sido los integrantes de la litis la conclusión hubiese sido la misma y, por otra parte, la sentencia emanare de la propia CSJN o, incluso, cuando mediaren pronunciamientos reiterados provenientes de instancias inferiores, declarativos de la ilegitimidad del acto de alcance general. Ello, “*por las mismas razones por las cuales corresponde imputar igual consecuencia al pronunciamiento jurisdiccional que declara la inconstitucionalidad de una ley*” (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1413 y ss.). Ampliar en: COMADIRA, Julio Pablo – LAGARDE, Fernando, “La cosa juzgada...”, op. cit.

De esa manera, entonces, la sentencia recaída contra un reglamento intrínsecamente inconstitucional o ilegítimo como ser, por ejemplo, aquellos que establecen “categorías sospechosas” por fijar ciertas discriminaciones (v.gr.: en razón de la nacionalidad, el sexo, etc.), habrá de tener efectos *erga omnes*.

Por otra parte, si la inconstitucionalidad o ilegitimidad lo fuera únicamente para el caso concreto, la sentencia solo deberá tener efectos *inter partes*. Así, por ejemplo, en el caso “Iachemet” la Corte

partes con intereses contrapuestos<sup>65</sup> y de acuerdo con los procedimientos legislativamente

consideró inconstitucional la aplicación a la actora, una anciana de 91 años, del procedimiento previsto en la Ley N° 23.982 –de Consolidación de Deudas– para el pago de las sumas correspondientes al haber de pensión que le había sido reconocido judicialmente. El tribunal consideró que, en el caso, el sometimiento de la señora Iachemet a aquel procedimiento importaba, no una simple restricción temporal al principio constitucional de la cosa juzgada, sino un desconocimiento sustancial del derecho en ésta comprometido, pues, sostuvo, resultaba virtualmente imposible que, conforme con el desenvolvimiento natural de los hechos, aquélla llegara a percibir la totalidad del crédito que le fuera reconocido judicialmente (CSJN, 29/04/1993, “Iachemet, María Luisa c/ Armada Argentina s/ pensión (ley 23.226)”, Fallos 316 :779).

<sup>65</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 4. La exigencia de una “causa”, “caso” o “controversia judicial” viene dada por el art. 116 de la Constitución nacional que expresamente prevé que “*corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución...*” (la negrita nos pertenece). Tal como lo ha entendido la doctrina autorizada en la materia, “causa” debe ser entendida como la “*controversia planteada por parte legitimada sobre una materia susceptible de ser apreciada por un tribunal*” (BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, 2ª edición actualizada, reestructurada y ampliada, Tomo 1, p. 269).

En el tradicional precedente dictado por la Corte Suprema con fecha 10/02/1930 *in re* “Procurador Fiscal del Juzgado Federal de Salta” (Fallos 156:318), se sostuvo que la jurisdicción del poder judicial solo tiene lugar en el marco de una causa, es decir, en “*controversias entre partes*” precisando, luego, que “*la decisión de cuestiones constitucionales, por parte de los tribunales de la Nación, debe ocurrir sólo en el curso de procedimientos litigiosos, es decir, en controversias entre partes con intereses jurídicos contrapuestos y propios para la dilucidación jurisdiccional*” (CSJN, 26/06/1963, “Banco Hipotecario Nacional c. Provincia de Córdoba”, Fallos 256:104).

Es decir, entonces, como bien ha precisado la Corte Suprema, las causas de carácter contencioso son “*aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas*” (CSJN, 28/08/1984, “Baeza, Aníbal R. c. Gobierno Nacional”, Fallos 306:1125), pues “*la jurisdicción atribuida al Poder Judicial de la Nación en los arts. 108, 116 y 117 de la Constitución Nacional se ejerce en las causas de carácter contencioso a las que se refiere el art. 2° de la ley 27, esto es, en casos en los que se pretende, de modo efectivo, la determinación del derecho debatido entre partes adversas, el que debe estar fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada al litigante*” (CSJN, 14/08/2001, “Raimbault, Manuel y otros c. Provincia de Tierra del Fuego”, Fallos 324:2381). Más recientemente, la Corte destacó, con remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, que los casos o controversias contenciosos a los que se refieren los arts. 116 y 117 de la Constitución nacional son aquellos en los que se persigue, en concreto, la determinación del derecho o prerrogativa debatidos entre partes adversas ante la existencia de una lesión actual o, al menos, una amenaza inminente a dicho derecho o prerrogativa (CSJN, 21/10/2008, “Facultad de Ciencias Médicas (U.N.L.P.) c/Universidad Nacional de La Plata s/nulidad actos administrativos - MC art. 32 ley 24.521”, Fallos 331:2257).

No obstante la exigencia de un caso judicial, creemos que, al igual que lo entiende SAMMARTINO, la acción declarativa directa de inconstitucionalidad importa un corrimiento de los límites del caso judicial “*que nos coloca ante una forma mínima de controversia entre partes, que es lo que tipifica -en el orden federal- el caso judicial*” (SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 448).

Así, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la ley N° 402 que regula, entre otras cosas, la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113 inc. 2° de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (o, más precisamente, del “Estatuto Organizativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”), prevé en su art. 18 que se encuentran legitimados para interponerla “*1) las personas físicas; 2) Las personas jurídicas; 3) La Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 4) Los/las titulares de cada uno de tres organismos que componen el Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*”.

Como se ve, la citada norma establece que para la acción declarativa de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no es necesaria la existencia de

establecidos, es decir, a través del procedimiento previsto en cada caso según la índole de la actividad de que se trate.

2.3.1.1.2.- La idea de que con la función judicial el Estado provee a la satisfacción del interés público de manera indirecta y mediata es una cuestión en la que parece haber consenso en la doctrina.

Así, VILLEGAS BASAVILBASO señaló que mediante la función administrativa las necesidades colectivas son satisfechas de manera “*directa e inmediata*”, mientras que la función judicial es “*mediata e instrumental. La actividad jurisdiccional es una función de garantía de determinados intereses tutelados por el derecho objetivo y respecto de los cuales la intervención del Estado no es directa ni inmediata. El Estado, en su unidad teleológica, satisface las necesidades colectivas, para cuyo cumplimiento no es bastante la actividad jurisdiccional, sino que es menester la satisfacción directa e inmediata*”<sup>66</sup>.

Del mismo modo, el profesor COMADIRA al referirse a la mediatez judicial y la inmediatez administrativa, destacó que sus diferencias se traducen, por ejemplo, en que mientras en la función administrativa se atiende primariamente al interés público y secundariamente a los intereses individuales, en la función judicial, al menos civil, se apunta inmediatamente a la defensa del derecho subjetivo y, mediatamente, a la vigencia de la norma jurídica objetiva, “*ello es así, porque, no obstante que los órganos estatales que tienen como misión específica resolver los conflictos de intereses entre partes*

---

una “*causa*”, “*caso*” o “*controversia judicial*” en los términos antes analizados, pues reconoce una legitimación por demás amplia para acudir ante el citado Tribunal.

El citado Tribunal señaló, en reiteradas oportunidades, que, según el art. 18 de la ley N° 402, el instituto previsto en el art. 113, inc. 2, de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es una “*acción popular*” (TSJCABA, 24/10/2006, “*Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*”; 20/04/2001, “*Doy, Miguel c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y nulidad*”, entre muchos otros).

Más aún, en un caso en el que se discutía la legitimación procesal de un legislador de aquella Ciudad, la mayoría de los miembros del Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sostuvo que “*a tenor de lo dispuesto por el art. 18 de la ley de rito de esta Tribunal, sólo es apta para incitar la actividad jurisdiccional que se intenta la de ‘persona física’, siendo inatingente la condición de ‘ciudadano’, en este caso, ‘contribuyente’ o ‘diputado’ de la Ciudad*” (TSJCABA, 19/04/2001, “*Argüello, Jorge Martín Arturo c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*”, publicada en Constitución y Justicia – Fallos del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2001, Tomo III, p. 174 y ss..).

<sup>66</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo...*, op. cit., Tomo I, p. 41.



*contrapuestas responden a la necesidad social de evitar la autodefensa, las notas tipificadoras de la actividad procesal que ellos protagonizan permite considerar a la función detentada como primariamente dirigida a la protección de los derechos individuales. Ello, aun computando la acentuada gravitación que en la legislación procesal más moderna se otorga a la concepción publicística del proceso”<sup>67</sup>.*

En similar sentido, MARIENHOFF destacó que la función judicial “*no es una actividad ‘inmediata’. Su ‘fin’ esencial es la tutela o defensa del derecho objetivo; la protección de los derechos subjetivos –lograda con el acto jurisdiccional– traduce un momento secundario y una consecuencia de lo anterior”<sup>68</sup>.*

GARCÍA TREVIJANO FOS, por su parte, al analizar las diferencias que existen entre la función administrativa y la judicial, apuntó que “*la Administración pública actúa espontáneamente. Muchas veces sin que se le pida que actúe (...) en cambio, el poder judicial actúa, normalmente, a instancia de parte, salvo en los delitos penales públicos. Es decir, que ha de haber una excitación del individuo que solicite del Juez la satisfacción de una pretensión”<sup>69</sup>.*

Con igual criterio, ESCOLA, uno de los coautores de la LNPA, al estudiar la diferencia entre el proceso judicial y el administrativo, sostuvo que mientras la función judicial se caracteriza por la “*falta de espontaneidad de acción, por cuanto, salvo en el caso de las acciones penales, y aun en este supuesto con excepciones, el órgano judicial, para actuar, necesita que su actividad sea requerida por los particulares*”, en la función administrativa “*si bien es cierto que ella puede ser requerida por los particulares, lo más común es que se ponga en movimiento de oficio, es decir, por la propia decisión del órgano administrativo”<sup>70</sup>.*

---

<sup>67</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, op. cit., p. 64, nota N° 100.

<sup>68</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p.64.

<sup>69</sup> GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 51/52. En similar sentido FIORINI señaló que “*el juez actúa, dentro de su organización, cumpliendo sus funciones a instancia de los particulares o del Ministerio público en determinadas materias*” (FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo I, p. 30).

<sup>70</sup> ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado general de procedimiento administrativo, con la explicación completa de las leyes 19.549, 21.686 y decretos reglamentarios 1759/1972, 1744/1973, 3700/1977*, 2ª edición, Buenos Aires, 1981, p. 13.

### 2.3.1.2.) Órganos que ejercen la función judicial, régimen jurídico aplicable y resultado de su ejercicio

En la Argentina, el *régimen jurídico* de la función judicial se aplica a la actividad que realizan los órganos integrantes del Poder Judicial y que, mediante el procedimiento establecido para cada caso, resuelve los conflictos entre partes con intereses contrapuestos mediante el acto estatal “sentencia”.

En tal sentido, cabe tener presente que conforme surge de la parte II, título I, sección 3° de nuestra Constitución nacional:

a- El Poder Judicial de la Nación es ejercido por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación (art. 108), no pudiendo, el presidente de la Nación, en ningún caso, ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas (art. 109),

b- El procedimiento que deben seguir quienes ejercen función judicial es el que fije el Poder Legislativo en los términos del art. 75, inc. 12, de la Constitución nacional<sup>71</sup>,

c- El resultado de la función judicial es la “sentencia”, cuyo objeto es determinar el derecho aplicable en los conflictos actuales o potenciales entre partes. La exigencia de una “causa”, “caso” o “*controversia judicial*” viene dada por el art. 116 de la Constitución nacional que expresamente prevé que “*corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución...*”

### 2.3.1.3.) Síntesis conceptual

En otras palabras, será función judicial aquella actividad desplegada por los órganos

---

<sup>71</sup> El art. 75, inc. 12 de la Constitución de la Nación establece que corresponde al Congreso “*dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados*”.

integrantes del Poder Judicial (*elemento subjetivo*) que, persiguiendo el interés público de forma indirecta y mediata al evitar la autodefensa privada (*elemento teleológico*), resuelve, mediante el procedimiento establecido en los respectivos códigos (*elemento procedimental o formal*), el derecho aplicable en los conflictos actuales o potenciales entre partes con intereses contrapuestos mediante el acto estatal “sentencia” (*elemento material*).

### 2.3.2.) *Concepto de función legislativa*

#### 2.3.2.1.) Modo de relación entre el poder atribuido y la satisfacción del interés público procurado

Por otra parte, mediante la función legislativa se establece cómo ha de perseguirse el bien común como causa final del Estado, “*pero no la gestiona con inmediatez, ni prácticamente; mira, con ella, esencialmente, al futuro*”<sup>72</sup>.

Así, pues, se ha señalado que “*con la administración el Estado satisface los intereses públicos de un modo inmediato. Esto no puede decirse de la legislación (...) mediante la primera el Estado establece de qué manera deben atenderse determinados intereses, pero no los satisface directamente (...) con la función administrativa el Estado mismo se hace sujeto de actividad y obra con medios propios*”<sup>73</sup>.

#### 2.3.2.2.) Órganos que ejercen la función legislativa, régimen jurídico aplicable y resultado de su ejercicio

2.3.2.2.1.- Según surge de la Segunda Parte, Título Primero, Sección Primera de la Constitución Nacional, la función legislativa es cumplida por el Poder Legislativo, compuesto por dos Cámaras, una de Diputados de la Nación y otra de Senadores.

El resultado del ejercicio de la función legislativa ejercida con arreglo al procedimiento previsto por la Constitución nacional para la formación y sanción de las

---

<sup>72</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 4.

<sup>73</sup> ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Arayú, Parte general, 1954, Tomo I, p. 22.

leyes (cfr. Capítulo Quinto de la Sección citada en el párrafo que antecede), se denomina “ley” en sentido formal<sup>74</sup>, sea ella general o particular<sup>75</sup>.

Desde nuestro punto de vista, y sin perjuicio del respeto que merece la calificada opinión de GORDILLO<sup>76</sup>, creemos que las leyes particulares sancionadas por el Congreso (v.gr.: expropiación) no son actos administrativos, sino, antes bien, típicos actos legislativos producto del ejercicio de la función legislativa.

Es que, aun cuando del Congreso puedan emanar actos de carácter individual, no habrá función administrativa y sí legislativa si dicho acto, además de haber sido emitido por ese órgano, hubiese estado precedido de un procedimiento deliberativo y de acuerdo con el procedimiento previsto por la Constitución nacional para la formación y sanción de las leyes<sup>77</sup>.

2.3.2.2.2.- De ese modo, surge con meridiana claridad que el régimen jurídico propio de la función legislativa es el que está previsto en la Constitución de la Nación para la formación y sanción de las leyes y que, por cierto, en todo Estado democrático y republicano, tiene como nota tipificante el carácter representativo de la voluntad popular que se cristaliza, siempre, mediante un procedimiento previo “deliberativo”<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> Al respecto destacamos que, de conformidad con lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC N° 06/1986, párrafo 27, la expresión leyes, empleada en el art. 30 del Pacto de San José de Costa Rica, “[...] no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, de norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento interno requerido por cada Estado”.

<sup>75</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, “Los Reglamentos Delegados” en AA.VV., *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 679 y ss., especialmente p. 687 y, también, en *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 266.

También han señalado que caracterizar a la función legislativa sobre la base del carácter “general” de su producto –es decir, la “ley”– resulta desacertado, entre otros autores: ZANOBINI, Guido, *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 20; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo. Parte General*, 2° Edición, Montevideo, 1972, Tomo I, p. 39; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 63/64; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, 5° Edición, Depalma, Buenos Aires, 1955, Tomo I, p. 173 y ss.; DIEZ, Manuel María, *El Acto Administrativo*, Segunda Edición, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 25/26.

<sup>76</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, Cap. IX-39/40

<sup>77</sup> En similar sentido: SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 231, nota 331.

<sup>78</sup> Ver: FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo I, p. 30 y 109; BARRA, Rodolfo C., *Principios...*, op. cit., p. 144, luego en BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 244 y, más

### 2.3.2.3.) Síntesis conceptual

En definitiva, entonces, función legislativa es la actividad desarrollada por el Congreso (*elemento subjetivo*) que, con vistas al bien común en forma indirecta y mediata (*elemento teleológico*), y de acuerdo con el procedimiento previsto por la Constitución nacional para la formación y sanción de las leyes (*elemento procedimental o formal*), tiene como resultado el acto estatal “ley”, general o particular<sup>79</sup> (*elemento material*).

### 2.3.3.) Concepto de función administrativa

Finalmente, para definir el concepto de función administrativa según el criterio

---

recientemente, en BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 254; COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 4 y ss.; DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación...*, op. cit., p. 35; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 234, entre otros.

Concretamente, FIORINI ha señalado que la actividad legislativa tiene como resultado el acto estatal denominado “ley”, cuyo “*procedimiento utilizado es el de deliberación*” y, BARRA, por su parte, precisó que “*el ejecutivo expresa su voluntad conforme a un procedimiento preponderantemente jerárquico, mientras el legislativo lo hace previa deliberación y decisión mayoritaria y el judicial según la regla del silogismo*”.

Del mismo modo, el resto de los autores citados apuntaron que mientras el procedimiento que antecede a la sanción de una ley es “deliberativo”, el del acto es “jerárquico” (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 4 y ss.; DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación...*, op. cit., p. 35; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 234).

Sin embargo, cabe aclarar que el hecho de que un acto haya sido emitido mediante un mecanismo previo de “deliberación” no implica, *per se*, que aquel sea fruto de la función legislativa pues, insistimos, para que se esté ante el ejercicio de aquella función y, por tanto, frente a una “ley”, no solo es necesario que el procedimiento deliberativo se lleve a cabo en el Congreso sino, además, que la deliberación se haga de acuerdo con el procedimiento previsto por la Constitución de la Nación para la sanción de las leyes. Como veremos más adelante (punto N° 2.3.3.1.1., especialmente Nota N° 82), habrá actos que si bien para su emisión requieren “deliberación”, no por ello dejarán de ser “actos administrativos” y, por tanto, producto de la función administrativa, independientemente del órgano del cual emane. Así, será posible encontrar actos administrativos que han sido dictados previa deliberación en cualquier órgano colegiado, sea que aquel integre el Poder Judicial (v.gr.: los actos emanados del Consejo de la Magistratura, etc.-), el Poder Legislativo (v.gr.: los actos que son producto del procedimiento del juicio político, etc.) o el Poder Ejecutivo (v.gr.: las decisiones de un jurado en el marco de un concurso público, etc.).

<sup>79</sup> Por ello, y sin perjuicio del respeto que merece la calificada opinión del profesor BARRA, creemos que su crítica al criterio mixto para delimitar las funciones del Estado no es, en rigor, acertada, pues, como vimos, el único órgano estatal que ejerce *función legislativa* es el Poder Legislativo (BARRA, Rodolfo C., *Principios...*, op. cit., p. 140/141, luego en BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 239/240 y, más recientemente, en BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 245/246).

“mixto” al que hemos adherido, debemos recordar, por un lado, que la denominación “mixta” obedece a que se nutre de distintos elementos (orgánicos, materiales, procedimentales o formales y teleológicos) para categorizar a cada una de las funciones jurídicas del Estado y, a su vez, que propone caracterizarlas según el *régimen jurídico objetivo* que las informa.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que según el criterio mixto todas las funciones jurídicas del Estado persiguen el bien común o interés público pues, como hemos apuntado antes, aquel es su causa final y única razón de ser: no obstante, para alcanzar aquella finalidad, el Poder del Estado, como medio o instrumento para gestionarla, además de estar sometido *regímenes jurídicos diversos*, por conducto de uno de los elementos antes mencionados (v.gr.: teleológico), *reconoce el modo de relación –directa e inmediata o indirecta y mediata– entre el poder atribuido y el fin de interés público que persiguen.*

#### 2.3.3.1.) Cuestiones preliminares

Tal como se vio anteriormente, en la *función judicial* resulta esencial la independencia e imparcialidad del órgano (Poder Judicial) que, de acuerdo con el *régimen jurídico* que surge de los procedimientos legislativamente establecidos, es decir, a través del procedimiento previsto en cada caso según la índole de la actividad de que se trate, está llamado a resolver conflictos con intereses contrapuestos: órganos independientes de los legislativos y administrativos, e imparciales respecto de los intereses controvertidos en cada situación.

A su vez, de lo expuesto en las páginas que anteceden queda claro no solo que la *función legislativa* en todo Estado democrático y republicano tiene como nota tipificante el carácter representativo de la voluntad popular sino, también, que el *régimen jurídico* aplicable al órgano que la ejerce (Poder Legislativo) es el previsto en la Constitución de la Nación para la formación y sanción de las leyes, cuya característica principal es que siempre será “deliberativo”.

Ahora bien, por medio de la *función administrativa*, los órganos que la ejercen tienen

como nota propia la relación de jerarquía, estricta o atenuada (v.gr.: tutela)<sup>80</sup> que actúan con arreglo a los procedimientos administrativos dirigidos a garantizar la juridicidad y eficacia del accionar administrativo, y cuyo *régimen jurídico* se caracteriza por la *exorbitancia* que analizaremos más adelante.

Al respecto, cabe recordar lo que hemos apuntado en las páginas anteriores, en cuanto a que el hecho de que un acto haya sido emitido mediante un mecanismo previo de “deliberación” no implica, *per se*, que aquel sea fruto de la función legislativa pues, insistimos, para que se esté ante el ejercicio de aquella función y, por tanto, frente a una “ley”, no solo es necesario que el procedimiento deliberativo se lleve a cabo en el Congreso sino, además, que la deliberación se haga de acuerdo con el procedimiento previsto por la Constitución de la Nación para la sanción de las leyes.

Aquello justifica, entonces, la existencia de actos que si bien para su emisión requieren “deliberación”, no por ello dejarán de ser “actos administrativos” y, por tanto, producto de la función administrativa, independientemente del órgano del cual emane.

Así, será posible encontrar actos administrativos que han sido dictados previa deliberación en cualquier órgano colegiado, sea que aquel integre el Poder Judicial (v.gr.: los actos emanados del Consejo de la Magistratura<sup>81</sup>, etc.), el Poder Legislativo (v.gr.: los actos que son producto del procedimiento de juicio político, etc.) o el Poder Ejecutivo (v.gr.: las decisiones de un jurado en el marco de un concurso público, etc.)<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> En tal sentido, como señalaba el profesor COMADIRA al analizar la función administrativa, con ella el Estado satisface el bien común con inmediatez, “en forma directa, concretando los mandatos legislativos, judiciales o, en su caso, directamente constitucionales, a través de una estructura orgánica caracterizada por la relación de jerarquía, estricta o atenuada (tutela), que actúa con arreglo a un procedimiento dirigido a garantizar la legalidad y eficacia del accionar administrativo” (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 4/5, énfasis agregado).

Sobre el concepto de jerarquía y sus derivaciones puede verse: COMADIRA, Fernando Gabriel, “La jerarquía como principio...”, op. cit.

<sup>81</sup> Ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo, “El control judicial de las decisiones del Consejo de la Magistratura (con particular referencia a los procedimientos de selección de magistrados)”, en AA.VV. *Control de la Administración Pública*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, p. 23 y ss., reproducido luego en *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 541 y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Tomo 1, p. 154 y ss.

<sup>82</sup> En tal sentido, cabe recordar que los órganos administrativos pueden ser clasificados de diversas maneras. Así, por ejemplo, se habla de una clasificación *estructural* y una *funcional*. En lo que aquí interesa, hemos de señalar que dentro de la primera es posible clasificar a los órganos de acuerdo con: a) su *origen normativo*



### 2.3.3.2.) Modo de relación entre el poder atribuido y la satisfacción del interés público procurado

Mientras en las funciones legislativa y jurisdiccional el Estado satisface el interés público de manera mediata e indirecta, con la función administrativa, el Poder Ejecutivo o, en rigor, cualquier órgano estatal u ente no estatal que actúe en el ejercicio de aquella función, busca satisfacerlo de manera *directa e inmediata*.

En definitiva, entonces, bien puede concluirse que mediante la función administrativa,

---

(constitucionales, no constitucionales, infraconstitucionales o legales); b) su *composición* (individuales – administración burocrática– o colegiados –administración colegiada–); c) *integración* (simples o compuestos) y, d) por su *representatividad* (representativos y no representativos) (ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 209 y ss.).

Ahora bien, cuando se clasifica a los órganos administrativos desde el punto de vista *estructural* según su *composición*, se suele hablar, como dijimos, de administración *burocrática* y administración *colegiada*.

En el primer supuesto las funciones están asignadas a una persona física que actúa individualmente y que es el titular del órgano de que se trate: aquí la voluntad de esa persona es la que aparece como voluntad atribuida al órgano, como voluntad de éste. En la organización burocrática rige, entonces, el principio de la jerarquía y subordinación (la voluntad del órgano superior prima sobre la del inferior); en la organización burocrática el órgano actúa de manera continua y permanente, siendo por ello mismo la más frecuentemente utilizada en la organización administrativa: “*esta organización se caracteriza por coadyuvar a la rapidez de las decisiones y a la celeridad de la actuación administrativa, por su composición lineal y por la concentración de la voluntad de resolución y, consiguientemente, de la responsabilidad pertinente*” (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 213).

En el segundo caso, es decir, en la organización colegiada, las funciones se encomiendan simultáneamente a varias personas físicas, que no actúan de manera separada o aislada, sino constituyendo un conjunto cuyos componentes obran en un pie de igualdad entre sí. Aquí, a diferencia de la organización burocrática, opera el principio de la “deliberación”, en la que prevalece la decisión de la “mayoría” sobre la de la minoría. En la organización colegiada la actuación no es permanente sino, en rigor, intermitente o esporádica (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 214; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 120; DIEZ, Manuel María, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 52, entre muchos otros).

Naturalmente, excede al objeto de esta tesis analizar el funcionamiento de los órganos colegiados pero, no obstante, y en lo que hace al objeto del desarrollo de este trabajo, solo diremos que las decisiones de los órganos colegiados (sea que pertenezcan al Poder Judicial, Ejecutivo o Legislativo –en este último caso, en tanto y en cuanto la deliberación no se haga de acuerdo con el procedimiento previsto por la Constitución de la Nación para la sanción de las leyes no) traducen el ejercicio de la función administrativa y, por consiguiente, tienen la naturaleza de “actos administrativos” (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 126; DIEZ, Manuel María, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 54; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. IX–20 y ss.; COVIELLO, Pedro J. J., “La motivación de las decisiones de los órganos colegiados”, RAP 417:41; MONTI, Laura M., “La reciente jurisprudencia de la CSJN en materia de acto administrativo”, en AA.VV., *Derecho administrativo, Estado y república*, CARDONA, Juan Carlos – Director– Astrea, Buenos Aires, 2019, Tomo 2, p. 257 y ss., especialmente p. 259; 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)*, 2ª Edición, Madrid, Cívitas, 1999, Tomo 1, p. 813).



cuya característica central está dada, como veremos, por su *régimen jurídico exorbitante*, el Estado satisface en forma *directa e inmediata* el interés público o bien común, presupuesto indispensable e irrenunciable de la actividad misma de la administración pública<sup>83</sup>, sin que esto implique desvinculación del interés privado el que, por lo demás, concurre como dato de ineludible reconocimiento y protección en las normas procedimentales del derecho administrativo<sup>84</sup>.

### 2.3.3.3.) Órganos que ejercen la función administrativa, régimen jurídico aplicable y resultado de su ejercicio. Remisión

De lo expuesto hasta aquí queda claro que el Estado, por medio de todas las funciones jurídicas que le son propias (v.gr.: función legislativa, administrativa y judicial), busca satisfacer el interés público o bien común, pero encauzando su actividad en *diversos regímenes jurídicos* que le dan forma a cada una de ellas; regímenes que, como vimos antes, y sobre la base de uno de sus elementos (v.gr.: teleológico), *reconocen el modo de relación –directa e inmediata o indirecta y mediata– entre el poder atribuido y el fin de interés público que persiguen*.

---

<sup>83</sup> Es que, como con acierto se ha señalado, el interés público “*gobierna la índole práctica, continua y permanente de la actividad que, en cada caso, la Administración está llamada a adoptar en el marco vinculante de la juridicidad*” (SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo I, p. 65 y 175). Tal como enseña el autor, el interés público es la “*savia que recorre a la función administrativa*” (Idem, p. 66).

<sup>84</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 4. Como bien ha señalado el profesor citado, el interés público “*gestionado vicarialmente por la administración, engloba los intereses de cada ciudadano, de modo que, paradójicamente, el interés público que, en apariencia, es el interés de una de las partes (la administración), integra, en rigor, el interés de la otra parte (el administrado), con la cual parece estar en oposición. Hacer prevalecer un interés (el público) sobre otro (el privado) es, por eso, consagrar y proteger el propio interés que se sacrifica formalmente*” (COMADIRA, Julio Rodolfo, “El juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa). Los intereses a proteger”, EDA 2015:659). En igual sentido: GARRIDO FALLA, Fernando, *Las transformaciones del Régimen Administrativo*, 2ª Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, p. 86.

Asimismo, se ha precisado que “*el bien común –idéntico al interés público– (...) se determina también a partir de intereses privados (...); la libertad fundamental se convierte en parte integrante del interés público*” (HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, op. cit., p. 243).

El consejo de Estado francés ha señalado que “*la distinción de los intereses públicos y de los intereses privados se diluye al poder satisfacerse, en ciertos casos, el interés general por el intermedio de la satisfacción de intereses puramente privados*” (C.E. 20/07/1971, Ciudad de Sochaux, Rec. 561; A.J. 19720.227, ampliar en: LONG, Marceau –WEIL, Prosper –BRAIBANT, Guy –DEVOLVÉ, P. –GENEVOIS, B., *Los grandes fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa*, Ediciones Librería del Profesional, París, 2000, p. 496).

En el caso de la función administrativa, que *puede ser desplegada por cualquier órgano estatal* (léase: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial) *o ente no estatal* (público o privado), su característica central está dada por el *régimen jurídico exorbitante* que le es propio y, que, gestionando el interés público de manera *directa e inmediata*<sup>85</sup>, se traduce en el acto estatal “acto administrativo”, *entendida esta expresión en su sentido más genérico y comprensivo*.

Ahora bien, y teniendo en cuenta entonces que el acto administrativo está indisolublemente asociado al ejercicio de la función administrativa, es claro que resulta esencial al objeto de esta tesis analizar quiénes pueden ejercerla, cuál es el régimen jurídico que se le aplica a los que despliegan aquella función y, por último, cuál es el resultado de su ejercicio. Por ello, remitimos para su estudio exhaustivo a los Capítulos II, III y V, respectivamente.

#### 2.3.3.4.) Síntesis conceptual

En ese marco, entonces, y tal como dijéramos en otra ocasión<sup>86</sup>, podemos afirmar que función administrativa es **la mayor parte de la actividad que cumple el Poder Ejecutivo** –quedando excluidos los actos institucionales y los regidos parcialmente por el derecho privado– (*elemento subjetivo*) **y, a su vez, parte de la que realiza el Poder Legislativo y el Poder Judicial** –en tanto no asuman la condición de función legislativa o jurisdiccional propiamente dicha– (*elemento residual*), **que, en aras a la satisfacción directa e inmediata del bien común o interés público** (*elemento teleológico*), **y bajo un régimen jurídico exorbitante, tiene como resultado, en sentido amplio o genérico, el “acto administrativo”**<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Por ello, bien ha señalado COMADIRA, que una de las características de la función administrativa reside en el modo de operatividad, directo e inmediato, que en ella asume el interés público (COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, op. cit., p. 63 y ss.).

<sup>86</sup> Ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, Astrea–Rap, Buenos Aires, 2019, p. 44 y ss. y, antes, en COMADIRA, Fernando Gabriel, “Apuntes sobre la función administrativa...”, op. cit.

<sup>87</sup> En similar sentido: COMADIRA, Julio Rodolfo, “Las bases constitucionales del procedimiento administrativo”, en COMADIRA, Julio Rodolfo (director), *Elementos de Derecho Administrativo*, Colección de Análisis Jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 948; criterio luego ratificado en: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge, *Derecho Administrativo Argentino...*, op. cit., p. 4/5 y, luego, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 4/5.

Del concepto de función administrativa expuesto surgen diversos aspectos que requieren ser analizados, como ser, por un lado, quiénes son los sujetos que la ejercen y, por otra parte, qué significa que el resultado de aquella función administrativa es el acto administrativo en *sentido amplio o genérico*, lo que significa, como ya adelantáramos y se profundizará en el Capítulo II, IV y especialmente en el V, que se incluye dentro de su concepto tanto a los actos administrativos de alcance *particular o general* (normativos – v.gr.: reglamentos– o no normativos), como a los de formación *unilateral o bilateral*, tal el caso de los contratos administrativos.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que una correcta noción de la función administrativa resulta de vital importancia para el derecho administrativo, pues, en definitiva y como ya dijéramos, este ha sido definido como “*la rama de la ciencia del derecho que tiene por objeto de estudio las normas y los principios que regulan el ejercicio de la función administrativa y, asimismo, el control judicial de ésta*”<sup>88</sup>, en los Capítulos que siguen analizaremos las principales consecuencias que se derivan del criterio mixto al que hemos adherido.

#### 2.3.3.5.) Algunas consideraciones finales

2.3.3.5.1.- Hasta aquí ha quedado demostrado que el acto administrativo es a la función administrativa, lo que la ley es a la función legislativa y la sentencia a la función judicial.

Si bien la definición que hemos propuesto de función administrativa en modo alguno pretende ser impermeable a toda crítica, lo cierto es que, a diferencia del concepto brindado por el *criterio subjetivo* y el *material*, entendemos que el *criterio mixto para delimitar las funciones jurídicas del Estado* es el que mejor se condice no solo con las finalidades propias de cada una de aquellas funciones y la manera en que son satisfechas

---

También han adherido a la definición expuesta en el texto, entre otros: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 298, especialmente nota N° 54 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Impugnación administrativa de los actos de alcance general”, en AA.VV., *Fuentes y Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Rap, Buenos Aires, 2019, p. 89, especialmente nota N° 54.

<sup>88</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 6. Ampliar en nota N° 9.

sino, además, y muy especialmente, con el *régimen jurídico* que las informa.

Así, pues, como señalara la doctrina calificada en la materia, “*el régimen jurídico inherente a cada una de las funciones del Estado es, en efecto, consecuencia de las finalidades que determinan a cada una de ellas y es por eso que, a partir de esas finalidades diversos, se generan estructuras orgánicas distintas que actúan, a su vez, en el marco de causas formales también diferentes*”<sup>89</sup>.

2.3.3.5.1.1.- Tenemos para nosotros que algunas cuestiones puntuales quizás todavía serían causa de interesantes debates pues, por ejemplo, podría llegar a plantearse que existen casos en los que el Poder Legislativo sanciona leyes (de alcance particular o general) que *satisfacen de manera directa e inmediata el interés público* (elemento teleológico que, como vimos, es uno de los que caracteriza a la función administrativa).

A modo de ejemplo, y con el fin de explicar lo expuesto, podría analizarse lo ocurrido en la República Argentina en el año 2020 donde, el Poder Ejecutivo, y con base en la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud con motivo del brote del Covid-19 (Coronavirus), mediante el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020 dispuso el “*aislamiento social, preventivo y obligatorio*” a efectos de proteger la salud pública.

Si bien resulta innegable que con aquel Decreto (que, en nuestra opinión, y como se demostrará a lo largo de los fundamentos que sustentan esta tesis, es producto de la función administrativa y no de la función legislativa) el interés público se vio satisfecho de manera *directa e inmediata*, cabe preguntarse qué hubiera ocurrido si el Congreso de la Nación hubiese sancionado una Ley disponiendo exactamente lo mismo, es decir, si el bien común no se habría visto satisfecho también de forma directa e inmediata con la sanción de aquella norma.

Igual planteo podría efectuarse en relación con las leyes que dicta el Congreso para

---

<sup>89</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, “Las bases constitucionales del procedimiento administrativo”, en COMADIRA, Julio Rodolfo (director), *Elementos de Derecho Administrativo*, Colección de Análisis Jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 948; criterio luego ratificado en: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge, *Derecho Administrativo Argentino...*, op. cit., p. 4/5 y, luego, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 4/5.

expropiar los bienes que considera convenientes o necesarios para la satisfacción de la “utilidad pública”.

Sin embargo, aun cuando en aquellos supuestos se aceptara la hipótesis de que el interés público fue procurado de manera directa e inmediata, debe recordarse que no habrá función administrativa y sí legislativa si aquellos actos, además de haber sido emitidos por el Congreso, fueron precedidos por el procedimiento deliberativo previsto por la Constitución nacional para la formación y sanción de las leyes.

De todos modos, la hipótesis planteada debería descartarse si se acude, como lo hizo la doctrina al estudiar el vocablo “administración”<sup>90</sup>, al significado etimológico de los términos “directo” e “inmediato” que, en nuestro caso, son utilizados como maneras de dar satisfacción al interés público.

En tal sentido, “directo” proviene del latín “*directus*”, cuyos componentes léxicos son el prefijo “*di*” (divergencia múltiple) y “*rectus*” (derecho): *directo* significa, entonces, “*en línea recta*”.

La expresión “inmediato”, por su parte, deriva de “*inmediatus*” la que, a su vez, está compuesta por las palabras “*in*” (sin) y “*medius*” (intermediario o que está en el medio): *inmediato* es, pues, un adjetivo que se utiliza para nombrar a algo que *sucede enseguida, sin ningún tipo de tardanza*.

Asimismo, cabe destacar que aquellas han sido las definiciones brindadas por el

---

<sup>90</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 28; ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1984, Tomo 1, p. 12; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 49; BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 224, nota N° 1 y, más recientemente, en BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 299, nota N° 124; IVANEGA, Miriam M., *Principios...*, op. cit., p. 29; MURATORIO, Jorge I., “Centralización descentralización, concentración y desconcentración (algunos aspectos del régimen jurídico de los entes descentralizados)”, en AA.VV., *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, p. 223; FARRANDO, Ismael (H.) “Estado, poder, órganos...”, op. cit., p. 25; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado...*, op. cit., Volumen 1, p. 23; GASCÓN Y MARÍN, José, *Tratado de Derecho Administrativo*, Undécima Edición Revisada, Madrid, 1950, Tomo 1, p. 28; BREWER CARÍAS, Allan, *Tratado...*, Volumen II, p. 70; entre muchos otros.

Cabe destacar que, como sostienen la gran mayoría de los autores mencionados, “administración” deriva de la expresión latina “*administratio*” o “*administrare*”, compuesta, a su vez, por las voces “*ad*”, es decir “a”, y “*ministrare*”, que significa “servir”: en consecuencia, sostienen que administración quiere decir “servir a”. Otros autores también señalan que la locución “administrar” proviene del término “*ad manus trahere*”, que implica una alusión a la idea de manejo o gestión (GIANNINI, Massimo S., *Lezioni di Diritto amministrativo*, Giuffrè, 1950, Volumen I, p. 4, citado por GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado...*, op. cit., Volumen I, p. 23).

diccionario de la Real Academia Española, pues define a la palabra directo como “derecho o en línea recta”<sup>91</sup> e inmediato “contiguo o muy cercano a algo o alguien; que sucede enseguida, sin tardanza”<sup>92</sup>.

Por consiguiente, si se entiende que satisfacer el interés público de manera directa e inmediata es hacerlo “en línea recta, sin intermediarios ni tardanza”, pareciera ser que en los ejemplos dados ello no se lograría pues, en definitiva, el genético perfil deliberativo del Congreso está desprovisto, en líneas generales, de rapidez<sup>93</sup> y, además, aquellos actos (v.gr.: leyes) siempre van a requerir el complemento o integración ejecutiva de la función administrativa<sup>94</sup>.

Siguiendo con el ejemplo planteado, es claro que de haberse seguido el procedimiento previsto por la Constitución nacional para que el Congreso sancione una ley (función legislativa) la solución habría llegado tarde, pues el proceso de formación de las leyes es, por esencia, lento y, por consiguiente, no se hubiera podido brindar una respuesta urgente a la situación atravesada, con las consecuencias que ello hubiera acarreado<sup>95</sup>.

---

<sup>91</sup> <https://dle.rae.es/directo>, consultado por última vez el 04/03/2021.

<sup>92</sup> <https://dle.rae.es/inmediato?m=form>, consultado por última vez el 04/03/2021.

<sup>93</sup> En igual sentido puede verse: SACRISTÁN, Estela B., “La administración legisladora (y dos saludables recaudos)”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho procesal administrativo*, obra en homenaje a Jesús González Pérez, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, Tomo 1, p. 391 y ss., especialmente p. 414. Resulta por demás interesante la referencia que hace la autora sobre las posturas de Locke y Hauriou, para quienes, respectivamente, “el poder de hacer la ley era ‘excesivamente lento’ y que era ‘imposible prever ... todos los accidentes y necesidades” y “las materias gubernamentales, esencialmente nuevas porque surgen bajo la presión de los acontecimientos, y siempre urgentes porque interesan a la unidad y a la salvación del Estado, no pueden esperar, para recibir solución, a que se deliberen leyes con el tiempo que esta operación requiere. El funcionamiento político del Estado se presenta con los caracteres de un Gobierno, por la decisión ejecutiva rápida que, transcurrido el momento de la urgencia, podrá someterse a la confirmación de la ley pero que, mientras tanto, vale por sí misma” (Idem, p. 399/400).

<sup>94</sup> En tal sentido, y como recordáramos antes, según expresara el tratadista ZANOBINI, “con la función administrativa el Estado se hace sujeto de actividad y obra con medios propios para conseguir aquellos fines que juzga reservados a su acción directa” (ZANOBINI, Guido, *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 22).

Adrián VENTURA, por su parte, al analizar los decretos de necesidad y urgencia sostuvo que tipifican un estado de hecho que se caracteriza, entre otras cosas, por requerir de una acción “repentina, inmediata, con lo cual el elemento tiempo adquiere vital importancia” (VENTURA, Adrián, “Los decretos de necesidad y urgencia: un salto a la vida constitucional”, en Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002-1, *La emergencia económica*, p. 155 y ss., especialmente p. 167).

<sup>95</sup> Un claro ejemplo en el que el factor “tiempo” para la emisión de un DNU, aunque no ya en materia de seguridad pública, puede verse con lo sucedido al emitirse el Decreto N° 924/1999 del 23/08/1999 que explicaremos en la nota N° 1125.

Cabe recordar, además, lo expuesto por la CSJN en el conocido caso “Peralta”, donde reconoció la validez del Decreto N° 36/1990 argumentando, entre otras cosas, que había mediado una situación de grave riesgo social frente a la cual existía la necesidad de adoptar “medidas súbitas (...) cuya eficacia no



Por eso, ante una pública y notoria situación excepcional de grave perturbación económica, social, política o de la salud pública que, además, representa el máximo peligro para el país, el lento procedimiento para la formación y sanción de las leyes podría destruir y dejar estéril la finalidad propia del Poder Ejecutivo, es decir, la gestión o administración (“servir a”) directa e inmediata del interés público (función administrativa).

En tal sentido, resulta oportuno recordar las palabras de DONOSO CORTÉS, citado por GARCÍA PELAYO, cuando expresaba que *“el legislador que en tiempos de disturbios y trastornos aspira a gobernar con las leyes comunes es un imbécil, el que aun en tiempos de disturbios y trastornos aspira a gobernar sin ley es temerario. El Derecho común es la regla ordinaria de los hombres en tiempos de bonanza. El derecho excepcional es su regla común en circunstancias excepcionales (...) Mas como lo excepcional rechaza por su propia esencia la generalidad de la ley, es claro que una gran parte de derecho excepcional no solo ha tenido lugar, en ocasiones, al margen de la ley, sino incluso contra la ley (...) a tales medidas pertenecen, por ejemplo, los decretos de necesidad y urgencia”*<sup>96</sup>.

Es que, como destacaba BIDART CAMPOS, *“la gravedad de esta emergencia, que es la que constituye circunstancia excepcional, debe requerir una medida inmediata, y es la emergencia y la inmediatez de la medida la que hace imposible que el congreso legisle, porque el trámite ordinario, por acelerado que pueda ser en el caso, no proporciona la solución urgente”*<sup>97</sup>.

Del mismo modo, HUTCHINSON precisó que *“la insuficiencia jurídica del procedimiento normal justifica la utilización de los institutos excepcionales de la urgencia. El procedimiento de urgencia lo que posibilita es obtener el fin perseguido; es el procedimiento idóneo para alcanzar la meta. Si aquél es imposible ello implica su antijuridicidad y no la insuficiencia del medio empleado. La sustitución de un*

---

*parece concebible por medios distintos a los arbitrados”* CSJN, 27/12/1990, “Peralta, Luis Arcenio y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía, Banco Central s/amparo”, Fallos 313: 1513, especialmente considerando N° 24).

<sup>96</sup> GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Séptima Edición, de la Revista de Occidente, Madrid, 1964, p. 163/164.

<sup>97</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1997, Tomo III, p. 253.

*procedimiento normal por uno excepcional radica en la insuficiencia de uno y en la idoneidad del otro para conseguir el fin propuesto. Siendo ello así, es lícito acudir al reglamento de necesidad y urgencia cuando el Congreso no puede reunirse o no puede sancionar la ley por el procedimiento legislativo previsto en la Constitución, en el tiempo que la urgencia lo requiere*<sup>98</sup>.

2.3.3.5.1.2.- Por otra parte, también podría alegarse que, en muchas ocasiones, los reglamentos que emite el Poder Ejecutivo no gestionan con inmediatez ni prácticamente el interés público, sino que, en rigor, lo hacen esencialmente hacia el futuro.

Sin embargo, como bien destacara el profesor GARCÍA PULLÉS, ***“los caracteres de inmediatez y practicidad que se atribuyen a la actividad administrativa, no pueden potenciarse hasta el punto de servir como excusa para excluir a los reglamentos de la actividad administrativa típica, y creo inadmisibles dar un alcance tan extenso a la concreción como para separar a todo acto abstracto del concepto de Administración. Tal conclusión halla sustento, en particular, en la existencia cada vez más notoria de resoluciones de conflictos a través de actos particulares cuyos efectos se expanden hacia terceros y de reglamentos que son también, por sí, actos de aplicación”*** (énfasis agregado)<sup>99</sup>.

Es que, como afirma el citado jurista luego de señalar la diferencia que la CSJN hizo entre reglamentos de ejecución “adjetivos” y “sustantivos”, esta última categoría ***“permite comprender la existencia de criterios que compatibilizan la ‘concreción y practicidad’, propia de la labor administrativa, con la emisión de normas de carácter general, típica de los reglamentos”*** (énfasis agregado)<sup>100</sup>.

En similar sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA destacó que un *“reglamento no es una simple amenaza potencial e incierta, sino una perfecta realidad actual, como actual su incidencia sobre las situaciones jurídicas individuales, aun antes de los actos singulares*

---

<sup>98</sup> HUTCHINSON, Tomás, “Los procedimientos de urgencia en el derecho administrativo argentino”, en AA.VV., *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, p. 298.

<sup>99</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Las vías administrativas en la impugnación de reglamentos...”, op. cit. p. 308/309.

<sup>100</sup> Ídem, p. 309.



de aplicación, por el solo hecho de modificar el orden jurídico e imponer –o pretender– una obligación de cumplimiento”<sup>101</sup>.

Por otra parte, tampoco puede soslayarse que los reglamentos, a diferencia de las leyes, que siempre van a requerir el complemento o integración ejecutiva de la Administración –incluso las denominadas leyes autoaplicativas<sup>102</sup>–, son ejecutados por la propia Administración<sup>103</sup>, es decir, puestos en práctica por sí y ante sí, aún en contra de la voluntad del administrado y sin necesidad de acudir a la intervención de la justicia, empleando para ello, de ser necesario y excepcionalmente, procedimientos de ejecución coactiva.

Finalmente, la satisfacción *directa e inmediata* del interés público en el caso de los reglamentos se ve con mayor claridad en el caso de los *reglamentos autoaplicativos*.

### **3.) Otras posturas vinculadas, especialmente, con la función administrativa y los reglamentos de necesidad y urgencia y los delegados**

En las páginas anteriores vimos que el acto administrativo en *sentido amplio o genérico*, deriva de la función administrativa.

Destacamos y enfatizamos que el resultado del ejercicio de la función administrativa es el acto administrativo en sentido amplio y/o genérico toda vez que, en rigor, como ya adelantáramos y se profundizará en el Capítulo II, IV y especialmente en el V, éste puede clasificarse según sus alcances, en actos administrativos *particulares* (individuales,

---

<sup>101</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos”, RAP 38:159, especialmente p. 198/199, nota al pie N° 88.

En similar sentido, LUQUI señaló que los reglamentos “*pueden afectar derechos subjetivos sin que se produzcan actos de aplicación. Un reglamento que impone el cumplimiento de requisitos innecesarios para acceder a un cargo, o para ejercer una actividad o que prevé sanciones para quienes infrinjan sus normas, afecta derechos subjetivos con su sola vigencia, sin que se requieran actos de aplicación. Con mayor razón se pueden producir estos agravios en los actos de alcance general que contienen órdenes o mandatos*” (LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, Astrea, Buenos Aires, 2005, Tomo 2, p. 31).

<sup>102</sup> Tal como se verá más adelante, especialmente en el Capítulo V, punto N° 3.3., las leyes autoaplicativas, al igual que los reglamentos autoaplicativos, son aquellas normas que con su sola sanción adquieren operatividad inmediata. En otras palabras, y como se profundizará más adelante, se trata de normas que no requieren de un acto de aplicación para producir efectos jurídicos directos.

<sup>103</sup> Ver nota N° 94.

pluriindividuales o plúrimos) o *generales* (normativos –v.gr.: reglamentos– o no normativos) y, según su formación, en *unilaterales* o *bilaterales*.

Ahora bien, de la clasificación enunciada (que, como mencionamos, en modo alguno creemos que sea la única manera correcta de hacerlo<sup>104</sup>), se extrae que *tanto los actos administrativos de alcance particular como los de alcance general* (concretamente, en lo que aquí interesa, los normativos, es decir, los reglamentos cualquiera sea su especie–v.gr.: reglamentos autónomos, ejecutivos, delegados y de necesidad y urgencia–) y *los de gestación bilateral*, al ser un producto de la función administrativa (por oposición a la legislativa), encuadran dentro del concepto amplio y/o genérico de “acto administrativo”.

Ello justificará, entonces, que exista un tratamiento jurídico diferente en algunos aspectos normativos entre, por ejemplo, el *acto administrativo de alcance particular* y los *actos administrativos de alcance general*, del mismo modo que permitirá sostener que, al ser todos actos administrativos, poseen ciertas cualidades en común, tal como veremos en la cuarta parte (Capítulos VII y VIII) de esta obra.

No obstante lo expuesto, cabe señalar que, independientemente de los distintos criterios enunciados para clasificar a las funciones jurídicas del Estado, en el ámbito de la doctrina nacional es posible encontrar no solo un calificado sector de la doctrina que, dependiendo de la clase de reglamento de que se trate y quien lo emita, considera que pueden ser catalogados como producto de la “función administrativa” o de la denominada “función presidencial” sino, además, otros autores que, también distinguiendo la especie de reglamento, le asignan naturaleza administrativa o legislativa.

Como veremos a continuación, la clasificación adoptada por aquellos autores no está desprovista de consecuencias prácticas. Veamos.

### 3.1.) El criterio del Profesor Miguel S. Marienhoff

Uno de los más grandes juristas que tuvo la Argentina fue, sin duda alguna, el profesor Miguel S. MARIENHOFF quien, además, como es sabido, fue la fuente doctrinaria

---

<sup>104</sup> Ver lo expuesto en la Nota N° 18.

declarada de la LNPA<sup>105</sup>.

En todas las ediciones de su Tratado de Derecho Administrativo, concretamente, el Tomo 2, el citado jurista adopta un concepto amplio de acto administrativa, pues lo define como “*toda declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas, productora de un efecto jurídico*”<sup>106</sup>.

Asimismo, tras brindar aquella definición de acto administrativo, el jurista sostuvo que al hablar de “declaración”, “disposición” o “decisión” quedan comprendidos, en lo que aquí interesa, tanto los actos administrativos de alcance individual o particular como los de alcance “general” o “abstracto”, los cuales “*hallan expresión en los ‘reglamentos’*”<sup>107</sup>.

Luego de señalar que los reglamentos pueden clasificarse en delegados, de necesidad y urgencia, autónomos y de ejecución, precisó que “*si bien los reglamentos delegados y los de necesidad y urgencia, dado su contenido son sustancialmente ‘legislativos’, aunque formalmente sean administrativos, los reglamentos autónomos -independientes o constitucionales- y los de ejecución, tanto por su contenido como por su forma son, en cambio, sustancial y formalmente ‘administrativos’*”<sup>108</sup> (énfasis agregado).

Aquella idea se ve reflejada, también, a lo largo de todas las ediciones del Tomo 1 de su Tratado, pues el citado jurista señaló que los reglamentos de necesidad y urgencia “*lo mismo que los delegados, tienen contenido legislativo: es decir, la materia sobre la cual versan es propia del legislador e integra la competencia de éste. De ahí que, en definitiva, su eficacia ulterior dependa de la ratificación o aprobación del Parlamento. En cambio,*

---

<sup>105</sup> Conforme surge del acápite II de la “Exposición de Motivos” que acompañó la sanción de la LNPA se señaló que, en lo referente al Título III –esto es, el que regula el acto administrativo– se adoptaron, “*las opiniones expuestas por el doctor Miguel S. Marienhoff, en el tomo II de su Tratado de Derecho Administrativo en materia de acto administrativo*”.

<sup>106</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Cuarta Edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, Tomo II, p. 264.

<sup>107</sup> *Idem*, p. 227.

<sup>108</sup> *Ibidem*. El jurista también señalaba que “*el Poder Ejecutivo, al emitir reglamentos ‘autónomos’ y de ‘ejecución’ ejerce facultades constitucionales propias*” y agregaba, asimismo, que “*cuando se habla de actos administrativos ‘generales’ o ‘abstractos’ entiéndese referir a los ‘reglamentos’ cuya emisión sea atribución jurídica propia del Poder Ejecutivo, vale decir, entre nosotros entiéndese referir a los reglamentos ‘autónomos’ -independientes o constitucionales- y a los reglamentos de ‘ejecución’. Tales reglamentos son, indiscutiblemente, ‘actos administrativos’: los emite el órgano administrador (Poder Ejecutivo) en ejercicio de potestades propias, expresando así su voluntad a través del medio y del instrumento jurídico a su alcance*”.

*los reglamentos de 'ejecución' y los 'autónomos', por ser su contenido exclusivamente 'administrativo', no requieren ni admiten la ratificación parlamentaria*"<sup>109</sup>.

En otras palabras, según MARIENHOFF, todos los reglamentos son "formalmente" actos administrativos pero, no obstante, mientras los de *ejecución* y los *autónomos* son "sustancialmente" administrativos, los *delegados* y los de *necesidad y urgencia* son de sustancia "legislativa".

Este criterio, como veremos, pareciera haber sido adoptado por otros autores, como los profesores Fernando GARCÍA PULLÉS y Fabián CANDA.

### 3.2.) La interpretación de Rodolfo C. Barra y la evolución de su pensamiento a lo largo de su trayectoria académica

Rodolfo Carlos BARRA ha publicado una numerosa cantidad de artículos y libros en los que, entre otras cosas, analiza la potestad reglamentaria de la Administración Pública.

A lo largo de aquellos trabajos, algunos de los cuales se remontan al año 1978, es posible advertir una interesante evolución en su pensamiento.

#### *3.2.1.) Su postura en el año 1978*

3.2.1.1.- En un trabajo publicado en octubre de 1978, el que entendemos fue el primero sobre el tema aquí estudiado, BARRA parte de la idea de que es necesario distinguir los conceptos de "actividad" y "función"<sup>110</sup>.

Por "actividad" entiende "*la relación de la expresión de la voluntad estatal con la norma jurídica, ya sea que le dé nacimiento, la aplique a situaciones particulares y concretas, o resuelva conforme a ella los conflictos intersubjetivos*"<sup>111</sup>.

De esa manera, considera que se puede individualizar, desde un punto de vista material o más exactamente jurígeno, la actividad legislativa, la ejecutiva o administrativa

---

<sup>109</sup> Idem, p. 275.

<sup>110</sup> BARRA, Rodolfo C., "La potestad reglamentaria de la Administración Pública", RAP 1:009.

<sup>111</sup> BARRA, Rodolfo C., "La potestad reglamentaria...", op. cit., p. 14.

y la jurisdiccional.

Según el autor, aquellas tres actividades son connaturales al Estado, pues son los medios o instrumentos de expresar su poder (causa formal) para obtener su fin propio y específico: el bien común, causa final.

Mientras que las tres actividades, connaturales al Estado, son realizadas –en mayor o menor medida– por el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y sus órganos, y el Poder Judicial, la “función” es “*la atribución de competencia otorgada por la norma constitucional a cada uno de los tres órganos supremos del Estado para que realicen sus actividades jurígenas sobre materias determinadas y preponderantemente conforme a un procedimiento típico y preestablecido*”<sup>112</sup>.

Así, pues, señaló que cada órgano debe ajustarse a su propia *función*, aunque realice las tres *actividades*.

3.2.1.2.- Con base en aquella distinción, BARRA señalaba que si bien el “reglamento” expresa la actividad legislativa de la Administración Pública, no por eso deja de ser *función administrativa* y como tal, atribución propia de aquella.

La potestad reglamentaria, que, como señala el autor, “*es una actividad materialmente legislativa, le fue atribuida en competencia a la Administración Pública por la Constitución Nacional para ser realizada conforme a un procedimiento determinado*”. Es una actividad legislativa perteneciente a la función administrativa, *función que es específica del Órgano Ejecutivo y de la estructura orgánica que se le subordina*”.

Como consecuencia de lo expuesto, y en relación con la tesis aquí propuesta, BARRA señaló que “*por pertenecer a la función administrativa el Reglamento estará regido por el derecho administrativo. Pero, en cuanto actividad materialmente legislativa su régimen jurídico particular será distinto al que corresponde al acto administrativo*”.

Así, por pertenecer al ámbito del derecho administrativo, los requisitos esenciales para su validez estarán dados por el art. 7° de la Ley de Procedimientos Administrativos: *deberá ser dictado por autoridad competente (inc. a); tendrá que ser conforme a su causa*

---

<sup>112</sup> BARRA, Rodolfo C., “La potestad reglamentaria...”, op. cit., p. 16.

*o antecedentes de hecho y de derecho (inc. b); su objeto tiene que ser cierto y física y jurídicamente posible (inc. c), lo que es un problema distinto al de la constitucionalidad de la ley; para su dictado deberán respetarse los procedimientos previstos (inc. d), en especial el dictamen de 'los servicios permanentes de asesoramiento jurídico' cuando el contenido del reglamento 'pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos'; deberá ser motivado (inc. e), y no deberá estar afectado de desviación de poder (inc. f), indicando estos dos últimos supuestos otras de seis grandes diferencias con la ley formal.*

*Además, son de aplicación al reglamento los principios generales de interpretación propios del derecho administrativo, por ejemplo, el principio 'en favor del administrado', el de la igualdad, etcétera"*<sup>113</sup>.

3.2.1.3.- En definitiva, entonces, del trabajo mencionado se advierte que según el pensamiento del autor en aquel entonces, los reglamentos, a pesar de ser "materialmente legislativos", son producto de la función administrativa y, por consiguiente, regidos por el derecho administrativo.

*3.2.2.) El criterio expuesto en el año 1980, 1989 y en 1999: reiteración de su doctrina originaria*

3.2.2.1.- En el año 1980, BARRA publicó su conocida obra "Principios de derecho administrativo"<sup>114</sup> la que, por cierto, fue con la que obtuvo el título de doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina, Santa María de los Buenos Aires.

En lo que hace al objeto de esta tesis, cabe destacar que en aquel libro el autor ratificó su doctrina en cuanto a la distinción entre "actividad" y "función"<sup>115</sup> pero, no obstante,

---

<sup>113</sup> BARRA, Rodolfo C., "La potestad reglamentaria...", op. cit., p. 20.

<sup>114</sup> BARRA, Rodolfo C., *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980.

<sup>115</sup> BARRA, Rodolfo C., *Principios...*, op. cit., p. 142 y ss. Una visión crítica sobre esta distinción puede verse en BIANCHI, Alberto B., "Anotaciones sobre los conceptos de administración pública y función administrativa", ED 129:266.

en aquella oportunidad no se detuvo a estudiar en profundidad la cuestión vinculada con la potestad reglamentaria pues, ciertamente, ello era una cuestión ajena al contenido genérico de su obra.

No obstante, a nuestro modo de ver, entendemos que el citado jurista reafirmó la postura esbozada en su trabajo de 1978 al señalar que “*el derecho administrativo resultará aplicable a todo el ámbito de ejercicio de la función administrativa, incluyendo, claro está, la actividad materialmente legislativa y materialmente jurisdiccional llevada a cabo por la Administración Pública. En estos últimos supuestos, el derecho administrativo será el régimen jurídico aplicable (...) Así, por ejemplo, el reglamento administrativo (acto materialmente legislativo) adquiere eficacia a partir de su publicación, según lo dispone el art. 11 de la ley 19.549 (Ley de Procedimientos Administrativos)*”<sup>116</sup>.

De esa manera, al confirmar que el derecho administrativo es el que se aplica a la función administrativa, incluyendo, en lo que aquí importa, la “actividad materialmente legislativa” como es el dictado de “reglamentos”, es claro, al menos desde nuestro punto de vista, que confirmó su postura en cuanto a que aquellos, amén de su “materialidad”, son producto de la función administrativa y, por consiguiente, regidos por el derecho administrativo.

3.2.2.2.- Con posterioridad a la publicación del libro recién mencionada, en el año 1989 el Dr. BARRA publicó una obra de suma interés en materia contractual: “Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado”<sup>117</sup>.

En aquella obra, cuya tesis principal tuvimos la oportunidad de analizarla en otras oportunidades<sup>118</sup>, el citado jurista ratificó su postura originaria al señalar que “*en lo que hace a los reglamentos, aun aceptando la tesis que afirma la independencia de categoría*

---

<sup>116</sup> BARRA, Rodolfo C., *Principios...*, op. cit., p. 147.

<sup>117</sup> BARRA, Rodolfo C., *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, Ábaco, Buenos Aires, 1989.

<sup>118</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p. 115 y ss. y, más recientemente, en COMADIRA, Fernando Gabriel, “Naturaleza jurídica de los contratos administrativos y de los actos dictados durante su formación y ejecución: oportunidad y legitimación para su impugnación”, RAP, N° 503-504, Septiembre-Octubre 2020, p. 27 y ss., especialmente p. 60 y ss.

*de éstos con respecto al acto administrativo, no puede dejar de señalarse que dichos reglamentos no son ajenos a los elementos básicos del acto administrativo, encontrando su diferencia principal en el objeto o contenido que le confiere naturaleza legislativa o normativa y, por ello, sus otros caracteres diferenciadores, como la preeminencia jerárquica sobre el acto administrativo, su inderogabilidad singular, modo específico de adquirir eficacia (publicación y no notificación), vías de impugnación, etcétera. De todas maneras, aun teniendo en cuenta el extraordinario uso cuantitativo que las administraciones modernas hacen del reglamento, éstos no son cualitativamente comparables al acto administrativo, ya que se trata de la actividad materialmente legislativa que la Administración desarrolla por imperativo constitucional, aunque siempre dentro del marco de la función administrativa*<sup>119</sup> (énfasis agregado).

De la transcripción efectuada surge claramente que en aquella obra el jurista reiteró, por un lado, que si bien los reglamentos traducen una “actividad materialmente legislativa”, no dejan de ser producto de la función administrativa y, por otra parte, que independientemente de las diferencias de régimen jurídico que tienen con el acto administrativo, aquellos no son ajenos a los elementos básicos de aquel.

3.2.2.3.- Finalmente, una década después de publicada aquella obra, el Dr. BARRA escribió en 1999 un trabajo titulado “Reglamentos Administrativos”<sup>120</sup> donde, tras señalar que todo el Estado es un gran productor de normas jurídicas, generales y particulares, sostuvo que también la Administración Pública “*dicta normas generales y particulares, especialmente, reglamentos y actos administrativos*” agregando, a su vez, que ello “*no es una excepción al principio de la separación de poderes –en realidad separación orgánica de funciones– que no genera compartimentos estancos sino colaboración entre los distintos órganos creados por la Constitución. Todos son el Estado y todos gozan de los atributos del Estado, entre ellos, la potestad creadora de normas*”.

Así, luego de clasificar a los *reglamentos administrativos*, según su relación con la Constitución y las normas con calidad de ley emanadas del Congreso, en autónomos, de

---

<sup>119</sup> BARRA, Rodolfo C., *Los actos administrativos contractuales...*, op. cit., p. 94.

<sup>120</sup> BARRA, Rodolfo C., “Reglamentos administrativos”, LL, 1999–F, 1034.



ejecución, delegados y de necesidad y urgencia, concluyó que “*el Poder Ejecutivo siempre ha ejercido una actividad creadora de normas. Lo hace, como ya vimos, incluso con sus actos de contenido particular, los actos administrativos propiamente dichos. Y por supuesto que lo hace, con un contenido material semejante al de la ley formal, con sus reglamentos*”.

Como se ve, en este último trabajo citado, BARRA parecería haber ratificado su postura esbozada en el año 1978 y 1980, toda vez que, en definitiva, caracteriza a todos los reglamentos como *administrativos*, independientemente de su contenido “material”.

3.2.3.) *Su nueva interpretación a partir del año 2002 y la consolidación de su doctrina en el año 2018: la denominada “función presidencial” o “función de jefatura o conducción superior de Gobierno”*

3.2.3.1.- Finalmente, a partir del primer tomo de su “Tratado de Derecho Administrativo” publicado en el año 2002<sup>121</sup>, es posible advertir en la doctrina de BARRA grandes modulaciones en relación con los reglamentos y su concepción como derivación de la función administrativa, postura que ratificó en el año 2009<sup>122</sup>, luego en el 2016 en diversos trabajos escritos en coautoría con Miguel LICHT<sup>123</sup> y que, finalmente, consolidó en su reciente obra “Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos”<sup>124</sup> (2018).

Previo a detenernos a explicar muy brevemente cuál es su postura actual sobre la cuestión, destacamos que, al igual que en sus trabajos anteriores, el jurista continúa

---

<sup>121</sup> BARRA, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, Tomo 1.

<sup>122</sup> BARRA, Rodolfo C., “Legislación de fuente presidencial y reglamento administrativo” en AA.VV. *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 281 y ss.

<sup>123</sup> BARRA, Rodolfo C., - LICHT, Miguel N., “Decretos de necesidad y urgencia”, LL 2016-B, 660; BARRA, Rodolfo C., - LICHT, Miguel N., “Los decretos delegados”, LL 2016-C, 1170; BARRA, Rodolfo C., - LICHT, Miguel N., “Los decretos ejecutivos presidenciales”, LL 2016-E, 559.

<sup>124</sup> BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos*, Astrea-Rap, Buenos Aires, 2018, Tomo 1, y Tomo 2.

distinguiendo los conceptos de “actividad” y “función”<sup>125</sup>.

Ahora bien, desde esa perspectiva, en las obras recién mencionadas el autor enfatiza que la función es un concepto exclusivamente jurídico de base principalmente constitucional, y que se determina por la atribución de competencia que la Constitución le acuerda al órgano por ella también creado, para ser ejercida conforme con un procedimiento característico y determinante.

El autor destaca, por un lado, que la función, como concepto jurídico-constitucional, solo puede ser predicada con relación a los “poderes” u órganos superiores de la Constitución y, por otra parte, que nuestra Constitución nacional creó “órganos constitucionales auxiliares”, *“algunos dotados de ‘autonomía funcional’, como la Auditoría General de la Nación (art. 85), el defensor del pueblo (art. 86) y el Ministerio Público (art. 120) y por tanto beneficiados con la atribución de una ‘función’ constitucional accesoria de la función principal a la que sirven: legislativa, en los dos primeros casos antes citados, judicial en el último”*<sup>126</sup>.

Asimismo, apunta que si bien la Constitución también creó otros órganos, como sería el caso del jefe de Gabinete y los restantes ministros del Poder Ejecutivo, aquellos *“carecen de autonomía funcional y solo tienen una asignación constitucional –y legal– de competencias, es decir, no ejercen estrictamente ‘función’, ni siquiera ‘auxiliar’, ya que aunque asisten al presidente y, los ministros, al presidente y al jefe de Gabinete, su actividad se encuentra englobada dentro de las funciones (...) que la Constitución le asigna al Poder Ejecutivo”*<sup>127</sup>.

Según lo entiende BARRA, el sistema constitucional crea tres funciones que ejercen la conducción política o gobierno de la Nación, funciones a las que denomina “funciones de

---

<sup>125</sup> BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 240/248 y, más recientemente, en BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 247/261.

Cabe recordar, aquí, que BARRA entiende por “actividad” a *“la relación de la expresión de la voluntad estatal con la norma jurídica, ya sea que le dé nacimiento, la aplique a situaciones particulares y concretas, o resuelva conforme a ella los conflictos intersubjetivos”* y, por función, *“la atribución de competencia otorgada por la norma constitucional a cada uno de los tres órganos supremos del Estado para que realicen sus actividades jurígenas sobre materias determinadas y preponderantemente conforme a un procedimiento típico y preestablecido”*.

<sup>126</sup> BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 246/247 y, más recientemente, en BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 257.

<sup>127</sup> *Ibidem*.

gobierno” y que le son asignadas a un órgano distinto, a los que se denominan “Poder Legislativo” desempeñado por un Congreso compuesto de dos Cámaras (art. 44); “Poder Ejecutivo”, desempeñado por el “*presidente de la Nación Argentina*” (art. 87), y “Poder Judicial”, “*ejercido por una Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales inferiores*” que sean creados por el Congreso (art. 108).

De esa manera, el autor citado concluye que resulta “*apropiado denominar estas funciones de gobierno como función legislativa, función ejecutiva o administrativa y función judicial, respectivamente*”<sup>128</sup>.

Sin embargo, el mencionado jurista sostiene que la “función ejecutiva o administrativa”, “*si bien alcanza satisfactoriamente para explicar el fenómeno jurídico de la Administración pública, es insuficiente para encuadrar la totalidad de las funciones y actividades desplegadas, siempre en nuestro ordenamiento jurídico, por el presidente de la Nación*”<sup>129</sup>.

Por ello, en su opinión, y aquí la innovación en su pensamiento, “*el denominado Poder Ejecutivo reconoce una subdivisión en dos funciones diversas: la ejecutiva propiamente dicha, o administrativa, y la función de conducción gubernamental o función presidencial o de jefatura*”<sup>130</sup>.

De ese modo, como dijimos antes, es posible observar en el pensamiento del Dr. BARRA una evolución del criterio anterior, pues entiende que tanto los decretos delegados, como los de ejecución y los de necesidad y urgencia, no deben ser considerados “reglamentos” sometidos al derecho administrativo sino, en rigor, producto de una cuarta función: la denominada “función presidencial” o “función de jefatura o conducción superior de Gobierno”, es decir, “*la función que le corresponde al presidente de la Nación, resultante de sus ‘atribuciones’ como ‘jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país’, para utilizar el*

---

<sup>128</sup> Ibidem.

<sup>129</sup> BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 249 y, más recientemente, en BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 269.

<sup>130</sup> BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 260 y, en similar sentido, BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 249/250.

*lenguaje del art. 99, inc. 1, de la Const. nacional*<sup>131</sup>.

**En otras palabras: el Dr. BARRA actualmente sostiene que los decretos delegados, ejecutivos y de necesidad y urgencia, al ser producto del ejercicio de la “función presidencial” o “función de jefatura o conducción superior de Gobierno”, no están regulados por el derecho administrativo sino por el derecho constitucional, razón por la cual no están sujetos a las exigencias de la LNPA, tanto en lo que refiere a los requisitos esenciales como a los procedimientos previos y de impugnación.**

Por consiguiente, y tal como destaca el autor en las obras citadas, los únicos reglamentos que merecen ser clasificados como “administrativos” y, por tanto, sujetos a los requisitos esenciales exigidos por la LNPA, son los reglamentos autónomos (que pueden ser emitidos por cualquier órgano o ente administrativo –como también por los órganos o, eventualmente, entes, de los Poderes Legislativo y Judicial–)<sup>132</sup> y los “reglamentos de aplicación” emitidos por los entes descentralizados<sup>133</sup>.

Una consecuencia inmediata que surge de aquella postura es que, como señala el autor, “*hay norma constitucional alguna que obligue a motivar el decreto de necesidad y urgencia*”, razón por la cual se está frente a un acto de “*discrecionalidad política*” que solamente corresponde sea valorada por el Congreso y no por los jueces, pues estos solo deben “*ante un caso concreto, analizar si el DNU, por su contenido, agravia a algún derecho individual o de incidencia colectiva reconocido por la Constitución o los tratados constitucionalizados, o bien avanza sobre materias prohibidas por el art. 99, inc. 3, de la Const. nacional*”<sup>134</sup>.

3.2.3.2.- En relación con los actos emitidos en el marco de la “función presidencial” o “función de jefatura o conducción superior de Gobierno”, BARRA destaca que aquellos

---

<sup>131</sup> BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 249/250, 574 y, más recientemente, en BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 270/273.

<sup>132</sup> BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 377, 575 y, más recientemente, en BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 404 y ss., p. 554.

<sup>133</sup> BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 404 y ss., p. 549/552 y, antes, en BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 565.

<sup>134</sup> BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 433/434; BARRA, Rodolfo C., - LICHT, Miguel N., “Decretos de necesidad y urgencia”, LL 2016-B, 660.

“poseen un objeto totalmente heterogéneo, aunque con un común denominador, que es la finalidad orientada a la conducción superior no solo del Gobierno federal, sino también de la política general de la Nación, de la cual el presidente es el jefe supremo u órgano máximo de conducción; otra característica definitoria de ellos es que no persiguen, ni lo concretan, incidir sobre las situaciones jurídicas de los sujetos privados”<sup>135</sup>; es decir, como aclara más adelante, todos los actos que se dictan en el marco de aquella función se caracterizan “por dos elementos principales: son de dirección, impulso o conducción política y, en sí mismas, no persiguen influir sobre la esfera jurídica de los particulares o administrados”<sup>136</sup>.

3.2.3.2.1.- Ahora bien, en este punto, y para una correcta comprensión de la categoría de “acto de conducción superior” que propone BARRA, resulta necesario recordar la clasificación efectuada por MARIENHOFF<sup>137</sup> –a quien ha seguido COMADIRA<sup>138</sup> y MONTI<sup>139</sup>, entre otros autores<sup>140</sup>–.

En tal sentido, y tal como lo profundizaremos en el punto 2.1.1. del Capítulo II, según la doctrina de los autores recién citados, cabe distinguir, por un lado, los “actos institucionales” (producto de la función política o gubernamental) de los denominados “actos políticos o de gobierno”.

Los “actos institucionales” son aquellos que se dictan para asegurar o lograr la

---

<sup>135</sup> BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 531.

<sup>136</sup> BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 538.

<sup>137</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 759 y ss.

<sup>138</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 47.

<sup>139</sup> MONTI, Laura M., “Acto Institucional”, en AA.VV., *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 325 y ss.

<sup>140</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 429 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La delegación de facultades del Poder Ejecutivo”, en AA.VV., *Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2012, p. 72 y ss.; BARRAZA, Javier I., - SCHAFFRIK, Fabiana H., “Los actos de gobierno y los actos institucionales”, RAP 237:020; BARRAZA, Javier I., *Tratado de derecho administrativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, Tomo 1, p. 466 y ss., entre otros.

Por nuestra parte, antes de ahora hemos adherido a la mencionada categoría en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p. 48 y ss. y, antes, en COMADIRA, Fernando Gabriel, “Apuntes sobre la función administrativa...”, op. cit.

*organización y subsistencia misma del Estado, sin afectar con inmediatez derechos de los particulares*, razón por la cual, al no alterar de manera directa los derechos de los administrados, se sostiene que no son susceptibles de revisión judicial<sup>141</sup>.

---

<sup>141</sup> Cabe aclarar, como ya lo hemos señalado antes, que la no justiciabilidad de aquel tipo de actos no importa que ellos no puedan generar actos de aplicación que sí afecten derechos subjetivos, razón por la cual, cuando ello ocurre, aquellos últimos son susceptibles de pleno control judicial (v.gr.: detención de una persona).

En tal sentido, resulta ilustrativo el análisis efectuado por la CSJN *in re* “Granada” (CSJN, 03/12/1985, “Granada, Jorge Horacio s/ recurso de hábeas corpus en su favor”, Fallos 307:2284).

De la lectura de la causa se pueden sintetizar los hechos de la siguiente manera: el 22 de octubre del año 1985 el Poder Ejecutivo emitió el Decreto N° 2049/85 en el que disponía el arresto por sesenta días de 12 personas (6 civiles y 6 militares –3 en actividad–) que, supuestamente, habrían estado involucrados en una serie de atentados que se venían dando en el país. En los considerandos del mencionado decreto se mencionada que aquellas personas, entre las que estaba el actor, el Mayor Jorge Horacio Granada, actuaban “*coordinadamente, en aras de un propósito común de violencia contra las instituciones democráticas y del pueblo –integrado dentro y fuera del país–*”. Tal como señala la doctrina, uno de los argumentos utilizados por el Poder Ejecutivo para justificar la medida se basaba en cláusulas constitucionales que habían sido derogadas en la reforma constitucional de 1860 (GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 4° edición ampliada y actualizada, La ley, Buenos Aires, 2009, Tomo 1, p. 4040, nota N° 1018)

Con posterioridad a la emisión del referido decreto, el 25 de octubre de ese mismo año el Poder Ejecutivo, mediante Decreto N° 2069/1985 y con base en lo dispuesto en el art. 23 de la Constitución de la Nación, declaró el estado de sitio en todo el territorio del país por el término de sesenta días y, en esa misma fecha, dictó el Decreto N° 2070/1985 por el que ordenaba la detención de las mismas personas mencionadas en el citado Decreto N° 2049/1985.

El Mayor Jorge Horacio Granada, uno de los arrestados con base en aquellos decretos, en virtud de la establecido en los arts. 1° y 2° de la Ley N° 23.098 (Ley de Hábeas Corpus), cuestionó judicialmente la legitimidad de la declaración del estado de sitio y la razonabilidad de la orden de arresto.

Al tomar intervención la Corte, apuntó que cuando el legislador sancionó aquella Ley no tuvo la intención de “*apartarse de la jurisprudencia del Tribunal, que ha reconocido como facultades privativas de los poderes legislativo y ejecutivo las referentes a apreciar las circunstancias de hecho que tornan aconsejable la adopción de tal recurso, por lo cual la decisión de dichos poderes que instaura el estado de sitio no resulta revisable por los jueces*” pues, según el Máximo Tribunal, correspondía dar “*carácter excluyente al juicio del poder legislativo, o del ejecutivo en su caso, respecto del grado real de riesgo que importen las situaciones de emergencia que determinen la declaración del estado de sitio. De la misma manera, resulta definitivo el criterio de los poderes legislativo y ejecutivo en punto a la oportunidad del ejercicio de las atribuciones correspondientes al manejo de las relaciones exteriores y a la intervención federal*”.

En otras palabras: la CSJN entendió que no resultaba razonable entender que el legislador se había apartado de la interpretación que durante años la Corte había hecho del art. 23 de la Constitución nacional pero, sin embargo, aclaró que “*el juicio de legitimidad al que remite el art. 4° de la citada ley 23.098 no ha de versar, pues, sobre las características de la situación en la cual se proclama el estado de sitio, sino sobre otros elementos que son realmente referibles al concepto de legitimidad*”.

En ese orden de ideas, la Corte sistematizó el alcance del control judicial respecto de la declaración del estado de sitio señalando que “*lo que interesa es la legitimidad del acto mismo de declaración del estado de sitio. Esto es, excluido al examen de fondo –o sea el atinente a la apreciación de los hechos determinantes del acto–, resta el juicio que concierne a los requisitos de competencia y de forma en el cual queda incluido lo relativo no sólo a las modalidades extrínsecas de la ley o el decreto declarativos del estado de sitio, sino también a posibles requisitos sobre el contenido necesario del acto, como lo son el*



Los “actos políticos o de gobierno” son los que *se vinculan con las finalidades superiores o trascendentes del Estado, es decir, aquellos que hacen a su conducción o dirección superior pero que sí inciden de manera directa en la esfera jurídica de los administrados*, razón por la cual, y al igual que los actos administrativos, están sometidos al régimen jurídico de la función administrativa.

En relación con estos últimos actos, MARIENHOFF y COMADIRA señalan que la

---

*plazo expreso y la determinación del lugar, puntos estos últimos reiteradamente considerados en la jurisprudencia del Tribunal” (considerando 5°).*

En definitiva, según la Corte, ante un acto institucional como es la declaración del estado de sitio, los tribunales si bien deben abstenerse de juzgar la apreciación de los hechos determinantes del acto, esto es, valorar las características de la situación en la cual se proclama el estado de sitio, sí pueden examinar la legitimidad del marco en que fue declarada, la competencia del órgano que lo estableció y lo que hace a la validez constitucional de la disposición: ante la detención de una persona dispuesta por el Poder Ejecutivo nacional en el marco de la situación de crisis, debe juzgarse si esa detención guarda una razonable relación con la autorización legal de la que emanaba pues, en caso contrario, el Poder Judicial puede –y debe– amparar al habitante afectado mediante el control de razonabilidad.

Al analizar el fallo, BIANCHI sostuvo que *“tanto la doctrina como la jurisprudencia han intentado tender en derredor de la norma arriba comentada una barrera que impide al juez del hábeas corpus llegar al extremo de cuestionar el dictado mismo del todo el estado de sitio, salvo en sus aspectos meramente formales. Queda a salvo, por supuesto, el análisis de razonabilidad y legitimidad de las detenciones que se produzcan. Bajo esta interpretación la situación existente antes de la sanción de la ley 23.098 no ha cambiado nada, o en todo caso ha cambiado muy poco. El control de razonabilidad ya existía, y el control formal sobre la legitimidad de la declaración de estado de sitio podía efectuarse sin ley que lo habilitara expresamente”* (BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad...*, op. cit., Tomo 2, p. 176).

A su turno, SACRISTÁN entendió que el balance generado por en el fallo citado es *“paupérrimo”*, agregando, además, que *“a la luz de lo prescripto en la Ley N° 23.098 y la puerta que abría en su Artículo 4° para la revisión judicial de la legitimidad de la declaración, el caso ‘Granada’ devino una oportunidad perdida”* (SACRISTÁN, Estela B., “Control judicial del Estado de Sitio y de la Intervención Federal” en AA.VV., *Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, p. 689 y ss., especialmente p. 701).

SAGÜÉS, al analizar la cuestión, apuntó que en el precedente mencionado *“la Corte Suprema dio un paso atrás, cuando señaló –pese al texto de la ley– que no era cuestión justiciable la declaración misma del estado de sitio, salvo en aspectos formales, tales como la competencia del órgano que la dictó, recaudos legales del pronunciamiento, determinación en él del tiempo y lugar”* (SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2017, Tomo 2, p. 107). Por otra parte, el mismo autor, en su conocida obra *“Derecho procesal constitucional. Hábeas Corpus”*, tras ratificar aquella postura y señalar, citando a BIDART CAMPOS, que *“la sentencia ‘Granada’ recortó la interpretación posible de la ley 23.098”*, mencionó que *“es de sumo interés destacar que, en ‘Barrionuevo’, la Cámara entró, en un hábeas corpus, a evaluar si existían fácticamente las circunstancias que, según la Constitución, autorizaban la declaración del estado de sitio dispuesto por el decreto de necesidad y urgencia 714/89, explicitando claramente que los jueces estaban potenciados para mentar, por su conocimiento de las realidades del país, si se configuraban o no los hechos que autorizaban adoptar tal medida de excepción. Esta doctrina va más allá, naturalmente, de la sentencia dictada por la Corte Suprema en ‘Granada, Jorge H.’”* (SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Hábeas corpus*, 5° edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2020, Tomo IV, p. 305/306). El fallo mencionado por el citado jurista y que mereció su comentario (cfr.: SAGÜÉS, Néstor Pedro, “La declaración del estado de sitio por decreto de necesidad y urgencia”, LL 1990-A, 45) será analizado en el punto N° 4.5 del Capítulo X, donde veremos la cuestión vinculada con la publicidad de los DNU.

distinción con los “actos administrativos” es meramente “conceptual”, en el sentido de que no traducen una diferencia que se concrete en principios “jurídicos” ni en el régimen jurídico aplicable<sup>142</sup>.

*En otras palabras: si bien los “actos políticos o de gobierno” tienen en común con los “actos administrativos” que ambos afectan con inmediatez la esfera jurídica de los particulares, razón por la cual están sometidos a los mismos principios y regímenes jurídicos, se diferencian en que los primeros responden a finalidades superiores o trascendentes del Estado; los “actos institucionales”, por su parte (producto de la “función política o gubernamental”), son emitidos con el objeto de asegurar o lograr la organización y subsistencia misma del Estado y, a diferencia de los “actos políticos o de gobierno” y los “actos administrativos”, al no alterar de manera directa los derechos de los administrados, se sostiene que no son susceptibles de revisión judicial.*

3.2.3.2.2.- Sin embargo, desde la visión de BARRA, a la categoría de *actos de conducción superior* (es decir, los que son producto de la “función presidencial” o “función de jefatura o conducción superior de Gobierno”) “*les cabe muy bien la denominación de ‘actos de gobierno’ o ‘políticos’, como también, y preferentemente, institucionales o de conducción*”<sup>143</sup>.

Así, pues, entre los numerosos ejemplos que propone el Dr. BARRA como actos de conducción, es decir, los emitidos en el marco de la “función presidencial” o “función de jefatura o conducción superior de Gobierno”, se mencionan la declaración de guerra o del estado de sitio, la intervención federal a las provincias, el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el veto, la convocatoria y prórroga de sesiones ordinarias del Congreso, la convocatoria a sesiones extraordinarias en el Congreso<sup>144</sup> (actos que, según MARIENHOFF y COMADIRA, serían *actos institucionales*), el indulto y la conmutación de penas (los que, según los juristas mencionados, son *actos*

---

<sup>142</sup> Tan es así que, como señala MARIENHOFF, “*la diferencia es sólo de efectos ‘didácticos’, pues facilita el estudio analítico de la materia*” (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 705).

<sup>143</sup> BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 530.

<sup>144</sup> BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 271/272 y, antes, en BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 250.



*políticos o de gobierno).*

Del mismo modo, como vimos, para BARRA también serán actos de conducción superior y, por tanto, actos emitidos en el ejercicio de la función presidencial, los decretos delegados, los decretos ejecutivos y los decretos de necesidad y urgencia.

3.2.3.2.3.- Finalmente, si bien, como se dijo, una de las características de los *actos de conducción superior* (a los que BARRA equipara con los actos institucionales) es que no persiguen influir sobre la esfera jurídica de los particulares o administrados, excepcionalmente admite que puedan provocar efectos jurídicos en algunos casos justiciables.

Sin embargo, aclara el autor, que el *“eventual carácter justiciable no lo será por afectar derechos subjetivos de los particulares, lo que es en sí mismo contradictorio con la naturaleza propia de estos actos y, de ocurrir, significaría la transformación del acto en administrativo (...) La cuestión judicial podrá surgir, insistimos, excepcionalmente, en el caso en que el acto afecte la competencia del órgano al que se dirige (normalmente entre los ‘poderes’ constitucionales), lo que obligará a la intervención del Poder Judicial, ya sea en ejercicio de una competencia implícita, pero necesariamente derivada de su carácter de órgano políticamente neutral de garantía de la continuidad constitucional, o bien (aunque por la misma razón) porque la propia Constitución le otorgue expresamente dicha competencia”*<sup>145</sup>.

Por último, apunta el autor que si el *“acto en principio institucional incidiese sobre los derechos de una persona privada, dejaría en ese punto (pero solo en él) de ser institucional, para ‘convertirse’ en administrativo”*<sup>146</sup>, agregando que *“aun sin dejar de ser acto institucional en su naturaleza y en su globalidad, si el acto incide inmediatamente sobre los derechos de un tercero, será cuestionable por este o bien invocado en su favor incluso en sede judicial, ya sea por vía ordinaria, o, si*

---

<sup>145</sup> BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 271/272 y, antes, en BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 540.

<sup>146</sup> BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 540.

*correspondiese, por vía de la acción de amparo*”<sup>147</sup>.

### 3.3.) La interpretación de Fernando García Pullés y de Fabián Canda a partir de la reforma constitucional de 1994

Con base en la reforma constitucional de 1994, Fernando GARCÍA PULLÉS<sup>148</sup> y Fabián CANDA<sup>149</sup> han destacado que la clasificación de los reglamentos debería revalorarse, debiéndoselos distinguir en “administrativos” y “legislativos”.

De ese modo, conforme señala aquella corriente doctrinaria, solo serán “administrativos” los reglamentos autónomos y ejecutivos mientras que, los delegados y los de necesidad y urgencia, deben ser considerados “legislativos”.

Una de las principales consecuencias que se deriva de la distinción efectuada por los citados autores es que los reglamentos “legislativos”, a diferencia de los “administrativos”, pueden ser impugnados directamente en sede judicial, sin que sea necesario agotar la vía administrativa de acuerdo con el procedimiento administrativo regulado en el art. 24 de la LNPA.

### 3.4.) Visión crítica de las posturas antes señaladas

Independientemente de los tres criterios que, al menos a nivel nacional, suelen

---

<sup>147</sup> BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 542.

<sup>148</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Las vías administrativas en la impugnación de reglamentos...”, op. cit., p. 309/312, criterio luego reiterado en su reciente obra: GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 220 y ss.

La cuestión, por cierto, como vimos en el punto N° 3.1. de este Capítulo, ya había sido vaticinada por el profesor MARIENHOFF al sostener que “*si bien los reglamentos delegados y los de necesidad y urgencia, dado su contenido son sustancialmente ‘legislativos’, aunque formalmente sean administrativos, los reglamentos autónomos -independientes o constitucionales- y los de ejecución, tanto por su contenido como por su forma son, en cambio, sustancial y formalmente ‘administrativos’* (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 227).

<sup>149</sup> CANDA, Fabián O., “Decretos legislativos: el control judicial de los decretos delegados y de necesidad y urgencia”, en AA.VV., *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 181 y ss., especialmente p. 182/183.

esbozarse para delimitar las funciones jurídicas del Estado, en las páginas anteriores hemos visto que no solo existe un calificado sector de la doctrina nacional que, dependiendo de la clase de reglamento de que se trate y quien lo emita, los considera producto de la “función administrativa” o de la denominada “función presidencial” sino, además, otros autores que, a partir de la reforma constitucional de 1994, proponen distinguirlos en “reglamentos administrativos” o “reglamentos legislativos”.

Sin embargo, y sin perjuicio del respeto que merecen las opiniones de aquellos juristas, a continuación explicaremos por qué no compartimos esas teorías.

### *3.4.1.) Objeciones a la interpretación del Dr. Barra*

3.4.1.1.- En primer lugar nos referiremos a la doctrina del Dr. BARRA, esto es, que solamente los reglamentos autónomos y los “reglamentos de aplicación” emitidos por los entes descentralizados son producto de la “función administrativa” y que, por tanto, los decretos delegados, ejecutivos y de necesidad y urgencia son producto del ejercicio de la “*función presidencial*” o “*función de jefatura o conducción superior de Gobierno*”, con las consecuencias jurídicas que ello importa.

3.4.1.2.- Por nuestra parte, y como ya adelantáramos, nos permitimos discrepar con la conceptualización efectuada por el Dr. BARRA sobre los *actos de conducción superior*, es decir, los que son producto de lo que el autor denomina “*función presidencial*” o “*función de jefatura o conducción superior de Gobierno*”.

Como vimos, para el citado jurista los *actos de conducción superior* –a los que equipara con los “actos institucionales” y los “actos políticos o de gobierno”– solo excepcionalmente podrán ser judicializados, pero no por afectar derechos subjetivos de particulares sino, en todo caso, por afectar la competencia del órgano al que están dirigidos.

Sin embargo, en nuestra opinión, la distinción entre “actos institucionales” y “actos políticos o de gobierno” resulta de trascendental importancia pues, mientras los primeros no afectan con inmediatez los derechos de los particulares y, por tanto, no son susceptibles

de ser revisados judicialmente<sup>150</sup>, los segundos, al ser idóneos para afectar de manera directa e inmediata derechos individuales, están sometidos al mismo régimen jurídico que los actos administrativos.

A simple título ejemplificativo, y en lo que interesa al objeto de esta tesis, si se entiende, como lo hace el autor, que *los DNU son actos de conducción superior*, únicamente podrán ser revisados judicialmente en caso de afectar la competencia de otros órganos.

En este punto, no se nos escapa que, tal como lo explicáramos antes, BARRA señala que si el acto institucional (que, reiteramos, junto con el acto político o de gobierno, los engloba dentro del concepto de *acto de conducción superior*) incidiera directamente en la esfera del particular, aquel se *convertiría* en “acto administrativo” y, por tanto, revisable judicialmente por el proceso ordinario o, en su caso, por vía del amparo.

De esa manera, y siguiendo con el ejemplo del DNU, si un particular viera afectados sus derechos por la medida, este podría cuestionarlo judicialmente, pues, en tal supuesto, el DNU se “convierte” en acto administrativo aunque, aun así, como para el citado jurista no existe “*norma constitucional alguna que obligue a motivar el decreto de necesidad y urgencia*”, los jueces solo deben “*ante un caso concreto, analizar si el DNU, por su contenido, agravia a algún derecho individual o de incidencia colectiva reconocido por la Constitución o los tratados constitucionalizados, o bien avanza sobre materias prohibidas por el art. 99, inc. 3, de la Const. nacional*”<sup>151</sup>.

Un claro ejemplo en los que un DNU afecta derechos de los particulares puede verse en el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020 por el que, como dijimos en el punto N° 2.3.3.3.1. de este Capítulo, el Poder Ejecutivo, con base en la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud con motivo del brote del Covid-19 (Coronavirus), dispuso el “*aislamiento social, preventivo y obligatorio*” a efectos de proteger la salud pública.

---

<sup>150</sup> Al respecto, cabe recordar, como ya lo dijéramos, que la no justiciabilidad de aquel tipo de actos no importa que ellos no puedan generar actos de aplicación que sí afecten derechos subjetivos, razón por la cual, cuando ello ocurre, aquellos últimos son susceptibles de pleno control judicial (v.gr.: detención de una persona). Ampliar en la nota N° 141.

<sup>151</sup> BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 433/434; BARRA, Rodolfo C., - LICHT, Miguel N., “Decretos de necesidad y urgencia”, LL 2016-B, 660.

Pareciera ser, entonces, y al menos en este punto, que la tesis de BARRA no dista mucho de la que aquí proponemos –sin perjuicio de las salvedades antes expuestas y nuestra concepción de qué ha de entenderse por función administrativa– pues, en definitiva, si el DNU se convierte en acto administrativo, ello supone como derivación necesaria de su naturaleza jurídica, que es producto de la función administrativa (por oposición a legislativa y, asimismo, a la función presidencial).

3.4.1.3.- De todos modos, resulta insoslayable señalar que, en nuestra opinión, y tal como lo hemos venido sosteniendo a lo largo de los fundamentos de esta investigación, cualquier DNU –sea o no autoaplicativo– debe ser considerado *acto administrativo* (bien que en sentido amplio) o, en su caso, al traducir una finalidad superior o trascendente del Estado<sup>152</sup>, un “acto político o de gobierno” y, por tanto, plenamente revisables por el Poder Judicial<sup>153</sup>.

En ese sentido, y tal como veremos *infra*, nuestra tesis se ve reforzada si se tiene en consideración que de la actual jurisprudencia de la CSJN es posible concluir que ante un DNU la Corte no solo puede controlar y verificar las *circunstancias fácticas de necesidad y urgencia* sino, además, su procedimiento de *elaboración*.

3.4.1.3.1.- De esa manera, como profundizaremos en los puntos N° 2 y N° 4 de los Capítulos VII y IX (especialmente puntos N° 2.3. y N° 4.3.2.1.1., respectivamente), al ser judicialmente revisable la “necesidad y urgencia” como cuestión fáctica, surge con meridiana claridad que el DNU debe estar debidamente *motivado*, pues la motivación es entendida como “*la exteriorización en el acto de la existencia de la causa y de la finalidad*”<sup>154</sup>, de modo que el Poder Ejecutivo debe explicar *por qué* (causa) y *para qué*

---

<sup>152</sup> En tal sentido, cabe recordar que, como ha señalado la CSJN al referirse a los DNU, su emisión debe encontrar justificación en la necesidad de “*preservar la vida misma de la Nación y del Estado*” (CSJN, 24/11/1998, “Della Blanca, Luis E. y otro c. Industria Metalúrgica Pescarmona S.A.”, Fallos 321:3123, considerando 23).

<sup>153</sup> Sobre el alcance del control judicial de los DNU remitimos al punto N° 4.3.4 del Capítulo IX y, especialmente, al análisis efectuado en el Capítulo X de la Ley N° 26.122.

<sup>154</sup> Por todos: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 404 y, antes, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *El*

(fin) lo emite<sup>155</sup>.

La exigencia de la motivación no solo es requerida por la LNPA (art. 7, inc. “e”, de la LNPA) para la válida configuración de todos los actos administrativos sino, además, por la Ley de Ética Pública N° 25.188 cuyo art. 2º, inc. “e”, dispone, en lo que aquí interesa, la obligación de quienes están comprendidos en la ley –entre ellos el Poder Ejecutivo– de *“fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin ocultar información a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan”*<sup>156</sup>.

***Además, resulta incontestable que la motivación de los actos administrativos (al***

---

*Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 43.

<sup>155</sup> Al respecto, HUTCHINSON ha precisado que la mejor forma lograr una “compensación” entre las instituciones de urgencia y las garantías de los ciudadanos es *“la motivación de los actos de urgencia, en la que deben de ponerse de relieve la razón para haber acudido a dichos procedimientos”* lo que da pie a que los jueces revisen si hubo *“una auténtica urgencia u otras razones más o menos inconfesables que constituyeran desviación de poder”* (HUTCHINSON, Tomás, “Los procedimientos de urgencia...”, op. cit., p. 300.

<sup>156</sup> Si bien, como dijimos, la cuestión será analizara más adelante, en esta ocasión cabe tener presente que si bien, en general, la jurisprudencia al tratar los DNU y los reglamentos delegados se han referido en diversos precedentes a la “motivación” de aquellos, lo cierto es que no lo hicieron invocando el art. 7, inc. e, de la LNPA.

De todos modos, en un pronunciamiento cercano en el tiempo, la Cámara del fuero, al analizar la validez del DNU N° 70/2017, precisó que si aquel se considera *“como un acto administrativo, como también lo es (en este caso, de alcance general) se advierte un vicio en su finalidad. El artículo 7º inciso f) de la Ley N° 19.549 se refiere al principio de proporcionalidad al establecer que ‘[l]as medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a [la] finalidad’ del acto, esto es, los ‘[fines] que justifican el acto, su causa y objeto (...) Sin ingresar por ahora a las deficiencias que pueda contener esa regulación, lo cierto es que se verifica en este punto lo que se denomina una ‘desviación de poder’, vicio que afecta a la finalidad como elemento esencial del acto (art. art. 7º inc. f) en concordancia con el art. 14 inc. b) de la Ley N° 19.549”* (CNACAF, Sala V, 22/03/2018, “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN-DNM s/ Amparo Ley 16.986”). Como se ve, el fallo recién citado pareciera erigirse en uno de los primeros antecedentes jurisprudenciales de la Cámara del fuero en donde la validez de un DNU es analizado sobre la base de los requisitos esenciales exigidos por la LNPA para la válida configuración de todo acto administrativo, en la especie, de alcance general. En tal sentido, entonces, e independientemente del tema de fondo debatido en la causa citada, consideramos encomiable el análisis efectuado por el Dr. Guillermo Treacy en relación con el DNU y su análisis a la luz de la LNPA pues, como lo hemos sostenido a lo largo de los fundamentos que sustentan esta tesis, los DNU, al igual que los reglamentos delegados, autónomos y ejecutivos, son una especie del género acto administrativo.

*igual que la del acto estatal “sentencia”<sup>157</sup> y “ley”<sup>158</sup>) es una consecuencia inseparable*

<sup>157</sup> Sobre la necesidad de motivar las sentencias puede verse, por todos: SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 4° edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, Tomo 2, p. 145 y ss.; GUZMÁN, Leandro, *Derecho a una sentencia motivada*, Astrea, Buenos Aires, 2014.

<sup>158</sup> En nuestra opinión, la exigencia de motivar las leyes surge de diversos artículos de nuestra Constitución nacional, entre los que cabe mencionar los arts. N° 16, 17, 18 y, especialmente, el 28, en tanto consagra la garantía de razonabilidad.

En tal sentido, sostiene GELLI que “*el principio de razonabilidad se constituye en una norma operativa que vincula a todos los poderes del Estado, porque el Estado Constitucional de Derecho es un Estado de razón. La obligatoriedad, para los organismos estatales, de preservar ese principio, implica la necesidad de dar razones, es decir, fundamentos de las decisiones que se toman y, a la vez, fundamentos razonables bajo algún criterio o pauta que se sostenga en un método interpretativo objetivo (...) Dicho en otras palabras, el contenido de la norma, la sustancia de la disposición, la reglamentación de los derechos o garantías deben de ser razonables. Tal como lo sostuvo Juan Francisco Linares, la razonabilidad de las leyes constituye una garantía innominada del debido proceso sustantivo*” (GELLI, María Angélica, “Criterios de interpretación y posiciones institucionales de la Corte Suprema (2004-2009)”, LL 2009-F, 946).

En similar sentido, RIVERO YSERN destacó que “*el Poder Legislativo justifica sus decisiones en la exposición de motivos de las leyes e igualmente los jueces y tribunales en sus sentencias. Y ello porque, en el proceso de elaboración del derecho, el Poder Legislativo, como representante de la voluntad popular, ha de justificar ante ella la norma que aprueba*” (Extracto del prólogo realizado por Enrique RIVERO YSERN a la obra de FERNANDO PABLO, Marcos M., *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 13).

SACRISTÁN, por su parte, tras señalar que “*las leyes formales no requerirían motivación por no estar sujetas a una norma similar al citado art. 7° inc. d)*” de la LNPA, apunta que “*es claro que no exigir motivación –eximir del recaudo de expresión de las razones– en las leyes formales amplía el ámbito de discrecionalidad del legislador pues le permite evadir la difusión, con valor jurídico, de las razones de hecho y de derecho que lo conducen a elegir tal o cual opción. Además, al inexigirse la expresión de esas razones, se daña fatalmente el sentido que se tiene de la Justicia y el acceso a la misma*” (SACRISTÁN, Estela B., “Una aproximación a los límites de la discrecionalidad del legislador”, *Prudentia Iuris*, N° 78, 2014, p. 96/97).

Por ello, si bien se ha señalado que “*el Poder Legislativo no necesita expresar formalmente la motivación de las normas que sanciona. Las leyes debidamente sancionadas y promulgadas son tales, porque el pueblo, que no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas, así lo dispone mediante la voluntad del Congreso de la Nación*” (GALARCE, Lino B., “Sobre la motivación de las leyes”, REDA 2004: 953, especialmente. 9. 954/955), lo cierto es que, en nuestra opinión, no resulta apropiado sustentar una postura con base en un *argumentum ad auctoritate*, razón por la cual entendemos que la motivación de los actos estatales (v.gr.: ley, sentencia y acto administrativo), además de ser una exigencia del Estado Constitucional de Derecho, coadyuva a que aquella, como producto de la voluntad general, y parafraseando a BOBBIO, no se base en la razón de la fuerza sino en la fuerza de la razón (BOBBIO, Norberto, “La razón del derecho (observaciones preliminares)”, *Doxa* 2 (1985), Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, p. 17 y ss.).

En tal sentido, JIMENA QUESADA, destacó que la “*justificación del Legislador es una exigencia del Estado de Derecho*” que, además, favorecería a persuadir positivamente a los destinatarios “*a efectos de acatarla voluntariamente, pasando a un segundo plano la obediencia asentada en el soporte de la fuerza coactiva; y no se trata, en suma, de alabar, venerar o elogiar la ley como hicieron algunos autores de la antigüedad clásica, sino de dar razones (exposición de motivos como instrumento de legitimidad), tanto mejores cuanto más calidad revista la forma en que estén expresadas (exposición de motivos como técnica legislativa)*” (JIMENA QUESADA, Luis, “La motivación de la legislación en el parlamentarismo francés”, *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, N° 9, 2000, p. 195/196).



*e inherente del sistema republicano de gobierno adoptado en la Argentina*<sup>159</sup> al que nos referiremos en el punto N° 2 del Capítulo IV (especialmente punto N° 2.1.).

Si los jueces deben fundar sus sentencias y los legisladores exponer los motivos por los que sancionan una ley, con más razón el Poder Ejecutivo debe expresar ante la comunidad las razones de la decisión adoptada<sup>160</sup>.

En ese orden de ideas, MONTI y TAWIL señalaron que *“la existencia de motivación permite, asimismo, el control indirecto de la opinión pública, dado que ‘se dispone y se ordena, pero al mismo tiempo se razona y se justifica para qué se hace ello’. Por esa razón, es indudable que, en un mundo como el actual, donde se ha pasado de un sistema de limitaciones a uno de participación activa de los administrados, la motivación de los actos satisface psicológicamente la opinión pública al permitirle conocer en forma acabada las razones del obrar administrativo. Su exigencia se funda, pues, como bien se ha señalado, en el principio de respeto a la ciudadanía”*<sup>161</sup>.

Finalmente, conviene transcribir, por su riqueza teleológica, lo apuntado por el Padre de la Constitución, como suele llamarse a ALBERDI, en cuanto a que *“la mención de los*

---

Como señalara COTTA, citado por SEGURA ORTEGA, *“el legislador no se limita a poner las normas, sino que se preocupa de justificarlas de distintas maneras (con la exposición que acompaña al proyecto de ley, con la propaganda, etc.). A la necesidad de justificación no se sustrae ningún legislador, si aun siquiera el despótico”* (SEGURA ORTEGA, Manuel, *La racionalidad jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 67/68).

Por último, resulta sumamente interesante lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza en el caso “Drot de Gourville E.”, pues allí se destacó que *“toda decisión legislativa que afecte derechos de los particulares debe responder a una motivación suficiente y resultar la derivación razonada de sus antecedentes, de modo tal que se encuentren cabalmente a resguardo las garantías constitucionales en juego, como son entre otras las tuteladas por los arts. 16, 17 y 18 CN., puesto que se trata de una exigencia que por imperio legal es establecida como elemento condición para la real vigencia del principio de legalidad en la actuación de los órganos legislativos. Es más, se ha sostenido que aparte de la observancia del principio cardinal de legalidad, la motivación traduce una exigencia fundada en conferir una mayor protección a los derechos individuales, por lo que su cumplimiento depende de que el administrado pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado de la ley (...) la ley es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”* (SCJM, 29/07/2003, “Drot de Gourville E. y otros v. Provincia de Mendoza”).

<sup>159</sup> TAWIL, Guido S. – MONTI, Laura M., *La motivación del acto administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 9 y p. 12; SACRISTÁN, Estela B., “La motivación como requisito esencial del acto administrativo”, en AA.VV. *“Acto administrativo y reglamento”*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 65 y ss., especialmente p. 92; VENTURA, Adrián, “Los decretos de necesidad y urgencia...”, op. cit., p. 192/193, entre otros.

<sup>160</sup> Ibidem.

<sup>161</sup> TAWIL, Guido S. – MONTI, Laura M., *La motivación del acto administrativo*, op. cit., p. 18.



*motivos es una garantía de verdad y de imparcialidad, que se debe a la opinión, y un medio de resolver las dudas ocurridas en la aplicación por la revelación de las miras que ha tenido el legislador, y de las necesidades que se ha propuesto satisfacer. Conviene, pues, que el preámbulo de la constitución argentina exprese sumariamente los grandes fines de su instituto. Abrazando la mente de la constitución, vendrá a ser la antorcha que disipe la oscuridad de las cuestiones prácticas, que alumbre el sendero de la legislación y señale el rumbo de la política del gobierno”*<sup>162</sup>.

3.4.1.3.2.- Por otra parte, la tesis que proponemos también se fortalece si se tiene en cuenta, como dijimos y enfatizaremos en el punto N° 4 de Capítulo IX (especialmente punto N° 4.3.2.1.1.), que los jueces pueden controlar el procedimiento de *elaboración* del DNU pues, en definitiva, si fuera considerado una Ley, el Poder Judicial debería abstenerse de examinar tanto el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las solución adoptada como *el procedimiento adoptado para su formación y sanción* –salvo que faltaren los requisitos mínimos e indispensables–.

Es que, en definitiva, aquella “deferencia judicial”<sup>163</sup> solo puede explicarse, en definitiva, porque *el DNU es producto de la función administrativa y no de la función legislativa*, como lo es la Ley emanada del Congreso.

3.4.1.4.-Por lo demás, aún de aceptarse que la emisión de un reglamento delegado o un DNU sea una decisión política presencial, correspondería distinguir entre la elección de esas vías para dictarlos –decisión política o de gobierno– de la naturaleza jurídica del acto emitido a raíz de esa decisión política –acto administrativo–.

---

<sup>162</sup> ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Cap. XXVII, nota N° 16.

<sup>163</sup> Como enseña BIANCHI, la doctrina de la deferencia “*constituye una forma de autorrestricción de los tribunales en el control de la potestad reglamentaria de la Administración*” (BIANCHI, Alberto B., “El control judicial bajo la doctrina de la *deferencia*”, en AA.VV. *Control de la Administración Pública*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, p. 523 y ss.). De acuerdo con aquella doctrina, “*los jueces no revisarán la reglamentación de una ley, salvo que esta sea irrazonable, arbitraria o manifiestamente errónea*” (BIANCHI, Alberto B., *La separación de poderes. Un estudio desde el derecho comparado*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, p. 225).

No hay duda de que el Poder Ejecutivo actúa discrecionalmente, en el sentido de que ante circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes podrá optar por la medida más idónea para afrontar aquellas circunstancias extremas, pero ello en modo alguno incide en la naturaleza jurídica de la decisión adoptada.

A su vez, aquella potestad discrecional no implica que el Poder Ejecutivo pueda valorar libremente, sin ninguna vinculación, las circunstancias que integran el presupuesto de hecho habilitante, pues en la justificación de toda potestad (ora reglada ora discrecional) hay una referencia a un concreto sector de la realidad, una alusión fáctica que condiciona y delimita su ejercicio<sup>164</sup>.

Por ello, y como veremos en el punto N° 4.3.2.1.1. del Capítulo IX, en nuestra opinión los jueces poseen atribución constitucional no solo para efectuar un control *pleno o amplio*, esto es, controlar y verificar las circunstancias fácticas de *necesidad y urgencia* alegadas por el Poder Ejecutivo sino, también, para analizar la validez del trámite de elaboración y, ciertamente, la razonabilidad de la medida adoptada, más allá del lapso que pueda tener el Congreso para pronunciarse.

---

<sup>164</sup> En ese orden de ideas, se ha precisado que “*los hechos objetivos deben existir en la realidad, como algo exigible por el agente que ve comprometido su derecho, y la Administración debe acreditarlos de algún modo*”, agregándose que el acto “*no puede consistir, exclusivamente, en la voluntad del agente, siendo, por ende, siempre necesario que ella se sustente en factores objetivables*” (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 400/401 y, antes, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 37/38).

La PTN, por su parte, señaló que la “causa” de los actos administrativos no puede ser “discrecional”, porque debe hallarse referida a circunstancias perfectamente verificables (Dictámenes 114:376) y, asimismo, que las facultades discrecionales tienen ciertas limitaciones jurídicas, entre ellas, la de enmarcarse en la real existencia de los hechos objetivos que se invoquen como causa del acto (Dictámenes 164:292).

Así, pues, es claro que todos los actos administrativos, en el caso, los reglamentos de necesidad y urgencia y los delegados, como especies del género acto administrativo, deben estar siempre respaldados en la efectiva concurrencia de los hechos descritos por el presupuesto de hecho previsto por la norma aplicable (v.gr.: art. 99, inc. 3° y art. 76 de la Constitución nacional, respectivamente), toda vez que si la causa del acto residiese en la voluntad del órgano emisor y no en razones concretas o, simplemente, en erróneas calificaciones jurídicas, el acto administrativo debe fulminarse con su expulsión del mundo jurídico.

3.4.2.) *Objeciones a la interpretación de los Dres. MARIENHOFF, GARCÍA PULLÉS y CANDA*

3.4.2.1.- Ahora bien, y en relación con la postura esbozada tanto por MARIENHOFF como por CANDA y GARCÍA PULLÉS, es decir, que solo los reglamentos autónomos y ejecutivos pueden ser considerados “administrativos”, pues los delegados y los de necesidad y urgencia son sustancialmente “legislativos”, destacamos, y a riesgo de pecar de reiterativos, que aun después de la reforma constitucional del año 1994, todos aquellos reglamentos también deben ser considerados producto de la *función administrativa* (por oposición a la legislativa) y, por tanto, actos administrativos en sentido amplio.

Es que, insistimos, solo puede considerarse que existe función legislativa cuando los actos estatales producto de aquella (sean de alcance general o particular) emanan del Congreso y, además, fueron precedidos por el procedimiento deliberativo previsto por la Constitución de la Nación para la formación y sanción de las leyes.

Sin perjuicio de ello, y no obstante el merecido respeto que merece la opinión de los citados juristas, creemos que sus posturas también ofrecen otros reparos que hacen que no puedan ser aceptadas. Veamos.

3.4.2.2.- Como dijimos, según el maestro MARIENHOFF, “*si bien los reglamentos delegados y los de necesidad y urgencia, dado su contenido son sustancialmente ‘legislativos’, aunque formalmente sean administrativos, los reglamentos autónomos - independientes o constitucionales- y los de ejecución, tanto por su contenido como por su forma son, en cambio, sustancial y formalmente ‘administrativos’*” (énfasis agregado)<sup>165</sup>.

Si el autor citado entiende por ley “material” a “*una regla de derecho*”, y define a la ley en sentido “formal” como aquella que emana del órgano legislativo “*siguiendo para ello el procedimiento que al efecto establece la Constitución*”<sup>166</sup>, bien podría afirmarse,

---

<sup>165</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 264.

<sup>166</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 219. El jurista categóricamente sostiene que “*cuando nuestra Constitución habla de ‘ley’, por principio entiende referirse a dicho acto en sentido formal, o sea al sancionado conforme al procedimiento establecido en la misma (...)* En nuestra técnica constitucional ley es la ley en sentido formal” (ibidem), insistiendo, más adelante, en que “*cuando la*

en una especie de analogía de contraste, que cuando sostiene que los reglamentos de necesidad y urgencia y los delegados –al igual que los autónomos y los de ejecución– son “formalmente administrativos”, se refiere a que son emitidos de acuerdo con un *procedimiento administrativo*, por oposición al procedimiento previsto en la Constitución para la sanción de las leyes.

Lo expuesto resulta coherente, además, con su postura en relación con la imposibilidad de que una “ley formal” pueda reglamentar cuestiones referidas a la “*zona de reserva de la administración*”, pues, como apunta MARIENHOFF, “*tal reglamentación sólo puede efectuarse mediante ‘reglamento’ del Poder Ejecutivo, o sea mediante ley ‘material’, y de ningún modo mediante ley ‘formal’*”<sup>167</sup>.

En definitiva, entonces, se concluye que en la inteligencia del profesor MARIENHOFF todos los reglamentos –incluso los de necesidad y urgencia y los delegados– son los que se dictan siguiendo un “procedimiento administrativo”, en oposición al “procedimiento establecido por la Constitución nacional”<sup>168</sup>.

---

*Constitución habla de ‘ley’ entiende referirse, por principio, a la ley ‘formal’, o sea a la que, para existir como norma, ha debido recorrer toda la vía que al respecto establece la Constitución”* (idem. p. 316).

En igual sentido, SAYAGUÉS LASO, refiriéndose a la Constitución de Uruguay, precisó que “*el examen de los textos constitucionales de nuestro país y lo mismo cabe decir de la generalidad de los países extranjeros, evidencia que el constituyente, cuando aludió a la ley, entendió referirse a la ley en sentido formal, es decir, el acto sancionado conforme el procedimiento establecido en la Constitución a esos efectos*” (SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 94).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, en la opinión consultiva OC N° 06/1986, del 09/05/1986, párrafo 27, destacó que la expresión leyes, empleada en el art. 30 del Pacto de San José de Costa Rica, “[...] no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, de norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento interno requerido por cada Estado”.

<sup>167</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 220. Más aún, el autor entiende que “*si una ley formal estatuyere sobre una materia que, constitucionalmente, es propia y exclusiva del órgano Ejecutivo, dicha ley debe ceder ante un reglamento del Ejecutivo que preceptúe en forma distinta sobre dicha materia*” (idem. p. 254). Ver, además, lo expuesto en el punto N° 3.3. del Capítulo IX, en cuanto a que, según el autor, el Poder Legislativo no puede dejar sin efecto un reglamento autónomo dictado por el Poder Ejecutivo.

<sup>168</sup> En ese orden de ideas, un sector de la doctrina expresamente sostuvo, por ejemplo, que el decreto delegado se emite “*lógicamente a través de un procedimiento de naturaleza administrativa (...) por consiguiente, el acto tendrá naturaleza mixta, pues formalmente será administrativo y materialmente, legislativo*” (negrita fuera del original) (SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos I., “La delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo” en AA.VV., *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, SABSAY, Daniel A. –Director–, MANILI, Pablo L. –Coordinación–, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, Tomo 3, p. 870 y ss., especialmente p. 888/889 y doctrina allí citada).

3.4.2.2.1.- Sin embargo, en nuestra opinión, la postura esbozada por MARIENHOFF, al igual que los distintos criterios y las diversas opiniones antes analizadas, resulta desacertada.

Si se ha definido al “procedimiento administrativo” como “*la serie, secuencia o sucesión de actos que, dirigida a la satisfacción directa e inmediata del bien común o interés público, constituye el elemento ordenador, regulador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa del Estado*”<sup>169</sup> (énfasis agregado), mal podría interpretarse que el resultado de aquel procedimiento no sea un acto administrativo.

En efecto, si se tiene en cuenta, por un lado, que el acto administrativo deriva de la función administrativa, la ley de la función legislativa y la sentencia de la función judicial y, por otra parte, que la función administrativa es regulada por el procedimiento administrativo, la función legislativa por el procedimiento previsto por la CN para la formación y sanción de las leyes, y la función judicial con el procedimiento establecido en los respectivos códigos, entonces, necesariamente, un procedimiento administrativo ha de culminar con un acto administrativo, un procedimiento “constitucional”<sup>170</sup> con una ley y, por último, un proceso regulado en un código “procesal”, con una sentencia.

*Si el procedimiento administrativo, que no es otra cosa más que el cauce formal de*

---

<sup>169</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 124/125 y, posteriormente, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 3. En igual sentido: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 120, especialmente nota N° 12; SACRISTÁN, Estela B., “Principios generales del procedimiento administrativo”, *Documentación Administrativa*, N° 267-268, Madrid, INAP, Septiembre 2003-Abril 2004, p. 267; ECHAGUE, María Eugenia, “La participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos”, *RAP* 470:39; IVANEGA, Miriam M., “Reflexiones sobre los principios del procedimiento administrativo”, en *Procedimiento Administrativo. A 20 años de la reforma constitucional*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Astrea Ediciones RAP, Buenos Aires, 2015, p. 343; DELPIAZZO, Carlos E., *Derecho Administrativo General*, Tercera Edición Actualizada y Ampliada, Editorial y Librería Jurídica Amalio M. Fernández, Montevideo, 2020, Volumen 1, p. 371.

Aquella definición también fue adoptada por diversos Máximos Tribunales provinciales: Corte de Justicia de Salta, 04/02/2014, “Secretaría de Trabajo y Previsión Social c. Vicente Moncho Construcciones S.R.L. s/ recurso de inconstitucionalidad”; Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Santa Cruz, 30/11/2005, “G., M. Y. c. Municipalidad de Gobernador Gregores”, entre otros.

<sup>170</sup> Nos referimos, concretamente, al previsto en la Segunda Parte, Título Primero, Sección Primera, Capítulo Quinto.

la función administrativa<sup>171</sup>, tiene como resultado el acto administrativo, no resulta razonable afirmar que los DNU o los reglamentos delegados sean el resultado de un procedimiento de naturaleza administrativa pero no tengan naturaleza “administrativa”, sino “legislativa”.

3.4.2.3.- Por otra parte, no puede soslayarse que si bien tanto CANDA como GARCÍA PULLÉS adhieren a la clasificación “reglamentos administrativos” y “reglamentos legislativos”, el último autor citado señala que a los segundos (v.gr.: reglamentos delegados y de necesidad y urgencia) no cabe “*excluirlos totalmente de los principios de los actos administrativos, a pesar de la pretensión que viene extendiéndose en tal sentido*”<sup>172</sup>.

3.4.2.4.- Asimismo, quienes sostienen que los reglamentos delegados y los de necesidad y urgencia no deben ser considerados “reglamentos administrativos”, es decir, producto de la función administrativa y, por tanto, una especie del género acto administrativo, destacan como una característica positiva de ello que pueden ser cuestionados directamente en la justicia sin previo agotamiento de la vía administrativa.

Si bien esta cuestión será analizada en profundidad tanto en el punto N° 3.2. del Capítulo III como en el punto N° 5.1. (especialmente punto N° 5.1.4.2.4.) del Capítulo VIII, en esta oportunidad únicamente diremos que el agotamiento de la vía administrativa no debe ser entendida únicamente como *prerrogativa* sino, también, como *garantía*<sup>173</sup>,

---

<sup>171</sup> También señalan que el procedimiento administrativo es el cauce formal de la función administrativa, entre otros: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1136; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 5/7; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 3/4; CANDA, Fabián O., “Principios convencionales del procedimiento administrativo. El principio de ‘tutela administrativa efectiva’. Creación y evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional”, EDA 2015-732.

<sup>172</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 221.

<sup>173</sup> Antes de ahora ya hemos señalado que, actualmente, el agotamiento de la vía administrativa se perfila no solo como una prerrogativa a favor de la Administración sino, también, como una garantía del particular. Así lo hemos expuesto al analizar la acción de lesividad y la obligatoriedad de que el sujeto emisor de un acto administrativo irregular que devino estable, previo a la interposición de la demanda de lesividad, inicie un procedimiento administrativo que finalizará con el dictado de la “declaración de lesividad” de aquel acto. De ese modo, como en aquella ocasión sostuvimos, la declaración de lesividad se erige en un



pues, en el caso de la impugnación de aquel tipo de actos, y al igual que lo que sucede con todo el procedimiento administrativo impugnatorio (salvo contadas excepciones cuya constitucionalidad ha si cuestionada<sup>174</sup>) se caracteriza, entre otras cosas, por el principio del formalismo moderado<sup>175</sup> y la gratuidad<sup>176</sup>, lo que, en principio, es inconcebible en el

---

presupuesto de admisibilidad de la pretensión judicial de la nulidad (COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p. 140 y 214).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ha sostenido que la exigencia del agotamiento de la instancia administrativa “*si bien puede interpretarse como una prerrogativa del Estado que tiene por objeto dar oportunidad para zanjar la cuestión por sí mismo, evitando la intervención del Poder Judicial, también debe ser examinado atendiendo a su finalidad de garantía de una mayor protección del particular, proporcionándole un medio sencillo y económico para satisfacer sus pretensiones, que le permite conocer íntegramente la posición de defensa de la administración antes de decidir sobre su oportunidad de acudir a la vía judicial*” (CNACAF, Sala II, 10/08/2004, “Lagunilla S.A. c/ Inspección General de Justicia –Deci. 55/00– s/ proceso de conocimiento”); CNACAF, Sala II, 05/05/2011, “Multiscope S.A. c/ EN –M° Economía– Resol 47/07 AFIP DGA (8 PACKING L) s/ Proceso de Conocimiento”).

Ver, a su vez, lo expuesto en el Capítulo III, punto N° 3.2., especialmente punto N° 3.2.2.

<sup>174</sup> Tal lo que sucede, por ejemplo, con las garantías de impugnación exigidas en el marco del procedimiento de licitación pública. Al respecto, cabe destacar que tanto la mayoría de la doctrina como la PTN han considerado, en criterio que compartimos, que la exigencia en los pliegos del pago de garantías como condición para deducir impugnaciones contra algunos de los actos dictados durante el *iter* licitatorio, además de ser contradictorias con la esencia misma del procedimiento recursivo, conspira contra la transparencia del ejercicio de la función administrativa del Estado (ver, por todos: COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación pública (Nociones, principios, cuestiones)*, 2° Edición, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 46; Dictámenes 257:151).

<sup>175</sup> La LNPA consagra el principio del “informalismo” en el art. 1°, inc. “c” al establecer la “*excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente*”. Como habrá advertido el lector, en el texto hemos utilizado la expresión “formalismo moderado” y no “informalismo a favor del administrado” pues, en línea con lo apuntado por un sector de la doctrina, entendemos que se trata de un principio que no puede significar la existencia de un procedimiento “sin formas”, aun cuando esa ausencia pretenda aplicarse solo en beneficio de los administrados. En otras palabras, el “informalismo” no es inexigibilidad de formas, sino solo relativización de ellas en beneficio inmediato de los administrados, siempre que no sean esenciales, ni afecten el interés público o administrativo ni a terceros (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 58 y ss.).

En tal sentido, cabe señalar que en un pronunciamiento cercano en el tiempo, la CSJN también se ha referido al principio en estudio bajo la expresión “formalismo moderado” (ver: CSJN, 17/12/2013, “AFIP - DGI s/ solicita revocación de acto administrativo - acción de lesividad contencioso administrativo”, EDA 2014-121, considerando 6°).

<sup>176</sup> Si bien el principio de gratuidad, a diferencia de lo que sucede en diversos ordenamientos jurídicos provinciales (cfr.: art. 3°, inc. “c” de la Ley de Procedimiento Administrativo de Neuquén; art. 21 de la Ley de Procedimientos administrativos de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur), no está expresamente reconocido en la LNPA, lo cierto es que, al igual que lo ha entendido la doctrina calificada, creemos que resulta conveniente aceptarlo como principio general del derecho administrativo (ver, entre otros, COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación Pública...*, op. cit., p. 46; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 91/92; ABERASTURY (h), Pedro – CILURZO, María Rosa, *Curso de procedimiento administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 390. Es que, como han señalado los últimos autores citados, “*el procedimiento administrativo debe ser gratuito en tanto se busca que el particular colabore con la Administración en el control del ejercicio de la función administrativa*”.

marco del proceso contencioso.

En otras palabras y como se verá *infra*: si bien se podría considerar que la improcedencia del agotamiento de la vía en los reglamentos de necesidad y urgencia y los reglamentos delegados resulta más beneficiosa para el particular, lo cierto es que ello no necesariamente es así pues, mediante la impugnación administrativa, cuya gratuidad se impone como derivación del principio del formalismo moderado, los afectados por la medida, en caso de que la administración resuelva a favor de su pretensión anulatoria, se habrán visto beneficiados al no tener que afrontar un pleito contencioso-administrativo y, con ello, abonar los honorarios de su letrado –y los del Estado, si fuera condenado en costas–.

3.4.2.5.- De todos modos, e independientemente de lo expuesto, cabe apuntar, en primer lugar, que si bien para requerir la *nulidad judicial*<sup>177</sup> de un reglamento resulta necesario, en principio, agotar la vía administrativa, en el Capítulo XII veremos que quienes vean amenazados en forma cierta e inminente sus derechos subjetivos, podrían requerir la *suspensión de los efectos* del reglamento durante el trámite administrativo, es decir, durante el agotamiento de la vía administrativa o incluso cuando, habiéndosela agotado, interpusieron un recurso o reclamo administrativo optativo, a través de lo que se denomina *medida cautelar autónoma*.

En segundo término, y tal como se expondrá en el Capítulo XIII, la *nulidad judicial* también podrá ser requerida sin el previo agotamiento de la vía administrativa en aquellos supuestos en los que estén dados los requisitos que habilitan acudir a la vía del amparo del art. 43 de la Constitución de la Nación, incluso de manera *directa* (esto es, sin necesidad de que exista un acto administrativo particular de aplicación) para el supuesto de los reglamentos de necesidad y urgencia y los delegados, tal como sostiene la mayoría

---

En tal sentido, la CNACAF ha precisado que si bien la LNPA no prescribe la gratuidad expresamente, aquella es uno de los principios fundamentales que informan el sistema general del procedimiento administrativo (CNACAF, Sala V, 28/03/00, “Camuzzi Gas Pampeana”).

<sup>177</sup> En tal sentido, conviene dejar sentado, ya desde ahora, que, en nuestra opinión, y como lo hemos señalado en otra oportunidad y veremos *infra* (punto N° 3, Capítulo VII), entendemos que en el derecho administrativo la nulidad debe ser entendida como la sanción legal que priva de manera definitiva y permanente los efectos propios del acto administrativo viciado (ver nota N° 671).



de la doctrina (ver punto N° 2.2. del Capítulo XIII).

Por último, y como también veremos en el Capítulo XIII, cuando se impugna cualquier reglamento por la vía de amparo, de la jurisprudencia de la CSJN es posible concluir que si con su dictado se afectan derechos humanos como la vida o la salud, aquellos, además de poder ser impugnados judicialmente de forma *indirecta* o *directa* (es decir, como dijimos, antes de que exista un acto de aplicación), tampoco requieren el previo agotamiento de la vía administrativa.

3.4.2.6.- Finalmente, e independientemente de lo expuesto en relación con el previo agotamiento de la vía administrativa para la impugnación judicial de los DNU, tal como lo veremos en el punto N° 5.1.4.2.4. del Capítulo VIII (especialmente 5.1.4.2.4.4.), si bien podría sostenerse que por estar sometidos al control legislativo –al igual que los están, como veremos, los reglamentos delegados– se trata de una norma con sustancia legislativa y, por consiguiente, producto de la *función legislativa*, lo cierto es que ello no resulta acertado.

Es que, como se verá, ante circunstancias excepcionales que requieren de *respuestas urgentes* –o, en términos de la CSJN, de “medidas súbitas”<sup>178</sup>– no susceptibles de ser afrontadas mediante el trámite previsto por la Constitución nacional para la sanción de las leyes, el dictado de un decreto de necesidad y urgencia constituye una facultad *propia, originaria* y, por ende, *inherente* al Poder Ejecutivo, razón por la cual el control posterior del Congreso sobre esa potestad que le es propia al Poder Ejecutivo –al menos *inicialmente*–, en modo alguno puede alterar su naturaleza *administrativa* y, por tanto, su derivación del ejercicio de la *función administrativa*.

En el caso de los reglamentos delegados, y teniendo en consideración los conceptos de función legislativa, administrativa y judicial que hemos brindado al adherir al criterio mixto para delimitar las funciones jurídicas del Estado (ver punto N° 2.3. del Capítulo I), también cabe enfatizar que son producto de la *función administrativa* pues, en definitiva, con su dictado el Poder Ejecutivo regula *per se* y con arreglo a los límites constitucionales

---

<sup>178</sup> CSJN, 27/12/1990, “Peralta, Luis Arcenio y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía, Banco Central s/amparo”, Fallos 313: 1513, especialmente considerando N° 24.

previstos en el art. 76, actividades que le son *propias* pero que, sin embargo, por incidir sobre la esfera jurídica de los administrados requieren, para su desarrollo, de sustento normativo legal<sup>179</sup>.

Como señalaba COMADIRA, “*la delegación legislativa es procedente respecto de la regulación de actividades que aun siendo propias del Poder Ejecutivo deben, sin embargo, disciplinarse por ley formal en tanto afectan derechos individuales o bien corresponden a materias específicamente asignadas por la Constitución al Congreso*”<sup>180</sup>.

De esa manera, tanto los arts. 76 y 99, inc. 3° de la Constitución de la Nación como la Ley N° 26.122 –que regula, en lo que aquí interesa, el régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia y de delegación legislativa–, no hicieron más que reglamentar una competencia propia del Poder Ejecutivo.

#### **4.) Especial referencia a los reglamentos de necesidad y urgencia (y delegados) y la función administrativa en el derecho comparado**

En el punto 2 de este Capítulo hemos visto cuáles han sido los criterios que, al menos a nivel nacional, se han utilizado para delimitar las funciones jurídicas del Estado.

Si bien no pretendemos hacer aquí una mención exhaustiva de cómo se ha definido la denominada función administrativa ni de qué manera se han tratado los reglamentos de necesidad y urgencia y los delegados en el derecho comparado, sí quisiéramos, al menos brevemente, hacer alusión a la cuestión en algunos países de América y Europa (v.gr.: Brasil, Chile, Colombia, Nicaragua, Perú, España, Italia, Francia y los Estados Unidos de

---

<sup>179</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 267 y, más recientemente, COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 50.

<sup>180</sup> Ibidem. En igual sentido: MATA, Ismael, “Facultades reglamentarias de las autoridades reguladoras en Argentina”, en AA.VV., *Derecho administrativo iberoamericano (Discrecionalidad, justicia administrativa y entes reguladores)*, Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, Ciudad de Panamá, 18 a 19 septiembre de 2009, Florida, U.S.A.: Congrex, 2009, p. 83 y ss., especialmente p. 97; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 548, especialmente nota N° 1195; IVANEGA, Miriam M., “Consideraciones generales acerca de los reglamentos administrativos y las decisiones administrativas del Jefe de Gabinete de Ministros en materia presupuestaria”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, CASSAGNE, Juan Carlos – Director–, Buenos Aires, La Ley, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2009, p. 289, entre otros.

Norteamérica).

Ello así habida cuenta de que el Derecho en general, y el Derecho administrativo en particular, además de estar en constante evolución, vive y se desarrolla en un contexto globalizado, a punto tal que hasta en Europa los autores advirtieron una “*‘europeización’ del Derecho administrativo*”<sup>181</sup>.

Por otra parte, debe señalarse que la terminología empleada en el derecho comparado para referirse a los reglamentos de necesidad y urgencia y a los delegados, varía de acuerdo con el ordenamiento jurídico de que se trate.

Así, y a simple título ejemplificativo, la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988 utiliza el sintagma “medidas provisionales” para referirse a los DNU (*medidas provisórias com força de lei*); en la Constitución Política de Colombia se hace mención a los “decretos–legislativos” y a los “decretos–leyes” (o “decretos–extraordinarios”) que, en nuestro ordenamiento jurídico, se asemejan a los DNU y los delegados; la Constitución de España de 1978 utiliza la expresión “decreto–ley” y “decreto–legislativo” para hacer referencia a los que, en nuestro país, se denominan DNU y reglamentos delegados, respectivamente; en la Constitución italiana se habla de “medidas provisionales con fuerza de ley” para el caso de los DNU (*provvedimenti provvisori con forza di legge*), etc.

Independientemente de los términos utilizados en el derecho comparado, lo cierto es

---

<sup>181</sup> SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 40 y ss. Señala el autor alemán que “con la expresión *‘europeización’ del Derecho administrativo* hacemos referencia al influjo, complitud y transformación de los ordenamientos nacionales a resultas del impacto que producen los actos y las acciones jurídico-comunitarias”.

Un estudio acerca del fenómeno de la “europeización” del derecho administrativo puede verse, entre otros: CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio, “Sobre el Derecho administrativo europeo”, en AA.VV., *El nuevo derecho administrativo. Libro en homenaje al Prof. Dr. Enrique Rivero Ysern*, Ratio Legis Librería Jurídica, Salamanca, 2011, p. 103 y ss.

que en Argentina un sector mayoritario de la doctrina<sup>182</sup>, al igual que la PTN<sup>183</sup>, parecieran reservar el sintagma “decreto–ley” a los que dicta el Poder Ejecutivo *de facto* y, el término “reglamento de necesidad y urgencia”, al que dicta el Poder Ejecutivo *de iure*.

#### 4.1.) La cuestión en Brasil

4.1.1.- En primer lugar, cabe señalar que el art. 62 de la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988 establece que “*en caso de relevancia y urgencia, el Presidente de la República podrá adoptar medidas provisionales, con fuerza de ley, debiendo someterlas de inmediato al congreso Nacional, el cual estando en vacaciones será convocado extraordinariamente para reunirse en el plazo de cinco días. Parágrafo único. Las medidas provisionales perderán eficacia desde la adopción si no fueran convertidas en ley en el plazo de treinta días, a partir de su publicación, debiendo el Congreso Nacional regular las relaciones derivadas de ellas*”.

Por otra parte, el art. 68 de la Constitución brasileña estipula que “*las leyes delegadas serán elaboradas por el Presidente de la República que deberá solicitar la delegación al Congreso Nacional. 1. No serán objeto de delegación los actos de competencia exclusiva del Congreso Nacional, los de Competencia de la Cámara de los Diputados o del Senado Federal, la materia reservada a la ley complementaria ni la legislación sobre: I- organización del Poder Judicial y del Ministerio Público, la carrera y las garantías de*

---

<sup>182</sup> Ver, por todos: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 243/248. Conforme señala el citado jurista, “*nuestra Constitución no autoriza al Poder Ejecutivo de jure para dictar decretos-leyes; si los dicta, éstos adolecen de total nulidad, por implicar actos inconstitucionales, ya que en tal supuesto, el Ejecutivo habríase arrogado el ejercicio de potestades legislativas, violando así el principio de división de los poderes. Sólo el Poder Ejecutivo de facto, en el cual se subsume un ‘gobierno’ de facto -y donde, por inexistencia del órgano legislativo, el Ejecutivo es, al propio tiempo, Legislativo-, puede emitir entre nosotros ‘decretos-leyes’*” agregando, a su vez, que “*el Ejecutivo de jure, en nuestro país, jamás podrá dictar válidamente un decreto-ley; en cambio sí podrá dictar un ‘reglamento de necesidad y urgencia’*. El régimen jurídico de ambos actos es distinto: baste advertir que el decreto-ley no requiere ratificación ni aprobación legislativa, en tanto que el reglamento de necesidad y urgencia sí la requiere; aparte de ello, el ‘contenido’ o ‘substancia’ de ambos difiere fundamentalmente: el decreto-ley puede tener el contenido general de las leyes, en tanto que el reglamento de necesidad y urgencia debe responder inexcusablemente a una súbita razón de necesidad y urgencia (terremotos, incendios, epidemias u otra repentina y grave necesidad del momento, que incluso puede ser de tipo económico) que torne indispensable su emanación sin tener que supeditarse a las comprensibles dilaciones del trámite legislativo”.

<sup>183</sup> Dictámenes 86:221; 198:124; 207:272, entre otros.

*sus miembros; II- nacionalidad, ciudadanía, derechos individuales, políticos y electorales; III- planes plurianuales, directrices presupuestarias y presupuestos. 2. La delegación al Presidente de la República tendrá la forma de resolución del Congreso Nacional, que especificará su contenido y los términos de su ejercicio. 3. Si la resolución determinase la apreciación del proyecto por el Congreso Nacional, este la hará en votación única, estando prohibida cualquier enmienda”.*

4.1.2.- Sobre la cuestión, un calificado sector de la doctrina brasileña ha señalado que las medidas provisorias reguladas en el artículo 62 de la Constitución constituyen actos normativos que, como tales, son equiparados en su aptitud de producir efectos de orden jurídico similar a los que genera la ley parlamentaria y, por consiguiente, entienden que se trata de un instrumento constitucional para participar de la función legislativa<sup>184</sup>.

Asimismo, del art. 68 recién transcrito es posible advertir que si bien la delegación legislativa tiene un régimen procedimental bastante amplio y genérico, lo cierto es que también prevé limitaciones respecto de diversas materias.

Así, pues, no pueden ser objeto de delegación las facultades institucionales reconocidas exclusivamente al Congreso (art. 49) o a cada una de las Cámaras (arts. 51 y 52); ni las leyes complementarias que desarrollan aspectos del régimen constitucional y que están señaladas a lo largo de su texto, ni el resto de los puntos contemplados en los diversos apartados del inc. 1° del art. 68<sup>185</sup>.

#### 4.2.) La cuestión en Chile

4.2.1.- En Chile, la Constitución actual expresamente autoriza al Poder Ejecutivo a emitir disposiciones “con fuerza de ley” (medidas que son calificadas, según un sector de la doctrina, “legislación irregular”) sin que previamente intervenga el Congreso cuando

---

<sup>184</sup> MARIOTTI, Alexandre, *Medidas Provisórias*, Editora Saraiva, São Pablo, 1999, p. 69 y ss. En similar sentido puede verse: CLÈVE CLÈMERSON, Merlín, “A atividade legislativa do poder executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988”, Editora Revista dos Tribunais, São Pablo, 1993, 48 y ss.

<sup>185</sup> SANTIAGO, Alfonso (h.) – CORNEJO, Valentín Thury, *Tratado sobre la delegación legislativa*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 403.

se esté frente a los denominados “estados de excepción constitucional” o, en su caso, con la previa autorización del Congreso.

Independientemente de aquella clasificación, la doctrina chilena pareciera dejar reservada la expresión “decretos con fuerza de ley” a los que son dictados previa autorización del Congreso, es decir, aquellos que en Argentina se conocen como reglamentos delegados.

4.2.1.1.- Según el art. 39 de la Constitución Política de Chile, “*el ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo puede ser afectado bajo las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública, cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado*”.

Como se ve, solo bajo la vigencia de los “estados de excepción” resulta posible que el Poder Ejecutivo adopte medidas que afecten los derechos y garantías que la Constitución asegura.

De acuerdo con lo establecido en los artículos 40, 41, 42, los estados de excepción constitucionales son: a) *estado de asamblea* –art. 40–; b) *estado de sitio* –art. 40–; c) *estado de emergencia* –art. 41<sup>186</sup>–; d) *estado de catástrofe* –art. 42<sup>187</sup>–.

---

<sup>186</sup> De acuerdo con el art. 41 de la Constitución Política de Chile, “*El estado de catástrofe, en caso de calamidad pública, lo declarará el Presidente de la República, determinando la zona afectada por la misma. El Presidente de la República estará obligado a informar al Congreso Nacional de las medidas adoptadas en virtud del estado de catástrofe. El Congreso Nacional podrá dejar sin efecto la declaración transcurridos ciento ochenta días desde ésta si las razones que la motivaron hubieran cesado en forma absoluta. Con todo, el Presidente de la República sólo podrá declarar el estado de catástrofe por un período superior a un año con acuerdo del Congreso Nacional. El referido acuerdo se tramitará en la forma establecida en el inciso segundo del artículo 40. Declarado el estado de catástrofe, las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional que designe el Presidente de la República. Este asumirá la dirección y supervigilancia de su jurisdicción con las atribuciones y deberes que la ley señale*”.

<sup>187</sup> Según el art. 42 de la Constitución chilena, “*El estado de emergencia, en caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación, lo declarará el Presidente de la República, determinando las zonas afectadas por dichas circunstancias. El estado de emergencia no podrá extenderse por más de quince días, sin perjuicio de que el Presidente de la República pueda prorrogarlo por igual período. Sin embargo, para sucesivas prórrogas, el Presidente requerirá siempre del acuerdo del Congreso Nacional. El referido acuerdo se tramitará en la forma establecida en el inciso segundo del artículo 40. Declarado el estado de emergencia, las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional que designe el Presidente de la República. Este asumirá la dirección y supervigilancia de su jurisdicción con las atribuciones y deberes que la ley señale. El Presidente de la*



En ese orden de ideas, el art. 40 de la Constitución Política de Chile establece que tanto el “estado de asamblea”<sup>188</sup> –en caso de guerra exterior– como el “estado de sitio” –en caso de guerra interna o grave conmoción interior–, lo declara el Presidente de la República con acuerdo del Congreso Nacional el que, además, “*dentro del plazo de cinco días contado desde la fecha en que el Presidente de la República*” le somete “*la declaración de estado de asamblea o de sitio a su consideración*”, debe “*pronunciarse aceptando o rechazando la proposición, sin que pueda introducirle modificaciones. Si el Congreso no se pronunciara dentro de dicho plazo, se entenderá que aprueba la proposición del Presidente*”<sup>189</sup>.

Ahora bien, tras enunciar los cuatro estados de excepción antes mencionados (v.gr.: estado de asamblea, estado de sitio, estado de emergencia y estado de catástrofe), la Constitución chilena en su art. 43 prevé que “*por la declaración del estado de asamblea, el Presidente de la República queda facultado para suspender o restringir la libertad*

---

*República estará obligado a informar al Congreso Nacional de las medidas adoptadas en virtud del estado de emergencia*”.

<sup>188</sup> La doctrina nacional es prácticamente unánime en señalar que el “estado de asamblea” es un instituto que ha caído en desuso en la República Argentina (SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Constitucional*, op. cit., Tomo 2, p. 586; BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 3ª Edición Actualizada y Ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2010, Tomo III, p. 162, entre otros).

LINARES QUINTANA entiende que el “estado de asamblea” se traduce en la convocatoria del ejército sumado al imperio de la ley militar (LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Segunda Edición, Buenos Aires, Plus Ultra, 1980, Tomo VI, p. 307 y ss.) y BADENI, por su parte, agregaba que la expresión “*fue utilizada durante la época colonial y el siglo XIX como la convocatoria de tropas y civiles para afrontar una situación de emergencia, quedando la ciudadanía sujeta a las leyes militares o a las normas limitativas o suspensivas de los derechos individuales y sociales, mientras perdurara aquélla*” y que “*el llamado estado de asamblea, no constituye una garantía institucional, sino un conjunto de medidas que pueden ser autorizadas bajo la vigencia del estado de sitio o con motivo de la intervención federal*” (BADENI, Gregorio, *Tratado...*, op. cit., Tomo III, p. 162).

<sup>189</sup> El art. 40 de la Constitución chilena reza: “Artículo 40. *El estado de asamblea, en caso de guerra exterior, y el estado de sitio, en caso de guerra interna o grave conmoción interior, lo declarará el Presidente de la República, con acuerdo del Congreso Nacional. La declaración deberá determinar las zonas afectadas por el estado de excepción correspondiente. El Congreso Nacional, dentro del plazo de cinco días contado desde la fecha en que el Presidente de la República someta la declaración de estado de asamblea o de sitio a su consideración, deberá pronunciarse aceptando o rechazando la proposición, sin que pueda introducirle modificaciones. Si el Congreso no se pronunciara dentro de dicho plazo, se entenderá que aprueba la proposición del Presidente. Sin embargo, el Presidente de la República podrá aplicar el estado de asamblea o de sitio de inmediato mientras el Congreso se pronuncia sobre la declaración, pero en este último estado sólo podrá restringir el ejercicio del derecho de reunión. Las medidas que adopte el Presidente de la República en tanto no se reúna el Congreso Nacional, podrán ser objeto de revisión por los tribunales de justicia, sin que sea aplicable, entre tanto, lo dispuesto en el artículo 45. La declaración de estado de sitio sólo podrá hacerse por un plazo de quince días, sin perjuicio de que el Presidente de la República solicite su prórroga. El estado de asamblea mantendrá su vigencia por el tiempo que se extienda la situación de guerra exterior, salvo que el Presidente de la República disponga su suspensión con anterioridad*”.

*personal, el derecho de reunión y la libertad de trabajo. Podrá, también, restringir el ejercicio del derecho de asociación, interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones, disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad. Por la declaración de estado de sitio, el Presidente de la República podrá restringir la libertad de locomoción y arrestar a las personas en sus propias moradas o en lugares que la ley determine y que no sean cárceles ni estén destinados a la detención o prisión de reos comunes. Podrá, además, suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión. Por la declaración del estado de catástrofe, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada. Por la declaración del estado de emergencia, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión”.*

Finalmente, también resulta interesante mencionar que la Constitución Política de Chile, además de regular, como recién vimos, los estados de excepción y la suspensión de las garantías constitucionales, en el art. 32, inc. 20 consagra como atribución especial del Presidente la posibilidad de emitir actos individuales de urgencia en situaciones de calamidades públicas o de conmoción interior, considerando como un acto individual de urgencia la alternativa que le abre al Poder Ejecutivo de autorizar gastos no previstos en las leyes de la hacienda pública pertinente<sup>190</sup>.

---

<sup>190</sup> Entre las atribuciones especiales del Presidente de la República de Chile contempladas en el art. 32 de la Constitución chilena, el inc. 20 establece la de “*cuidar de la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo a la ley. El Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros de Estado, podrá decretar pagos no autorizados por la ley, para atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, de agresión exterior, de conmoción interna, de grave daño o peligro para la seguridad nacional o del agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no puedan paralizarse sin serio perjuicio para el país. El total de los giros que se hagan con estos objetos no podrá exceder anualmente del dos por ciento (2%) del monto de los gastos que autorice la Ley de Presupuestos. Se podrá contratar empleados con cargo a esta misma Ley, pero sin que el ítem respectivo pueda ser incrementado ni disminuido mediante traspasos. Los Ministros de Estado o funcionarios que autoricen o den curso a gastos que contravengan lo dispuesto en este número serán responsables solidaria y personalmente de su reintegro, y culpables del delito de malversación de caudales públicos”.*

El tema puede ampliarse en: MOLINA GUAITA, Hernán, *Derecho constitucional*, 9º Edición, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 333 y ss.



4.2.1.2.- Asimismo, de acuerdo con el art. 64 de la Constitución Política de Chile, “*el Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo no superior a un año sobre materias que correspondan al dominio de la ley. Esta autorización no podrá extenderse a la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones ni al plebiscito, como tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado. La autorización no podrá comprender facultades que afecten a la organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial, del Congreso Nacional, del Tribunal Constitucional ni de la Contraloría General de la República. La ley que otorgue la referida autorización señalará las materias precisas sobre las que recaerá la delegación y podrá establecer o determinar las limitaciones, restricciones y formalidades que se estimen convenientes. Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, el Presidente de la República queda autorizado para fijar el texto refundido, coordinado y sistematizado de las leyes cuando sea conveniente para su mejor ejecución. En ejercicio de esta facultad, podrá introducirle los cambios de forma que sean indispensables, sin alterar, en caso alguno, su verdadero sentido y alcance. A la Contraloría General de la República corresponderá tomar razón de estos decretos con fuerza de ley, debiendo rechazarlos cuando ellos excedan o contravengan la autorización referida. Los decretos con fuerza de ley estarán sometidos en cuanto a su publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley*”.

4.2.1.3.- Por último, cabe tener presente que las cláusulas constitucionales antes citadas se complementan con la Ley Orgánica Constitucional de Estados de Excepción N° 18.415 –y sus modificatorias–, de donde es posible extraer, entre otras cosas, que “*se suspende una garantía constitucional cuando temporalmente se impide del todo su ejercicio durante la vigencia de un estado de excepción constitucional. Asimismo, entiéndese que se restringe una garantía constitucional cuando, durante la vigencia de un estado de excepción, se limita su ejercicio en el fondo o en la forma*”

4.2.2.- Al analizar los “estados de excepción constitucional”, PFEFFER URQUIAGA

señaló que con ellos se hace referencia “a un derecho de excepción destinado a regir en situaciones de anormalidad, ya sea política, económica o social, nacional o internacional, y cuyo efecto incide, principalmente, en ampliar las facultades de la autoridad política y administrativa para restringir, limitar o suspender los derechos individuales o sociales”<sup>191</sup>.

MOLINA GUAITA, por su parte, definió a los estados de excepción como “*poderes jurídicos extraordinarios, que significa, por una parte, aumentar las facultades del gobierno, que está encargado de velar por la seguridad externa e interna del Estado, y por otra, la suspensión o restricción transitoria del ejercicio de algunos derechos y garantías constitucionales. Tienen por objetivo superar las situaciones de excepción contempladas en la Constitución, para lo cual se dota al gobierno de los mecanismos jurídicos necesarios*”<sup>192</sup>.

Asimismo, el último autor citado, tras definir a los decretos que requieren previa autorización legislativa –a los que denomina “decretos con fuerza de ley”– como “*una norma dictada por el Presidente de la República, sobre materias del dominio legal, autorizado por ley, por acuerdo del Congreso aprobatorio de un tratado internacional o directamente por la Constitución*”<sup>193</sup>, en un trabajo específico sobre la cuestión sostuvo que constituyen una verdadera “*potestad legislativa*”<sup>194</sup>.

Al estudiar el art. 61 de la Constitución chilena de 1980, cuya redacción, en líneas generales, se mantiene en el actual art. 64 antes transcrito, MADARIAGA GUTIÉRREZ precisó que “*el precepto constitucional que admite expresamente esta delegación y que regula la forma y condiciones que deben cumplirse a estos efectos, es, sin duda, una norma nomogenética más. La naturaleza legal del precepto dictado queda determinada por el propio ordenamiento jurídico preestablecido; hay, entonces, certeza en cuanto a*

---

<sup>191</sup> PFEFFER URQUIAGA, Emilio, “Estados de excepción constitucional y reforma constitucional”, *Ius et Praxis*, Talca, V. 8, N° 1, 2002. p. 223/250, disponible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122002000100013](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100013), consultado por última vez el 04/03/2021.

<sup>192</sup> MOLINA GUAITA, Hernán, *Derecho constitucional*, op. cit., p. 295.

<sup>193</sup> *Idem*, p. 472.

<sup>194</sup> MOLINA GUAITA, Hernán, “Los decretos con fuerza de ley en la Constitución”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* N° XXII, Valparaíso, Chile, 2001, p. 423 y 427, disponible en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/492/461>, consultado por última vez el 04/03/2021.

*la validez y potestad de los decretos con fuerza de ley*”<sup>195</sup> (énfasis agregado).

A su turno, SILVA CIMMA señaló que los “decretos con fuerza de ley” –es decir, como explica el autor, el acto emitido por el Poder Ejecutivo previa autorización legislativa expresa que, como vimos, actualmente está regulado en el art. 64 de la Constitución de Chile– y los “decretos-leyes” –a los que, al igual que sucede en Argentina, los equipara a los actos emitidos por los Gobiernos de facto–, constituyen una “*legislación irregular (...) que podríamos denominar externa (...) porque ellas no constituyen actos administrativos, substancialmente, sino que legislativos (...) puesto que si bien, formalmente, revisten las ritualidades de un acto administrativo, en el fondo son, típicamente, por las materias sobre que recaen, actos legislativos*”<sup>196</sup>.

Como se ve, según la doctrina citada, las medidas adoptas con motivos de los “estados de excepción” o sobre la base de una delegación legislativa, al tener naturaleza legislativa, son el resultado de la función legislativa y no de la función administrativa<sup>197</sup>.

---

<sup>195</sup> MADARIAGA GUTIÉRREZ, Mónica, *Seguridad jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI*, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 130.

<sup>196</sup> SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado. Introducción y fuentes*, Cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 122 y ss., especialmente p. 152.

<sup>197</sup> Un estudio sobre el concepto de la función administrativa en Chile puede verse en: PANTOJA BAÚZA, Rolando, “El concepto de función administrativa en el Derecho chileno”, en AA.VV., *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor (Coordinador), Ediciones Paredes, Caracas-Venezuela, 2007, Tomo 1, p. 491 y ss.

### 4.3.) La cuestión en Colombia

4.3.1.- La Constitución Política de Colombia contempla los decretos de necesidad y urgencia en el marco jurídico de los tres estados de excepción contemplados en sus arts. 212<sup>198</sup>, 213<sup>199</sup> y 215<sup>200</sup> a los que, además, denomina “decretos–legislativos”.

---

<sup>198</sup> Según el art. 212 de la Constitución colombiana, “*el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Guerra Exterior. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad. La declaración del Estado de Guerra Exterior sólo procederá una vez el Senado haya autorizado la declaratoria de guerra, salvo que a juicio del Presidente fuere necesario repeler la agresión. Mientras subsista el Estado de Guerra, el Congreso se reunirá con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales, y el Gobierno le informará motivada y periódicamente sobre los decretos que haya dictado y la evolución de los acontecimientos. Los decretos legislativos que dicte el Gobierno suspenden las leyes incompatibles con el Estado de Guerra, rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. El Congreso podrá, en cualquier época, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara*”.

<sup>199</sup> Según el art. 213 de la Constitución colombiana, “*En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Comoción Interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos. Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Comoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más. Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del Estado de Comoción, el Congreso se reunirá por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales. El Presidente le pasará inmediatamente un informe motivado sobre las razones que determinaron la declaración. En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar*”.

<sup>200</sup> De acuerdo con el art. 215 de la Constitución de Colombia, “*cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente. El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término. El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas. El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo. El*

A su vez, en el art. 150, numeral 10, la Constitución Política colombiana se refiere a los “decretos–leyes” o “decretos–extraordinarios” que, según nuestra Constitución nacional, serían los que se denominan reglamentos delegados (también denominados de habilitación o de integración)<sup>201</sup>.

Según lo destaca la doctrina de aquel país, la ley que dicta el Congreso confiriéndole facultades al Gobierno para emitir aquellos “decretos–leyes” o “decretos–extraordinarios” recibe el nombre de “*ley de facultades*”<sup>202</sup>.

Por último, en Colombia también existen lo que algún sector de la doctrina denomina “decretos especiales” o “decretos de planeación o planificación” y que consisten, básicamente, en aquellos actos que, con base en el art. 341, inc. 4° de la Constitución Política de Colombia<sup>203</sup>, dicta el Gobierno para poner en vigencia el Plan Nacional de

---

*Congreso, si no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo. El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia. El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo. **Parágrafo.** El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento”.*

<sup>201</sup> De acuerdo con el art. 150, numeral 10 de la Constitución colombiana, “*corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: (...) 10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias. Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos”.*

<sup>202</sup> RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho Administrativo. General y colombiano*, 17 Edición, Temis, Bogotá, 2011, p. 383.

Entre nosotros, SANTIAGO y THURY destacaron que en la Constitución colombiana se observa “*una regulación amplia de la delegación legislativa por razones de necesidad y urgencia. Esta decisión es adoptada por el Congreso con una mayoría especial, y en cualquier momento puede reasumir sus facultades delegadas e incluso dejar sin efectos las normas delegadas*” (SANTIAGO, Alfonso (h.) – CORNEJO, Valentín Thury, *Tratado...*, op. cit., p. 403).

<sup>203</sup> El art. 341, inc. 4° de la Constitución colombiana estipula que “*el Plan Nacional de Inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes; en consecuencia, sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores, con todo, en las leyes anuales de presupuesto se podrán aumentar o disminuir las partidas y recursos aprobados en la ley del plan. Si el Congreso no aprueba el Plan Nacional de Inversiones Públicas en un término de tres meses después de presentado, el gobierno podrá ponerlo en vigencia mediante decreto con fuerza de ley*”. Asimismo, y en lo que aquí interesa, el art. 150, numeral 3° de aquella Constitución prevé que “*corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las*

Inversiones Públicas cuando, habiendo presentado oportunamente el respectivo proyecto, el Congreso no lo alcanza a aprobar dentro de un determinado plazo.

4.3.2.- Ahora bien, un calificado sector de la doctrina administrativista Colombiana, tras destacar que, en líneas generales, el derecho administrativo puede definirse como el derecho de la administración destaca que esta puede ser analizada desde un punto de vista material (o funcional) u orgánico<sup>204</sup>.

De acuerdo con el primer criterio, legislar consiste en expedir normas generales que regulan la comunidad que conforma un Estado determinado, en aplicación de los principios constitucionales; administrar en tomar las medidas y ejercer acciones necesarias para manejar en la práctica al Estado y lograr los fines por él perseguidos, con fundamento en las reglas generales expedidas por el legislador, es decir, reglamentar o ejecutar la ley y, por último, la actividad jurisdiccional sería la resolución de controversias o litigios que se presenten en la aplicación de las normas jurídicas.

El criterio orgánico, por su parte, entiende por administración al conjunto de personas u órganos del Estado que ejercen de manera principal la actividad o función administrativa y, por consiguiente, de acuerdo con la división tripartita consagrada en el art. 113 de la Constitución Política<sup>205</sup>, desde el punto de vista orgánico la administración se identifica con la rama ejecutiva del poder público<sup>206</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, tal como señala RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ con base en el art. 113 de la Constitución Política colombiana, *“en la actualidad la rama ejecutiva o administrativa ya no ejerce total y exclusivamente la función administrativa. En efecto, es así, pues la rama legislativa y la jurisdiccional a veces ejercen también funciones administrativas, como es el caso del nombramiento interno de funcionarios. Además, la*

---

*siguientes atribuciones: (...) 10. Aprobar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución, y las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos”.*

<sup>204</sup> RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 17.

<sup>205</sup> Según el art. 113 de la Constitución Política de Colombia, *“son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.*

<sup>206</sup> RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 19.



*rama ejecutiva o administrativa, es decir, la administración, tampoco desempeña exclusivamente la función administrativa: algunas veces realiza también la legislativa, como cuando el presidente de la república dicta decretos de fuerza de ley; otras veces, desempeña excepcionalmente la función jurisdiccional, como cuando ejerce funciones de policía en materia civil o penal*<sup>207</sup>.

Del mismo modo, al analizar específicamente la teoría general del acto administrativo y de la función administrativa, el citado autor señala que existe: a) Un criterio orgánico o funcional que refiere principalmente a tres factores que intervienen en la elaboración del acto jurídico<sup>208</sup>; b) un criterio material en virtud del cual los actos y las funciones se califican según su naturaleza interna, es decir, según el contenido mismo del acto en cuanto se refiere a su carácter general o individual; c) un criterio funcional según el juez competente, por el que se estará ante un acto administrativo si aquel está sometido al derecho administrativo y a la competencia de lo contencioso administrativo y; d) un criterio funcional según el régimen jurídico aplicable, es decir, que el acto de la autoridad pública será legislativo si es expresión de la función legislativa por estar sometido al régimen jurídico propio de los actos legislativos; administrativo si es expresión de la función administrativa por estar sometido al régimen jurídico de los actos administrativos y un acto privado si es producto de la función propia de los particulares por estar sometido al régimen jurídico de los actos de las personas privadas; e) un criterio jerárquico, que implica que un acto es administrativo si debe respetar a un mismo tiempo tanto la ley

---

<sup>207</sup> Idem, p. 20.

<sup>208</sup> Según recuerda RODRÍGUEZ, según el criterio orgánico o funcional debe valorarse: “a) El autor del acto, es decir, el órgano o funcionario del Estado que toma la decisión. Teniendo en cuenta este factor, un acto será legislativo, en el sentido de tener categoría o fuerza de ley, si es dictado por un órgano legislativo; será administrativo si el órgano o funcionario pertenece a la rama ejecutiva o administrativa del poder público; y será jurisdiccional si el órgano o autoridad pertenece a la rama judicial. Por tanto, para fijar la calificación del acto según este criterio, simplemente será necesario determinar cuáles órganos del Estado tienen la calidad de órganos legislativos, cuáles la calidad de órganos administrativos y cuáles la calidad de órganos judiciales. b) El procedimiento de expedición del acto, factor según el cual este será legislativo si fue expedido siguiendo las reglas de procedimiento que los textos exigen para la elaboración de esa categoría de actos. El acto será administrativo si fue sometido a las reglas de procedimiento que el sistema jurídico exige para la elaboración de los actos que tienen ese carácter. Finalmente, el acto será jurisdiccional si fue expedido siguiendo las reglas que para los diferentes procesos establecen los códigos o normas procesales; c) La forma del acto, factor según el cual los actos con carácter legislativo serían solamente aquellos que se expiden observando la forma tradicional de presentación de la ley y bajo este nombre, mientras que los actos administrativos serían aquellos que se expiden observando la forma de presentación propia de los decretos, resoluciones, ordenanzas o acuerdos y que se presentan bajo alguna de esas denominaciones. A su vez, los actos jurisdiccionales serían aquellos que se presentan bajo la forma de sentencias o autos” (Idem, p. 279/280).

como la Constitución, pero será de naturaleza administrativa si él debe respetar solamente la Constitución sin estar sometido a la ley: en otras palabras, el acto será legislativo o administrativo según que en la escala de normas jurídicas se encuentre el mismo grado jerárquico que la ley, o que se encuentre en un grado jerárquico inferior a ella<sup>209</sup>.

Finalmente, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, tras realizar aquella enunciación, concluye que *“para establecer la naturaleza jurídica de los actos de las autoridades públicas en Colombia predomina actualmente la aplicación del criterio funcional según el régimen jurídico aplicable, aunque con algunas inconsistencias o dudas conceptuales que son aclaradas con la aplicación de otros criterios”*<sup>210</sup>.

4.3.3.- Por último, y en lo que es objeto de estudio en esta tesis, cabe destacar que según un calificado sector de la doctrina colombiana, tanto los “decretos–leyes” contemplados en el art. 150, numeral 10 de la Constitución Política de Colombia (que son, como ya dijéramos, el equivalente a los reglamentos delegados previstos en el art. 82 de nuestra Constitución nacional), como los “decretos–legislativos” regulados en los arts. 212, 213 y 215 de aquella (esto es, los que nuestra Constitución denomina decretos de necesidad y urgencia), importan el ejercicio de función legislativa.

4.3.3.1.- En efecto, y tal como lo apuntáramos en las páginas anteriores, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, con base en el art. 113 de la Constitución Política, concluye que la rama ejecutiva o administrativa, es decir, la administración, no solo desempeña la función administrativa sino que, también, en algunas ocasiones ejerce la legislativa.

Así, pues, para el citado jurista, y en lo que aquí interesa, los “decretos–leyes” o “decretos extraordinarios” (v.gr.: decretos delegados) y los “decretos–legislativos” (v.gr.: decretos de necesidad y urgencia), revisten la naturaleza jurídica de actos legislativos<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 279 y ss.

<sup>210</sup> Idem, p. 296.

<sup>211</sup> Idem, p. 360, 366, 369, 373, 375, 379, 381 y 387. Igual naturaleza le asigna a los “decretos de planeación o planificación” (Idem, p. 390).



4.3.3.2.- Del mismo modo, BERROCAL GUERRERO apuntó que tanto los “decretos–leyes” como los “decretos–legislativos” son los que expide el Presidente de la República en “*ejercicio de la función legislativa*”, haciendo “*uso de las atribuciones legislativas*”<sup>212</sup>.

#### 4.4.) La cuestión en Nicaragua

4.4.1.- De acuerdo con el art. 178, inc. 10 de la Constitución de Nicaragua, corresponde al presidente de la República con relación al Poder Legislativo “*emitir, en receso del Congreso, decretos-leyes en uso de delegación legislativa, o en los casos de urgencia y necesidad públicas. En estos últimos casos, los decretos-leyes deberán ser sometidos al Congreso en los primeros quince días de sus próximas sesiones ordinarias*” para que, conforme surge del art. 133 de aquella Constitución, proceda a su “*aprobación o improbación*” (inc. 5° y 19).

4.4.2.- Sobre la cuestión, tras destacar que en Nicaragua el reglamento es concebido como una realidad de naturaleza en esencia normativa, radicalmente diferente al acto administrativo, NAVARRO MEDAL enfatiza que “*el reglamento es un acto formalmente administrativo, dado que procede del Ejecutivo, pero materialmente legislativo, por crear una situación jurídica general, expresión de la función normativa de la administración pública*”<sup>213</sup>.

#### 4.5.) La cuestión en Perú

4.5.1.- En la República del Perú, conforme surge del art. 104 de la Constitución, “*el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos*

---

<sup>212</sup> BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique, *Manual de acto administrativo*, 3° Edición, Librería Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá, 2004, p. 125/132. En igual sentido parece inscribirse, entre otros, PENAGOS, Gustavo, *El acto Administrativo*, 7° Edición Corregida, Ampliada y actualizada, Ediciones Librería del Profesional, 2001, Tomo 2, p. 303/304.

<sup>213</sup> NAVARRO MEDAL, Karlos, “El derecho administrativo en Nicaragua”, en AA.VV. *Derecho Administrativo. México, Centroamérica y República Dominicana*, NAVARRO MEDAL, Karlos – MORENO MOLINA, José Antonio (coordinadores), Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (Inej), Nicaragua, 2018, p. 197.

*legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente. Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley. El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo”.*

Asimismo, la Constitución prevé en el art. 118, inc. 19, que corresponde al Presidente *“dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia”.*

Por otra parte, y de modo similar que lo previsto en Chile para los “estados de excepción”, en el Capítulo VII de la Constitución peruana, bajo el título “Régimen de excepción”, el art. 137 prevé que *“el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este Artículo se contemplan: 1. Estado de emergencia (...) 2. Estado de sitio (...)”*<sup>214</sup>.

---

<sup>214</sup> Según el art. 137 de la Constitución Política del Perú, *“el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan: 1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2° y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie. El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República. 2. Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso”.*

Un profundo estudio sobre los estados de excepción en la República del Perú puede verse en: LEÓN ZAA, Juan Carlos, *El estado de excepción en el constitucionalismo andino: especial consideración de Chile y Perú*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2014, p. 305 y ss., disponible en <http://eprints.ucm.es/24605/1/T35116.pdf>, consultado por última vez el 04/03/2021).

4.5.2.- Las normas constitucionales transcritas se complementan no solo con lo dispuesto en el art. 74 de la Constitución que, en relación con los “decretos de urgencia”, establece que “*no pueden contener materia tributaria*” sino, también, con lo previsto en los arts. 123<sup>215</sup>, 125<sup>216</sup> y 135<sup>217</sup> y, además, con la Ley N° 26.300<sup>218</sup> y el “Reglamento del Congreso de la República”<sup>219</sup>.

4.5.2.1.- Según surge del art. 90 del Reglamento del Congreso de la República, “*el Congreso ejerce control sobre los Decretos Legislativos que expide el Presidente de la República en uso de las facultades legislativas a que se refiere el artículo 104 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas:*

*a) El Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los decretos legislativos que dicta en uso de las facultades legislativas, dentro de los tres días posteriores a su publicación.*

*b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto legislativo y a más tardar el primer día útil siguiente, el Presidente del Congreso envía el expediente a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso o a la que señale la ley autoritativa, para su estudio.*

*c) La Comisión informante presenta dictamen, obligatoriamente, en un plazo no mayor de 10 días. En el caso que el o los decretos legislativos contravengan la*

---

<sup>215</sup> En lo que aquí interesa, el art. 123, inc. 3° de la Constitución Política del Perú estipula que corresponde al Presidente del Consejo de Ministros “*refrendar los decretos legislativos, los decretos de urgencia y los demás decretos y resoluciones que señalan la Constitución y la ley*”.

<sup>216</sup> De acuerdo con el art. 125, inc. 2° de la Constitución Política del Perú, entre las atribuciones del Consejo de Ministros está la de “*aprobar los decretos legislativos y los decretos de urgencia que dicta el Presidente de la República, así como los proyectos de ley y los decretos y resoluciones que dispone la ley*”.

<sup>217</sup> El art. 135 de la Constitución Política del Perú prevé que “*reunido el nuevo Congreso, puede censurar al Consejo de Ministros, o negarle la cuestión de confianza, después de que el Presidente del Consejo haya expuesto ante el Congreso los actos del Poder Ejecutivo durante el interregno parlamentario. En ese interregno, el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que éste se instale*”.

<sup>218</sup> La ley N° 26.300, conocida como la “Ley de los Derechos de Participación y Control de Ciudadanos”, incorporó el referéndum como mecanismo “*para la desaprobación de leyes, decretos legislativos y decretos de urgencia, así como de las normas a que se refiere el inciso anterior*” (art. 39, inc. “c”).

<sup>219</sup> Un pormenorizado análisis acerca del control del Congreso sobre los decretos de urgencia puede verse en: RUIZ MOLLEDA, Juan C., “El control parlamentario de los decretos de urgencia en Perú”, en AA.VV., *Pensamiento Constitucional*, N° 7, Año VII, MDC-Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2000, p. 503 y ss.

*Constitución Política o excedan el marco de la delegación de facultades otorgado por el Congreso, recomienda su derogación o su modificación para subsanar el exceso o la contravención, sin perjuicio de la responsabilidad política de los miembros del Consejo de Ministros”.*

4.5.2.2.- Asimismo, el art. 91 del Reglamento del Congreso de la República estipula que *“el Congreso ejerce control sobre los Decretos de Urgencia dictados por el Presidente de la República en uso de la facultad que le concede el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas:*

*a) Dentro de las veinticuatro horas posteriores a la publicación del decreto de urgencia, el Presidente de la República dará cuenta por escrito al Congreso o a la Comisión Permanente, según el caso, adjuntando copia del referido decreto.*

*b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto de urgencia y a más tardar el día útil siguiente, el Presidente del Congreso enviará el expediente a la Comisión de Constitución, para su estudio dentro del plazo improrrogable de quince días útiles. La Comisión da cuenta al Consejo Directivo del cumplimiento de esta atribución en el segundo día útil siguiente a la aprobación del dictamen. El Presidente informa obligatoriamente al Pleno y ordena su publicación en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano.*

*c) La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. En todo caso, presenta dictamen y recomienda su derogatoria si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política. En caso contrario, emite dictamen haciendo constar el hecho para los efectos a que se contrae la parte final del inciso b) de este artículo.*

*d) Si el Pleno del Congreso aprueba el dictamen de la Comisión informante, el Presidente del Congreso debe promulgarlo por ley”.*

4.5.2.- Como fácilmente se advierte del texto de la Constitución Política del Perú, los “decretos de urgencia con fuerza de ley” (art. 118, inc. 19) y los “decretos legislativos” (art. 104) serían el equivalente a los “decretos de necesidad y urgencia” y a los “decretos delegados” previstos en los arts. 99, inc. 3° y 76 de nuestra Constitución nacional.

4.5.3.- Finalmente, cabe destacar que conforme ha señalado un sector de la doctrina peruana, la emisión de aquellos decretos constituye “*actividad propiamente legislativa, sometida a su régimen jurídico correspondiente*”<sup>220</sup>.

#### 4.6.) La cuestión en España

4.6.1.- Así como en los puntos que anteceden hemos visto que a nivel nacional es posible distinguir al menos tres criterios para definir y delimitar las funciones jurídicas del Estado (v.gr: criterio subjetivo, material y mixto), en España también se advierten diversos múltiples conceptos fundamentales para sistematizar el Derecho Administrativo los que, como enseña BOQUERA OLIVER<sup>221</sup>, pueden reunirse en tres grupos o perspectivas: subjetiva, funcional y mixta.

Como ya adelantáramos, escapa a nuestro objeto de estudio analizar aquellas posiciones, razón por la cual remitimos para ello a las obras de quienes han estudiado en profundidad la cuestión en aquel país.

No obstante, lo que sí nos interesa destacar aquí, pues se trata de una cuestión íntimamente vinculada con la investigación jurídica emprendida en esta tesis, es, como

---

<sup>220</sup> ABRUÑA PUYOL, Antonio, “El concepto de Administración Pública”, en AA.VV., *La ley de procedimiento administrativo general. Diez años después, Libro de Ponencias de las Jornadas por los 10 años de la Ley de Procedimiento Administrativo General*, ZEGARRA VALDIVIA, Diego – BACA ONETO, Víctor –Coordinadores–, Palestra Editores, Lima, 2011, p. 22.

En similar sentido puede verse: EGUIGUREN PRAELI, Francisco, “La legislación delegada y los decretos de urgencia en la Constitución de 1993”, AA.VV., *Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 10*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, p. 183 y ss.; BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, “El Poder Ejecutivo presidencial”, en AA.VV., *Pensamiento Constitucional*, N° 3, Año III, MDC-Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1996, p. 85 y ss.

<sup>221</sup> BOQUERA OLIVER, José M., *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 53 y ss.

ya dijéramos, la que se relaciona con los reglamentos de necesidad y urgencia y, en su caso, los delegados.

Ahora bien, previo a detenernos en el estudio propuesto, e independientemente de las posturas doctrinarias esbozadas en relación con el concepto de función administrativa, cabe destacar que la Constitución española establece la distribución clásica de las funciones del Estado, correspondiendo a las Cortes Generales el ejercicio de la “potestad legislativa”<sup>222</sup>, al Gobierno el ejercicio de la “función ejecutiva”<sup>223</sup> y a los jueces y tribunales les corresponde la “potestad jurisdiccional”<sup>224</sup>.

4.6.2.- La Constitución de España de 1978 se refiere a los *decretos-leyes* (los que, como dijimos, en nuestro ordenamiento jurídico son denominados reglamentos de necesidad y urgencia) en el art. 86:

*“1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general.*

*2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.*

*3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia”.*

Por otra parte, y en relación con los *decretos-legislativos*, (es decir, los que en

---

<sup>222</sup> Art. 66.2 de la Constitución de España.

<sup>223</sup> Art. 97 de la Constitución de España.

<sup>224</sup> Art. 117.3 de la Constitución de España.

Argentina son conocidos como reglamentos delegados)<sup>225</sup>, la Constitución española los regula en el art. 82:

*“1. Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior.*

*2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo.*

*3. La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno.*

*4. Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio.*

*5. La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.*

*6. Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control”.*

Cabe destacar, además, que con base en aquella norma constitucional se distinguen, dentro de la denominación genérica delegación legislativa:

-a) Textos articulados de Leyes de Bases: este supuesto tiene lugar cuando el Parlamento encomienda al Gobierno, a través de una “Ley de Bases” (que debe delimitar con precisión el objeto y el alcance de la delegación), el dictado de una norma innovadora del ordenamiento. El producto normativo del ejercicio de la delegación es siempre un

---

<sup>225</sup> El art. 85 de la Constitución de España expresamente establece que “*las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos Legislativos*”.



texto articulado<sup>226</sup>.

b) Textos refundidos: en estos casos, la Ley delegante confía al Gobierno una labor “*puramente técnica y no creadora: sistematizar y articular en un texto único una pluralidad de Leyes que inciden sobre un mismo objeto (art. 82.2 de la Constitución), sin alterar la regulación material que de esa pluralidad de normas resulta*”<sup>227</sup>.

4.6.3.- Ahora bien, sentado lo expuesto, cabe destacar, en lo que interesa al objeto de esta tesis, que de la doctrina española pareciera extraerse que tanto los “decretos–leyes” como los “decretos–legislativos” importan el ejercicio de función legislativa. Veamos.

4.6.3.1.- GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, luego de apuntar que la Ley es “*la norma escrita superior entre todas (en el marco de la Constitución (...)) que es norma normarum, con supremacía general y absoluta*”<sup>228</sup>, la definen a la Ley como el “*acto publicado como tal Ley en los Boletines Oficiales del Estado y, en su caso, de las Comunidades Autónomas, que expresa un mandato normativo de los órganos que tienen constitucionalmente atribuido el poder legislativo superior. Se trata, pues, de un concepto formal (lo que suele llamarse Ley formal por oposición a la Ley material o norma jurídica escrita), caracterizado por el sujeto del que emana y por la fuerza específica que de ello se deriva*”<sup>229</sup>.

Del mismo modo, al analizar aquella definición entienden que la Ley, tal como señala el preámbulo de la Constitución española, es la expresión de la voluntad popular,

---

<sup>226</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 269; PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones...*, p. 113; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo Español*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1987, Tomo 1, p. 408; QUADRA-SALCEDO, Tomás, “La delegación legislativa en la Constitución”, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Cívitas, 1991, p. 365 y ss., entre muchos otros.

<sup>227</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 268; QUADRA-SALCEDO, Tomás, “La delegación legislativa...”, op. cit., p. 365 y ss. Sobre la cuestión también puede verse, entre otros: PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones...*, p. 113; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 408 y ss.; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado...*, op. cit., Volumen 1, p. 263 y ss.; GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 249 y ss.

<sup>228</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 121.

<sup>229</sup> *Idem*, p. 123.

*“voluntad articulada mediante un mecanismo de representación política que se localiza en las Cortes Generales, que «representan al pueblo español» y que en tal concepto «ejercen la potestad legislativa» (art. 66”) (énfasis agregado)<sup>230</sup>.*

Por otra parte, cuando aquellos autores analizan los “reglamentos”, tras definirlos como *“toda norma escrita dictada por la Administración”<sup>231</sup>*, enfáticamente señalan si bien aquellos y la ley tienen en común que son normas escritas, *“lo propio del Reglamento, lo que le separa definitivamente de la Ley, es que es una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la Ley, obra de la Administración”* y, además, que *“el Reglamento no puede presentarse como voluntad de la comunidad, porque la Administración no es un representante de la comunidad”<sup>232</sup>.*

La potestad reglamentaria es, según los tratadistas, el *“poder en virtud del cual la Administración dicta Reglamentos”<sup>233</sup>.*

Ahora bien, al definir al “decreto–ley” sostienen que es *“toda norma con rango de Ley que emana, por vía de excepción, de un órgano que no tiene el poder legislativo, concretamente del Gobierno o Consejo de Ministros”<sup>234</sup>.*

Al referirse a los decretos–legislativos, los citados autores afirmaron que su efecto primario y esencial es *“ampliar el poder normativo de la Administración por vía singular, excepcionando en el caso concreto el sistema normal y constitucional de distribución de competencias normativas”<sup>235</sup>.*

Finalmente, al definir al acto administrativo, lo hacen entendiéndolo como una *“declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”<sup>236</sup>.*

Con base en las definiciones expuestas, resulta más que razonable concluir que para

---

<sup>230</sup> Ibidem.

<sup>231</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 189.

<sup>232</sup> Idem, p. 189/190.

<sup>233</sup> Idem, p. 191.

<sup>234</sup> Idem, p. 150.

<sup>235</sup> Idem, p. 264.

<sup>236</sup> Idem, p. 571.

los citados juristas tanto los decretos–leyes como los decretos–legislativos constituyen, entonces, el ejercicio de potestades legislativas (por oposición a la ejecutiva) desplegadas por el Gobierno, ora de manera excepcional (para el caso del decreto–ley) ora como función de colaboración entre el poder legislativo y el ejecutivo (para el caso del decreto–legislativo).

Ello así toda vez que, en definitiva, si se tiene en cuenta que en el pensamiento de aquellos autores la *Ley* es la norma escrita superior (pero, naturalmente, inferior a la Constitución), los *Reglamentos* son el producto de la potestad reglamentaria (entendidos aquellos como las normas escritas supeditadas a las leyes) y los *actos administrativos* son declaraciones en ejercicio de una potestad administrativa (distinta a la reglamentaria), es claro que tanto los decretos–leyes (a los que califican como normas “con rango de ley”) y los decretos–legislativos (que entienden traducen una excepción a la “distribución de competencias normativas”), son producto de la potestad legislativa pues, evidentemente, no son el resultado de la potestad administrativa (sea o no reglamentaria) ni jurisdiccional<sup>237</sup>.

4.6.3.2.- En el mismo sentido pareciera postularse GONZÁLEZ NAVARRO, pues caracteriza a los decretos–leyes como una “disposición *legislativa*” y, a los decretos–legislativos, como una “modalidad *legislativa*”<sup>238</sup>.

4.6.3.3.- Finalmente, y no por ello dando por analizada la vasta doctrina española sobre la cuestión, cabe mencionar lo expuesto por ENTRENA CUESTA, quien apuntó que “*el dogma de la división de poderes, que propugnaba la atribución de las diversas funciones del Estado a distintos complejos orgánicos nunca se ha llevado a la práctica en toda su integridad. En particular, en cuanto a la función legislativa no sólo la ejercita el Poder de este carácter, sino, también, el Poder ejecutivo. El cual legisla (...) en sustitución del Poder legislativo. Los actos que en este segundo caso dicta el Poder*

---

<sup>237</sup> En tal sentido, cabe recordar que el art. 117.3 de la Constitución de España expresamente establece que “*el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales*”.

<sup>238</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 407 y 413, respectivamente.

*ejecutivo son el Decreto-ley y el Decreto legislativo” (énfasis agregado)<sup>239</sup>.*

De la transcripción efectuada surge con meridiana claridad que para el jurista citado, tanto los decretos–leyes como los decretos–legislativos son producto de la función legislativa<sup>240</sup>.

#### 4.7.) La cuestión en Italia

4.7.1.- De acuerdo con el art. 76 de la Constitución de Italia, *“el ejercicio de la función legislativa no puede delegarse al Gobierno sino especificando los principios y criterios directivos y, únicamente, por plazo limitado y para objetivos determinados”.*

Asimismo, el art. 77 de la Constitución italiana establece que *“el Gobierno no puede, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos con fuerza de ley ordinaria. Cuando, en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia, el Gobierno adopte, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas a las Cámaras ese mismo día para su conversión, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán debidamente convocadas y se reunirán dentro de los cinco días siguientes. Los decretos perderán toda eficacia desde el principio si no fueren convertidos en leyes dentro de los sesenta días desde su publicación. Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan sido convertidos”.*

Como se ve, en la Constitución de Italia se prevé expresamente que el Gobierno puede dictar actos con fuerza de ley los que, en su caso, serán consecuencia de una delegación legislativa (art. 76)<sup>241</sup> o por situaciones de necesidad y urgencia (art. 77).

---

<sup>239</sup> ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, Décimo tercera edición, Tecnos, 1999, Volumen I/1, p. 105.

<sup>240</sup> Al analizar la diferencia entre los *reglamentos* y los *decretos-leyes* y los *decretos legislativos*, el autor sostiene que mientras en los primeros *“al dictarlos el Poder ejecutivo ejercita una competencia propia, sin que actúe, por tanto, en sustitución del Poder legislativo. Ello explica que mientras los Decretos-leyes y los Decretos legislativos tienen la misma fuerza que si derivasen del Poder legislativo, por lo que pueden modificar leyes ordinarias, los reglamentos estén subordinados a aquéllos”* (Idem, p. 117).

<sup>241</sup> Tras analizar la doctrina italiana, BIANCHI señala que la delegación legislativa italiana está sujeta a tres limitaciones: *“a) programática (referida a los principios y criterios directivo); b) temporal (por plazo limitado); c) material (para objetos determinados)”* (BIANCHI, Alberto B., *La delegación legislativa*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1990, p. 40).

4.7.2.- Naturalmente, en este punto no pretendemos agotar la totalidad de la bibliografía que existe sobre la materia sino, únicamente, hacer mención a la posición de algunos de los autores más reconocidos en la materia.

4.7.2.1.- Sabino CASSESE, al analizar la variedad de significados del término función, destacó que con aquella palabra “*se indican, en primer lugar, las funciones del Estado, repartidas en las tres tradicionales: legislativa, ejecutiva y judicial*” y que, en ordenamientos jurídicos como el de Italia, donde “*la denominada separación de poderes*” no forma parte del derecho vigente, no se “*discute cuál es el campo reservado a cada función*”<sup>242</sup>.

El citado jurista explica que “*la función denominada ejecutiva se reparte, ciertamente, en una función administrativa y una función de gobierno (denominada esta última de dirección política). Existen, además, funciones administrativas confiadas a los jueces (por ejemplo, al menos según algunos, la actividad de jurisdicción voluntaria); funciones normativas realizadas por el aparato ejecutivo (por ejemplo, la potestad reglamentaria); funciones de resolución de conflictos realizadas por la Administración (la denominada actividad contencioso-administrativa), etc. Para poder seguir teniendo fe en la tripartición de poderes, ha habido que distinguir entre división de tareas y división de los aparatos llamados a realizarlas. El primer aspecto afecta al poder en sentido sustancial (de emanar normas, resolver conflictos, ejecutar). El segundo se refiere al poder en sentido formal: la autoridad y el acto emana de ésta (la ley del Parlamento, la sentencia del juez, la resolución de la Administración). Así, se ha debido reconocer que una actividad puede ser sustancialmente administrativa (porque se trata de una ejecución) pero formalmente jurisdiccional (porque está realizada por el juez); sustancialmente normativa pero formalmente administrativa (por ejemplo, la adopción de reglamentos gubernativos), etc. Estas complicaciones demuestran la inutilidad de persistir en aplicar como principio normativo la denominada separación de poderes (aunque sí ésta, después, continúa teniendo una cierta utilidad puramente descriptiva y*

---

<sup>242</sup> CASSESE, Sabino, *Las bases del Derecho Administrativo*, Traducción de Luis Ortega, Instituto nacional de Administración Pública, Madrid, 1994, p. 103.

*clasificatoria)*”<sup>243</sup>.

Como se ve, según se advierte de las consideraciones efectuadas por el citado jurista, los actos emitidos con base en una delegación legislativa (art. 76) o por situaciones de necesidad y urgencia (art. 77), deberían ser calificados como función normativa realizada por el aparato ejecutivo o, en su caso, sustancialmente normativos pero formalmente administrativos.

4.7.2.2.- ZANOBINI, por su parte, tras señalar que *“la legislación es la función por cuyo intermedio el Estado constituye su ordenamiento jurídico, vale decir, la función con la cual el Estado establece y modifica el derecho objetivo”*, y que *“la jurisdicción es la función que continúa y contempla a la legislación; ésta establece el ordenamiento jurídico, aquélla su conservación y observancia (...) presupone una controversia, real o sólo formal, entre quien afirma la existencia de la violación y quien se opone a esa afirmación”*, definió a la función administrativa como *“la actividad práctica que el Estado desarrolla para atender de manera inmediata los intereses públicos que toma a su cargo para el cumplimiento de sus fines”*<sup>244</sup>.

Asimismo, al analizar la definición de función administrativa, el referido tratadista señaló que el *“carácter concreto de la actividad administrativa se contrapone especialmente al carácter general y abstracto de la función legislativa”*<sup>245</sup>.

En definitiva, entonces, es claro que para ZANOBINI la emisión de decretos delegados o de necesidad y urgencia son el resultado del ejercicio de la función legislativa por parte del Poder Ejecutivo.

---

<sup>243</sup> Ibidem.

<sup>244</sup> ZANOBINI, Guido, *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 20/21.

<sup>245</sup> ZANOBINI, Guido, *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 24. De todos modos, cabe aclarar, como lo hicieramos en la nota N° 75, que, como destaca citado jurista, *“tal abstracción o generalidad no excluye que también pueda haber leyes relativas a un solo caso o a un número delimitado de casos”* (Idem, p. 20).

#### 4.8.) La cuestión en Francia

4.8.1.- Si bien no escapa a nuestro conocimiento que el derecho administrativo hunde sus raíces en el derecho francés y, más especialmente, a partir de la Revolución Francesa de 1789<sup>246</sup>, lo cierto es que ello no significa que antes de aquel trascendente evento histórico existieran instituciones que luego constituirían el objeto propio de la expresión “Derecho Administrativo” que surgió a partir del siglo XIX<sup>247</sup>.

<sup>246</sup> Ampliar en: BOQUERA OLIVER, José M., *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 35 y ss. Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ han señalado que la Revolución francesa es el “*momento en el que nace el Derecho Administrativo*” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 34). Entre nosotros, BIANCHI apuntó que “*no puede dudarse de que el origen del derecho administrativo fue una creación francesa*” (BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad...*, op. cit., Tomo 1, p. 38/39).

<sup>247</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., *Principios de Derecho Administrativo General*, 4º Edición, Iustel, Madrid, 2016, Tomo I, p. 38/39.

En ese orden de ideas, al analizar la cuestión, PAREJO ALFONSO destacó que “*a pesar de su evidente trascendencia es este –el histórico– el flanco más débil, por descuido, del Derecho Administrativo. Poca es la atención que ha merecido por parte de los administrativistas y aún los historiadores del Derecho, siquiera sea en el período fundamental integrado por los siglos XVIII y XIX, de modo que la cuestión del origen del Derecho administrativo continúa siendo controvertida. En este terreno la doctrina se viene moviendo sobre tópicos e instituciones. La tesis más generalizada es la de que la Administración Pública en sentido actual y, consecuentemente, el Derecho Administrativo surgen al hilo del nacimiento de un específico Estado, el Estado Constitucional, tal como (al menos para el continente europeo) fue alumbrado por la Revolución Francesa y acabado de diseñar por la evolución política subsiguiente (el período napoleónico y la restauración). Pero se trata de una tesis que, en su formulación rotunda, ofrece numerosos puntos de crítica. J. L. Villar Palasí la califica de verdadero mito, construido a partir de la enorme influencia que el modelo francés ha ejercido sobre el resto de la Europa continental y desde luego España, así como –al propio tiempo– la insuficiencia de datos sobre la evolución histórica de las instituciones administrativas, afirmando que es difícil que el fenómeno revolucionario haya supuesto una cesura total en el proceso histórico de desarrollo de dichas instituciones, de modo que las que hoy conocemos partan del punto cero o genético revolucionario*” (PAREJO ALFONSO, Luciano, *El concepto del Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, p. 27 y ss.).

Recientemente, en un trabajo específico sobre la cuestión, se ha destacado que “*el proceso de gestación del Derecho Administrativo no necesariamente arranca en los días fundacionales de la Revolución francesa, sino que debe ser entendido como anterior, por el simple hecho de que esa es una conclusión coherente con el sentido histórico que marca el fenómeno jurídico, y con la historicidad que impregna al mismo Derecho Administrativo como producto social. Pero es a partir de las consecuencias político-jurídicas que proyecta ese movimiento revolucionario y los acontecimientos que le sobrevienen hasta la era napoleónica, cuando comienza a cobrar cuerpo y sustancia visible, de una vez, un sector de la realidad jurídica que ha de tener como objeto específico a la Administración Pública y al funcionamiento Administrativo*” (MATILLA CORREA, Andry, “El Derecho Administrativo: sobre su origen histórico” en AA.VV., *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime – RODRÍGUEZ, Libardo; RODRÍGUEZ MARTÍN–RETORTILLO, María del Carmen –Coordinadora–, INAP, Granada, 2015, p. 73 y ss.).

Del mismo modo, y con base en el trabajo recién citado, COVIELLO también ha sostenido que si bien antes de la Revolución Francesa era posible encontrar diversos “*componentes fragmentarios de lo que constituiría*” el derecho administrativo, lo cierto es que reconoce que este “*como tal, se conforma dogmáticamente luego o como producto político de la Revolución Francesa. Antes, como señalé, solo había fragmentos dispersos. Luego de aquella, tanto el Consejo de Estado francés como la obra de los juristas*



4.8.2.- Si se tiene en cuenta, por un lado, que la forma de Estado deriva de las relaciones que se consagran entre el poder y el territorio como elementos constitutivos del Estado y, por otra parte, que la forma de gobierno responde al *quién* del ejercicio del poder<sup>248</sup>, resulta harto evidente que tanto el modelo constitucional francés como su propia organización administrativa distan mucho del régimen vigente en la Argentina<sup>249</sup>.

Como destaca BIANCHI, a diferencia de lo que sucede en nuestro país, el Poder Ejecutivo (denominación que no aparece en la Constitución francesa) no es *unipersonal* sino “*bicéfalo, una diarquía, como la denomina André Hauriou, bien que se trata de una diarquía desigual, en tanto los que la componen, esto es, el Presidente y el Primer ministro –que integra con los otros ministros el llamado ‘Gobierno’–, no son jerárquicamente iguales (...) Tal vez la nota más relevante para establecer esta desigualdad es que el Presidente designa al Primer Ministro y a los restantes miembros del Gobierno, de modo tal que el Presidente tiene una legitimidad democrática de la cual carece el Primer Ministro y los restantes miembros del Gobierno. Esta base democrática del Presidente, muy reducida originalmente, fue ampliada con la reforma constitucional de 1962*”<sup>250</sup>.

---

*franceses le dieron conformación jurídica como nueva disciplina, bien perfilada y diferenciada de las demás, aunque, lógicamente, no como un compartimento jurídico estanco, sino manteniendo la unidad del derecho*” (COVIELLO, Pedro J. J., “Raíces históricas del derecho administrativo...”, op. cit., EDA, Agosto 2020, N° 8, ED-CMXXV-521).

<sup>248</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 118.

<sup>249</sup> Un pormenorizado análisis acerca del modelo francés de la separación de “poderes” puede verse en: BIANCHI, Alberto B., *La separación de poderes...*, op. cit., p. 95 y ss. y VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho Constitucional Comparado*, Traducción e introducción por Pablo Lucas Verdú, Segunda Edición, Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1985, p. 476 y ss.

<sup>250</sup> BIANCHI, Alberto B., *La separación de poderes...*, op. cit., p. 110/111. Asimismo, conforme señala el citado jurista, aquella “*diferencia en favor del presidente no es la única. Mientras el Gobierno determina y dirige la política de la Nación (art. 20), dirige la acción del Gobierno, es responsable de la defensa nacional, garantiza la ejecución de las leyes, ejerce la potestad reglamentaria y nombra los cargos civiles y militares (art. 21); el presidente vela por el respeto de la Constitución, garantiza y arbitra el funcionamiento regular de los poderes públicos y la continuidad del Estado y ampara la independencia nacional, la integridad del territorio y el respeto de los tratados (art. 5°). Algunos comentaristas dicen que este artículo responde, sin duda, al deseo de aportar una solución al problema de la legitimación de poder. En el espíritu del general De Gaulle, el presidente de la República debía ser el continuador de los reyes que construyeron el Estado, y la Presidencia de la República, el símbolo de la unión de la Nación. En caso de peligro, es necesario que el que preside la Nación tenga el derecho y el deber de tomar las iniciativas para garantizar su supervivencia. Además de ello, el presidente nombra y hace cesar a los miembros del Gobierno a propuesta del primer ministro (art. 11); disuelve la Asamblea Nacional (art. 12); nombra a los funcionarios civiles y militares del Estado, nombramiento que, en el caso de los de más alto rango, se hace*

Según la Constitución de 1978 el Presidente era elegido por un período de siete años por un colegio de ochenta mil electores pero, con la reforma constitucional de 1962, se introdujo la “elección popular directa” (a doble vuelta con una segunda votación entre los dos candidatos más votados, si en la primera votación ninguno hubiese obtenido la mayoría absoluta).

Conforme se ha señalado, aquella reforma “*contribuyó a fortalecer el poder del presidente, que dejó de ser un jefe de Estado de tipo parlamentario para asimilarse al jefe político de un régimen presidencialista con poderes plenos*”<sup>251</sup>.

4.8.3.- Sentado lo expuesto, cabe señalar que de acuerdo con el art. 16 de la Constitución francesa, “*cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los Presidentes de las asambleas y el Consejo Constitucional*”, informando de ello “*a la Nación por medio de un mensaje*”.

Asimismo, la cláusula constitucional citada determina que las medidas “*deberán estar inspiradas por la voluntad de garantizar a los poderes públicos constitucionales, en el menor plazo, los medios para cumplir su misión*”, debiendo ser consultada, a su respecto, “*el Consejo Constitucional*”.

Por último, la Constitución francesa estipula que “*el Parlamento se reunirá de pleno derecho*” y que “*no podrá ser disuelta la Asamblea Nacional durante el ejercicio de los poderes extraordinarios*”.

---

*en Consejo de Ministros (art. 13); es el jefe de las Fuerzas Armadas y preside los consejos y los comités superiores de defensa nacional (art. 15); está expresamente habilitado para ejercer poderes excepcionales (art. 16), concede indultos en forma individual (art. 17); se comunica con las dos cámaras del Parlamento por medio de mensajes que hace leer y que “no dan lugar a ningún debate” (art. 18); negocia y ratifica los tratados internacionales (60); nombra al presidente del Consejo Constitucional (art. 56); preside el Consejo Superior de la Magistratura (art. 65) y es el garante de la independencia de la autoridad judicial (art. 64), una cláusula constitucional que en nuestro sistema produciría irritación” (Idem, p. 112/113).*

<sup>251</sup> Idem, p. 112.

Por otra parte, conforme lo prevé el art. 38 de la Constitución, “*El Gobierno podrá, para la ejecución de su programa, solicitar autorización del Parlamento con objeto de aprobar, por ordenanza, durante un plazo limitado, medidas normalmente pertenecientes al ámbito de la ley. Las ordenanzas se aprobarán en Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado. Entrarán en vigor en el momento de su publicación, pero caducarán si el proyecto de ley de ratificación no se presenta ante el Parlamento antes de la fecha fijada por la ley de habilitación. Sólo podrán ratificarse de manera expresa. Al expirar el plazo a que se refiere el primer apartado del presente artículo, las ordenanzas ya no podrán ser modificadas sino por ley en materias pertenecientes al ámbito de la ley*”.

4.8.4.- Al analizar la normativa de emergencia a la que suelen acudir los órganos del ejecutivo para afrontar diversas crisis, es posible advertir que mientras un sector de la doctrina ha considerado el citado art. 16 como un sistema “*que deroga el régimen normal de separación por una concentración de facultades en el ejecutivo*”<sup>252</sup>, otro entiende que aquella cláusula no se refiere al ejercicio de facultades legislativas, sino a las facultades del Poder Ejecutivo en caso de grave emergencia<sup>253</sup>.

A igual conclusión se arriba en relación con la potestad conferida en el art. 38, es decir, a la *delegación legislativa* del Gobierno<sup>254</sup>, a los que, además, el Consejo de Estado especialmente se las atribuyó el carácter de administrativos, pues están sujetos a la jurisdicción de los tribunales administrativos que controlan que no excedan los límites de la delegación y que no infrinjan los principios generales del derecho establecidos en la Constitución<sup>255</sup>.

---

<sup>252</sup> VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., p. 284/287.

<sup>253</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 224/225.

<sup>254</sup> *Ibidem*, especialmente nota al pie N° 628.

<sup>255</sup> BIANCHI, Alberto B., *La separación de poderes...*, op. cit., p. 120/121. Cabe agregar, como señala el autor con cita del Consejo de Estado francés, que ese “*mismo control se aplica respecto de las medidas de emergencia adoptadas por el presidente bajo el art. 16 y de los decretos dictados para ejecutar una ley sancionada luego de un referéndum*”.

4.8.5.- Finalmente, y en línea con el alcance del control judicial, MORAND–DEVILLER destaca que ante el ejercicio del poder excepcional que el art. 16 de la Constitución francesa atribuye al Presidente, “*el juez administrativo francés (...) verifica que tres elementos se hallen bien reunidos: una situación realmente excepcional, a tal punto que la aplicación integral del derecho positivo normal no hubiese podido razonablemente contemplarse; un interés público suficientemente fuerte para justificar el abandono de ciertas reglas tales como la continuidad en el funcionamiento de los servicios públicos (Heyriès), el ejercicio de ciertas libertades (Dames Dol et Laurent); finalmente, la imposibilidad para la administración de actuar dentro del marco de la estricta legalidad. Además, el juez administrativo indaga si los poderes de los que se dotó la administración eran realmente necesarios y adaptados al fin perseguido, lo que lo conduce a aceptar la validez de ciertos actos y a anular otros en las mismas condiciones circunstanciales excepcionales. La jurisprudencia insiste también en la limitación de los poderes en el tiempo y en el espacio*”<sup>256</sup>.

#### 4.9.) La cuestión en los Estados Unidos de Norteamérica

4.9.1.- Finalmente, si bien analizar cómo ha sido tratada la facultad de la Administración de dictar reglamentos en los Estados Unidos de Norteamérica atentaría contra la síntesis que aspiramos lograr en esta tesis, no queremos dejar de mencionar, al menos tangencialmente, algunos aspectos que, en nuestra opinión, resultan elementales para comprender el funcionamiento de la potestad reglamentaria en aquel país<sup>257</sup>.

4.9.2.- En primer lugar resulta insoslayable señalar que la Administración Pública Federal de los Estados Unidos de Norteamérica está compuesta por una gran variedad de entidades que, en su mayor parte, no obedecen a un modelo uniforme de tipo organizativo

---

<sup>256</sup> MORAND–DEVILLER, Jacqueline, *Curso de Derecho Administrativo. Curso. Temas de reflexión. Comentarios y análisis de fallos.*, Traducción a cargo de Zoraida Rincón Ardila u Juan Carlos Peláez Gutiérrez, Traducción a la 10ª edición actualizada, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 320/322.

<sup>257</sup> Un análisis de cómo es regulada la cuestión en el derecho estadounidense, puede verse en: CARBONELL PORRAS, Eloísa – MUGA, José Luis, *Agencias y procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996; BIANCHI, Alberto B., *La separación de poderes...*, op. cit., p. 133 y ss., entre muchos otros.

o funcional<sup>258</sup>.

La Administración Pública estadounidense está estructurada por medio de las denominadas “*agencys*” lo que, en principio, va a condicionar tanto sus competencias y funcionamiento cotidiano como los controles que llevarán a cabo sobre ella los otros poderes del Estado<sup>259</sup>.

Así, pues, se sostiene que las “*agencys*” surgen como el instrumento a través del cual se cumplen dos objetivos: a) las leyes son convenientemente aplicadas, y b) los poderes presidenciales continúan restringidos. Ahora bien, ni el concepto de “*agency*”, sus competencias, o sus relaciones con la Presidencia y el Poder Legislativo se mantienen de acuerdo con el modelo tradicional, debido a la evolución de las necesidades de la sociedad estadounidense a lo largo del siglo XX<sup>260</sup>.

La dificultad de proporcionar un concepto claro que permita distinguir claramente cuándo se está frente a una “*agency*”<sup>261</sup> es posible apreciarla tanto a partir de las normas que han intentado definirla como de los autores que estudiaron la cuestión.

Desde el punto de vista normativo, el texto originario de la Ley de Procedimientos Administrativos estadounidense de 1946 (*Administrative Procedures Act*, en adelante “APA”)<sup>262</sup> brindó una primera definición de las “*agencys*”, estableciendo que eran “*cada una de las autoridades públicas de los Estados Unidos, aun cuando esté encuadrada en*

---

<sup>258</sup> MORENO MOLINA, Ángel Manuel, *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 29.

<sup>259</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 1.

<sup>260</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *El alcance del control judicial...*, op. cit., p. 2; HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2009, Tomo I, p. 221/222.

<sup>261</sup> El concepto de “*agency*” reviste una relevancia tal que, como señala un sector de la doctrina norteamericana, “*a good working definition of administrative law is ‘the law governing the forms, functions, and activities of government agencies’*” (LAWSON, Gary, *Federal Administrative Law*, 5ª ed., American Casebook Series, 2009, p. 1). En similar sentido, DAVIS señaló que “*Administrative Law is the law concerning the powers and procedures of administrative agencies, including especially the law governing judicial review of administrative action*” (DAVIS, Kenneth Culp, *Administrative Law. Cases – Text – Problems*, Sixth Edition, American Casebook Series, St. Paul, Minnesota, 1977, p. 1). PIERCE (JR.), por su parte, apuntó que “*Administrative law is the study of the roles of government agencies in the U.S. legal system, including the relationships between agencies and the institutions of government—Congress, the Judiciary and the President*” (PIERCE, Richard J. (JR.), *Administrative Law*, Second Edition, Foundation Press, 2012, p. 1).

<sup>262</sup> Se ha precisado que la APA “*is to administrative law what the Constitution is to constitutional law*” (PIERCE, Richard J. (JR.), *Administrative Law*, op. cit., p. 3).

*o bajo la supervisión (o tutela) de otra agencia, pero no incluye: a) el Parlamento; b) los tribunales de los EE. UU.; e) la administración de los territorios o posesiones de los Estados Unidos; d) la Administración del Distrito de Columbia; e) las agencias compuestas por representantes de quienes son partes en las disputas que aquéllas resuelven; f) los tribunales y comisiones marciales; g) la autoridad militar ejercida en tiempo de guerra o en territorio ocupado”<sup>263</sup>.*

Aquella definición, como se ve, es una noción particularmente amplia o, como señala SCHWARTZ<sup>264</sup>, “*too inclusive*”, toda vez que comprende cualquier estructura organizativa federal distinta de los poderes expresamente previstos en la Constitución, entre los que cabe incluir al Presidente de los Estados Unidos<sup>265</sup>.

La segunda definición surgió como consecuencia de la sanción de la Ley de Libertad de Información de 1974 (*Freedom of Information Act*) donde, tras modificarse la APA, se previó que “*a los efectos de esta sección [es decir, a los efectos de la Ley de Libertad de Información] el término ‘agency’, definido en la sección 551(1) de este título incluye a cualquier Departamento ejecutivo o militar, organización de gobierno o cualquier otro establecimiento encuadrado en el Poder Ejecutivo (incluyendo la Oficina ejecutiva del Presidente), así como cualquier agencia reguladora independiente”<sup>266</sup>.*

El nuevo concepto, como se ve, si bien continúa siendo genérico, de acuerdo con lo

---

<sup>263</sup> Conviene aclarar, ya desde ahora, que hemos seguido las traducciones efectuadas por MORENO MOLINA, Ángel Manuel, *La administración por agencias...*, op. cit., p. 31.

Según lo previsto en la APA – Title 5, Part I, Chapter 5, Subchapter II, § 551 (1)–, “*agency means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include— (A) the Congress; (B) the courts of the United States; (C) the governments of the territories or possessions of the United States; (D) the government of the District of Columbia; or except as to the requirements of section 552 of this title— (E) agencies composed of representatives of the parties or of representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them; (F) courts martial and military commissions; (G) military authority exercised in the field in time of war or in occupied territory; or (H) functions conferred by sections 1738, 1739, 1743, and 1744 of title 12; subchapter II of chapter 471 of title 49; or sections 1884, 1891–1902, and former section 1641(b)(2), of title 50, appendix”.*

<sup>264</sup> SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, 3ª ed., Little Brown & Co., Boston – Toronto – London, 1991, p. 4.

<sup>265</sup> En igual sentido: CARBONELL PORRAS, Eloísa – MUGA, José Luis, *Agencias y procedimiento administrativo...*, op. cit., p. 47/48.

<sup>266</sup> “*For purposes of this section, the term ‘agency’ as defined in section 551(1) of this title includes any executive department, military department, Government corporation, Government controlled corporation, or other establishment in the executive branch of the Government (including the Executive Office of the President), or any independent regulatory agency”.*



apuntado por la doctrina<sup>267</sup>, encuadra en su noción a los Departamentos ministeriales que existen en la actualidad y excluye al Presidente de los Estados Unidos, al igual que en su momento lo hizo la jurisprudencia<sup>268</sup>.

En el ámbito doctrinario y a simple título ejemplificativo, Kenneth Culp DAVIS definió a la “agency” como “una autoridad pública, distinta de un Tribunal o de un órgano legislativo, que afecta derechos de personas privadas a través de actos singulares o disposiciones de carácter general”<sup>269</sup>.

Entre nosotros, BIANCHI destacó que las “agencys” no son únicamente las agencias reguladoras independientes (*independent regulatory agencies*) sino que su noción, además de abarcar a los entes de la administración descentralizada, engloba a los órganos de la administración central, “de hecho salvo el Congreso, los tribunales federales, los gobiernos de los territorios, los tribunales militares, y otros entes menores, prácticamente todo el resto de la administración está compuesta de ‘agencias’, según lo

<sup>267</sup> LAWSON, Gary, *Federal Administrative Law*, op. cit., p. 3, especialmente nota N° 3; GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *El alcance del control judicial...*, op. cit., p. 3; HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2009, Tomo I, p. 22621/222.

<sup>268</sup> En tal sentido, en la causa “Frankin v. Massachussets” de 1992 (505 U.S 788, 801, 112 S.Ct. 2767, 2776, 120 L.Ed.2d 636) se sostuvo que “*out of respect for the separation of Powers and the unique constitutional position of the President, we find that textual silence is not enough tu subject the President to the provisions of the APA*”. Asimismo, en el caso “Dalton v. Specter” de 1994 (511 U.S 462, 476, 114 S.Ct. 1719, 1728, 128 L.Ed.2d 497), expresamente se enfatizó que “*the actions of the President cannot be reviewed under the APA because the President is not an ‘agency’ under that Act*”.

<sup>269</sup> DAVIS, Kenneth Culp, *Administrative Law...*, op. cit., p. 1 (“*An agency is a governmental authority, other than a court and other than a legislative body, which affects the rights of private parties through either adjudication, rulemaking, investigating, prosecuting, negotiating, settling or informally acting*”).

Tal como puede apreciarse de la traducción de la cita, hemos calificado como “acto administrativo de alcance general” al término *adjudication*, pues aquel es el procedimiento para la emisión de una *order* y, como “acto administrativo de alcance general”, al *rulemaking*, habida cuenta de que ese es el procedimiento previo para el dictado de *rules*. En igual sentido, entre otros: BIANCHI, Alberto B., “Una aproximación constitucional...”, op. cit., p. 545 y 582; HALPERÍN, David A., “Cuestiones vinculadas a las diferencias entre el acto administrativo y el reglamento”, REDA 2012–79–221; entre otros.

Ciertamente, aquella clasificación en modo alguno pretende agotar la dicotomía que existe entre ambos conceptos y que generó un enriquecedor debate en la doctrina norteamericana, pues como bien apunta BARRA, con cita de doctrina estadounidense, la definición de *rule* también incluye a las declaraciones de las agencias de aplicación particular, de modo que la “*adjudicación*” “*corresponde para los actos de alcance particular (orders) cuando no se trate de una rule*” (BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 506 y ss.). La cuestión puede ampliarse en: TAWIL, Guido Santiago, *Administración y Justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1993, Tomo 1, p. 195 y ss.



establece la Sección 551, Tít. 5 USC”<sup>270</sup>.

Del mismo modo, BARRA apuntó que la “agency” “no configura necesariamente ni una descentralización subjetiva –una unidad dotada de personalidad jurídica propia, distinta de la atribuida al Gobierno– ni una descentralización o desconcentración por cometidos o por la dotación de un específico conocimiento técnico (...) el término ‘agencia’ identifica a todo complejo organizativo unitario que se encuentre dotado de ‘autoridad’ por el ordenamiento normativo, se trate este de la Constitución, de la ley del Congreso o incluso de normas, ya sean autónomas o delegadas, emanadas del Presidente”<sup>271</sup>.

4.9.3.- Aclarado lo expuesto, cabe destacar que, como apunta la doctrina norteamericana<sup>272</sup>, en el Derecho administrativo norteamericano suelen diferenciarse tres categorías de reglamentos: a) los reglamentos sustantivos o legislativos (*legislative rules*); b) los interpretativos (*interpretative rules*) y, c) los procedimentales (*procedural rules*)

No obstante, como señala BIANCHI<sup>273</sup>, si bien la clasificación recién efectuada pareciera ser la que comúnmente acepta la doctrina, lo cierto es que algunos autores han admitido la existencia de otras clases de reglamentos, tal como lo exponen CARBONELL PORRAS y MUGA<sup>274</sup>.

---

<sup>270</sup> BIANCHI, Alberto B., “Los entes regulados”, en AA.VV. *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Astrea Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004, p. 149 y ss., especialmente p. 152, nota N° 12.

<sup>271</sup> BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, p. 352.

<sup>272</sup> SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, op. cit., p. 180; CANN, Steven J., *Administrative Law*, 2ª ed., Sage Publications, Thousand Oaks – London – New Delhi, 1998, p. 223, entre muchos otros.

Entre nosotros, BIANCHI también ha seguido aquella clasificación en: BIANCHI, Alberto B., “El control judicial bajo la doctrina de la *deferencia*”, op. cit., p. 541, especialmente nota al pie N° 112 y, más recientemente, en BIANCHI, Alberto B., *La separación de poderes...*, op. cit., p. 226 y ss.

<sup>273</sup> BIANCHI, Alberto B., “El control judicial bajo la doctrina de la *deferencia*”, op. cit., p. 541, especialmente nota al pie N° 112 y, más recientemente, en BIANCHI, Alberto B., *La separación de poderes...*, op. cit., p. 226 y ss.

<sup>274</sup> CARBONELL PORRAS, Eloísa – MUGA, José Luis, *Agencias y procedimiento administrativo...*, op. cit., p. 64 y ss. En efecto, los autores citados también hacen referencia a las declaraciones generales de política (*general statement of policy*), que “son acuerdos adoptados por la agencia para comunicar prospectivamente al público la manera en que se propone ejercer su poder discrecional (...) son, por tanto, declaraciones generales de las intenciones de la agencia en el desarrollo de su política, planes de futuro, anuncios generales de los propósitos de la agencia. No tienen carácter obligatorio ni legitiman posteriores actuaciones de la agencia”.

La definición de cada uno de los reglamentos, si bien no surge de la APA, es posible extraerla del manual explicativo de aquella norma (*Attorney General's Manual on the Administrative Procedure Act*).

4.9.3.1.- Así, pues, los reglamentos sustantivos o legislativos (*legislative rules*) son definidos como “*rules, other than organizational or procedural under section (...) issued by an agency pursuant to statutory authority and which implement the statute (...) Such rules have the force and effect of law*”.

Se trata, entonces, siguiendo la definición transcripta, de aquellos reglamentos, distintos de los organizativos o procedimentales, aprobados por una agencia (*agencies*) con base en una autorización legislativa y que tienen fuerza ley.

Las *substantive rules* que, como bien se ha señalado<sup>275</sup>, coinciden en parte con lo que en nuestro país se denominan “reglamentos delegados”, proceden siempre de una delegación legislativa y son, en el ámbito de la Administración y dentro de los límites de la delegación y de la competencia de quien las emite, el equivalente de las leyes, razón por la cual, al poder crear derechos o deberes que no existían antes de su sanción, vinculan a la agencia, a los particulares y a los Tribunales<sup>276</sup>.

Esta clase de reglamentos son sancionados por medio de un procedimiento formal establecido en la APA según el cual<sup>277</sup>, antes de ser emitido, debe publicarse el proyecto en el *Federal Register* y dársele a los interesados la oportunidad de emitir su opinión (*notice and comment*). Asimismo, según lo establecido también en la APA, en algunas ocasiones se requiere, incluso, de una audiencia pública formal.

4.9.3.2.- Los reglamentos interpretativos (*interpretative rules*) se definen como “*rules or statements issued by an agency to advise the public of the agency's construction of the*

---

<sup>275</sup> BIANCHI, Alberto B., “El control judicial bajo la doctrina de la *deferencia*”, op. cit., p. 541/542 y, más recientemente, en BIANCHI, Alberto B., *La separación de poderes...*, op. cit., p. 226 y ss.

<sup>276</sup> CARBONELL PORRAS, Eloísa – MUGA, José Luis, *Agencias y procedimiento administrativo...*, op. cit., p. 64.

<sup>277</sup> Title 5, Part I, Chapter 5, Subchapter II, § 553 (b).

*statutes and rules which it administers”.*

Con los reglamentos interpretativos las agencias explican y aclaran el sentido de la Ley y, en su caso, del reglamento sustantivo emitido por la agencia y que recién explicamos; “*su función es simplemente anunciar a los ciudadanos cuál es el significado de la Ley o cómo se desarrollará por la agencia*”<sup>278</sup>.

Las características principales de esta clase de reglamentos son, por un lado, que no tienen fuerza legal –razón por la cual no pueden crear derechos ni imponer obligaciones– y, por otra parte, que carecen de efecto vinculante y están exentos de las formalidades que preceden a los *sustantive rules*<sup>279</sup>.

4.9.3.3.- Por último, los reglamentos procedimentales (*procedural rules*) son aquellos que se emiten para la organización interna de la agencia, sus reglas de funcionamiento y sus prácticas. De ese modo, al tener solo relevancia interna, están exentos del *notice and comment*, es decir, de la publicación previa del proyecto y de la participación de los interesados antes de su sanción<sup>280</sup>.

4.9.3.4.- Distinguir cuándo se está frente a *sustantive rules* o *interpretative rules* ha sido una cuestión que ha generado un interesante debate doctrinario y jurisprudencial pues, si bien “*ambas en la práctica interpretan el sentido y alcance de una ley*”<sup>281</sup> y requieren ser publicadas<sup>282</sup>, las primeras afectan “*individual rights and obligations*” y están sometidas a los “*rulemaking procedures prescribed by the federal APA*” mientras que, las segundas, es decir, las *interpretative rules*, además de no afectar derechos ni crear

---

<sup>278</sup> CARBONELL PORRAS, Eloísa – MUGA, José Luis, *Agencias y procedimiento administrativo...*, op. cit., p. 64.

<sup>279</sup> CARBONELL PORRAS, Eloísa – MUGA, José Luis, *Agencias y procedimiento administrativo...*, op. cit., p. 64; BIANCHI, Alberto B., *La separación de poderes...*, op. cit., p. 227.

<sup>280</sup> CARBONELL PORRAS, Eloísa – MUGA, José Luis, *Agencias y procedimiento administrativo...*, op. cit., p. 65, especialmente nota N° 40; BIANCHI, Alberto B., *La separación de poderes...*, op. cit., p. 227.

<sup>281</sup> BIANCHI, Alberto B., *La separación de poderes...*, op. cit., p. 227.

<sup>282</sup> SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, op. cit., p. 180; CANN, Steven J., *Administrative Law*, op. cit., p. 223-

obligaciones, no requieren seguir el procedimiento previsto en la APA<sup>283</sup>.

Ante aquella situación y la innegable trascendencia de poder diferenciar cuándo existe una *sustantive rule* o una *interpretative rule*, la doctrina destacó que solo podrán considerarse *sustantive rules* los reglamentos que se aprueban de acuerdo con el procedimiento estipulado en la APA: si el reglamento no se aprobó según lo allí previsto, no tendrá carácter sustantivo y, por consiguiente, carecerá de fuerza de Ley<sup>284</sup>.

Como destaca LAVILLA, citado por PORRAS y MUGA, “*si la agencia desea obtener un producto normativo dotado de fuerza de ley y acreedor a la deferencia judicial, deberá antes pasar por el otorgamiento del derecho a participar...; si desea eximirse de la sección 553 APA, habrá de tolerar que la eficacia de su norma sea simplemente ínsita en su calidad hermenéutica de la ley aplicable*”<sup>285</sup>.

4.9.4.- Finalmente, y antes de analizar si el Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica cuenta con potestades para emitir actos en situaciones de urgencia, debemos efectuar una aclaración: no deben confundirse las *rules* mencionadas en las páginas anteriores –que puede emitir cualquier órgano o ente de la Administración–, con las llamadas proclamaciones (*proclamations*) y las órdenes ejecutivas (*executive orders*), que son dos tipos de reglamentos típicos y exclusivos del Presidente<sup>286</sup>.

Las denominadas *proclamations* consisten en anuncios de ciertas políticas efectuados en ceremonias oficiales, pero tienen poder reglamentario y se publican en el *Federal Register*<sup>287</sup>.

Las *executive orders*, cuyo fundamento constitucional para su dictado, en general, se entiende que está en el art. II de la Constitución norteamericana<sup>288</sup>, traducen lo que en

---

<sup>283</sup> SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, op. cit., p. 181/182.

<sup>284</sup> Ver, por todos: DAVIS, Kenneth Culp - PIERCE, Richard J., *Administrative Law Treatise*, 3ª ed., Little Brown & Co., Boston, 1994, Vol. 2, p. 250 y ss.; CANN, Steven J., *Administrative Law*, op. cit., p. 224.

<sup>285</sup> CARBONELL PORRAS, Eloísa – MUGA, José Luis, *Agencias y procedimiento administrativo...*, op. cit., p. 66.

<sup>286</sup> Ampliar en: BIANCHI, Alberto B., *La separación de poderes...*, op. cit., p. 227/228.

<sup>287</sup> *Ibidem*.

<sup>288</sup> BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 466; BIANCHI, Alberto B., *La separación de poderes...*, op. cit., p. 228.

nuestro régimen jurídico denominamos *decretos* (pues aquella es la denominación que reciben los actos emitidos por el Poder Ejecutivo) y, a su vez, suelen tener un contenido muy variado, toda vez que en algunas ocasiones cristalizan lo que en Argentina se denominan *decretos autónomos* o *decretos ejecutivos*<sup>289</sup>.

4.9.5.- Ahora bien, sentado lo expuesto e independientemente de las diversas clases de los reglamentos que emiten las “agencies” y las “executive orders” que dicta el Presidente, conviene dejar aclarado, ya desde ahora, que no existe en la Constitución norteamericana una cláusula que expresamente autorice a este último a emitir normas de igual jerarquía que las emanadas del Congreso en casos de urgencia.

Sin embargo, existe un precedente de innegable trascendencia que no puede soslayarse y que ha sido analizado por la doctrina administrativista y constitucional, nacional<sup>290</sup> y norteamericana<sup>291</sup>: el conocido caso “Youngstown Sheet & Tube Co vs. Sawyer”<sup>292</sup> (*Steel Seizure Case*) del 02/06/1952<sup>293</sup>,

Durante la Guerra con Corea se había generado un conflicto gremial que involucraba a la industria del acero. Si bien el Presidente de aquel entonces, Harry S. Truman, había hecho uso de todos los medios administrativos existentes para llegar a un acuerdo e impedir que se concrete la huelga anunciada por el Sindicato Unido de Trabajadores del

---

<sup>289</sup> Ibidem.

<sup>290</sup> A nivel nacional han sido varios los administrativistas que han estudiado el precedente citado: BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 459 y ss.; COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 226; entre muchos otros. Entre los constitucionalistas puede verse: BIANCHI, Alberto B., *La separación de poderes...*, op. cit., p. 249 y ss.; BADENI, Gregorio, *Tratado...*, op. cit., Tomo III, p. 655 y ss.

<sup>291</sup> Entre los constitucionalistas estadounidenses puede verse, entre otros: SULLIVAN, Kathleen M. – GUNTHER, Gerald, *Constitutional Law*, Fourteenth Edition, University Casebook Series, New York, 2001, p. 333 y ss.; NOWAK, John E. – ROTUNDA, Ronald D., *Constitutional Law*, Sixth Edition, Hornbook Series, St. Paul, Minnesota, 2000, p. 255 y ss.; TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, Third Edition, Foundation Press, New York, 2000, Vol. 1, p. 670 y ss.; STONE, Geoffrey R. – SEIDMAN, Louis M. – SUNSTEIN, Cass R. – TUSHNET, Mark V. – KARLAN, Pamela S., *Constitutional Law*, Seventh Edition, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2013, p. 370 y ss. Asimismo, el fallo citado fue analizado por diversos administrativistas norteamericanos, ver, por todos: COOPER, Phillip J., *By Order of the President: The Use and Abuse of Executive Direct Action*, University Press of Kansas, Kansas, 2002.

<sup>292</sup> “Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer”, 343 U.S. 579 (1952).

<sup>293</sup> La importancia del fallo ha sido puesta de manifiesto por AJA ESPIL, BARRA y BIANCHI, quienes se han dedicado a estudiarlo en profundidad (ver: AJA ESPIL, Jorge A., *Constitución y Poder...*, op. cit., p. 186 y ss.; BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 459 y ss. y BIANCHI, Alberto B., *La separación de poderes...*, op. cit., p. 249/253, respectivamente).

Acero para el día 09/04/1952 (en cumplimiento del preaviso que exigía la *Labor Management Relations Act*), lo cierto es que todas aquellas negociaciones resultaron infructuosas.

En ese estado de cosas, y teniendo en consideración las inevitables consecuencias que produciría la drástica caída en la producción de acero no solo en cuestiones bélicas (pues, en esa época, aquel era estratégico para la producción de armas de guerra) sino, también, en la política de contención inflacionaria que se veía desarrollando (toda vez que ante la reducción de oferta de acero que se generaría con motivo de la huelga, su precio aumentaría generando un efecto cascada en el resto de los bienes), el día 08/04/1952 Truman emitió el Decreto N° 10.340 (*executive order*) en virtud de la cual ordenó a su secretario de Comercio, Charles Sawyer, intervenir y operar las acerías con el fin de que no se interrumpiera la producción. Cabe destacar, además, que el Presidente había remitido el decreto inmediatamente al Congreso, el que guardó silencio.

Ante aquella situación, Youngstown Sheet & Tube Company y otras tres de las compañías intervenidas presentaron una medida cautelar tendiente a suspender aquella Orden y, en primera instancia, mediante sentencia del 29/04/1952, el juez David A. Pine hizo lugar a la petición<sup>294</sup>. Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Circuito, con fecha 02/05/1952, suspendió temporalmente los efectos de la decisión del tribunal inferior.

Al tomar intervención la Corte Suprema, por mayoría (integrada por los votos de los jueces Black, Frankfurter, Jackson, Burton, Douglas y Clark), confirmó la sentencia del tribunal de primera instancia y, por consiguiente, descalificó la validez de la Orden Ejecutiva emitida por Truman.

Para así resolver, los miembros de la Suprema Corte entendieron que el Poder Ejecutivo carecía de facultades para disponer la intervención de las fábricas de acero y que, por tanto, con el dictado del Decreto N° 10.340 se violaban las funciones del Congreso.

#### 4.9.5.1.- Si bien todos y cada uno de los diferentes votos que integran la mayoría

---

<sup>294</sup> Un análisis de la sentencia dictada en primera instancia puede verse en: REHNQUIST, William H., *The Supreme Court*, New Edition, Alfred A. Knopf, New York, 2001, p. 151 y ss.

resultan trascendentes, lo cierto es que enunciar y analizar cada uno de ellos excedería el objeto de esta tesis, razón por la cual, en esta ocasión, solo haremos mención a dos de ellos.

4.9.5.1.1.- En primer lugar cabe destacar el voto del *justice* Black, no solo porque fue el obtuvo el apoyo de la mayoría, sino, también, porque es uno de los más contundentes.

Conforme surge de la lectura del fallo, Black se fundó en la aplicación estricta de la división de poderes, señalando que la autoridad para intervenir la propiedad privada –en el caso, las fábricas de acero– debe provenir de una Ley del Congreso o de la Constitución en sí misma, lo que en los EE.UU. no solo no ocurre<sup>295</sup> sino que, además, el mismo Congreso se rehusó a resolver los conflictos laborales a través del medio elegido por el presidente<sup>296</sup>.

Agregó, asimismo, que el Decreto N° 10.340 no tenía sustento en los poderes de guerra del presidente como comandante de las Fuerzas Armadas, toda vez que no puede sostenerse aquel poder consista en tomar posesión de la propiedad privada con el fin de evitar que las disputas sindicales paralicen la producción pues, en todo caso, aquella es una tarea de los legisladores y no de las autoridades militares<sup>297</sup>.

Apuntó, por último, que la tarea del presidente consiste en ejecutar las leyes y no en hacerlas, que la Constitución limita las funciones presidenciales en el proceso legislativo a las recomendaciones de leyes que aquel crea convenientes y, en su caso, a vetarlas: los

---

<sup>295</sup> Página 343 U. S. 585: “*The President's power, if any, to issue the order must stem either from an act of Congress or from the Constitution itself. There is no statute that expressly authorizes the President to take possession of property as he did here. Nor is there any act of Congress to which our attention has been directed from which such a power can fairly be implied*”.

<sup>296</sup> Página 343 U. S. 586: “*Moreover, the use of the seizure technique to solve labor disputes in order to prevent work stoppages was not only unauthorized by any congressional enactment; prior to this controversy, Congress had refused to adopt that method of settling labor disputes. When the Taft-Hartley Act was under consideration in 1947, Congress rejected an amendment which would have authorized such governmental seizures in cases of emergency. Apparently it was thought that the technique of seizure, like that of compulsory arbitration, would interfere with the process of collective bargaining. Consequently, the plan Congress adopted in that Act did not provide for seizure under any circumstances*”.

<sup>297</sup> Página 343 U. S. 587: “*The order cannot properly be sustained as an exercise of the President's military power as Commander in Chief of the Armed Forces (...). Even though 'theater of war' be an expanding concept, we cannot with faithfulness to our constitutional system hold that the Commander in Chief of the Armed Forces has the ultimate power as such to take possession of private property in order to keep labor disputes from stopping production. This is a job for the Nation's lawmakers, not for its military authorities*”.



fundadores de los EE.UU. confiaron el poder de hacer las leyes al Congreso, en buenos y en malos tiempos<sup>298</sup>.

4.9.5.1.2.- Por otra parte, también debe mencionarse el voto del *justice* Jackson pues, como ha señalado la doctrina americana, la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica suele acudir a ella cuando debe evaluar los poderes presidenciales<sup>299</sup>.

Conforme surge de la opinión de Jackson, existen tres categorías en las que el poder presidencial se vincula con el Congreso: a) cuando actúa de acuerdo con una habilitación legislativa; b) cuando actúa sin habilitación legislativa y, c) cuando actúa en contra de una decisión del Congreso.

Destacó, además, la intensidad del poder presidencial en cada uno de aquellos supuestos, siendo el primero el más intenso y, el tercero, el mínimo.

4.9.5.2.- La minoría (representada por el *Chief Justice* Vinson y los jueces Reed y Minton), por su parte, sostuvo que el presidente había actuado dentro del campo propio de su autoridad, enfatizando la existencia de poderes presidenciales para afrontar la emergencia frente al silencio o la inacción del Congreso.

Para así decidir, el *Chief Justice* Vinson señaló que “*aquellos que entienden que se trata de un caso que involucra poderes extraordinarios deben tener en cuenta que se está ante tiempos extraordinarios*”<sup>300</sup> y, en tal sentido, apuntó que el ejecutivo “*había sido creado como titular de poder independiente. Sin duda que los constituyentes no crearon un autócrata capaz de arrogarse cualquier autoridad en cualquier tiempo. Pero tampoco crearon un autócrata impotente de ejercer poderes de gobernante cuando la*

---

<sup>298</sup> Página 343 U. S. 587: “*In the framework of our Constitution, the President's power to see that the laws are faithfully executed refutes the idea that he is to be a lawmaker. The Constitution limits his functions in the lawmaking process to the recommending of laws he thinks wise and the vetoing of laws he thinks bad*”; página 343 U. S. 589 “*The Founders of this Nation entrusted the lawmaking power to the Congress alone in both good and bad times*”.

<sup>299</sup> CANN, Steven J., *Administrative Law*, op. cit., p 26 y ss.

<sup>300</sup> Página 343 U. S. 668: “*Those who suggest that this is a case involving extraordinary powers should be mindful that these are extraordinary times*”.

*supervivencia de la república estuviera amenazada*”<sup>301</sup>.

Finalmente, tras enumerar diversos supuestos en los que el Poder Ejecutivo había tomado medidas para proteger al país “*con o sin una previa regulación del Congreso estableciendo el modo particular de cómo actuar*”, destacó que “*el hecho de que la intervención temporaria de plantas industriales en casos de emergencias no hayan sido directamente analizadas en esta Corte Suprema en modo alguno sugiere que aquel accionar haya sido ilegal. Al contrario, el hecho de que el Congreso y los tribunales hayan reiteradamente reconocido y apoyado aquel tipo de acciones indica que el poder de intervención ha sido históricamente aceptado. La historia confirma el genio de los padres fundadores, quienes crearon un Gobierno sujeto a la ley pero no dejado sujeto a la inercia cuando el vigor y la iniciativa son requeridas*”<sup>302</sup>.

4.9.5.3.- El caso comentado ha generado opiniones adversas sobre un aspecto de trascendental relevancia pues: a) mientras algunos autores sostienen que la Corte rechazó las competencias del presidente para afrontar aquel tipo de situaciones con base en que si la Constitución le asignó al Congreso el poder de tomar ciertas decisiones, ese poder es exclusivo del Parlamento y, por tanto, el presidente carece de poder implícito o inherente para ejercitarlas<sup>303</sup>, b) otro calificado sector de la doctrina entendió, por el contrario, que en lugar de dilucidar si el presidente tenía los poderes de emergencia que puso en práctica, la Corte solo rechazó convalidar para el caso concreto el ejercicio de un poder que estaba

---

<sup>301</sup> Página 343 U. S. 682: “*It is thus apparent that the Presidency was deliberately fashioned as an office of power and independence. Of course, the Framers created no autocrat capable of arrogating any power unto himself at any time. But neither did they create an automaton impotent to exercise the powers of Government at a time when the survival of the Republic itself may be at stake*”.

<sup>302</sup> Página 343 U. S. 700: “*This is but a cursory summary of executive leadership. But it amply demonstrates that Presidents have taken prompt action to enforce the laws and protect the country whether or not Congress happened to provide in advance for the particular method of execution. At the minimum, the executive actions reviewed herein sustain the action of the President in this case. And many of the cited examples of Presidential practice go far beyond the extent of power necessary to sustain the President's order to seize the steel mills. The fact that temporary executive seizures of industrial plants to meet an emergency have not been directly tested in this Court furnishes not the slightest suggestion that such actions have been illegal. Rather, the fact that Congress and the courts have consistently recognized and given their support to such executive action indicates that such a power of seizure has been accepted throughout our history. History bears out the genius of the Founding Fathers, who created a Government subject to law but not left subject to inertia when vigor and initiative are required*”.

<sup>303</sup> BIANCHI, Alberto B., “La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica”, LL 1991-C, 141, especialmente nota N° 94.

en contradicción con directivas previas diseñadas por Congreso, es decir, porque existían otras vías previamente establecidas por este para afrontarlas<sup>304</sup>.

4.9.6.- Sin perjuicio de lo expuesto, conviene señalar que, según apunta BARRA, algunas *executive orders* son equivalentes a nuestros *decretos de necesidad y urgencia*, agregando, además, con cita de doctrina estadounidense, que resulta posible registrar casos en los que por medio de ellas se han modificado leyes, sin que para ello se hayan existido, o se hubieren invocado, situaciones de emergencia<sup>305</sup>.

## **5.) Síntesis**

5.1.- A modo de síntesis de lo analizado en este Capítulo, es posible advertir que, de acuerdo con el criterio mixto para delimitar las funciones jurídicas del Estado al que hemos adherido, el resultado de la *función judicial* –que solo es desplegada por los órganos integrantes del Poder Judicial– es el acto estatal “sentencia”; el de la *función legislativa* –que únicamente la ejerce el Poder Legislativo– el acto estatal “ley” (general o particular) y, por último, el de la *función administrativa* el “acto administrativo”, entendida esta expresión en su sentido más genérico y comprensivo.

*En otras palabras, y en lo que aquí interesa, hasta aquí ha quedado incontestablemente demostrado que el acto administrativo en sentido amplio y/o genérico deriva genéticamente de la función administrativa.*

Sostener que el resultado de la función administrativa se traduce en el dictado de actos administrativos en sentido amplio y/o genérico, importa reconocer que su concepto

---

<sup>304</sup> COLAUTTI, Carlos, “Los derechos patrimoniales durante la emergencia”, LL 1991-E, 1359; BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 462/462 y doctrina allí citada.

Cabe destacar, a su vez, que, al analizar la cuestión, se precisó que “*the congress had not specifically prohibited the president from acting, but it had declined to authorise his actions (...) it seemed that there was no real obstacle to obtaining Congressional approval; in that sense, there was no need for independent executive action (...) For the Supreme Court, the mere fact that obtaining legislative approval may result in some delay is not sufficient to justify executive action without approval*” (ALLEN, Tom, *The Right to Property in Commonwealth Constitutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 31/32).

<sup>305</sup> BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 466.

engloba no solo a los actos de *alcance particular* sino, también, a los de *alcance general* (normativos –reglamentos– o no normativos) y a los de gestación *unilateral* y *bilateral*, es decir, los contratos administrativos.

5.2.- Por otra parte, también se evidenció que el ejercicio de la función administrativa requiere, necesariamente, de la emisión de reglamentos que, como señalaba GARCÍA PULLÉS en un trabajo escrito en el año 1992, “*no solo escapan a las competencias constitucionalmente atribuidas al Poder Legislativo, sino que se afincan en el núcleo mismo de las funciones del Poder Ejecutivo*”, sin que ello implique “*avance sobre la potestad constitucional del Poder Legislativo*”<sup>306</sup>.

Así las cosas, negar la existencia de reglamentos asociados estructuralmente a la *función administrativa* –y que, por tanto, no pueden sino concebirse como actos administrativos– o, en su defecto, sostener que la función legislativa tiene la potestad exclusiva de emitirlos, “*no solo contraría los criterios constitucionales, sino que violenta la naturaleza de las cosas*” y, además, “*implica aferrarse a un criterio que la realidad demuestra insuficiente para identificar las funciones actuales de la legislación y administración en el gobierno de la Nación*”<sup>307</sup>.

Es decir que, en definitiva, la emisión de reglamentos no solo no son incompatibles con la función administrativa sino que, además, resultan necesarios para la correcta satisfacción de las exigencias involucradas en un Estado Constitucional de Derecho.

---

<sup>306</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “La impugnación de actos administrativos de alcance general”, op. cit. Tal como lo mencionáramos en la nota N° 13, el autor agrega que “*hoy se impone redefinir el alcance de las atribuciones de las distintas funciones del poder del Estado, con un criterio que se asemeja más a la realidad política contemporánea, sin que allí pueda excluirse la atribución normativa entre las funciones del Ejecutivo*”. Cabe señalar que el trabajo citado fue escrito en el año 1992, es decir, antes de la reforma de la Constitución nacional de 1994. La afirmación efectuada por el citado jurista en aquella época es, sin duda alguna, más que predicable en nuestra realidad jurídico, político y social actual.

<sup>307</sup> Idem, p. 855 y doctrina allí citada.

## CAPÍTULO II

### ¿QUIÉNES PUEDEN EJERCER LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA?

#### **1.) Introducción**

1.1.- En el Capítulo anterior, tras caracterizar las distintas funciones jurídicas asumidas por el Estado (función judicial, legislativa y administrativa), llegamos a la conclusión de que, según el criterio mixto para delimitarlas, el resultado de la función judicial es el acto estatal “sentencia”, de la función legislativa el acto estatal “ley” (general o particular) y, por último, el de la función administrativa, el “acto administrativo” en sentido amplio y/o genérico.

El acto administrativo como derivación genética de la función administrativa es entendido *en su sentido más genérico y comprensivo*, pues engloba en su concepto tanto a los actos de alcance particular y general (normativos –v.gr.: reglamentos– o no normativos) como a los de gestación unilateral y bilateral (es decir, los contratos administrativos).

Por otra parte, también precisamos que en virtud de una de las diversas funciones a las que debe responder la *teoría del acto administrativo* (v.gr.: la función teórica-práctica) y que serán analizadas en el Capítulo IV, la noción técnico-estricta de “acto administrativo” debe quedar reservada a una de sus *especies* que, en nuestra opinión, y como se verá *infra*, ha de ser la del acto administrativo de alcance particular.

1.2.- Ahora bien, al quedar claro que el acto administrativo está indisolublemente asociado a la función administrativa, resulta insoslayable hacer una breve y genérica referencia a los sujetos que pueden ejercerla.

Ello así pues, en definitiva, allí donde aquella función se desarrolle, ora mediante órganos estatales (léase: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial)<sup>308</sup>, ora a través de entes no estatales (públicos o privados), habrá actos administrativos en sentido amplio y/o genérico.

---

<sup>308</sup> Quedan incluidos, naturalmente, la actividad administrativa desplegada por los diversos órganos instituidos o integrados en el ámbito de tales Poderes, como el Defensor del Pueblo o el Consejo de la Magistratura.

De allí que, como se verá, cualquier órgano estatal o ente no estatal, en la medida en que ejerzan función administrativa, podrán dictar actos administrativos de *alcance particular*, de *alcance general* e, incluso, celebrar *contratos administrativos* (actos administrativos bilaterales)<sup>309</sup>.

1.3.- De todos modos, cabe dejar aclarado, ya desde ahora, que, como veremos a lo largo de los fundamentos que sustentan nuestra tesis, la emisión de cierta clase de actos administrativos de alcance general (en especial, en lo que aquí interesa, los normativos, es decir, los *reglamentos*) es competencia exclusiva de algunos órganos estatales, como sería el caso de los reglamentos de necesidad y urgencia, cuya emisión le corresponde únicamente al titular del Poder Ejecutivo de la Nación<sup>310</sup>

Veamos.

## **2.) El Estado en ejercicio de función administrativa**

Según el concepto de función administrativa propuesto, todos los órganos del Estado ejercen función administrativa y, por tal motivo, tanto el Poder Ejecutivo, como el Legislativo y Judicial son susceptibles de emitir actos administrativos<sup>311</sup>, de génesis unilateral, de efectos particulares o generales, como a los actos de gestación bilateral, es decir, los contratos administrativos.

### **2.1.) El Poder Ejecutivo y la función administrativa**

Tal como hemos señalado, la *función administrativa* es la mayor parte de la actividad cumplida por el Poder Ejecutivo y, el resultado de aquella, se traduce en el dictado de

---

<sup>309</sup> La viabilidad jurídica de que un ente no estatal pueda celebrar contratos administrativos será analizada especialmente en el punto N° 4.1.2.1. del Capítulo V de esta tesis.

<sup>310</sup> De ese modo, resulta oportuno traer a colación las palabras expresadas por LINARES, quien sostuvo cuando la competencia para entender en una determinada materia se halla exclusivamente otorgada a un órgano del Estado, pesa sobre los restantes la prohibición implícita de ejercer dicha competencia (LINARES, Juan F., “Competencia administrativa y prohibiciones implícitas”, RADA, N° 2, p. 15 y ss.).

<sup>311</sup> BIANCHI, Alberto B., “Anotaciones sobre los conceptos de administración pública y función administrativa”, ED 129:266.

actos administrativos en sentido amplio, lo que incluye tanto a los actos de alcance individual como a los de alcance general y de génesis bilateral, es decir, contratos administrativos.

De tal forma, entonces, es claro que el Poder Ejecutivo no solo ejerce aquella función, sino que, además, podría desplegar lo que se ha denominado *función gubernamental* y *función administrativa impropia*, cuyo resultado se cristaliza en actos institucionales y actos parcialmente regidos por el derecho, respectivamente.

### 2.1.1.) *Los actos institucionales como producto de la función gubernamental*

2.1.1.1.- Como hemos adelantado al comienzo de esta obra y en el Capítulo anterior, así como los actos y contratos administrativos son el resultado de la función administrativa, se señala que el producto del ejercicio de la *función política o gubernamental* se traduce en la emisión de *actos institucionales*.

Tal como se anticipó en el punto N° 3.2.3. del Capítulo I (especialmente en el punto N° 3.2.3.2.1.), aquellos actos –que, insistimos, no son producto de la función administrativa ni de la función judicial o legislativa sino, en rigor, de la función política o gubernamental<sup>312</sup>–, son los que se dictan para asegurar o lograr la organización y subsistencia misma del Estado, sin afectar con inmediatez derechos de los particulares.

Tal sería el caso, por ejemplo, de la declaración de guerra o del estado de sitio<sup>313</sup>, la

---

<sup>312</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 5.

<sup>313</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, (ESCOLA, Héctor, Jorge y COMADIRA, Julio Pablo: coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 396 y, antes, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 22; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 765/766, entre otros.



intervención federal a las provincias<sup>314</sup>, la celebración de tratados internacionales<sup>315</sup>, el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>316</sup>, el veto<sup>317</sup>, convocatoria y prórroga de sesiones ordinarias del Congreso, la convocatoria a sesiones extraordinarias en el Congreso, etc.

2.1.1.2.- Como se dijo, la característica de aquel tipo de actos es que no afectan de manera directa los derechos de los administrados y, por tanto, se sostiene que no son susceptibles de revisión judicial.

Cabe aclarar, sin embargo, que la no justiciabilidad de aquel tipo de actos no importa que ellos no puedan generar actos de aplicación que sí afecten derechos subjetivos, razón por la cual, cuando ello ocurre, aquellos últimos son susceptibles de pleno control judicial (v.gr.: detención de una persona)<sup>318</sup>.

En ese entendimiento, diversos proyectos de normas reguladoras del proceso contencioso administrativo de la Nación, tras señalar que la competencia contencioso administrativa no procederá respecto de actos institucionales tales como los actos institucionales, la declaración de guerra, la celebración de tratados internacionales, la intervención federal a las provincias o a la ciudad de Buenos Aires y la declaración del estado de sitio, precisaron que ello no impedía *“el juzgamiento de las controversias que se susciten con motivo de los efectos o consecuencias de los respectivos actos de ejecución, como asimismo el juzgamiento de las indemnizaciones que en cada caso*

---

<sup>314</sup> Ibidem. LONIGRO, por su parte, considera que el acto que dispone la intervención de una provincia en caso de que el Congreso esté en receso es un “reglamento autónomo”. Por nuestra parte, aquel acto no solo no encuadra en aquella categoría por las características de aquella clase de reglamentos (los que serán analizados *infra*) sino, también, por cuanto los reglamentos, de acuerdo con la tesis aquí propuesta, son una especie del género acto administrativo y, en rigor, la intervención de una provincia es, como se dijo en el texto, un acto institucional, producto de la función política y gubernamental (LONIGRO, Félix V., “La potestad reglamentaria del presidente”, en Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020-1, *Poder Ejecutivo*, p. 373 y ss.).

<sup>315</sup> Ibidem.

<sup>316</sup> Ibidem.

<sup>317</sup> Ampliar en: VILLARRUEL, María Susana, “El veto: ¿acto administrativo?”, en AA.VV., *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 221 y ss.

<sup>318</sup> CSJN, 03/12/1985, “Granada, Jorge Horacio s/ recurso de hábeas corpus en su favor”, Fallos 307:2284. Hemos descripto y analizado el caso en la nota N° 141, razón por la cual allí nos remitimos.

*correspondan*”<sup>319</sup>.

2.1.1.3.- Ciertamente, no debe confundirse el acto “institucional” con los denominados “actos políticos o de gobierno”.

Estos últimos, según el criterio propiciado por MARIENHOFF<sup>320</sup>, a quien sigue COMADIRA<sup>321</sup> y MONTI<sup>322</sup>, entre otros autores<sup>323</sup>, son aquellos que se vinculan con las finalidades superiores o trascendentes del Estado, es decir, actos que hacen a su conducción o dirección superior pero que, al igual que los actos administrativos propiamente dichos, afectan de manera directa e inmediata la situación jurídica de los particulares y, por tanto, están sometidos al régimen jurídico de la función administrativa (v.gr., indulto, conmutación de penas, el dictado de reglamentos de necesidad y urgencia, etc.).

En relación con estos últimos actos, MARIENHOFF y COMADIRA señalan que la distinción con los “actos administrativos” es meramente “conceptual”, en el sentido de que no traducen una diferencia que se concrete en principios “jurídicos” ni en el régimen jurídico aplicable<sup>324</sup>.

*En otras palabras: si bien los “actos políticos o de gobierno” tienen en común con los “actos administrativos” que ambos afectan con inmediatez la esfera jurídica de los*

---

<sup>319</sup> Ver, por ejemplo, art. 4 del *Código Contencioso Administrativo Federal* remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso en el año 1998 y que obtuviera, en 1999, la media sanción del Honorable Senado de la Nación. En igual sentido se perfiló el art. 4 de la *Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo* para la Nación presentado en el año 2005 y, también, en el 2008, el cual tuvo media sanción en el Honorable Senado de la Nación y que, posteriormente, al haber perdido estado parlamentario, se lo volvió a presentar en el año 2011 y 2013.

<sup>320</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 759 y ss.

<sup>321</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 47.

<sup>322</sup> MONTI, Laura M., “Acto Institucional”, op. cit., p. 325.

<sup>323</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 429 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La delegación de facultades del Poder Ejecutivo”, op. cit., p. 72 y ss.; BARRAZA, Javier I., - SCHAFFRIK, Fabiana H., “Los actos de gobierno...”, op. cit.; BARRAZA, Javier I., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 466 y ss., entre otros.

Por nuestra parte, antes de ahora hemos adherido a la mencionada categoría en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p. 48 y ss. y, antes, en COMADIRA, Fernando Gabriel, “Apuntes sobre la función administrativa...”, op. cit.

<sup>324</sup> Tan es así que, como señala MARIENHOFF, “*la diferencia es sólo de efectos ‘didácticos’, pues facilita el estudio analítico de la materia*” (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 705).

*particulares, razón por la cual están sometidos a los mismos principios y regímenes jurídicos, se diferencian en que los primeros responden a finalidades superiores o trascendentes del Estado; los “actos institucionales”, por su parte, producto de la “función política o gubernamental”), son emitidos con el objeto de asegurar o lograr la organización y subsistencia misma del Estado y, a diferencia de los “actos políticos o de gobierno” y los “actos administrativos”, al no alterar de manera directa los derechos de los administrados, se sostiene que no son susceptibles de revisión judicial.*

*2.1.2.) La función administrativa impropia y los actos regidos parcialmente por el derecho privado*

2.1.2.1.- Por último, así como los actos y contratos administrativos son el resultado de la función administrativa y los actos institucionales son producto de la función gubernamental, se señala que el producto del ejercicio de la *función administrativa impropia* se traduce en actos y contratos de objeto privado o, en otros términos, “contratos regidos parcialmente por el derecho privado” o “contratos mixtos”.

La denominación mencionada obedece a que su dictado y/o celebración no dejan de suponer el despliegue de una función administrativa, aunque incidida en parte por el derecho privado donde, por “política de gestión”, el derecho administrativo como derecho común de la Administración, no se aplica con exclusividad<sup>325</sup>.

La particularidad de aquel tipo de actos –que, insistimos, no son el resultado de la función administrativa en sentido estricto y que, por ende, a diferencia de lo sostenido por GORDILLO<sup>326</sup>, no cabe conceptualizarlos como “actos administrativos”–, es que no

---

<sup>325</sup> Ibidem. Ver, también, COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 5.

<sup>326</sup> El citado jurista, si bien rechaza la existencia de actos privados de la Administración, no niega la posibilidad de que el derecho privado sea aplicable en ciertos casos a la actuación de los órganos administrativos -lo cual, sin embargo, es bastante excepcional-, tal circunstancia no autoriza a que se diga, en esos supuestos, que los actos de la administración sean actos jurídicos de derecho privado, que están excluidos del concepto de acto administrativo.

Para GORDILLO lo que ocurre es que el derecho privado se aplica solo con respecto al objeto del acto dictado por la administración, siendo siempre invariable la aplicación del derecho público en cuanto a la competencia, la voluntad y la forma. Esta observación bastaría, a su entender, para evidenciar el error de considerar que existan “actos de derecho privado” realizados por la administración, “*a lo sumo, podría señalarse que ciertos actos serán mixtos, regidos en parte por el derecho público (competencia, voluntad,*

están sujetos a un régimen exclusivo de derecho administrativo, lo que no importa que resulten marginados de la jurisdicción administrativa y privada, en lo que ambas sean pertinentes.

Tal sería el caso, por ejemplo, de aquellos dictados en el marco de una actividad de tipo comercial o industrial, como la desplegada por las entidades bancarias oficiales destinadas a operaciones o contratos de naturaleza mercantil con los particulares<sup>327</sup>.

La existencia de actos y/o contratos regidos parcialmente por el derecho privado, es decir, contratos de objeto privado, fue reconocida por la más calificada doctrina, entre los que podemos mencionar a COMADIRA – ESCOLA<sup>328</sup>, BIELSA<sup>329</sup>, FIORINI<sup>330</sup>, BERÇAITZ<sup>331</sup>, CASSAGNE<sup>332</sup>, PETRA RECABARREN<sup>333</sup>, COVIELLO<sup>334</sup> y BALBÍN<sup>335</sup>, entre otros.

Es que, como con admirable claridad y contundencia afirmaba MARIENHOFF, “*la Administración Pública puede celebrar dos tipos de contratos: ‘administrativos’, propiamente dichos, y de ‘derecho común’ (civil o comercial)*”<sup>336</sup>.

---

*forma) y en parte por el derecho privado (objeto)”* (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo. El acto administrativo*, 10 edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2010, Tomo 3, Cap. II-30/32).

Por ello, para GORDILLO, “*ciertos actos administrativos pueden en algunos casos estar regidos en punto a su objeto, por el derecho privado, pero que no por ello dejan estos actos de ser actos administrativos para transformarse en “actos de derecho privado de la administración”*” (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, Cap. II-35).

<sup>327</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “Apuntes sobre la función administrativa...”, op. cit.

<sup>328</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 5.

<sup>329</sup> BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo II, p. 175.

<sup>330</sup> FIORINI, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1968, Tomo I, p. 414.

<sup>331</sup> BERÇAITZ, Miguel A., *Teoría general de los contratos administrativos*, 2º Edición, Buenos Aires, Desalma, 1980, p. 240/241

<sup>332</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 2º Edición, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 55 y ss.

<sup>333</sup> PETRA RECABARREN, Guillermo M., “Contratos en función administrativa”, JA 1978-I, p. 702 y ss.

<sup>334</sup> COVIELLO, Pedro J. J., “La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN”, en CASSAGNE, Juan Carlos y RIVERO YSERN, Enrique, *La contratación pública*, Tomo I, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 108 y ss.

<sup>335</sup> BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2008, Tomo II, p. 189 y ss.

<sup>336</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Cuarta Edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, Tomo III-A, p. 20.

Del mismo modo, DIEZ señaló que “*la Administración puede actuar como sujeto en las relaciones jurídicas de derecho privado, por lo que es posible que contrate y realice entonces un contrato de derecho civil*”<sup>337</sup>.

Más aún, quienes se dedicaron a estudiar en profundidad el tema, han señalado que la existencia de los contratos de objeto privado de la Administración deriva del propio concepto que la CSJN ha dado de “contrato administrativo”.

Si bien la cuestión la hemos analizado pormenorizadamente en otra oportunidad<sup>338</sup>, cabe señalar aquí que de la jurisprudencia de CSJN se extrae no solo que el contrato administrativo reviste la naturaleza jurídica de acto administrativo<sup>339</sup> y, más específicamente, la de acto administrativo bilateral<sup>340</sup> sino, también, que, como señala COVIELLO<sup>341</sup>, aquel *es un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas*<sup>342</sup> *en el que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal*<sup>343</sup>,

---

<sup>337</sup> DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, Bibliografía Omeba, Buenos Aires, 1965, Tomo II, p. 435.

<sup>338</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “Naturaleza jurídica de los contratos administrativos...”, op. cit., 40 y ss.

<sup>339</sup> CSJN, 06/09/1988, “Diarios y Noticias S.A. c/ Formosa, Provincia de s/ cobro de australes y devolución de equipos”, Fallos 311:1791; CSJN, 07/03/1989, “Navone Spalding Sociedad de Hecho c/ Catamarca, Provincia de s/ cobro de australes”, Fallos 312:282; CSJN, 27/04/1989, “Fortunato Arrufat SAIC. y F. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de australes”, Fallos 312:606.

<sup>340</sup> CSJN, 23/12/1976, “Metalmecánica S.A.C.I. c/ Nación”, Fallos 296:672; con nota de MARIENHOFF, Miguel S., “El acto administrativo bilateral y la Corte Suprema de Justicia. Lo atinente al contrato y al cuasicontrato administrativo”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, nro. 61.

<sup>341</sup> COVIELLO, Pedro J. J., “La teoría general del contrato...”, op. cit., p. 108.

<sup>342</sup> CSJN, 03/03/1992, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de australes”, Fallos: 315:158.

<sup>343</sup> CSJN, 29/03/1990, “Dulcamara SA. c/ ENTel. s/ cobro de pesos”, Fallos: 313:376 (voto del Juez Fayt); CSJN, 02/03/1993, “Cinplast IAPSA. c/ ENTel. s/ ordinario”, Fallos: 316:212. A los que hay que agregar lo resuelto en el caso “Pluspetrol”, en donde la Corte entendió que no podía calificarse como administrativo al contrato que examinaba, al no haber intervenido una persona jurídica estatal, no obstante estar sustancialmente regido por el derecho público, pues carecía del elemento subjetivo esencial que caracteriza a tales contratos (CSJN, 22/05/2007, “Pluspetrol Energy S.A. c/ENRE resol. 458/02”, Fallos: 330:2286).

Sin embargo, en nuestra opinión, cuando la Corte sostiene que únicamente podría estarse en presencia de un contrato administrativo si una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, además de resultar contrario a la lógica de sus propios precedentes, desde nuestro punto de vista resulta conceptualmente erróneo.

En primer lugar, si se tiene en cuenta, por un lado, que, como recién se dijo en el texto, la Corte sostuvo que el *contrato administrativo es una especie de acto administrativo* –más específicamente, un acto administrativo bilateral– y, por otra parte, que la propia Corte entendió que las *personas jurídicas no estatales* (públicas o privadas), *pueden dictar actos administrativos* (ver lo expuesto en el punto N° 3.2. de este Capítulo), resulta incoherente exigir que una de las partes del contrato sea una persona jurídica estatal.

En otras palabras: si para la CSJN los entes no estatales pueden dictar actos administrativos y, a su vez,

*cuyo objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y contiene explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del derecho privado*<sup>344</sup>.

Sobre la base de aquella conceptualización, el profesor COVIELLO, al preguntarse por la existencia de contratos de derecho privado de la Administración, tras analizar la jurisprudencia de la Corte, sostiene que de la definición que hemos puede extraerse, *a contrario*, que cuando no se encontrara el respectivo ente u órgano estatal cumpliendo uno de los fines propios de la Administración Pública, el contrato sería de derecho privado<sup>345</sup>.

2.1.2.2.- La existencia de este tipo de actos y contratos regidos parcialmente por el derecho privado, además de haber sido convalidada por la doctrina antes citada, fue

---

según aquel Máximo Tribunal el contrato administrativo es una especie de acto administrativo, es claro que existe, como bien señala CANDA, un *quiebre lógico* en su razonamiento (CANDA, Fabián O., “El elemento subjetivo en la contratación administrativa: ¿necesariamente una de las partes debe ser el Estado?” en AA.VV., *Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 65 y ss.).

Cabe agregar, además, que la viabilidad jurídica de que tanto *los entes público no estatales* como *los no estatales* (v.gr.: sujetos privados) dicten actos administrativos ha sido reconocida no solo por la mayoría de la doctrina nacional sino, también, en diversos ordenamientos jurídicos provinciales y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ampliar en el punto N° 3.2. de este Capítulo).

En segundo lugar, e independientemente de la jurisprudencia de la Corte, en nuestra opinión también existiría un error conceptual pues, como lo venimos fundamentando a lo largo de esta tesis, el ejercicio de la función administrativo tiene como resultado el *acto administrativo en sentido amplio y/o genérico*, lo que significa que se incluye dentro de su concepto tanto a los actos administrativos de alcance *particular* (individuales, pluriindividuales o plúrimos) o *general* (normativos –v.gr.: reglamentos– o no normativos), como a los de formación *unilateral* o *bilateral*, tal el caso de los contratos administrativos.

En definitiva, si los contratos administrativos son una especie de acto administrativo, y tanto los órganos estatales como los entes no estatales –públicos o privados–, en la medida en que ejerzan función administrativa, pueden dictar actos administrativos, es claro, entonces, que también podrán celebrar contratos administrativos.

Un análisis más profundo sobre la temática aquí planteada puede verse en el Anexo II de esta tesis doctoral.

<sup>344</sup> Casos “Cinplast”, “Dulcamara” e “YPF”, citados.

<sup>345</sup> COVIELLO, Pedro J. J., “La teoría general del contrato...”, op. cit., p. 110/111.



receptada en la legislación nacional<sup>346</sup>, provincial (Catamarca<sup>347</sup>, Tucumán<sup>348</sup> y Tierra del Fuego<sup>349</sup>, entre otras) y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CABA)<sup>350</sup>.

Sobre la cuestión, cabe destacar que de las normas transcriptas se desprende que la celebración de contratos de objeto privado no se limita a ciertos tipos de contratos (como, por ejemplo, cuando la finalidad es industrial o comercial) sino que, en rigor, podría aplicarse a cualquier objeto contractual, en tanto de la contratación o sus antecedentes surja que está sometido a un régimen jurídico de derecho privado.

2.1.2.3.- Asimismo, la viabilidad jurídica de que la administración emita actos o, en su caso, celebre contratos regidos por el derecho privado, fue expresamente confirmada por la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Así, en un caso en el que se examinaba el carácter privado o administrativo de un contrato celebrado por Yacimientos Carboníferos Fiscales, se sostuvo que como el contrato tenía por objeto la locación de un buque para transportar carbón, no hacía a una finalidad específica estatal, sino industrial o comercial.

Por ello, la Cámara entendió que, ante la ausencia de un régimen de contratación exorbitante al derecho privado, cabía considerarlo como un contrato regido por el derecho

---

<sup>346</sup> Cfr.: art. 1° del Decreto N° 1023/2001 por el que se aprobó el “Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional” que, expresamente dispone que *“toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado”* (negrita añadida).

<sup>347</sup> El art. 5° del Reglamento del Sistema de Contrataciones de Catamarca aprobado por Decreto Acuerdo N° 2248/2008, expresamente estipula que *“toda contratación se presume de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado”* (negrita añadida).

<sup>348</sup> El art. 1° del Reglamento de Compras y Contrataciones de Bienes Servicios del Estado Provincial aprobado por Decreto Acuerdo N° 2248/2008, prevé que *“toda contratación de la Administración Pública Provincial se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado”* (negrita añadida).

<sup>349</sup> El art. 2° de la Ley N° 1015 de Contrataciones de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur reza *“toda contratación incluida en el ámbito dispuesto en el artículo 1° se presume de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado”* (negrita añadida).

<sup>350</sup> El art. 5 de la Ley de Compras y Contrataciones N° 2095 señala *“que toda contratación de la Administración Pública se presume de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado”* (énfasis agregado).



común, con excepción de la competencia del funcionario público que lo suscribía, aspecto éste regido por el derecho administrativo. De este modo, el contrato en cuestión se calificó como mixto<sup>351</sup>.

2.1.2.4.- En síntesis, y como ya dijéramos, función administrativa es **la mayor parte de la actividad que cumple el Poder Ejecutivo** -quedando excluidos los actos institucionales y los regidos parcialmente por el derecho privado- (*elemento subjetivo*) **y, a su vez, parte de la que realiza el Poder Legislativo y el Poder Judicial** -en tanto no asuman la condición de función legislativa o jurisdiccional propiamente dicha- (*elemento residual*), que, **en aras a la satisfacción directa e inmediata del bien común o interés público** (*elemento teleológico*), **y bajo un régimen jurídico exorbitante, tiene como resultado, en sentido amplio o genérico, el “acto administrativo”**.

## 2.2.) El Poder judicial y la función administrativa

Según el criterio mixto propuesto para delimitar las funciones del Estado, toda la actividad realizada por el Poder Judicial que no sea función judicial, será función administrativa, es decir: lo que no encuadra en el concepto de función judicial, es función administrativa<sup>352</sup>.

---

<sup>351</sup> CNACAF, Sala IV, 27/04/1982, “Yacimientos Carboníferos Fiscales c. Frabia S.A.”, ED, 102-233, con comentario de CASSAGNE, Juan Carlos, “La categoría de los contratos de objeto privado de las empresas del Estado”, ED, 102-233.

<sup>352</sup> Consideración aparte merecen los fallos plenarios dictados por las Cámaras. Al respecto, GORDILLO ha señalado que deben distinguirse dos situaciones: la obligatoriedad de aquellos en relación con las Salas que integran la Cámara y lo atinente a los jueces inferiores. Desde su punto de vista, en el primer caso habría simplemente un pronunciamiento jurisdiccional concreto “*como las Salas no constituyen tribunales aislados sino que son parte de la Cámara, es perfectamente razonable que deban ajustarse a la opinión de la mayoría*”. En relación con el segundo supuesto, esto es, la obligatoriedad para los jueces inferiores, estima que es “*inconstitucional exigir de un juez que falle de acuerdo a la interpretación del derecho que hace un tribunal superior*”.

Asimismo, destaca que si se admitiese la constitucionalidad de los fallos plenarios la situación no variaría, pues se estaría ante una delegación del Congreso al Poder Judicial, esto es, ante un reglamento delegado en virtud de una ley que delega la facultad pertinente y obliga en la medida en que el legislador así lo ha dispuesto; “*con ello, resultaría que el fallo plenario, por su carácter normativo delegado y no originario, que constituye típicos actos reglamentarios, de contenido y régimen administrativo: están por debajo de la ley y si la violan son antijurídicos*” (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, Cap. IX-11/12).

Si bien en un primer momento el Alto Tribunal sostuvo que la calidad de supremo tribunal impedía que sus pronunciamientos sean revisados, más allá de que representen el ejercicio de función administrativa o jurisdiccional<sup>353</sup>, con posterioridad morigeró aquella postura al exceptuar los supuestos en que se encontraba afectado el derecho de defensa en la causa “Rodríguez Varela”<sup>354</sup> y, en un fallo cercano en el tiempo, resolvió, por unanimidad, que *“las resoluciones dictadas por esta Corte con el objeto de definir una reclamación de la naturaleza indicada formulada por un funcionario vinculado con este departamento por una relación de empleo público, configuran actos típicamente administrativos que, sin discusión a la luz de los precedentes puntualizados, son revisables judicialmente en las mismas condiciones en que puede serlo cualquier acto de autoridad pública que decida sobre la materia indicada, con prescindencia del departamento del gobierno, nacional o local, que hubiera emitido el acto cuestionado”*<sup>355</sup>

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires resulta ilustrativo la sentencia recaída en la causa “Villar de Puenzo”, donde la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, SCJBA), integrada por conjueces, destacó que la doctrina moderna reconoce la existencia de actividad administrativa en el ámbito del Poder Judicial, en base a la distinción entre el Poder del Estado único y sus diversas funciones

---

Al respecto, cabe tener presente que el art. 12 de la Ley N° 26.853, sancionada el 24/04/2013, derogó los arts. 302 y 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que se refieren, precisamente, a la obligatoriedad de los fallos plenarios. Por otra parte, el art. 15 de la Ley estableció que aquella *“entrará en vigor a partir de su publicación. Una vez constituidas las Cámaras y Salas creadas por la presente, será de aplicación a todos los juicios, aun a los que se encuentren en trámite”*.

Sobre el tema, así como algunos tribunales han entendido que la norma establece su obligatoriedad inmediata y que, por tanto, el art. 303 del CPCC está derogado (CNAT, Sala 3, 31/05/2015, “Benítez Quiroga, Ricardo Antonio c. Mapfre Argentina ART SA s/ diferencias de salarios”; C.N.C., Sala I, 13/02/2014, “M, M c. Consultores Asociados Ecotrans S.A. (línea 503) y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/les. o muerte)”), otros precisaron que corresponde continuar con *“la aplicación de estos hasta la efectiva integración y puesta en funcionamiento de los tribunales que allí se crean, en virtud de lo normado por el artículo 15 de esta normativa”* (CNC, Sala D, 10/06/2013, “Albornoz, Cristian Gabriel c/ Mongelfeld, Mariana Paula y otros s/ daños y perjuicios”; C.N.C., Sala H, 03/10/2013 “Isaac, Abraham Elías y otro c/ Vallejos, Ramón Lázaro y otros s/ daños y perjuicios”; C.N.A.T., Sala 2, 24/08/2015, “Heiler, Natalia Paola c. Interbanking SA s/ despido; 26/08/2015, “Reinoso, Delia Teresa c. Prifamon Sociedad Anónima Industrial y Comercial s/ despido”; 11/08/2015, “Ballesteros, Guadalupe Gloria Soledad c. La Caja de Ahorro y Seguro S.A. s/ despido”).

<sup>353</sup> CSJN, 03/09/1985, “Guardia, Carlos Eduardo y otra”, Fallos 307:1779; CSJN, 25/11/1985, “Sanchis Ferrero, J. A: c/ Corte Suprema de Justicia”, Fallos 311:2423, entre otros.

<sup>354</sup> CSJN, 23/12/1992, “Rodríguez Varela, Florencio c. Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Fallos 315:2990

<sup>355</sup> CSJN, 08/04/2008, “Charpín, Osvaldo José René c/E.N. -Poder Judicial de la Nación CSJN- s/empleo público”, Fallos 331:536.

y, en esa inteligencia, precisó que “*si bien la función administrativa es realizada principalmente por el Poder Ejecutivo y sus órganos centralizados o descentralizados, nacional, provincial o municipal, nada obsta a la existencia de actividad administrativa en el ámbito de los restantes poderes constitucionalmente reconocidos, cuando éstos no ejercen su función primordial sino que se vinculan con los particulares para proveer a la infraestructura u organización necesarias para el desarrollo de esa función*”<sup>356</sup>.

Por lo demás, y a simple título ejemplificativo, podemos mencionar como ejemplos de actos administrados los nombramiento y remoción de los empleados judiciales, las resoluciones dictadas por la Corte vinculadas con reclamaciones salariales de empleados judiciales, la ejecución, interpretación y resolución de contratos celebrados por el Poder Judicial, la superintendencia ejercida por la Suprema Corte, etc.

Del mismo modo, las acordadas dictadas por la CSJN habrán de ser consideradas actos administrativos de alcance general que, en su caso, y según la clasificación que veremos más adelante, podrán ser *normativos* (reglamentos) o *no normativos*.

Así, por ejemplo, serán actos de alcance general *no normativo* las Acordadas que se agoten con su aplicación, como serían aquellas que fijan las ferias judiciales<sup>357</sup> y actos de alcance general *normativo* las Acordadas que sientan una norma y se insertan en el ordenamiento jurídico como fuente permanente de juridicidad<sup>358</sup>.

En este sentido, el Máximo Tribunal de la Nación, al referirse a las acordadas, señaló

---

<sup>356</sup> SCJBA, 20/02/84, “Villar de Puenzo, Leticia”, LL 1984-D, 141. En el caso se discutía si el acto del Poder Judicial de la Provincia que rescindía el contrato celebrado con la actora, Villar de Puenzo, para la provisión de ficheros metálicos, casilleros metálicos para Mesa de Entradas, archivos metálicos y una caja de seguridad, era un acto administrativo resultante del ejercicio de la función administrativa y, por consiguiente, si resultaba competente la justicia contenciosa administrativa. Ampliar en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 38/39 y sus citas.

<sup>357</sup> Cfr. Acordada N° 15/2016.

<sup>358</sup> Como ejemplos de estos últimos puede mencionarse la Acordada N° 4/2007 (que aprobó el reglamento sobre los escritos de interposición del recurso extraordinario y del recurso de queja por denegación de aquél); la Acordada N° 32/2014 (en virtud de la cual se creó el “Registro Público de Procesos Colectivos”); la Acordada N° 12/2016 (por el que se aprobó el “Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos” que estableció, entre otros aspectos: cuáles han de ser los requisitos de la demanda de amparo colectivo; el deber del juez de requerir al Registro un informe respecto de la existencia de un proceso colectivo en trámite ya inscripto que guarde sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva para que, en caso de que del informe surja la existencia de un juicio en trámite, remita el expediente al Juez ante el cual tramita el proceso inscripto o, en caso de que no exista otro proceso, dicte una resolución identificando la composición del colectivo, el objeto de la pretensión, la parte demandada y ordene la inscripción en el Registro; la contestación de demanda; el régimen de inscripción de las medidas cautelares dictadas con efectos colectivos; etc.), entre muchas otras.

que éstas son “*actos de alcance general que, al haber sido dictados por el Tribunal bajo la invocación del ejercicio de facultades que le fueron delegadas por el Congreso, son revisables en las mismas condiciones en que puede serlo cualquier reglamento administrativo*”<sup>359</sup>.

En esa inteligencia, ya con anterioridad la Corte Suprema, remitiendo a los fundamentos y conclusiones de la Procuradora General, Dra. Reiriz, precisó que la acordada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial era un reglamento y, por consiguiente, que el agotamiento de la vía administrativa era obligatorio<sup>360</sup>.

### 2.3.) El Poder Legislativo y la función administrativa

Del mismo modo, toda la actividad desplegada por el Poder Legislativo que no sea función legislativa según el concepto anteriormente expuesto, será producto de la función administrativa.

Así, a modo de ejemplo, la CSJN en el conocido caso “*Persoglia*”<sup>361</sup>, remitiendo al dictamen del procurador fiscal, sostuvo que el acto de cesantía dispuesto por el Presidente del Senado de la Provincia de Buenos Aires fue dictado en el ejercicio de una función típicamente administrativa.

La posibilidad de que el Poder Legislativo dicte actos administrativos fue luego reiterada por la CSJN, entre otros precedentes, en los casos “*Aranzazu*”<sup>362</sup> y “*Barneda*”<sup>363</sup>.

En definitiva, entonces, el criterio mixto aquí adoptado propone definir a la función

---

<sup>359</sup> CSJN, 30/06/1993, “*Argüello Varela, Jorge Marcelo v. Nación Argentina –CSJN–*”, Fallos 315:1551; en similar sentido: CSJN, 22/08/1988, “*Fabris, Marcelo H. c/ Nación Argentina –Poder Judicial de la Nación–*”, Fallos 311:1517.

<sup>360</sup> CSJN, 03/10/1989, “*Bonis, Pedro*”, Fallos: 312:1891.

<sup>361</sup> CSJN, 10/03/1988, “*Persoglia, Sergio Damián c/ Provincia de Buenos Aires (Hon. Senado) s/ demanda contencioso – administrativo*”, Fallos 311:263. Como enseña SAMMARTINO, “*desde el punto de vista práctico resulta incongruente que un acto esencialmente idéntico derivado de órganos diferentes pero que ejercen una misma función, como es una sanción disciplinaria a un agente estatal, se lo subordine a regímenes diferentes según haya sido emitido, v.gr., por la Administración o por el Poder Legislativo*” (SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 230).

<sup>362</sup> CSJN, 23/06/1994, “*Aranzazu, Rosa Griselda y otros c/ Provincia de Buenos Aires (Cámara de Diputados) s/ demanda contencioso administrativa.*”, Fallos 317:683.

<sup>363</sup> CSJN, 27/08/1998, “*Barneda, Carmen Albina y otros c/ Provincia de Buenos Aires (Poder Legislativo)*”, Fallos 321:2373.

administrativa del Poder Judicial y del Poder Legislativo por exclusión, de manera residual, toda vez que, como se vio, aquello que no sea función judicial o legislativa, será función administrativa.

### **3.) Los entes no estatales**

Así como en los puntos que anteceden hemos estudiado la naturaleza jurídica que cabe atribuir a los actos dictados por los diversos órganos estatales (v.gr.: Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial) en ejercicio de la función administrativa, ahora nos ocuparemos de hacer un breve análisis en relación con la posibilidad de aceptar que ciertos entes no estatales, sean públicos (ej.: Colegio Público de Abogados) o privados (ej.: Concesionarios de Servicios Públicos), dicten actos administrativos.

#### 3.1.) El caso de los entes públicos no estatales

Tal como lo hemos expuesto en otra oportunidad<sup>364</sup>, la viabilidad jurídica de predicar que ciertos actos dictados por los entes públicos no estatales deben considerarse verdaderos actos administrativos, ha sido una cuestión que, al día de hoy, genera debate en la doctrina y la jurisprudencia.

Así, y en lo que a los entes públicos no estatales respecta, la Ley de Procedimiento Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires consagra en su art. 1° que las prescripciones estipuladas en ella resultan aplicables no solo a los tres poderes del Estado sino, también, a las personas públicas no estatales, siempre que actúen en el ejercicio de la función administrativa que le es propia<sup>365</sup>.

De igual manera, así como en las Provincias de Salta, Catamarca y La Rioja las Leyes de Procedimientos Administrativos expresamente prevén que sus disposiciones se aplicarán, en lo que aquí interesa, “*en forma supletoria a los entes públicos no estatales*”

---

<sup>364</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “Apuntes sobre la función administrativa...”, op. cit.

<sup>365</sup> El art. 1 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Decreto N° 1510-1997) establece: “*Las disposiciones de esta ley se aplicarán a la Administración Pública centralizada, desconcentrada y descentralizada y a los órganos legislativo y judicial de la Ciudad de Buenos Aires, en ejercicio de función administrativa; también a los entes públicos no estatales en cuanto ejerzan potestades públicas otorgadas por leyes de la Ciudad de Buenos Aires*”.

*en cuanto ejerzan función administrativa*”<sup>366</sup>, en Neuquén se prevé que la Ley de Procedimiento Administrativo, además de regir la actividad administrativa estatal provincial, centralizada y descentralizada, “*se aplicará también a las personas públicas no estatales y a las personas privadas cuando ejerzan función administrativa por autorización o delegación estatal*”<sup>367</sup>.

La viabilidad jurídica de predicar que ciertos actos dictados por los entes públicos no estatales deben considerarse verdaderos actos administrativos, ha sido una cuestión que, al día de hoy, genera debate en la doctrina y la jurisprudencia.

Así, mientras un sector de la doctrina niega que dichos entes puedan dictar actos administrativos (ver, entre otros, MARIENHOFF<sup>368</sup>, CASSAGNE<sup>369</sup>, TAWIL<sup>370</sup>, BALBÍN<sup>371</sup> y SAYAGUÉS LASO<sup>372</sup>) otros admiten la posibilidad de que, en ciertas circunstancias, sí emitan actos administrativos (IVANEGA<sup>373</sup>, MONTI - MURATORIO<sup>374</sup>, HUTCHINSON<sup>375</sup>,

---

<sup>366</sup> Cfr. art. 1° de las Leyes N° 5348, N° 3559 y N° 4044, respectivamente. El Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Córdoba (Ley N° 7182) establece en su art. 1° que pueden impugnarse “*los actos administrativos de los Poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial del Estado provincial, del Tribunal de Cuentas de la provincia, de las entidades descentralizadas autárquicas, de las municipalidades y de cualquier otro órgano o ente dotado de potestad pública, con facultad para decidir en última instancia administrativa*” (ampliar en SESÍN, Juan Domingo, *El derecho administrativo en reflexión*, 1° Edición, RAP, Buenos Aires, 2011, p. 77 y ss.).

<sup>367</sup> Cfr. Art. 1° de la Ley de Procedimiento Administrativo de Neuquén (Ley N° 1284).

<sup>368</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 255/256, N° 391

<sup>369</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 200

<sup>370</sup> TAWIL, Guido Santiago, “El concepto de acto administrativo”, en AA.VV., *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 117 y ss. y, antes, en TAWIL, Guido Santiago, *Administración y Justicia*, op. cit., Tomo 1, p. 216, nota 113

<sup>371</sup> BALBÍN, Carlos F., *Curso...*, op. cit., Tomo II, p. 60.

<sup>372</sup> SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 237.

<sup>373</sup> IVANEGA, Miriam M., “Actos administrativos de entes públicos no estatales”, en AA.VV. “*Acto administrativo y reglamento*”, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 403 y ss.

<sup>374</sup> MONTI, Laura M. – MURATORIO, Jorge I., “La aplicación de la ley nacional de procedimientos administrativos a los actos de los entes públicos no estatales”, REDA, Buenos Aires, Depalma, 1993, N° 14, p. 517 y ss.

<sup>375</sup> HUTCHINSON, Tomás, *Las Corporaciones Profesionales*, F.D.A., Buenos Aires. 1982, p. 96 y ss. Explica el autor que para aplicar el régimen administrativo a un acto jurídico, lo determinante es si ese acto trasunta el ejercicio de potestades públicas, y no la personalidad jurídica de quien lo emite, en cuanto aquéllas no derivan de ésta (Idem, p. 61 y ss.).



COMADIRA<sup>376</sup>, DROMI<sup>377</sup>, ALTAMIRA GIGENA<sup>378</sup>, FARRANDO<sup>379</sup>, GORDILLO<sup>380</sup>, HALPERÍN<sup>381</sup>, SIMÓN PADRÓS<sup>382</sup>, BUJ MONTERO<sup>383</sup>, CANASI<sup>384</sup>, SESÍN – CHIACCHIERA CASTRO<sup>385</sup>, entre otros).

La CSJN, por su parte, ha tenido oportunidad de expedirse sobre la cuestión en más de una oportunidad.

En ese esquema, y en relación con el Instituto Nacional de Seguridad Social para Jubilados y Pensionados –PAMI-, si bien en un primer momento ha señalado que su “*naturaleza de ente público no estatal, aunque le impide ser encuadrado dentro de la Administración Pública descentralizada, no obsta a la aplicación supletoria de la ley de procedimientos administrativos respecto de los actos que dicta*”<sup>386</sup>, con posterioridad destacó que “*los actos o decisiones de los órganos del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Pensionados y Jubilados, en tanto entidad de derecho público no estatal, no son administrativos máxime cuando tienen por objeto el establecimiento de vínculos contractuales con particulares [...] En consecuencia, la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549 no es de aplicación al trámite de investigación relacionado con el cumplimiento de las obligaciones convencionales o las causales de suspensión o rescisión del contrato, sin perjuicio del derecho de las partes para hacer valer sus*

---

<sup>376</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 43/46 y sus citas

<sup>377</sup> DROMI, Roberto José, *Derecho Administrativo*, 11° Edición, Ciudad Argentina, Buenos Aires – Madrid – México, 2006, p. 356.

<sup>378</sup> ALTAMIRA GIGENA, Julio I., “Actos administrativos que emanan de personas públicas no estatales y personas privadas”, LLC 2004 (agosto), 659.

<sup>379</sup> FARRANDO, Ismael (H.) “Estado, poder, órganos...”, op. cit., p. 28 y ss.

<sup>380</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, p. I-16 y ss.

<sup>381</sup> HALPERÍN, David A., “Naturaleza de los actos emanados de las personas públicas no estatales”, RDA 2013-87-747.

<sup>382</sup> SIMÓN PADRÓS, Ramiro, “Consideraciones sobre los actos administrativos de las personas públicas no estatales”, REDA N° 2006, p. 963 y ss.

<sup>383</sup> BUJ MONTERO, Mónica, “El acto administrativo”, en AA.VV., *Manual de Derecho Administrativo*, FARRANDO, Ismael (H.) –MARTÍNEZ, Patricia R. –Directores-, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 160.

<sup>384</sup> CANASI, José, *Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1974, Vol. II, Parte Especial, p. 390 y ss.

<sup>385</sup> SESÍN, Juan D. – CHIACCHIERA CASTRO, Paulina R., *Los colegios profesionales. Régimen jurídico público*, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2012, p. 12 y ss.

<sup>386</sup> CSJN, 27/09/1988, “De León, Marcelo Isaac v. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo”, Fallos 311:1974



*derechos por vía que corresponda*”<sup>387</sup>.

Sobre el tema, la PTN señaló que si bien el PAMI “*inviste el carácter de ente público no estatal, los contratos que celebra -en su mayoría- tienden a satisfacer prestaciones médico asistenciales a todos sus beneficiarios, encontrándose así vinculados con la noción de fin o interés público, lo que torna aplicable la norma del artículo 12 de la Ley N° 19.549, referida a la posibilidad de suspender los actos por razones de interés público o cuando se alegare sobre ellos una nulidad absoluta*”<sup>388</sup>.

En lo que a los Colegios Públicos Profesionales concierne, el Alto Tribunal sostuvo, con relación al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, que éste “*funciona con el carácter, derechos y obligaciones de las personas de derecho público, cumpliendo un cometido administrativo para el que lo habilita su ley de creación, actuar que se rige por esa norma y supletoriamente por la Ley de Procedimiento Administrativos N° 19.549*”<sup>389</sup>.

Así, se ha señalado que revisten carácter administrativo los actos vinculados con la administración de la matrícula del colegiado; la aplicación de sanciones disciplinarias a un matriculado; la aplicación de multas por la falta de pago en término de la cuota profesional, y la determinación de dicha cuota<sup>390</sup>.

Tal parece ser el criterio adoptado por el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (Ley N° 12.008), cuyo art. 74 expresamente prevé la impugnación de los actos administrativos definitivos de los colegios o consejos profesionales.

---

<sup>387</sup> CSJN, 28/02/1989, “Farmacia Roca S.C.S. c/ Inst. Nac. de Seguridad Social para Jubilados y Pensionados s/ contencioso – administrativo”, Fallos 312:234

<sup>388</sup> Dictámenes 232:200.

<sup>389</sup> CSJN, 01/09/1992, “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c. Echenique, Benjamín Martínez”, Fallos 315:1830.

<sup>390</sup> IVANEGA, Miriam M., *Principios...*, op. cit., p. 112; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, p. I-18.

Sin embargo, como recuerda el último autor citado, debe señalarse que si bien aquellos actos tendrán la naturaleza jurídica de “actos administrativos”, ello no significa que se les aplicará en forma directa la LNPA, pero sí que los conflictos que su emisión plantee deben ser resueltos a la luz de los principios del derecho administrativo y aplicando supletoria o analógicamente, en lo pertinente, las leyes dictadas para la administración, en caso de falta de solución clara en la ley específica de la corporación profesional de que se trata.

Por nuestra parte, y tal como hemos adelantado en los párrafos que anteceden, coincidimos con la doctrina que sostiene que las personas públicas no estatales dictan actos administrativos, por cuanto si les fue conferida parte de la función administrativa, es coherente sostener que *“el acto que importe su desenvolvimiento debe ser considerado, al menos genéricamente, como un acto jurídico administrativo”*<sup>391</sup>.

### 3.2.) El caso de los entes privados

De todo lo hasta aquí señalado surge que el acto administrativo es aquel que fue dictado en ejercicio de la función administrativa y que, por tanto, al derivar genéticamente de aquella función, cualquier órgano estatal que la ejerza dictará actos administrativos.

Destacamos también que si a ciertas personas públicas no estatales les fue conferida parte de la función administrativa, era coherente sostener que el acto que importe su desenvolvimiento debía ser considerado, al menos genéricamente, como un acto jurídico administrativo.

Ahora bien, en nuestra opinión, y en la medida en que una ley o un reglamento del mismo rango jerárquico hubiesen otorgado el ejercicio de función administrativa a una persona privada, creemos, además, que el acto que implique su desenvolvimiento también deberá ser considerado, genéricamente, administrativo.

Aquella parece ser la postura no solo de un amplio sector de la doctrina

---

<sup>391</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p.43/46 y sus citas

(COMADIRA<sup>392</sup>, GORDILLO<sup>393</sup>, BARRA<sup>394</sup>, SARMIENTO GARCÍA<sup>395</sup>, REJTMAN FARAH<sup>396</sup>, IVANEGA<sup>397</sup>, FARRANDO<sup>398</sup>, y SAMMARTINO<sup>399</sup>, entre otros autores) sino, también, la

---

<sup>392</sup> El citado jurista ha precisado que así como a los actos de las personas públicas no estatales a los que se les reconozca la calidad de actos administrativos, podrán ser impugnados por recursos administrativos aplicando por analogía los procedimientos que estuvieren previstos para la impugnación de los actos de las entidades jurídicamente descentralizadas, igual conclusión correspondería sentar respecto de los actos de índole administrativa que eventualmente emitan sujetos privados (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1245). Ver, también del mismo autor: COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 11/12.

<sup>393</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, p. I-23 y ss. Según enseña el autor, lo que ha de analizarse es si la ley –o, agrega el autor, en algunos casos los estatutos sociales- ha “*otorgado o no a la entidad el ejercicio de una potestad pública, traducida en poderes de imperio o mando que los particulares no tienen habitualmente sobre otros particulares*”. Destaca, asimismo, que no se debe “*sentar con mucha largueza la existencia de actos administrativos de órganos no estatales, ni reconocérseles a ellos los mismos caracteres que a los actos administrativos de las autoridades administrativas, pues existen todavía diferencias de importancia entre un decreto del Poder Ejecutivo y un acto de los expresados. En tal sentido, deberá apreciarse con mayor rigor si tienen o no y en qué medida, presunción de legitimidad, exigibilidad, etc. y el contralor judicial de ellos deberá ser más exigente aún que el de los actos administrativos emanados de órganos estatales*” (Idem, I-30).

<sup>394</sup> BARRA, Rodolfo C., *Principios...*, op. cit., p. 246 y ss., luego en BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, p. 605 y ss. y, más recientemente, en BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, *passim* (p. 333, 245, 156, 137, etc.).

<sup>395</sup> SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión de Servicios Públicos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 142.

<sup>396</sup> REJTMAN FARAH, Mario, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 37. Cabe aclarar, no obstante, que si bien el autor reconoce la posibilidad de que sujetos privados dicten actos administrativos, sostiene que de ello “*no se deriva necesariamente que a tales actos se les aplique el decreto-ley 19.549/72 ni los caracteres de los actos administrativos estatales, pero sí las normas que rigen su impugnación*”.

<sup>397</sup> IVANEGA, Miriam M., “Actos administrativos de entes públicos no estatales”, op. cit., p. 403 y ss. La autora sostiene, en criterio que compartimos, que si los caracteres del acto administrativo son el conjunto de rasgos y notas específicas que concurren para distinguirlo del acto jurídico privado, no puede concebirse un acto válido carente de aquéllos y, en consecuencia, si se acepta la posibilidad de que sujetos privados dicten actos administrativos, no puede cuestionarse que “*dichos actos deben reunir los elementos y caracteres legales, pues es inadmisibles aceptar la existencia de actos administrativos a medias o incompletos*”.

<sup>398</sup> FARRANDO, Ismael (H.) “Estado, poder, órganos...”, op. cit., p28 y ss.

<sup>399</sup> SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 230.

seguida por diversas regulaciones provinciales (v.gr.: Córdoba<sup>400</sup>, Entre Ríos<sup>401</sup>, Formosa<sup>402</sup>, Neuquén<sup>403</sup>, Mendoza<sup>404</sup>, Buenos Aires<sup>405</sup>, entre otras) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>406</sup>.

---

<sup>400</sup> A modo de ejemplo, el art. 1° del Código Procesal Contencioso Administrativo de Córdoba expresamente prevé que *“corresponde la jurisdicción contencioso-administrativa a las causas que se promuevan por parte legítima, impugnando los actos administrativos de los Poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial del Estado provincial, del Tribunal de Cuentas de la provincia, de las entidades descentralizadas autárquicas, de las municipalidades y de cualquier otro órgano o ente dotado de potestad pública, con facultad para decidir en última instancia administrativa, siempre que concurran los siguientes requisitos”* (énfasis agregado). A su vez, el art. 3° del citado cuerpo normativo, expresamente señala que se considera “parte” a la “Administración”, que incluye a *“las personas jurídicas que ejerzan función administrativa por autorización o delegación estatal”*, debiéndose notificar la demanda al *“representante legal”* cuando se dirige contra una *“entidad no estatal”* (art. 14, inc. “d”).

<sup>401</sup> Según reza el art. 7° del Código Procesal Administrativo de la provincia de Entre Ríos, *“no serán precedentes las acciones de este código cuando tratándose de la impugnación de decisiones administrativas, de órganos desconcentrados o de entidades descentralizadas de la Administración Pública provincial, de entidades no estatales o de personas privadas que ejercen función administrativas, no se hayan previamente agotado los procedimientos tendientes a hacer efectivo el control administrativo de legitimidad que corresponda a la máxima autoridad administrativa del poder respectivo. Cuando se trate de decisiones de colegios profesionales, la vía se agotará en la forma que lo establezcan las respectivas normas de creación o reglamentos dictados en su consecuencia”* (negrita fuera del original). El Código prevé, a su vez, que la demanda se notificará al *“representante legal”* (cfr. art. 53, inc. “c”).

<sup>402</sup> El art. 7° del Código Procesal Administrativo de Formosa, *“no serán procedentes las acciones de este Código cuando, tratándose de la impugnación de decisiones administrativas, de órganos desconcentrados o de entidades descentralizadas de la Administración pública provincial, de entidades no estatales o de personas privadas que ejerzan función administrativa, no se hayan previamente agotado los procedimientos tendientes a hacer efectivo el control administrativo de legitimidad que constitucionalmente corresponde al Poder Ejecutivo”* (énfasis agregado). El Código prevé, a su vez, que la demanda se notificará al *“representante legal”* (cfr. art. 53, inc. “c”).

<sup>403</sup> Conforme surge del art. 1° de la Ley de Procedimiento Administrativo de Neuquén (Ley N° 1284), la norma *“ley regirá toda la actividad administrativa estatal provincial, centralizada y descentralizada. Se aplicará también a las personas públicas no estatales y a las personas privadas cuando ejerzan función administrativa por autorización o delegación estatal. Los procedimientos administrativos especiales que establezcan otras leyes se regirán supletoriamente por las disposiciones de esta ley”*.

<sup>404</sup> De conformidad con el art. 8° del Código Procesal Administrativo de Mendoza, *“No serán procedentes las acciones de este Código cuando, tratándose de decisiones administrativas de órganos desconcentrados o de entidades descentralizadas de la Administración Pública provincial, de entidades no estatales o de personas privadas, no se hayan previamente agotado los procedimientos tendientes a hacer efectivo el control administrativo de legitimidad que constitucionalmente corresponde al Poder Ejecutivo”* (énfasis agregado).. Se prevé, además, que la demanda se notificará al *“representante legal”* (cfr. art. 43, inc. “c”).

<sup>405</sup> El art. 2° inc. 2° del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires determina como materia propia de la competencia contenciosa administrativa los pleitos que se *“susciten entre prestadores de servicios públicos o concesionarios de obras públicas y usuarios, en cuanto se encuentren regidas por el derecho administrativo”*.

<sup>406</sup> En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, si bien, como vimos, la ley de procedimientos administrativos no se refiere a las personas privadas que ejerzan función administrativa, sino a los entes públicos no estatales, el art. 1° del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al establecer que *“se consideran autoridades administrativas de la Ciudad de Buenos Aires la Administración pública centralizada, desconcentrada y descentralizada, los órganos legislativo y judicial de la Ciudad de Buenos Aires, en ejercicio de la función administrativa y los entes públicos no estatales o privados en cuanto ejerzan potestades públicas otorgadas por las leyes de la Ciudad de Buenos Aires”*.

El otorgamiento de funciones administrativas a entes privados importa, en la clásica concepción de BARRA, una “*delegación transestructural de cometidos*” pues, como explica el autor, se opera una verdadera delegación que, a diferencia de la típica figura de la delegación estudiada en materia de organización administrativa<sup>407</sup>, “*trasciende la propia estructura del delegante (incluyendo tanto a la Administración Pública centralizada como a la descentralizada) para recaer en una estructura extraña, hasta ese momento absolutamente desvinculada de la primera*”<sup>408</sup>.

En esa inteligencia, resulta necesario traer a colación lo señalado por el profesor francés PROSPER WEIL cuando afirmaba que “*la Administración ya no está solamente en la Administración: en efecto la acción administrativa ha desbordado el marco de las personas públicas propiamente dichas y, más allá de los establecimientos públicos más descentralizados, integra en la actualidad a personas privadas*”<sup>409</sup>.

Uno de los casos más utilizados como ejemplo de actos administrativos dictados por

---

Aires” (la negrita me pertenece), pareciera reconocer la posibilidad de actos administrativos de entes privados. En igual sentido, ZILLI DE MIRANDA, Martha, “Acto Administrativo en la Ciudad de Buenos Aires”, en AA.VV. *Acto Administrativo y Reglamento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 631 y ss.

<sup>407</sup> Ampliar en: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 405 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La delegación administrativa”, EDA 2017-722.

<sup>408</sup> BARRA, Rodolfo C., *Principios...* op. cit., p. 246 y ss.

Posteriormente, al profundizar la figura de la delegación transestructural de cometidos, el autor precisó que la denominación “transestructural” obedece a que “*la delegación va más allá o trasciende del sector público al privado, realizándose hacia afuera de las estructuras del mismo sector público*” y, a su vez, que a diferencia de la figura de la delegación, que se ejercita dentro del sector público del ordenamiento, la transestructural “*se refiere más a los cometidos u objetivos específicos dentro de genéricos fines públicos que a límites de atribuciones asignados por la norma al órgano u ente delegante. Hablamos así de ‘delegación transestructural de cometidos’ -y no, estrictamente, ‘de competencias’-*” (BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, p. 607).

Más recientemente, el citado jurista, al referirse a la figura analizada, explicó que por medio de ella “*el delegante (sujeto público) le delega al delegado (sujeto privado) el ejercicio de una competencia pública, de manera que las relaciones que el delegado mantenga con terceros particulares, dentro del núcleo de la delegación, estarán necesariamente regidas por el derecho público, por su propia naturaleza, de la que la delegación no es más que una modalidad de ejercicio*” agregando, además, que “*una delegación que supera o trasciende la propia estructura de la Administración y tiene como finalidad descentralizar la ejecución o gestión del cometido público –que es y continúa siendo de titularidad del sujeto estatal ‘delegante’– en el privado ‘delegado’. Este último no es una persona pública –no podría cambiar su naturaleza por causa de la delegación–, es una persona privada que por aquella causa es, a tal efecto, asumida en el sector público del ordenamiento y en tal carácter –y siempre dentro de los límites o núcleo de la delegación emite actos administrativos en sentido amplio que, así, serán regidos por el derecho administrativo, siempre en el núcleo de la delegación*” (BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 156 y 333).

<sup>409</sup> WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, Cívitas, Madrid, 1986, p. 73.

personas privadas es el antiguo Decreto N° 1446/1990 –derogado por el Decreto N° 779/1995– que disponía para ciertos actos de los concesionarios viales la impugnación por medio del recurso jerárquico.

El art. 1° del citado cuerpo normativo imponía a los concesionarios de rutas nacionales el deber de controlar que el peso de los vehículos y las cargas no exceda el admitido por la legislación vigente en la materia: si hubiera exceso de carga, estaba facultado a imponer sanciones (art. 2); asimismo, en caso de que un vehículo pasara por la estación de peaje sin pagar la tarifa (art. 7), podía disponer la detención del rodado, incluso por medios mecánicos, siempre que no le produzca daños. El art. 8 establecía que contra los actos de los concesionarios que impongan sanciones o compensaciones, el usuario podrá interponer en sede administrativa recurso jerárquico en los términos de los arts. 89 y ss. de la reglamentación de la LNPA, sin perjuicio de las acciones judiciales que procedan.

Otro ejemplo paradigmático en la legislación argentina de una potestad pública delegada expresamente en personas privadas es el contemplado en el art. 2° de la Ley N° 21.499 (Ley Nacional de Expropiaciones), en virtud del cual se prevé que *“los particulares, sean personas de existencia visible o jurídicas, podrán actuar como expropiantes cuando estuvieren autorizados por la ley o por acto administrativo fundado en ley”*<sup>410</sup>.

La posibilidad de que los particulares actúen como sujetos expropiantes, además de haber sido convalidada por la CSJN<sup>411</sup>, fue admitida para ciertos concesionarios de servicios públicos<sup>412</sup>.

---

<sup>410</sup> VILLEGAS, Walter A., *Régimen Jurídico de la Expropiación*, Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 63/66. En un trabajo posterior, VILLEGAS criticó la norma sosteniendo que *“es objetable la forma incircunscripta utilizada al referirse a los sujetos ‘particulares’, porque para que sea constitucionalmente admisible que la ley confiera a una persona distinta del Estado la facultad expropiatoria debe ser exclusivamente para satisfacer una utilidad pública-vale decir en beneficio de la comunidad-; pues excedería a la previsión constitucional –de interpretación estricta, por su naturaleza de excepción a la garantía- la desposesión a un propietario por parte de un particular en beneficio de éste* (VILLEGAS, Walter A., “La ley general de expropiaciones N° 21.499 con relación a su precedente”, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, 1977, N° 15-16, p. 18).

<sup>411</sup> CSJN, 18/02/1908, “Ferrocarril Central Córdoba, extensión a Buenos Aires c/ Santiago Valige s/ Expropiación”, Fallos 108:269, entre otros. En el caso, el Máximo Tribunal sostuvo que la delegación que la ley hace a favor de los concesionarios de servicios públicos para la expropiación de bienes necesarios a aquéllos, *“está implícita en el fundamento y propósito constitucional de las expropiaciones, desde que con ellas se facilitan las obras públicas y no se ocasiona perjuicio a expropiados”*.

<sup>412</sup> Lo mismo sucede, como bien apunta GORDILLO, con la potestad que se atribuye a los concesionarios o licenciatarios, previa autorización del ente de contralor, de imponer servidumbres a los particulares por



Además de los supuestos en los que la propia CSJN ha reconocido la posibilidad de que ciertas personas privadas celebren en ocasiones contratos administrativos, como sucedió en las causas “Schirato”<sup>413</sup>, “Dufour”<sup>414</sup> y el voto en disidencia de los Dres. Rodolfo C. Barra y Carlos S. Fayt en autos “Davaro”<sup>415</sup>, también se han utilizado como ejemplo el caso de las Universidades privadas que emiten títulos habilitantes<sup>416</sup>.

Asimismo, resulta ilustrativo lo resuelto por la SCJBA en el caso “Utilducto”<sup>417</sup>

---

cuyas propiedades pasará la traza de un ducto, etc. (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, p. I-21). Ver, también, COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1742.

Han aceptado la posibilidad de que concesionarios de obra pública o licenciatarios de servicios públicos dicten actos administrativos, en la medida en que ejerzan función administrativa, ALTAMIRA GIGENA (ALTAMIRA GIGENA, Julio I., “Actos administrativos...”, op. cit.), PERRINO y TRIBIÑO (PERRINO, Pablo Esteban - TRIBIÑO, Carlos Roberto, *La justicia contencioso-administrativa en la provincia de Buenos Aires*, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 16), FACIO (FACIO, Rodolfo E., “Expropiaciones” en AA.VV. “*Legislación usual: derecho administrativo*”, CICERO, Nidia –Directora-, La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo 2, p. 761) y DROMI (DROMI, Roberto José, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 357). El último autor citado señaló que “*muchas entidades han sido creadas por el legislador para ejercer cierto tipo de funciones administrativas, a las cuales se les confiere legalmente un cierto poder público para actuar, en nombre del Estado y con su competencia: en esos casos parecería contradecir a la realidad si se les negara a los actos emanados de esas entidades el carácter de administrativos, a los efectos de la aplicación del régimen legal correspondiente (nulidades, vicios, recursos, etcétera)*”.

<sup>413</sup> CSJN, 15/04/1982, “Schirato, Gino c/ Nación Argentina”, Fallos 304:490. En el caso, el Máximo Tribunal apeló al criterio de la “delegación” de facultades estatales para considerar que el contrato entre una Cooperadora Escolar y un contratista privado revestía el carácter de administrativo.

<sup>414</sup> CSJN, 18/12/1984, “Dufour, Arturo Aquiles c/ Nación Argentina”, Fallos 306:2040. Aquí, la Corte, al asignarle a la Unión de Cooperativas de Viviendas del Personal de la Fuerza Aérea la calidad de “representante” de la Secretaría de Estado de Vivienda y Urbanismo de la Nación, concluyó que el contrato celebrado entre aquella y un particular debía regirse por el derecho administrativo.

<sup>415</sup> CSJN, 08/09/1992, “Davaro, Saúl c/ Telecom SA. s/ juicio de conocimiento”, Fallos 315:1883. La Corte, al tener que resolver un conflicto de competencia suscitado entre el fuero nacional en lo comercial, el civil y comercial federal y el contencioso administrativo federal a raíz de una acción sumarísima promovida a efectos de impugnar las facturaciones por prestación del servicio público telefónico que una empresa atribuía al actor, entendieron, apartándose del voto mayoritario, que era competente la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal toda vez que se había configurado un caso de “*delegación transestructural de cometidos*”.

La mayoría, por su parte, adhirió al dictamen del procurador general, quien consideró que la causa no era de las catalogadas como “*contencioso administrativas*”, por no aparecer “*cuestionados actos emanados de la administración nacional o de entes públicos estatales*”, sino de una cuestión “*suscitada, en forma directa, en el marco de relaciones jurídicas contractuales entre particulares*”.

<sup>416</sup> TAWIL, Guido Santiago, “El concepto...”, op. cit., p. 140; ALTAMIRA GIGENA, Julio, “Acto administrativo y sujeto emisor”, en *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 361; DROMI, Roberto José, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 357.

<sup>417</sup> SCJBA, 08/07/2008, “Utilducto S.A. contra Aguas Bonaerenses S.A. Pretensión anulatoria”.



donde, con base en lo dispuesto en el art. 166 de la Constitución provincial<sup>418</sup> y lo previsto en el art. 1º, inc. 1º y art. 2º, inc. 2º del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, tras señalar que “*el caso se ha originado por la actuación de una persona jurídica en el ejercicio de funciones administrativas en un marco contractual público vinculado con la gestión del servicio público*” y, a su vez, que “*si bien en la relación jurídica que motiva las presentes actuaciones –contrato de locación de obra– intervienen dos personas jurídicas no estatales*”, resolvió que “*la finalidad pública que posee el objeto del contrato determina la intervención de los órganos del fuero en lo contencioso administrativo*”.

Por consiguiente, en virtud de lo expuesto, y en la medida en que una ley o un reglamento del mismo rango jerárquico hubiese otorgado el ejercicio de función administrativa a una persona privada, en nuestra opinión el acto que implique su desenvolvimiento también deberá ser considerado, genéricamente, administrativo<sup>419</sup>.

#### **4.) Síntesis**

4.1.- A modo de síntesis podemos señalar que según el criterio mixto para delimitar las funciones jurídicas del Estado, *el único órgano que ejerce función legislativa es el Poder Legislativo* y, asimismo, que *el único órgano que despliega la función jurisdiccional es el Poder Judicial*.

4.2.- Por otra parte, se concluye que todos los órganos del Estado ejercen función

---

<sup>418</sup> El art. 166 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires prevé, en lo que aquí interesa, que “*los casos originados por la actuación u omisión de la provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso–administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa*”.

<sup>419</sup> En el derecho español, por ejemplo, diversos autores han aceptado la posibilidad de que los particulares dicten actos administrativos cuantos “*éstos fuesen vicarios de la Administración Pública*” (cfr.: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús – GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Comentarios a la ley de régimen jurídico...*, op. cit., Tomo 1, p. 1444; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 575, entre muchos otros).

Lo mismo sucede en países como Colombia, donde un gran sector de la doctrina acepta que entidades privadas ejerzan función administrativa y, por tanto, dicten actos administrativos (ver, por todos: PENAGOS, Gustavo, *El acto Administrativo*, op. cit., Tomo 1, p. 108/109).

administrativa y que, por tanto, en la medida en que ejerzan aquella función, dictarán actos administrativos.

De ese modo, el criterio mixto aquí adoptado propone definir a la función administrativa del Poder Judicial y del Poder Legislativo por exclusión, de manera residual, toda vez que, como se vio, aquello que no sea función judicial o legislativa, será función administrativa.

Por consiguiente, bien puede afirmarse que según el criterio mixto al que hemos adherido, serán producto de la función administrativa –por oposición a la función legislativa y la función jurisdiccional– y, por tanto, actos administrativos en sentido amplio:

**-los actos materialmente legislativos dictados por el Poder Ejecutivo** (v.gr.: Reglamentos de Necesidad y Urgencia, Reglamentos Delegados, Reglamentos Ejecutivos, Reglamentos Autónomos);

**-los actos materialmente jurisdiccionales del Poder Ejecutivo** (los actos dictados por órganos administrativos<sup>420</sup> o entes reguladores<sup>421</sup> en materia de resolución de conflictos)<sup>422</sup>;

**-los actos materialmente administrativos dictados por el Poder Legislativo** (la contratación de bienes, obras y servicios, las sanciones al personal dependiente del Congreso, las investigaciones, pedidos de informes, autorizaciones, etc.) y,

**-los actos materialmente administrativos dictados por el Poder Judicial** (las acordadas<sup>423</sup>, el nombramiento y remoción de los empleados judiciales, las resoluciones

---

<sup>420</sup> CSJN, 19/09/1960, “Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio, José suc.”, Fallos 247:646.

<sup>421</sup> CSJN, 05/04/2005, “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos (Expte. N° 750-002119/96)”, Fallos 328:651.

<sup>422</sup> En relación con los denominados “actos jurisdiccionales de la administración” puede verse lo expuesto por GORDILLO y HUTCHINSON quienes concluyen, en definitiva, que no corresponde hablar de “facultades jurisdiccionales de la administración” por cuanto en nuestro sistema las facultades jurisdiccionales solo corresponden a los jueces y, además, que no existe un régimen jurídico diferenciado para el “acto jurisdiccional” que sea distinto del acto administrativo (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, Cap. IX-5/37; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 466 y ss.).

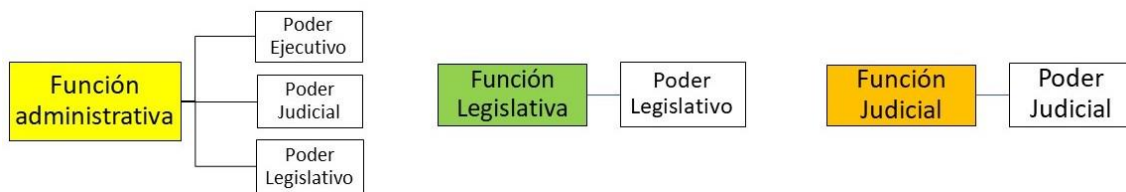
Sobre la evolución jurisprudencial en materia de la “denominada actividad administrativa jurisdiccional” puede verse: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 6 y ss.

<sup>423</sup> Según el criterio mixto aquí adoptado, las Acordadas dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación poseen la naturaleza de *actos administrativos de alcance general* que, a su vez, podrán ser

dictadas por la Corte vinculadas a reclamaciones salariales de empleados judiciales, la ejecución, interpretación y resolución de contratos celebrados por el Poder Judicial, la superintendencia ejercida por la Suprema Corte, etc.).

De todo lo hasta aquí expuesto surge, entonces, que el resultado de la función legislativa es la “ley”, de la función jurisdicción la “sentencia” y, de la función administrativa, el “acto administrativo” en sentido amplio.

Lo expuesto surge con mayor claridad en el siguiente gráfico:



4.3.- Asimismo, es posible concluir que según el criterio mixto para delimitar las funciones jurídicas del Estado, los reglamentos, cualquiera fuera la clase (v.gr.:

---

*normativos* (reglamentos) o *no normativos* (sobre la diferencia entre los actos de alcance general *normativo* y *no normativo*, ver lo que se dice en las notas que siguen).

Así, por ejemplo, serán actos de alcance general *no normativo* las Acordadas que se agoten con su aplicación, como serían aquellas que fijan las ferias judiciales (Ej.: Acordada N° 15/2016); serán actos de alcance general *normativo* las Acordadas que sientan una norma y se insertan en el ordenamiento jurídico como fuente permanente de juridicidad. Como ejemplos de estos últimos puede mencionarse la Acordada N° 4/2007 –que aprobó el reglamento sobre los escritos de interposición del recurso extraordinario y del recurso de queja por denegación de aquél–; la Acordada N° 32/2014 –en virtud de la cual se creó el “Registro Público de Procesos Colectivos”–; la Acordada N° 12/2016 –por el que se aprobó el “Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos” que estableció, entre otros aspectos: cuáles han de ser los requisitos de la demanda de amparo colectivo; el deber del juez de requerir al Registro un informe respecto de la existencia de un proceso colectivo en trámite ya inscripto que guarde sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva para que, en caso de que del informe surja la existencia de un juicio en trámite, remita el expediente al Juez ante el cual tramita el proceso inscripto o, en caso de que no exista otro proceso, dicte una resolución identificando la composición del colectivo, el objeto de la pretensión, la parte demandada y ordene la inscripción en el Registro; la contestación de demanda; el régimen de inscripción de las medidas cautelares dictadas con efectos colectivos; etc.

En este sentido, el Máximo Tribunal de la Nación, al referirse a las acordadas, señaló que éstas son “actos de alcance general que, al haber sido dictados por el Tribunal bajo la invocación del ejercicio de facultades que le fueron delegadas por el Congreso, son revisables en las mismas condiciones en que puede serlo cualquier reglamento administrativo” (CSJN, 30/06/1993, “Argüello Varela, Jorge Marcelo v. Nación Argentina -CSJN-, Fallos 315:1551; en similar sentido: CSJN, 22/08/1988, Fabris, Marcelo H. c/ Nación Argentina -Poder Judicial de la Nación, Fallos 311:1517).

En esa inteligencia, ya con anterioridad la Corte Suprema, remitiendo a los fundamentos y conclusiones de la Procuradora General, Dra. Reiriz, precisó que la acordada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial era un reglamento y, por consiguiente, que el agotamiento de la vía administrativa era obligatorio (CSJN, 03/10/89, “Bonis, Pedro”, Fallos: 312:1891).

reglamentos autónomos, ejecutivos, delegados y de necesidad y urgencia), son producto de la *función administrativa* (por oposición a legislativa)<sup>424</sup> y, por tanto, que encuadran dentro del concepto amplio y/o genérico de “acto administrativo”<sup>425</sup>.

4.4.- Por último, los entes no estatales, sean públicos (ej.: Colegio Público de Abogados) o privados (ej.: Concesionarios de Servicios Públicos) también podrán ejercer función administrativa, en la medida, claro está, en que una ley o un reglamento del mismo rango jerárquico le hubieren delegado aquella función administrativa. Por consiguiente, los actos que impliquen el desenvolvimiento de aquella función, también habrán de ser considerados, genéricamente, administrativos.

De todos modos, hemos de reiterar que, tal como enfatizamos al comienzo de este Capítulo, a lo largo de esta investigación se verá que la emisión de cierta clase de actos administrativos de alcance general (en especial, en lo que aquí interesa, los normativos, es decir, los *reglamentos*) es competencia exclusiva de algunos órganos estatales, como sería el caso de los reglamentos de necesidad y urgencia, cuya emisión le corresponde únicamente al titular del Poder Ejecutivo de la Nación.

---

<sup>424</sup> En igual sentido, entre otros: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 1, p. 3/7; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 298 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Impugnación administrativa...”, op. cit., p. 86 y ss.; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 256; DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación...*, op. cit., p. 33 y ss.; BIDART CAMPOS, Germán, *El Derecho Constitucional del Poder*, Ediar, Buenos Aires, 1967, Tomo II, p. 78 y ss. y, posteriormente, en BIDART CAMPOS, Germán, *Manual...*, op. cit., Tomo III, p. 242; entre otros.

<sup>425</sup> En tal sentido, y sin perjuicio de la actual postura adoptada por el Máximo Órgano Asesor de la Nación que luego veremos –especialmente el punto N° 5.1.4.2. del Capítulo VIII–, lo cierto es que la PTN sostuvo en reiteradas oportunidades que “*los reglamentos de necesidad y urgencia son actos emanados del Poder Ejecutivo de jure y en virtud de ello no es una ley porque el Poder Ejecutivo no dicta leyes; constituye un mero reglamento (acto administrativo) de contenido legislativo*” (Dictámenes 207:272; 198:124; 86:221; 121:93, entre otros).

## CAPÍTULO III

## ¿CUÁL ES EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA?

## EL DENOMINADO RÉGIMEN JURÍDICO EXORBITANTE

**1.) Introducción**

1.1.- Hasta aquí ha quedado incontestablemente demostrado que *el acto administrativo en su sentido más genérico y comprensivo deriva genéticamente de la función administrativa* y que, por tanto, allí donde aquella función se desarrolle, ora mediante órganos estatales (léase: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial)<sup>426</sup>, ora a través de entes no estatales (públicos o privados), habrá actos administrativos en sentido amplio y/o genérico.

Pues bien, tanto al comienzo de esta tesis como en el Capítulo I apuntamos que de acuerdo con el criterio mixto para delimitar las funciones jurídicas del Estado, el régimen jurídico propio de la función judicial es el procedimiento establecido en los respectivos códigos y, el de la función legislativa, el previsto en la Constitución de la Nación para la formación y sanción de las leyes.

Por otra parte, en aquella oportunidad también destacamos y enfatizamos que el régimen jurídico característico y tipificante de la función administrativa es el denominado *régimen jurídico exorbitante*, aunque también hay autores que simplemente hablan de régimen administrativo<sup>427</sup>.

**Ese decir, entonces, que una de las características centrales de la función administrativa, cuyo resultado es, insistimos, el acto administrativo en sentido amplio, está dada por su régimen jurídico exorbitante.**

Así, pues, sostener que todos los reglamentos, incluso los de necesidad y urgencia y los delegados son una *especie* del género acto administrativo, y, por consiguiente, producto de la *función administrativa* (por oposición a la legislativa), implica que también habrán de estar sujetos al *régimen jurídico* propio de aquella función, tal como

---

<sup>426</sup> Ver lo expuesto en la nota N° 25.

<sup>427</sup> GASCÓN Y MARÍN, José, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 39. Entre nosotros, CASSAGNE, por ejemplo, en las últimas ediciones de su obra, comenzó a emplear la expresión “régimen de derecho administrativo” (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 77).

especialmente lo haremos notar en el punto N° 4 de este Capítulo.

Esta circunstancia obliga a examinar el significado tradicional y actual de dicho régimen para, así, analizar si incide de modo uniforme o diferenciado en las diversas *especies* del género acto administrativo y, en su caso, en las diversas clases de reglamentos.

1.2.- Ahora bien, el término “exorbitancia” no debe ser entendido en el sentido originario de la expresión que se utilizaba para identificarlo por exclusión como aquella porción del derecho que estaba por fuera –exorbitaba– del derecho privado<sup>428</sup>.

Con la exorbitancia, en realidad, se consagra una situación jurídica que coloca a quien ejerce la función administrativa en una posición de supremacía jurídica, es decir, de supraordenación en relación con el particular, colocando a éste, entonces, en una situación de subordinación.

No obstante, la subordinación del particular –o administrado– en modo alguno puede ser concebida como una arbitraria sumisión a las declaraciones emitidas en el ejercicio de la función administrativa pues, en definitiva, se trata de una supraordenación y subordinación *juridizada* que se integra, precisamente, por un contenido equilibrado de prerrogativas y garantías<sup>429</sup>, pudiéndoselas clasificar a ambas en sustanciales y

---

<sup>428</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 15.

Por nuestra parte, tanto a lo largo de los fundamentos que sustentan esta tesis como en diversos trabajos, hemos señalado que una de las características centrales de la función administrativa está dada por su régimen jurídico exorbitante que, como se verá, hoy en día deriva de su contenido equilibrado de prerrogativas y garantías, pudiéndoselas clasificar a ambas en sustanciales y procesales (así en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p. 3 y ss.; COMADIRA, Fernando Gabriel, “Anulación del acto administrativo irregular y declaración de lesividad: algunas cuestiones que plantea la denominada “acción de lesividad” en *El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo. A 200 años de la Declaración de la Independencia. En homenaje al Prof. Julio R. Comadira*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2017, p. 36; COMADIRA, Fernando Gabriel, “Naturaleza jurídica de los contratos administrativos...”, op. cit., 48 y ss., especialmente notas N° 73/78; COMADIRA, Fernando Gabriel, “Apuntes sobre la función administrativa...”, op. cit. En igual sentido: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 258 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Las vías de hecho administrativas”, en A.A.V.V., *III Congreso de Derecho Administrativo en El Salvador*, Corte Suprema de Justicia – Departamento de Publicaciones, San Salvador, 2016, p. 55 y ss.).

<sup>429</sup> Como bien ha precisado GONZÁLEZ PÉREZ, “*el administrado ha de estar investido de unas garantías mínimas que constituyen la salvaguardia de la esfera de libertad individual, que es la esencia de un Estado*”

procesales.

De tal forma, entonces, la exorbitancia del derecho administrativo deriva, hoy en día, de la especificidad de su contenido equilibrado de prerrogativas y garantías y de su carácter de derecho común de la administración pública, ámbito éste excluido, en principio, de la órbita propia del derecho privado<sup>430</sup>.

1.3.- La concepción del derecho administrativo como régimen exorbitante, entendido como articulación armónica de prerrogativas estatales y garantías individuales ha sido tomada por la Corte en más de un caso<sup>431</sup>.

1.3.1.- Sobre la cuestión, resulta insoslayable mencionar lo decidido en el año 2014 por el Tribunal de Conflictos de Francia en el que debía determinar cuál era la naturaleza de un contrato de arrendamiento de un complejo inmobiliario destinado a la práctica de actividades deportivas de remo, el que había sido celebrado entre una asociación y la comuna Joinville-le-Pont.

En lo que aquí interesa, el Tribunal de Conflictos consideró que como la utilización del predio estaba reservada a los miembros de la asociación y no estaba afectada al uso directo del público, aquel contrato no perseguía una finalidad de interés general.

Así, apartándose de la tradicional doctrina en virtud de la cual se consideraban

---

*que, de verdad, sea un Estado de Derecho*” (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El administrado*, Colección FUNDAP, México, 2003, p. 45).

<sup>430</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p. 3 y ss.; COMADIRA, Fernando Gabriel, “Apuntes sobre la función administrativa...”, op. cit. Ver, también: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 15 y ss.

<sup>431</sup> CSJN, 26/10/1993, “Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 316:2454, considerando 9º; CSJN, 28/06/1977, “Cima, María Cristina c/ S.A. Télam.”, Fallos 298:172, considerando 7º.

Asimismo, la expresión de “régimen exorbitante” fue empleada por la Corte en varios casos: 19/08/1999, “Blascetta, José Luis c/ FEMESA s/ acción meramente declarativa”, Fallos: 322:1859, del dictamen del Procurador General al que adhirió la Corte; 05/04/1995, “Gypobras S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ contrato de obra pública” Fallos: 318:441, considerando 7º; 07/12/1993, “YPF. S.A. c/ Construcciones Saddemi S.A. s/ contrato administrativo”, Fallos: 316:2771, dictamen de la Procuradora General, al que adhirió la Corte; entre otros.



cláusulas exorbitantes a las que serían ilegítimas en el derecho privado<sup>432</sup>, entendió que aquellas son las que, en virtud de las prerrogativas reconocidas a las personas públicas contratantes, implican un interés general que está sometido a un régimen exorbitante: *“Considérant, en troisième lieu, que le contrat litigieux ne comporte aucune clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l’exécution du contrat, implique, dans l’intérêt général, qu’il relève du régime exorbitant des contrats administratifs”*<sup>433</sup>.

1.3.2.- Por consiguiente, entonces, queda claro, por un lado, que, como lo hemos venido sosteniendo a lo largo de los fundamentos que sustentan esta tesis y en las publicaciones citadas, no corresponde hablar de un “régimen exorbitante del derecho privado” sino que, en rigor, debe hablarse lista y llanamente de un “régimen exorbitante”

---

<sup>432</sup> Según sostuvo tradicionalmente el Consejo de Estado francés, cabe entender por cláusula exorbitante del derecho común *“toda cláusula que tenga por objeto conferir a las partes derechos o poner a su cargo obligaciones, extrañas por su naturaleza a aquellas que son susceptibles de ser libremente consentidas por cualquiera en el marco de las leyes civiles y comerciales”* (*“la clause exorbitante est la clause ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations, étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d’être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales”*) (CE, 20/10/1950, “Stein”, Lebon, p. 505).

<sup>433</sup> TC, 15/10/14, “Société AXA France IARD c/ MAIF”, req. n° 3963. Ver, en similar sentido, los posteriores pronunciamientos del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos en: TC, 12/02/2018, “SCP Ravisse, mandataire liquidateur judiciaire de la SARL The Congres House c/ Commune de Saint-Esprit”, n° 4109 y CE, 5/2/2018, “CNES”, n° 414846.

Un enjundioso estudio acerca de la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos francés en el que se analiza pormenorizadamente cómo aquellos órganos pasaron de conceptualizar al contrato administrativo como aquel que tiene *“cláusulas exorbitantes del derecho privado”* al que está sometido a un *“régimen exorbitante”*, puede verse en: RODRÍGUEZ, María José, “La atmósfera de derecho público de la contratación administrativa: El régimen exorbitante”, Revista Conceptos, UMSA, Dossier Especial – Derecho Comercial y Empresarial, Año 95 (N° 508 / Abril 2020), 245 – 271 (también disponible online en [file:///C:/Users/fcoma/Downloads/Dra. Mar%C3%ADa\\_Jos%C3%A9\\_Rodr%C3%ADguez\\_La\\_Atm%C3%B3sfera\\_27-1\\_1.pdf](file:///C:/Users/fcoma/Downloads/Dra._Mar%C3%ADa_Jos%C3%A9_Rodr%C3%ADguez_La_Atm%C3%B3sfera_27-1_1.pdf), consultado por última vez el 04/03/2021). De la misma autora puede verse, también, “Una redefinición de sustancial de la noción de cláusula exorbitante de la contratación administrativa en la jurisprudencia francesa: el *arrêt* Axa France Iard (TC, 2014)”, en [https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/doctrina\\_MJR.pdf](https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/doctrina_MJR.pdf), consultado por última vez el 04/03/2021.

En el primero de los trabajos citados la autora concluye que *“puede colegirse que el derecho francés, al que inicialmente sigue el derecho administrativo argentino, en un primer estadio asocia con la naturaleza administrativa del contrato a la presencia de las denominadas ‘cláusulas exorbitantes del derecho privado’, a las que define de un modo negativo, esto es, por referencia a su atipicidad en el derecho común”* y que, *“luego de una paulatina evolución, que tiene un punto de inflexión cualitativo en 2014 con el mencionado fallo ‘Axa France IARD’, arriba a una definición positiva de la cláusula que se aproxima a la idea de régimen como atmósfera que envuelve la actuación del órgano administrativo contratante, en tanto implica una finalidad de interés general”*.

y, por otra parte, que, en materia contractual, un contrato no necesariamente será “administrativo” por contener “cláusulas exorbitantes” expresas o implícitas sino, únicamente, cuando con aquella contratación se busque un interés general que, además, habrá de estar sometido a un “régimen exorbitante”<sup>434</sup>.

## **2.) Prerrogativas y garantías tradicionales.**

Aun cuando escapa del objeto de este trabajo examinar las características que definen al régimen jurídico de la función administrativa, se pueden enunciar como prerrogativas y garantías tradicionales las siguientes:

### 2.1.) Prerrogativas

2.1.1.- Entre las principales prerrogativas sustanciales se han enunciado la creación unilateral de vínculos jurídicos, presunción de legitimidad de sus actos administrativos, la ejecutoriedad de éstos, la potestad de volver sobre ellos por razones de ilegitimidad o inoportunidad, el régimen privilegiado de los contratos y bienes.

2.1.2.- Asimismo, las principales prerrogativas procesales que habitualmente se reconocen son: agotamiento de la instancia administrativa previa a la demanda judicial, plazos breves de caducidad para accionar judicialmente contra el Estado; mayor plazo para el cumplimiento de ciertas cargas procesales; incomparecencia personal de determinados funcionarios en el juicio contencioso administrativo; efectos declarativos de la sentencia, régimen especial de ejecución de las sentencias que condenan al Estado a dar sumas de dinero y, por último, la que aquí será analizada en mayor profundidad, la posibilidad de demandar la invalidez de sus actos.

---

<sup>434</sup> El régimen exorbitante sería, en palabras de Prosper WEIL, la verdadera “*atmósfera de derecho público que baña o circunda*” a los contratos administrativos (WEIL, Prosper, “La crisis del criterio del contrato administrativo”, traducción de Eduardo Soto Kloss, Revista de Derecho Público, 1986, N° 39-40, p. 163 y ss.).

## 2.2.) Garantías

2.2.1.- Por otra parte, entre las garantías sustanciales del administrado se han enunciado la juridicidad, la propiedad, la igualdad, la razonabilidad del actuar administrativo, el acceso a la Justicia: un concepto amplio de legitimación, responsabilidad del Estado y de sus funcionarios.

2.2.2.- A su vez, como garantías procesales suelen mencionarse el informalismo en favor del administrado (o, más adecuadamente, “formalismo moderado”) y el debido procedimiento previo a todo acto administrativo, que incluye el debido proceso adjetivo<sup>435</sup>.

## 3.) Nuevas prerrogativas y garantías

En los párrafos anteriores hemos mencionados las principales prerrogativas y garantías que tradicionalmente suelen mencionarse al momento de explicar el régimen exorbitante del derecho administrativo.

Ahora bien, si entendemos que, como precisó PROSPER WEIL, el derecho administrativo es esencialmente un arbitraje históricamente variable entre el poder y la libertad, es más que razonable sostener que el régimen jurídico exorbitante característico de aquella rama del derecho está sometido, también, a las diversas modulaciones que el interés público comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad va sufriendo<sup>436</sup>.

Por ello, creemos que en el Estado de Derecho Constitucional imperante en la Argentina podrían denunciarse un elenco de nuevas prerrogativas estatales y garantías de los particulares.

---

<sup>435</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 3, nota N° 5.

<sup>436</sup> WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 51.

### 3.1.) Nuevas prerrogativas

#### *3.1.1.) Régimen de medidas cautelares: bilateralización del proceso cautelar con motivo del “informe previo” al dictado de la sentencia.*

##### *Remisión*

Como hemos adelantado al comienzo de esta obra y en el Capítulo anterior, así como los actos y contrato Así, bien podría sostenerse que una nueva prerrogativa procesal a favor de la Administración Pública deriva del régimen especial de la ley medidas cautelares que analizaremos en el punto N° 3.2. del Capítulo XII de esta tesis.

Por ello, como allí estudiaremos aquel régimen legal en profundidad, aquí solo hemos de mencionar muy resumidamente un solo aspecto de la norma, y es que mientras en el ámbito del derecho privado, el principio general en materia de medidas cautelares es que son dictadas *in audita pars*<sup>437</sup>, en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional la situación es diferente.

3.1.1.1.- Como veremos en el Capítulo XI de esta investigación, ante la ausencia de una norma específica que regule el proceso contencioso-administrativo, la jurisprudencia sostuvo que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “CPCCN”) *“se aplica al proceso contencioso administrativo por vía de analogía con las adecuaciones requeridas por la naturaleza propia del derecho público”*<sup>438</sup>.

---

<sup>437</sup> Según surge del art. 198 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, *“las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte”*.

<sup>438</sup> CNACAF, Sala III, 04/11/2004, “Compañía Argentina de Seguros ANTA S.A. c/ A.F.I.P. –D.G.I.-s/D.G.I.”; 26/06/2001, “Mackentor SACCIAIF”; 16/08/1990, “Avanzada, S. A. c. Gas del Estado”; 04/12/1986, “Bigdei-Or SA”; 21/02/1985, “Galligo, Gustavo”; 12/06/1984, “Bautista”; 03/05/1984, “Moresco”. En similar sentido: CNACAF, Sala IV, 15/04/1998, “Santa Lucía Cristal S.A.C.I. y F. c/ Administración Nacional de Aduanas”; 14/08/1990, “Menzani, Carlos y otros c/ Osplad”; 30/03/1989, “De la Torre”; 25/09/1986, “Conafer”; Sala II, 20/10/2004, “Econor S.A. –inc. Rendición de Cuentas c/ Consejo Federal de la Energía Eléctrica (CFEE) s/ Diligencia preliminar”.

En relación con la aplicación “anológica” o “subsidiaria” de una norma, destacamos que, tal como señalara la doctrina, la primera supone carencia histórica de normas y la elaboración y adaptación en ella implicadas derivan no solo de esa carencia sino, además, de la necesidad de respetar en la tarea integradora las características y exigencias particulares del sistema normativo integrado mientras que, la segunda, excluye la elaboración o adaptación por cuanto es simplemente la aplicación directa de un sistema a otro. A su vez, se ha distinguido *“entre la analogía legal en sentido amplio o analogía de derecho, en virtud de la cual se aplican materias enteras analógicamente a otras no reguladas, y la analogía legal en sentido*

Entre las modulaciones que se han hecho del régimen cautelar previsto en el CPCCN para compatibilizarlas con el proceso contencioso administrativo está, precisamente, el que se vincula con el *traslado o informe previo* al dictado de la medida cautelar cuando el Estado es parte o interviene.

Así, a modo de ejemplo, si el particular solicitaba como medida cautelar la suspensión judicial de los efectos del acto administrativo, el juez, previo a suspender los efectos del acto, en algunas ocasiones excepcionales requería un traslado o informe previo a la autoridad pública demandada.

De ese modo, es posible registrar algunos precedentes jurisprudenciales en donde en las causas que intervenía el Estado nacional, los jueces antes de otorgar la medida cautelar requerían las actuaciones administrativas para constatar los extremos denunciados por el administrado; por otra parte, también existen antecedentes en los que, en algunas circunstancias excepcionales y con fundamento en el interés público comprometido, de modo *precautelar*, es decir, previo a resolver sobre el otorgamiento de la medida solicitada, el juez ordenaba la sustanciación del proceso.

Sin embargo, cabe destacar que aquella práctica judicial no encontró apoyo uniforme en la doctrina<sup>439</sup>.

3.1.1.2.- Ahora bien, a partir de la entrada en vigencia de la LMC, aquel denominado traslado o *informe previo* encontró sustento legal.

---

*estricto en la que un caso no previsto en el sistema se resuelve por aplicación de las normas del mismo sistema referidas a otro de iguales características esenciales. En la analogía de derecho la integración es más compleja porque se trata no sólo de elaborar la norma sino, además, de hacerlo en función de la especificidad del sistema integrado; en la legal en sentido estricto, este segundo aspecto no se presenta porque ella se da en el ámbito de un mismo ordenamiento” (COMADIRA, Julio Rodolfo, El Acto Administrativo..., op. cit., p. 14/15, nota N° 32).*

<sup>439</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Medidas “cautelares autónomas” en el contencioso administrativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 142/144 y 148/149; COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto administrativo en la nueva ley de medidas cautelares en las que el Estado es parte”, en AA.VV., *Control Público y Acceso a la Justicia*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2016, Tomo 2, p. 242/243; GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 94; HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2009, Tomo III, p. 488 y 542; VALLEFÍN, Carlos A., *Medidas cautelares frente al estado. Continuidades y rupturas*, 1ª edición, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, p. 88/94; entre otros.

En efecto, el art. 4° de la ley citada expresamente dispone, en lo que aquí interesa, que, como principio general<sup>440</sup>, “*solicitada la medida cautelar, el juez, previo a resolver, deberá requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco (5) días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud. Con la presentación del informe, la parte demandada podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañará las constancias documentales que considere pertinentes*”.

3.1.1.3.- Como se ve, sin perjuicio de las distintas opiniones que se han esbozado sobre la norma en cuestión, y no obstante nuestra opinión crítica sobre el tema (el que será expuesto en el punto N° 3.2.1.1.1.2. del Capítulo XII de esta tesis), lo cierto es que actualmente en las causas en las que el Estado es parte o interviene, el principio general en materia cautelar es que el Juez, antes de resolver la cautelar de fondo, debe requerir un *informe previo* a la autoridad demandada.

Es claro que la solicitud de un *informe previo* a la demandada, que implica una *bilateralización* del proceso cautelar, se erige, como bien se ha señalado, en una nueva *prerrogativa procesal* a favor de la Administración<sup>441</sup>.

### 3.2.) Nuevas garantías

Por otra parte, así como hemos mencionado que existen nuevas prerrogativas procesales a favor de la Administración, resulta innegable que el administrado actualmente también goza de nuevas garantías, sustanciales y procesales. Veamos.

---

<sup>440</sup> Es que, como prevé la norma en su apartado tercero, en aquellos casos en donde estén en juego sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria, o se trate de un derecho de naturaleza ambiental, las medidas cautelares “*podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada*”.

<sup>441</sup> Así lo ha entendido, en su momento, GRIMAU, Juan I., “El informe previo en el régimen federal de medidas cautelares en las causas en que el Estado es parte o interviene. Régimen, naturaleza jurídica, análisis constitucional e implicancias prácticas”, EDA suplemento del 04/04/2019.

En relación con la *bilateralización* del proceso cautelar, nos remitimos a lo que se expondrá en el punto N° 3.2.1.1.1.2. del Capítulo XII de esta tesis.

### 3.2.1.) Régimen de medidas cautelares: la “medida cautelar interina”.

#### *Remisión*

En el punto anterior vimos que en el marco de la LMC se extraía la existencia de una nueva *prerrogativa procesal* del Estado y, a modo de ejemplo, destacamos que si un particular solicitaba como medida cautelar la suspensión judicial de los efectos del acto administrativo, el principio general es que el juez debía requerir a la autoridad pública demandada la producción de un informe previo.

Pues bien, como dijimos, el régimen exorbitante debe ser un equilibrio entre las prerrogativas y garantías y, en tal sentido, en un intento de equilibrar aquella *nueva prerrogativa*, la LMC también ha previsto la denominada “medida cautelar interina”.

El art. 4° de la Ley N° 26.854 establece que “*sólo cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran, el juez o tribunal podrá dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción*”.

Así, y siguiendo el ejemplo dado en el punto anterior, en el que dijimos que cuando el particular solicita como medida cautelar la suspensión judicial de los efectos del acto administrativo, el juez debe, en principio, requerir a la autoridad pública demandada la producción de un informe previo (nueva prerrogativa), el particular también puede pedir el dictado de una *medida interina* (nueva garantía), esto es, que *ínterin* –vale decir, “mientras”, “durante”– se sustancia el *informe previo*, suspenda los efectos del acto<sup>442</sup>.

De tal forma, entonces, y sin perjuicio de nuestra opinión crítica sobre el tema, cabe concluir que la medida cautelar interina se presenta como una nueva *garantía procesal* a favor de los administrados.

---

<sup>442</sup> Un tema que también será estudiado en profundidad en el Capítulo XII, especialmente en el punto N° 3.2.1.1.1.2.2., es hasta cuándo debe mantenerse vigente la medida interina, es decir, si hasta que el Estado presente el informe previo o, su caso, si hasta que el juez se expide sobre la medida cautelar requerida.



### 3.2.2.) *El agotamiento de la vía administrativa*

Al enunciar las prerrogativas tradicionales de la Administración Pública, mencionamos el agotamiento de la instancia administrativa que, básicamente, implica que antes de poder demandar judicialmente al Estado, el particular debe agotar la instancia administrativa mediante la promoción de recursos<sup>443</sup>, reclamos administrativos previos o reclamos impropios<sup>444</sup>.

Pues bien, creemos que existe otra *garantía* procesal que, si bien no es nueva, ha pasado inadvertida por la doctrina pues, en general, siempre se enfocaron más en la prerrogativa recién mencionada.

3.2.2.1.- En otra oportunidad nos hemos encargado de mencionar que si el sujeto emisor de un acto administrativo se percatara de que el acto que dictó es gravemente ilegítimo, aquel debía declarar y ejecutar la nulidad del acto viciado en sede administrativa (acto administrativo anulatorio ejecutorio).

Precisamos, también, que si el dictado de un acto administrativo anulatorio ejecutorio resultara jurídicamente inviable, por cuanto el acto ilegítimo hubiere devenido en estable, la nulidad del acto también –o, en términos de la LNPA, “aún”– debía declararse (declaración de lesividad) pero, a diferencia del supuesto anterior, el acto anulatorio carecería de ejecutoriedad propia, por cuanto se debería acudir a la justicia para efectivizar (“ejecutar”) la pretensión anulatoria contenida en la declaración<sup>445</sup>.

Sostuvimos que la naturaleza jurídica que cabía atribuirle a la declaración de lesividad

---

<sup>443</sup> La CSJN, por adhesión al dictamen del Procurador General, señaló que “*es de la esencia de los recursos contenciosos administrativos el previo agotamiento de las instancias administrativas*” (CSJN, 16/05/1974, “Sindicato de los Trabajadores de la Industria Lechera de la Capital Federal y partidos adyacentes”, Fallos 288:398).

<sup>444</sup> Ver, por ejemplo, lo resuelto en: CSJN, 03/10/1989, “Bonis, Pedro”, Fallos: 312:1891.

<sup>445</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p. 140 y ss. Ver, también, COMADIRA, Fernando Gabriel, “Anulación del acto administrativo irregular...”, op. cit., p. 39 y ss.

Asimismo, en aquella ocasión destacamos que en el caso del acto administrativo regular estable –en concreto, el levemente viciado–, en cambio, la anulación del acto en sede administrativa o, en su caso, la interposición de la demanda de lesividad, es una posibilidad de ejercicio meramente facultativa para el sujeto emisor del acto –salvo, claro está, que la no anulación constituya una trasgresión a los límites jurídicos de la discrecionalidad– pues, en rigor, podrá sanearlo en los términos del art. 19 de la LNPA

era la de “*acto administrativo impropio*”: *acto administrativo* en tanto consiste en una declaración cuyo objeto es declarar la nulidad del acto administrativo estable –aunque con ejecutoriedad impropia por cuanto se debe acudir al órgano judicial para ejecutarlo– ; *impropio* porque los efectos jurídicos que produce y derivan de su objeto son indirectos (desde la notificación de aquella comienzan a producirse los efectos de la posible mala fe del administrado)<sup>446</sup>.

Es por ello que, en definitiva, y tal como allí señaláramos, la declaración de lesividad debe ser dictada por el órgano competente a través de un procedimiento en el que se respete, por un lado, los procedimientos esenciales y sustanciales exigidos por el ordenamiento jurídico en forma previa a la emisión de cualquier acto (como ser, por ejemplo, la emisión del dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico) y, por el otro, el debido proceso adjetivo como reglamentación procesal administrativa de la garantía del derecho de defensa consagrada por el art. 18 de la Constitución Nación<sup>447</sup>.

3.2.2.2.- Como se ve, y tal como sostuviéramos en aquella oportunidad<sup>448</sup>, la anulación de un acto administrativo estable consta de dos etapas: la primera se refiere a un procedimiento administrativo que ha de culminar con una “declaración de lesividad” y, la segunda, a la intervención del sujeto emisor del acto administrativo estable como parte actora en el proceso contencioso administrativo.

De tal forma, entonces, es claro que la “declaración de lesividad” del acto administrativo estable se erige como un presupuesto de admisibilidad de la pretensión judicial (v.gr.: acción de lesividad), al igual que el agotamiento de la vía administrativa para los particulares que mencionamos antes.

---

<sup>446</sup> Idem, p. 215. Nuestra postura, en cuanto entendemos que corresponde atribuirle a la “declaración de lesividad” la naturaleza de “acto administrativo impropio”, ha recibido acogimiento jurisprudencial expreso en un reciente fallo del Tribunal Superior de Justicia de Catamarca: TSJCatamarca, 22/11/2019, “Quipildor, Cirilo Justo c/Municipalidad de Antofagasta de la Sierra”.

<sup>447</sup> Idem, p. 145.

<sup>448</sup> Idem, p. 191 y ss.

3.2.2.3.- Si entre los fundamentos que inspiran el instituto del agotamiento de la vía administrativa por parte del administrado se han señalado, entre otros, permitir una etapa conciliatoria anterior al litigio, dar a la Administración la posibilidad de corregir errores en mérito a los argumentos del administrado y facilitar la tarea judicial al someter a su sede cuestiones delimitadas previamente, con intervención de órganos administrativos especializados<sup>449</sup>, bien podría decirse que el dictado de la declaración de lesividad como requisito de admisión de la pretensión judicial de nulidad de la Administración responde a la misma idea.

La declaración de lesividad, que no es más que una consecuencia lógico-jurídica de los principios elementales que hacen al sistema jurídico administrativo y que está implícitamente contenida en la LNPA, permite que el particular pueda intervenir previamente a su dictado para repeler la posible afectación de derechos subjetivos, estableciéndose una etapa conciliatoria anterior a “*un pleito contencioso-administrativo para defenderse (y abonar los honorarios de su Letrado)*”<sup>450</sup>.

Por otra parte, la declaración de lesividad facilitaría la eventual actuación judicial pues con aquella la Administración, en principio, habría acreditado debidamente la ilegitimidad o el vicio generador de la nulidad, lo que supone que luego de una meditada decisión está formalmente convencida de que el acto administrativo cuya nulidad judicial se pretende lesiona el interés público.

En consecuencia, junto con la demanda de lesividad el sujeto emisor del acto administrativo estable debería acompañar el acto declaratorio de lesividad y el expediente administrativo donde aquel fue dictado<sup>451</sup>.

---

<sup>449</sup> Ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 419 y ss.

<sup>450</sup> PONCE ARIANES, *La nueva regulación de la revisión de oficio*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Salamanca, 1995, p. 77.

<sup>451</sup> MIOLANO, José Luis, “Límites de la potestad revocatoria de la Administración: La acción de lesividad”, en *Estudios de Derecho Administrativo IX*, Ediciones Dike, Buenos Aires, 2003, p. 83, especialmente p. 382/383; HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca A., *Acción de lesividad en Tucumán y Nación*, RAP 336:309; HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal...*, op. cit., Tomo III, p. 654; DIEZ, Manuel María, *Derecho Procesal Administrativo (Lo contencioso administrativo)*, con la colaboración de Tomás HUTCHINSON, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1996, p. 305; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El proceso de lesividad*, Revista de Administración Pública, N° 25, Madrid, 1958, p. 148; GUAITA, Aurelio, *El Proceso administrativo de lesividad*, Bosch, Barcelona, 1953, p. 151/152; MORÓN URBINA, Juan Carlos, *El proceso contencioso de lesividad: catorce años después de su incorporación en el derecho peruano*, en A.A.V.V., *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XV Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, San Juan, Puerto Rico, 2015. Tomo 2, p. 715 y ss., especialmente p. 734.

3.2.2.4.- Por último, hemos de puntualizar que la ausencia de la declaración de lesividad o, en su caso, la existencia de algún vicio grave en alguno de sus elementos, hará que aquél no produzca los efectos buscados y, por tanto, el tribunal deberá declarar la inadmisibilidad de la pretensión procesal administrativa, de oficio o a pedido de parte, tal como lo sostuvo oportunamente GONZÁLEZ ARZAC en su conocido voto en la causa “Wainstein”<sup>452</sup>.

---

Así lo prevén, también, diversos ordenamientos jurídicos provinciales (v.gr.: Neuquén -art. 36 del Código Procesal Administrativo-, Tucumán -art. 29 del Código Procesal Administrativo-) e internacionales (v.gr.: España –art. 45.4. de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa–, El Salvador –art. 94 de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa–).

DROMI, por su parte, ha señalado que *“la falta del expediente, existiendo el acuerdo o acto administrativo de declaración de lesividad, no puede producir la inadmisibilidad del proceso, pero de todos modos es conveniente a los efectos probatorios adjuntar dichas constancias para viabilizar la procedencia de la pretensión procesal de anulación”* (DROMI, Roberto José, “Acción de lesividad”, Revista de la Administración Pública, N° 88, Madrid, 1979, p. 222).

<sup>452</sup> CNACAF, Sala 3°, 11/05/1989, “Wainstein, Mario c. Universidad de Buenos Aires”, LL 1989-D, 481, considerando IV.

También han señalado que la ausencia de la declaración de lesividad o, en su caso, un vicio grave en alguno de sus elementos determina la inadmisibilidad de la pretensión HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal...*, op. cit., Tomo III, p. 644; ILDARRAZ, Benigno, “El proceso de lesividad”, en CASSAGNE, Juan Carlos - Director -, *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*, 2° Edición Actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2011, Tomo 2, p. 617; LEGUIZAMÓN, Gustavo S., “Lo contencioso administrativo en la provincia del Chaco”, en AA.VV. GARCÍA PULLÉS, Fernando R., –Director- *El contencioso administrativo en la Argentina (análisis del sistema federal, de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, Tomo I, p. 692; HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca A., *Acción de lesividad...*, op. cit.; DROMI, Roberto José, “Acción de lesividad”, op. cit., p. 220; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús – GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Comentarios a la ley de régimen jurídico...*, op. cit., p. 887 y 900 y, también, en GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El proceso de lesividad...*, op. cit., p. 148; ESCUÍN PALOP, Vicente, *El recurso contencioso-administrativo de lesividad*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2004, p. 114 y ss.; ZAVALA EGAS, Jorge, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Edilez S.A., Quito, p. 687; LINARES MARTÍNEZ, Aurilivi, “El proceso de lesividad: ¿una vía contencioso-administrativa en manos de la Administración?”, en AA.VV., *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, ARISMENDI, Alfredo A. y CABALLERO ORTIZ, Jesús (Coordinadores), Cívitas, Madrid, 2003, Tomo II, p. 2233; LLOBREGAT, José Garberí, “El proceso de lesividad”, en AA.VV., *Derecho Procesal Administrativo*, SENDRA, Vicente Gimeno – CATENA, Víctor Moreno – LLOBREGAT, José Garberí –GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Serrano Nicolás, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, p. 731; MORÓN URBINA, Juan Carlos, *El proceso contencioso de lesividad...*, op. cit., p. 731; MESEGUER YEBRA, Joaquín, *La declaración de lesividad de los actos administrativos anulables*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 18; GÓMEZ DÍAZ, Ana Belén, *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, Iustel, Madrid, 2014, p. 491, entre muchos otros.

Sobre la cuestión, la última autora citada sostiene que *“el juez contencioso debe examinar la consistencia de las razones de interés público alegadas por la Administración demandante, así como su legitimidad, efectividad e intensidad; y que, en caso de estimarlas insuficientes, puede desestimar el recurso (o incluso, inadmitirlo anticipadamente si su carencia es notoria), con independencia de que el acto impugnado sea o no contrario a Derecho”*. De esa manera, concluye que *“en el proceso de lesividad no se da solo, pues, un «proceso al acto» que la Administración impugna, sino también un «proceso a la fase previa al proceso de lesividad»; el juez contencioso debe controlar los aspectos formales del*

3.2.2.5.- En definitiva, entonces, cabe concluir que, al menos en el marco de la acción de lesividad, la habilitación de la instancia –concretamente, el agotamiento de la vía administrativa–<sup>453</sup> se perfila no solo como una prerrogativa a favor de la Administración sino, también, como una garantía del particular: en el primer caso, porque le garantiza que su posterior planteo judicial parte de una serena y documentada decisión sobre los intereses afectados<sup>454</sup> y, en el segundo, porque le permite al particular intervenir previo a su dictado para repeler la posible afectación de derechos.

Por ello, si la doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la jurisdicción, en tanto habilitación expresa, implícita o inherente, implica que ésta es concebida no solo como un presupuesto de su accionar sino, también, como un *encargo* cuando ella tenga

---

*procedimiento que ha llevado al proceso de lesividad*” (GÓMEZ DÍAZ, Ana Belén, *La legitimación...*, op. cit., p. 491/492).

En Perú, el art. 21 de la Ley N° 27854 que Regula el Proceso Contencioso Administrativo expresamente estipula que la demanda será declarada improcedente cuando, entre otros supuestos, “*no se haya expedido la resolución motivada a la que se hace referencia en el segundo párrafo del Artículo 11*”, es decir, cuando no se haya declarado lesivo en sede administrativa el acto administrativo.

<sup>453</sup> Al respecto, cabe mencionar que, como se verá en el punto N° 2 del Capítulo XI de esta tesis, a efectos de que el particular pueda demandar al Estado por sus hechos, actos u omisiones, la LNPA establece que la habilitación de la instancia judicial y, por consiguiente, la admisibilidad de la pretensión procesal administrativa, exige la ocurrencia de dos requisitos: a) agotamiento de la vía administrativa y, b) interposición de la demanda dentro de plazos de caducidad establecidos por la ley.

Sobre el tema, la CSJN ha señalado que “*nuestro sistema se asienta sobre la base de una amplia revisión por parte del Poder Judicial de los actos emanados de la Administración Pública, aunque sometida a ciertas condiciones de procedencia de la acción –habilitación de la competencia judicial por el agotamiento de la instancia administrativa, integrada con el plazo de caducidad de la acción o recurso de que se trate*” (CSJN, 26/10/1993, “Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 316:2454).

Ahora bien, y teniendo en consideración, por un lado, que según el art. 27 de la LNPA “*no habrá plazo para accionar en los casos en que el Estado o sus entes autárquicos fueren actores, sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción*” y, por otra parte, que de acuerdo con el art. 387 del CCCN la nulidad absoluta es imprescriptible, cabe concluir que según el régimen jurídico positivo actual, cuando es el Estado quien pretende obtener la nulidad judicial de un acto administrativo nulo de nulidad absoluta –que, como dijimos, devino en estable–, si bien aquel debe agotar la vía administrativa emitiendo la mencionada declaración de lesividad, lo cierto es que no tiene plazo para iniciar la acción de lesividad.

Distinto es lo que sucede ante un acto administrativo regular estable –en concreto, el levevemente viciado– pues, en aquel supuesto, y por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 2562 del CCCN, así como el sujeto emisor tendrá dos (2) años para declararlo lesivo desde que lo dictó, también deberá interponer la demanda de lesividad dentro de los dos (2) años desde que la declaración de lesividad se tuviera por notificada.

<sup>454</sup> En igual sentido: COPPA, Sergio A., “La acción de lesividad”, en COMADIRA, Julio Pablo e IVANEGA, Miriam Mabel (Coordinadores), *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 501/516.

que producirse a favor de los destinatarios<sup>455</sup>, cabe concluir que la previa declaración de lesividad de un acto administrativo ilegítimo estable constituye un *deber* de la Administración el que, además, como se dijo, se erige como presupuesto de admisibilidad de la pretensión judicial de lesividad.

De ese modo, y al menos en el marco de la acción de lesividad, la habilitación de la instancia –especialmente, el agotamiento de la vía administrativa– no agota su virtualidad en sus efectos únicamente como prerrogativa, sino que, además, atendiendo a una visión equilibrada del derecho administrativo como régimen jurídico exorbitante, aquella se erige, a la vez, por presencia o ausencia, como una garantía para los particulares<sup>456</sup>.

En consecuencia, cuando un órgano estatal o un ente no estatal en ejercicio de la función administrativa, pretende obtener la nulidad judicial de un acto o contrato administrativo que no puede anular con efectos ejecutorios en sede administrativa, el órgano jurisdiccional tiene el imperativo legal de verificar, aún de oficio<sup>457</sup>, los presupuestos procesales especiales de admisibilidad de la pretensión de lesividad.

El órgano jurisdiccional competente deberá verificar, entonces, que el sujeto emisor del acto administrativo estable hubiere dictado la previa declaración de lesividad en sede administrativa.

---

<sup>455</sup> Ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 493 y, más recientemente, COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 99 y ss.

<sup>456</sup> La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ha sostenido que la exigencia del agotamiento de la instancia administrativa “*si bien puede interpretarse como una prerrogativa del Estado que tiene por objeto dar oportunidad para zanjar la cuestión por sí mismo, evitando la intervención del Poder Judicial, también debe ser examinado atendiendo a su finalidad de garantía de una mayor protección del particular, proporcionándole un medio sencillo y económico para satisfacer sus pretensiones, que le permite conocer íntegramente la posición de defensa de la administración antes de decidir sobre su oportunidad de acudir a la vía judicial*” (CNACAF, Sala II, 10/08/2004, “Lagunilla S.A. c/ Inspección General de Justicia –Deci. 55/00– s/ proceso de conocimiento”; CNACAF, Sala II, 05/05/2011, “Multiscope S.A. c/ EN –Mº Economía– Resol 47/07 AFIP DGA (8 PACKING L) s/ Proceso de Conocimiento”).

<sup>457</sup> CSJN, 04/02/1999, “Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María v. Estado nacional (Ministerio de Cultura y Educación)”, Fallos 322:73, con comentario de COMADIRA, Julio Rodolfo, “El caso ‘Gorordo’: Nueva jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de habilitación de la instancia y revisión judicial de la denuncia de ilegitimidad”, EDA 181:960, reproducido luego en *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 469 y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Tomo 2, p. 1274.



### 3.2.3.) *La presunción de legitimidad del acto administrativo*

Como hemos visto en los párrafos anteriores, una de las prerrogativas sustanciales de la Administración es la presunción de legalidad de los actos administrativos<sup>458</sup>.

Sin embargo, si bien la presunción de legitimidad del acto administrativo fue tradicionalmente concebida solo como una prerrogativa sustancial de la Administración Pública, lo cierto es que, como apuntó el profesor COMADIRA en el año 2005, y tal como profundizara JULIO PABLO COMADIRA, actualmente podría sostenerse que aquella se constituye, a la vez, por presencia o por ausencia, como una garantía para los particulares<sup>459</sup>.

---

<sup>458</sup> La presunción de legitimidad del acto administrativo es la suposición relativa de que aquel fue dictado con arreglo a las normas jurídicas que debieron condicionar su emisión (COMADIRA, Fernando G., “¿Cómo obtener la suspensión de los efectos de un acto administrativo en sede judicial?”, *elDial.com - DC2BBE*). En igual sentido puede verse: COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 137; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 205 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La presunción de legitimidad del acto administrativo como prerrogativa y garantía: concepto, fundamento, límites y consecuencias”, en AA.VV. *El Derecho Administrativo Hoy. 16 años después*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2013, p. 51 y ss.

Conforme surge del art. 12 de la LNPA, “*el acto administrativo goza de presunción de legitimidad*” lo que implica que, como ha resuelto la CSJN, “*se presume que toda la actividad de la Administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, presunción que subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente*” CSJN, 20/08/1996, “Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c. Banco de la Nación Argentina”, Fallos 319:1476 y, más recientemente, CSJN, 28/06/2016, “Estado Nacional – Fuerza Aérea Argentina c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de pesos/sumas de dinero”, Fallos 339:876.

La presunción de legitimidad del acto administrativo también fue reiteradamente admitida por la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictámenes 266:296; 254:339; 249:741; 246:532; 245:501; 235:326; 235:231; 233:499; 223:228; 223:221; 222:198; 222:7; 175:119; 157:12; entre otros.

En relación con los fundamentos de aquella presunción cabe destacar que, en nuestra opinión, e independientemente de las diversas opiniones que se han esbozado sobre la cuestión, la razón en virtud de la cual el acto administrativo goza de presunción de legitimidad se sustenta en la esencia misma de la función administrativa, es decir, en la satisfacción directa e inmediata el interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad.

Si como señaláramos en el punto N° 2.3.3. del Capítulo I, la función administrativa consiste en satisfacer de manera directa e inmediata el *interés público*, y éste supone como elemento necesariamente constitutivo de su noción la plena vigencia del orden jurídico, es una consecuencia lógica presumir, al menos liminarmente, que los actos dictados en el ejercicio de aquella función son legítimos.

Del concepto que hemos dado de presunción de legitimidad se advierte que aquella no es absoluta sino, antes bien, relativa. Por ello, y tal como lo hemos apuntado en otra ocasión (COMADIRA, Fernando G., *La acción de lesividad...*, op. cit., p. 322), la presunción de legitimidad de los actos administrativos no solo no podría predicarse de aquellos actos que ostentan vicios manifiestos, sino tampoco de los que adolecen de un vicio grave debidamente comprobado con posterioridad, o tuvieran como causa de derecho una norma que, en términos de la Corte, es portadora de una “presunción de inconstitucionalidad”.

<sup>459</sup> Ampliar en: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 205 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La presunción...”, op. cit., p. 51 y ss.



3.2.3.1.- Así, a modo de ejemplo, podemos señalar que la *presencia* de la presunción de legitimidad del acto administrativo opera a favor del particular cuando debe analizarse el conocimiento del vicio de un acto, como causal habilitante para la anulación de oficio del acto administrativo en sede administrativa.

Cabe recordar que según surge del art. 17 de la LNPA la Administración debe anular de oficio los actos administrativos nulos de nulidad absoluta –esto es, los actos irregulares–.

Sin embargo, conforme reza la ley, aquella potestad anulatoria ejecutoria no será posible si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, a menos, señala la CSJN<sup>460</sup>, la PTN<sup>461</sup> y la mayoría de la doctrina<sup>462</sup>, que el particular hubiere conocido el vicio del acto<sup>463</sup>.

---

La consideración de la presunción del acto administrativo como garantía a favor de los administrados ya había sido advertida por distintos autores.

Así, FIORINI había planteado que el principio de presunción de legitimidad no rige exclusivamente a favor del poder administrador, sino también de los administrados; y que “*es gravísimo error de muchos funcionarios pretender que la presunción de legitimidad es una prerrogativa exclusiva en su favor, en desmedro del particular*” (FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo I, p. 352/353).

<sup>460</sup> CSJN, 17/02/1998, “Almagro, Gabriela y otra”, Fallos 321:169. Criterio reiterado, en fecha más reciente, en CSJN, 30/09/2003, “El Rincón de los Artistas c. Htal. Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ordinario”, Fallos: 326:3700. Este último fallo fue comentado por el profesor Julio Rodolfo COMADIRA en, “Valiosos aportes de la Corte Suprema a la teoría general del acto y del contrato administrativo”, en COMADIRA, *Elementos de Derecho Administrativo*, p. 665 y ss.

<sup>461</sup> Dictámenes 137:231; 151:219; 153:213; 170:155; 180:125; 183:98; 195:49; 216:34; 233:329; 233:340; 234:465; 234:472; 234:588; 235:326; 235:446; 267:579; 277:196; entre otros.

<sup>462</sup> Ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, op. cit., p. 82 y ss.

<sup>463</sup> Ciertamente, el análisis vinculado con la determinación de la conducta del administrado idónea para configurar el conocimiento del vicio y, con ello, la potestad anulatoria de oficio del sujeto emisor de un acto administrativo, por su extensión y alto grado de complejidad y discutibilidad jurídica, excede con holgura el análisis pretendido en este trabajo, razón por la cual remitimos para su estudio a los trabajos efectuados por quienes han estudiado en profundidad aquella cuestión, entre ellos: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 365; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 71 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “¿Cuándo el particular ‘conoce el vicio’ del acto administrativo? A propósito del artículo 18 de la LNPA”, Suplemento de Derecho Administrativo de elDial.com, elDial.com DC20C. Asimismo, para un análisis de las distintas posturas adoptas por la Procuración del Tesoro de la Nación sobre la cuestión aquí planteada, remitimos al estudio realizado por RODRÍGUEZ, María José, “La aplicación de la LNPA a los contratos administrativos”, en AA.VV. *Procedimiento Administrativo*, POZO GOWLAND, Héctor M. - HALPERÍN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando, -Directores-, La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 127.

Sin perjuicio de ello, en esta ocasión solo diremos que las diversas posturas esgrimidas tanto por la doctrina como por la PTN podrían resumirse en las siguientes teorías: a) el conocimiento del vicio se configura cuando hay connivencia dolosa entre el funcionario y el particular –ej.: se paga una coima–

De ese modo, entonces, si los actos administrativos se presumen legítimos, es claro que la Administración no podría presumir que el particular conoce el vicio, aun cuando

---

(GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, p. IV-18); b) el vicio debe tenerse por configurado no solo cuando existe connivencia dolosa sino, además, cuando sobre la base de la actuación dolosa del administrado, la Administración emite el acto administrativo de cuya anulación se trata –ej.: se presenta un certificado apócrifo– (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 796); c) consiste en una teoría más amplia pues, en rigor, además de reconocer la potestad anulatoria en casos de connivencia dolosa o en los supuestos de actuar dolosa del particular, entiende que alcanza con el mero conocimiento del vicio (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 365/366; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 198, entre otros).

Por nuestra parte, se bien antes de ahora hemos adherido a la última teoría mencionada (COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, op. cit., p. 79/80), en esta oportunidad solo habremos de efectuar algunas precisiones.

Así, pues, cabe analizar cuándo es posible sostener que existe un “mero conocimiento del vicio” como causal habilitante de la potestad anulatoria de oficio del acto administrativo y, en tal sentido, resulta necesario distinguir si el vicio se trata de una cuestión fáctica –es decir, cuestiones de hecho– o de derecho. En el primer supuesto, es claro que quien pretenda anular de oficio el acto administrativo debe probar que el particular conocía las circunstancias fácticas que dieron lugar al dictado del acto viciado. Por otra parte, si se está ante un vicio relacionado con cuestiones de derecho, el tema analizado se torna aún más complejo.

En efecto, para un sector de la doctrina, como el derecho se presume conocido, cuando se está ante un acto administrativo que tiene un vicio relacionado con cuestiones de derecho, cabe presumir el conocimiento del vicio por parte del particular y, por tanto, el sujeto emisor del acto viciado estará en condiciones de anularlo con efectos ejecutorios (DIEZ, Horacio Pedro, “El conocimiento del vicio por el administrado y la revocación del acto viciado de nulidad absoluta. La interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso ‘Almagro’”, ED 178:676).

En nuestra opinión, creemos que no es posible presumir el conocimiento del vicio cuando se trata de cuestiones de derecho pues, si bien es cierto que el derecho se presume conocido, en un Estado Constitucional de Derecho no puede soslayarse, por un lado, que la buena fe del particular debe presumirse y, por otra parte, que, como dijimos en el texto, la presunción de legitimidad no solo se presenta como una prerrogativa de la Administración sino, también, como una garantía del administrado, razón por la cual éste podría invocarla para negar que conocía el vicio de derecho.

Ciertamente, si bien la cuestión escapa al objeto de este trabajo, aquí solo recordaremos que, la presunción de legitimidad no es absoluta pues cede en tres supuestos: a) cuando se trata de actos que ostentan vicios manifiestos, b) cuando se está en presencia de actos que adolecen de un vicio grave debidamente comprobado con posterioridad, c) cuando, e independientemente de nuestra visión crítica de la cuestión, resulta de aplicación la doctrina elaborada por la CSJN sobre la “presunción de inconstitucionalidad”. Ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, op. cit., p. 321 y ss.2; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 205 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La presunción de legitimidad...”, op. cit., p. 51 y ss.

Es claro que el verdadero desafío está en determinar hasta qué punto puede fehacientemente afirmarse que el particular beneficiado por un acto administrativo ilegítimo ha obrado de buena fe y, en tal sentido, creemos que para ello debe tenerse en cuenta las condiciones específicas del particular administrado, tal como lo puntualizó la CSJN en el caso “Cadipsa” (CSJN, 16/05/2000, “Cadipsa SA v. Estado nacional y otros, s/nulidad de acto administrativo”, Fallos 323:1146) y la PTN (Dictámenes 268:172).

Por consiguiente, entonces, y como señaláramos en el trabajo antes citado, sostenemos que el “conocimiento del vicio” como causal de excepción a la estabilidad del acto y, por tanto, habilitadora de la anulación de oficio, ha de ser la mala fe del administrado, exteriorizada en la falta de comunicación de éste a la Administración, y teniendo como pauta de interpretación su especial versación técnica y jurídica (COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, op. cit., p. 79/80).

se vincule con una cuestión de derecho pues, precisamente, la presunción de legitimidad del acto administrativo impide suponer que el administrado conocía un vicio de un acto que, justamente, se presume legítimo<sup>464</sup>.

3.2.3.2.- Por otra parte, resulta indudable que la presunción de legitimidad de los actos administrativos operará a favor del administrado no solo por su presencia sino, también, por *ausencia* de aquella.

Tal como hemos mencionado en otra oportunidad<sup>465</sup>, el acto administrativo afectado por un vicio grave y manifiesto, o un vicio grave debidamente evidenciado con posterioridad, o dictado con base en una norma portadora de presunción de inconstitucionalidad, carece de presunción de legitimidad.

Como se ve, la ausencia de presunción de legitimidad de los actos administrativos irregulares varía, entonces, en virtud del carácter manifiesto o no del vicio que los afecta: en el supuesto de tratarse de un acto irregular con vicio manifiesto, aquel carece de presunción de legitimidad desde que fue emitido, mientras que, si se trata de un acto administrativo irregular con vicio no manifiesto, la presunción de legitimidad se mantiene hasta tanto no sea fundadamente impugnado por el particular.

**En ese orden de ideas, si la obligatoriedad del acto administrativo deriva de la presunción de legitimidad, es más que razonable concluir que si el acto administrativo carece de presunción de legitimidad, aquel no será obligatorio, pudiendo el particular desobedecerlo por su cuenta y riesgo, aunque, claro está, a partir de diversos momentos, dependiendo de si el vicio es manifiesto o no.**

En ese sentido, COMADIRA señalaba que la principal consecuencia de la carencia de presunción de legitimidad *“es la posibilidad que se abre al particular para desobedecer válidamente el acto que denote esa ausencia; inicialmente, si el vicio es manifiesto o, partir de su comprobación, si se trata de un vicio grave sólo evidenciado con*

---

<sup>464</sup> Más ejemplos pueden verse en: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 228 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La presunción de legitimidad...”, op. cit., p. 51 y ss.

<sup>465</sup> Ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, op. cit., p. 322.

*posterioridad*”<sup>466</sup>.

Por lo demás, entendemos que la solución propuesta se condice con lo resuelto por nuestro Máximo Tribunal *in re* “Barraco Aguirre”, pues allí se señaló que “*el acto administrativo bajo examen no carecía de la correspondiente presunción de legitimidad y, por tanto, el Dr. Barraco Aguirre debió acatarlo y prestar los servicios respectivos, sin perjuicio de los reclamos y recursos a que se creyera con derecho*”<sup>467</sup>.

Como fácilmente podrá advertir el lector, una interpretación a *contrario sensu* del fallo citado lleva a sostener que si el acto administrativo hubiere carecido de presunción de legitimidad, el particular podría haberlo desobedecido válidamente.

Naturalmente, lo hasta aquí señalado en modo alguno implica incitar a la desobediencia de los actos de las autoridades públicas.

Muy por el contrario. La desobediencia del acto administrativo por “cuenta y riesgo” del particular en los supuestos planteados supone, desde luego, que si con posterioridad la justicia declara la ilegitimidad del acto el particular no podrá ser sancionado por desobediencia.

Es que, como señalaba el Profesor COMADIRA, si se resuelve administrativa o judicialmente que la decisión incumplida “*adolecía de un vicio grave y manifiesto, no se lo debe, además, castigar por ello* [la desobediencia]; y, a la inversa, si no se acredita que el acto padecía de un vicio de esa índole, debe ser objeto de las sanciones que corresponda”<sup>468</sup>.

---

<sup>466</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 140.

En similar sentido puede consultarse, entre otros: GORDILLO, Agustín *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, V-15; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 205 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La presunción...”, op. cit.; MONTEQUÍN, Marina Ávila, “Las nulidades manifiestas y no manifiestas”, en A.A.V.V., *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 555 y ss.; IVANEGA, Miriam M., “Alcance de la presunción de juridicidad en la República Argentina”, en AA.VV. *El acto administrativo como fuente del derecho administrativo en Iberoamérica (Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo)*, Congrex S.A., Panamá, 2009, p. 44.

<sup>467</sup> CSJN, 11/12/1980, “Barraco Aguirre, Rodolfo c/ Universidad Nacional de Córdoba”, Fallos 302:1503, considerando 7º. En similar sentido, años antes el Máximo Tribunal había señalado que “*el derecho de la actora de ningún modo ha de estimarse disminuido ni excluido por la circunstancia de que ella no haya observado las prescripciones de una cláusula manifiestamente inválida*” (CSJN, 16/02/1962, “Acuña Hnos. y Cía., S. R. L. c. Provincia de Santiago del Estero”, Fallos 252:39).

<sup>468</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 140. En similar sentido: GORDILLO, Agustín *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, V-15.

3.2.3.3.- De los ejemplos brindados se aprecia claramente como la presunción de legitimidad de los actos administrativos opera no solo como prerrogativa a favor de la Administración sino, también, como garantía de los particulares.

#### **4.) El régimen jurídico exorbitante y su impacto en los reglamentos**

Sentado lo expuesto, y teniendo en consideración, por un lado, que el resultado del ejercicio de la *función administrativa* es el *acto administrativo en sentido amplio y/o genérico*<sup>469</sup> y, por otra parte, que el *régimen jurídico exorbitante* es la nota característica y tipificante de aquella función, corresponde preguntarse cómo impacta dicho régimen en la materia objeto de esta tesis, esto es, en los reglamentos.

4.1.- En primer lugar, cabe señalar que todos los reglamentos, cualquiera sea su especie –v.gr.: reglamentos autónomos, ejecutivos, delegados y de necesidad y urgencia–, al ser una especie del género acto administrativo, habrán de presumirse legítimos, es decir, que existe una suposición relativa de que aquellos fueron dictados con arreglo a las normas jurídicas que debieron condicionar su emisión<sup>470</sup>.

La presunción de legitimidad de los reglamentos no solo ha sido aceptada por la doctrina<sup>471</sup> sino que, además, y tal como veremos en el punto N° 3.3.2.3. del Capítulo X, la misma CSJN la reconoció incluso para el caso de los reglamentos de necesidad y

---

<sup>469</sup> Sostenemos que el resultado de la función administrativa es el “acto administrativo” en *su sentido más genérico y comprensivo* toda vez que su concepto engloba tanto a los actos de alcance particular y general (normativos –v.gr.: reglamentos– o no normativos) como a los de gestación unilateral y bilateral (es decir, los contratos administrativos). De todos modos, cabe destacar, al igual que lo hemos hecho a lo largo de esta tesis, que en virtud de una de las diversas funciones a las que debe responder la *teoría del acto administrativo* (v.gr.: la función teórica-práctica), la noción técnico-estricta de “acto administrativo” debe quedar reservada a una de las sub-especies de entre las diversas especies del mismo género que, en nuestra opinión, ha de ser al acto administrativo de alcance particular.

<sup>470</sup> Ver lo expuesto en la nota N° 458.

<sup>471</sup> MONTEZANTI, Néstor Luis, *Suspensión del acto...*, op. cit., p. 127 y ss.; DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación...*, op. cit., p. 103 y ss.; HUTCHINSON, Tomás, “Los actos de alcance general” en AA.VV., *Tratado jurisprudencial y doctrinario*, HUTCHINSON, Tomás, - Director -, La Ley, Buenos Aires, 2010, Tomo 1, Vol. 1, p. 457; BIDART CAMPOS, Germán, *El Derecho Constitucional...*, op. cit., Tomo II, p. 78 y ss. y, posteriormente, en BIDART CAMPOS, Germán, *Manual...*, op. cit., Tomo III, p. 244, entre otros.

urgencia<sup>472</sup>.

Cabe recordar que, como dijéramos en las páginas que anteceden, la presunción de legitimidad de los actos administrativos, en el caso, de los reglamentos, no solo debe ser concebida como una *prerrogativa* sino, a la vez, por presencia o por ausencia, como una garantía para los particulares.

4.2.- En segundo término, y como consecuencia de la presunción de legitimidad, los reglamentos estarán dotados de “ejecutoriedad”.

Ciertamente, no pretendemos aquí abordar en profundidad el estudio de la “ejecutoriedad” de los actos administrativos, pues ello excedería con holgura el objeto de esta tesis.

Empero, en esta ocasión resulta necesario destacar que la ejecutoriedad es uno de los caracteres del acto administrativo que permite al sujeto emisor a disponer por sí y ante sí,

---

<sup>472</sup> Sin perjuicio de la actual postura de la CSJN que a continuación será expuesta, cabe destacar que la Dra. Argibay en la causa “Massa” sostuvo que los DNU no gozarían de presunción de validez y que, por consiguiente, correspondería al Poder Ejecutivo demostrar la constitucionalidad (CSJN, 27/12/2006, “Massa, Juan Agustín c/Poder Ejecutivo Nacional – dto. 1570/01 y otro s/amparo ley 16.986”, Fallos 329:5913, con comentario de COVIELLO en: COVIELLO, Pedro J., “El voto de la juez Carmen M. Argibay en la causa ‘Massa’”, EDA, 2007–498). Este autor, siguiendo la postura de la Dra. Argibay, sostiene que la presunción de constitucionalidad no sería aplicable al caso de los DNU porque *“una cosa es la presunción de validez con que cuenta una ley, en la medida que en ella ha existido un previo debate por los representantes del pueblo, y otra cosa es un decreto de necesidad y urgencia que, por la forma que está redactada la cláusula constitucional del art. 99. inc. 3º, párr. 2º, más bien parece que habría una negativa inicial del constituyente a dar la presunción de legitimidad a tales normas, con lo cual quedaría neutralizado el principio general de la presunción de validez de los actos de los poderes públicos”*. GORDILLO, por su parte, al analizar el voto de la Dra. Argibay lo consideró “interesante” (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. VII–28).

La Dra. Argibay volvió a ratificar en su voto en la causa “Aceval Pollacchi”, donde precisó que *“cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse prima facie inconstitucional, presunción ésta que sólo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición general antes sentada, a saber, la descrita en los dos párrafos siguientes del art. 99, inc. 3º”* (CSJN, 28/11/2011, “Aceval Pollacchi, Julio César c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ despido, Fallos 334:799).

Sin embargo, en un precedente más reciente donde se cuestionaba la constitucionalidad del Decreto N° 410/2012, y teniendo en consideración que la CSJN entendió que *“el impugnante debe realizar una ‘demostración concluyente’ de la discordancia ‘substancial’ de la norma impugnada con respecto de la Constitución Nacional”*, pareciera claro que la invalidez o inconstitucionalidad de los DNU no puede presumirse, sino que, en rigor, y como dijéramos en el texto, aquellos deben presumirse válidos (CSJN, 13/12/2011, “Alfacar S.A. s/ Concurso Prev. s/ Inc. de revisión por HSBC Bank Argentina S.A.”, Fallos 334:1703).



y bajo ciertos límites impuestos por el ordenamiento jurídico, la realización o cumplimiento de un acto administrativo, aun en contra de la voluntad de los administrados y sin necesidad de acudir a la intervención de la justicia, empleando para ello, de ser necesario y excepcionalmente, procedimientos de ejecución coactiva<sup>473</sup>.

Una de las consecuencias que se derivan de la ejecutoriedad de los actos administrativos (ora de alcance particular, ora de alcance general) es que los recursos y/o reclamos que interpongan los administrados no suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa disponga lo contrario (cfr. art. 12 de la LNPA)<sup>474</sup>.

---

<sup>473</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 141; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 733; SEIJAS, Gabriela, *La ejecutoriedad del acto administrativo*, en COMADIRA, Julio Pablo e IVANEGA, Miriam Mabel (Coordinadores), *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Ad-Hoc, buenos Aires, 2009, p. 520; BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 48.

No debe confundirse la “ejecutoriedad” del acto administrativo con la “ejecutividad” pues, en rigor, ésta última constituye un carácter accidental o eventual del acto consistente en “*la aptitud procesal que las leyes de forma les reconocen, en ocasiones, a ciertos actos administrativos para habilitar el proceso de ejecución*” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 177. Ver, también, GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 283/287; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 237 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Ejecutoriedad del acto administrativo: presiones conceptuales y límites”, en AA.VV., *El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo. A 200 años de la Declaración de la Independencia. En homenaje al Prof. Julio Rodolfo Comadira, 25 años del MDA*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2017, p. 25 y ss.).

Tampoco debe asimilarse la ejecutoriedad con la obligatoriedad pues, ésta última, se vincula con el carácter vinculante que posee un acto administrativo en virtud de su presunción de legitimidad. Así, por ejemplo, si bien una multa impuesta por el Banco Central de la República Argentina será obligatoria, en el sentido de que el administrado está obligado a pagarla, aquella carecerá de ejecutoriedad propia o, lo que es igual, estará dotada de ejecutoriedad impropia, pues el sujeto emisor no podrá ejecutarla por sus propios medios.

Al igual que con la presunción de legitimidad, la doctrina ha justificado la existencia de aquella prerrogativa en distintos fundamentos (las distintas posturas pueden verse en: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 237 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Ejecutoriedad del acto...”, op. cit.). Por nuestra parte, sostenemos que la ejecutoriedad es un carácter ínsito de los actos administrativos y, en consecuencia, cualquier sujeto que ejerza función administrativa y que, por tanto, dicte actos administrativos, podrá ejecutarlos por sí y ante sí. Ello, claro está, bajo los límites que le imponga el ordenamiento (ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, op. cit., p. 182 y ss.).

<sup>474</sup> El art. 12 de la LNPA prevé que la fuerza ejecutoria del acto administrativo faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios “*a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial*”.

Como se ve, las excepciones contempladas a la ejecutoriedad del acto administrativo son, por un lado, que una ley disponga expresamente que no pueda ejecutárselo y, por otra parte, que por la naturaleza del acto sea inexcusable su ejecución en sede judicial.

La primera excepción contenida en la norma no ofrece mayores problemas de interpretación pues, en definitiva, si una ley expresamente estableciera que ciertos actos no pueden ejecutarse por la propia administración, ésta deberá acudir a la justicia para ello. Igual solución cabe propiciar cuando una ley otorga efectos suspensivos a los recursos administrativos presentados por los administrados contra el acto pues,



4.2.1.- Un sector de la doctrina ha señalado que los actos administrativos de alcance general carecen de ejecutoriedad pues, entienden, la puesta en práctica de aquellos, es

---

en estos supuestos, hasta tanto la Administración no los resuelva expresamente, no podría ejecutarlo por sí y ante sí y, si lo hiciera, se estaría ante una vía de hecho en los términos del art. 9 inc. “B” de la LNPA.

La segunda excepción a la ejecutoriedad del acto administrativo contemplada en la LNPA se da cuando “*la naturaleza del acto exigiere la intervención judicial*”. Así, se ha sostenido que la intervención judicial para la ejecución de un acto administrativo resulta insoslayable cuando la ejecución del acto implique la incursión coactiva sobre la persona o el patrimonio de los administrados, es decir, en los casos en que se afecte la libertad individual o el derecho de propiedad (COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 142; GORDILLO, Agustín *Tratado...*, op. cit., Tomo III, Cap V-284, entre otros).

Los supuestos precedentemente analizados, es decir, aquellos casos en los que la autoridad administrativa debe acudir al órgano judicial para ejecutar el acto administrativo, han llevado a que la doctrina distinga dos formas o clases de ejecutoriedad: “*ejecutoriedad propia*” y “*ejecutoriedad impropia*”.

Así, pues, un acto administrativo estará dotado de *ejecutoriedad propia* cuando quien lo dicta puede disponer por sí y ante sí su realización o cumplimiento, valiéndose a tales fines de los medios correspondientes; la *ejecutoriedad impropia*, en cambio, se presenta cuando el acto administrativo debe cumplirse o ejecutarse por el órgano judicial a instancias de la Administración (ampliar en: COMADIRA, Fernando G., *La acción de lesividad...*, op. cit., p. 185 y doctrina allí citada)

En ese sentido, la jurisprudencia de la Cámara del fuero ha precisado que “*el artículo 12 de la ley 19.549 sienta con categoría de principio, dos caracteres del acto administrativo; la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad. Esta última faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios, e impide que los recursos que contra él se interpongan suspendan, en principio, su ejecución y efectos. Sin embargo la norma prevé, como excepción, que debe recurrirse a la intervención judicial, cuando su ejecución y efectos se produzcan sobre la persona o los bienes del administrado, dado que toda ejecución coactiva del acto en ese sentido, está reservada al contenido de la función judicial*” (CNACAF, Sala IV, 25/06/1991, “Eaton I.C.S.A. c. B.C.R.A.”).

La inviabilidad jurídica de que la Administración incursione de manera forzosa sobre la persona o los bienes del administrado, llevó a que la CSJN declarara la inconstitucionalidad del art. 92 de la Ley N° 11.683 por el que se le facultaba a la AFIP a trabar embargos sobre los bienes de los particulares sin intervención judicial (CSJN, 15/06/2010, “Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Intercorp S.R.L. s/ Ejecución fiscal”, Fallos 333:935). Sobre la cuestión puede verse: NAVEIRA DE CASANOVA, Gustavo J., “El nuevo régimen procesal del juicio de apremio”, en AA.VV. *El procedimiento tributario*, ALTAMIRANO, Alejandro C. (Coordinador), Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 463 y ss.; NAVEIRA DE CASANOVA, Gustavo J., “La causa ‘AFIP c/ Intercorp’: algunas reflexiones sobre el art. 92 de la ley de procedimiento fiscal”, La Ley Online, AR/DOC/4809/2010.

No obstante lo expuesto, cabe precisar que tanto la doctrina como la jurisprudencia han aceptado que, en ciertos supuestos muy limitados, la administración esté facultada ejecutar coactivamente un acto administrativo, aun cuando ello implique actuar forzosamente sobre la persona el patrimonio de los administrados.

Así, por ejemplo, se ha admitido que la Administración pueda ejecutar de oficio sus actos y utilizar eventualmente la fuerza pública -sin necesidad de intervención judicial- cuando deba protegerse el dominio público, cuando deban demolerse edificios que amenacen ruina, cuando se disponga la ocupación temporaria anormal, cuando deba intervenir para la higienización de inmuebles o cuando se traten de actos relacionados con la policía sanitaria y moral (COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 143, nota N° 584; GORDILLO, Agustín *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, p. V-40; CAMPOLIETI, Federico- “La ejecutoriedad del acto administrativo”, en TAWIL, Guido -Director-, *Acto Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 287; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 284; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 740, GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 285, entre muchos otros)

decir su cumplimiento o ejecución, tendrá lugar recién con el dictado del acto administrativo particular de aplicación<sup>475</sup>.

4.2.2.- La cuestión es, sin duda, discutible, más aún si se tiene en consideración que un calificado sector de la doctrina sostiene que los reglamentos producen efectos jurídicos generales *directos*<sup>476</sup>.

4.2.3.- Sin embargo, en nuestra opinión, y tal como veremos en el punto N° 3 del Capítulo VII, los actos administrativos de alcance general –ora normativos, ora no normativos– gozan de ejecutoriedad<sup>477</sup>, en el sentido de que la Administración los “ejecuta” por sí y ante sí –o como sostiene un sector de la doctrina, los “aplica”<sup>478</sup>– aún

---

<sup>475</sup> Ver, por todos: CASSAGNE, Juan Carlos, *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 82.

<sup>476</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo I, Cap. VII-17; POZO GOWLAND, Héctor, “Reglamentos”, en AA.VV., *Fuentes de Derecho Administrativo*, BOULLAUDE, Gustavo –Director–, Estudios de Derecho Administrativo XIII, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo (IEDA), Lexis Nexis, 2007, p. 203; DROMI, Roberto José, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 437; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo...*, op. cit., Tomo I, p. 267; BUJ MONTERO, Mónica, “Reglamentos y otros actos de administración. Los hechos administrativos”, en AA.VV., *Manual de Derecho Administrativo*, FARRANDO, Ismael (H.) –MARTÍNEZ, Patricia R. –Directores–, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 259, entre otros.

Señala GORDILLO que afirmar que un reglamento produce efectos jurídicos directos implica que “*por sí mismo susceptible de producir los efectos jurídicos de que se trata; ello no se desnaturaliza si el mismo reglamento supedita la producción de sus efectos al cumplimiento de determinada condición o al transcurso de determinado tiempo, porque en tales casos cumplido el plazo o la condición, es el mismo reglamento el que produce el efecto de que se trata*” (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo I, VII-19).

<sup>477</sup> En igual sentido: CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2015, p. 395. Estos autores, al referirse a la impugnación de regulaciones para el abastecimiento que se dictan en el ejercicio de facultades legislativas delegadas o subdelegadas, sostienen que aquellas gozan de presunción de legitimidad y ejecutoriedad.

<sup>478</sup> En efecto, algunos autores han mencionado que resulta inadecuado hablar de “ejecutoriedad” del reglamento o, en su caso, de “suspensión de la ejecución” pues, a su entender, aquellos no se ejecutan sino que se aplican. En consecuencia, proponen hablar de suspensión de la aplicación.

En tal sentido, GÜIDI, al referirse a la ejecutoriedad de los actos administrativos prevista en el art. 12 de la LNPA y su vinculación con los reglamentos, señaló: “*no creo que podamos aplicar lisa y llanamente la misma terminología tratándose de actos de contenido particular o de actos de contenido general; en el primer caso se podrá hablar de suspender su ejecución, en el segundo de suspender su aplicación*” (GÜIDI, Graciela, “Impugnación de reglamentos”, en AA.VV., *Acto y procedimiento administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1975, p. 132).

BUSTELO, por su parte, precisó que “*desde un punto de vista teórico resulta impropio hablar de suspensión de la ejecución de un reglamento administrativo. Ello por cuanto si bien producen o pueden producir efectos jurídicos a partir de su entrada en vigencia, los reglamentos no se ejecutan, se aplican*”

en contra de la voluntad del administrado y sin necesidad de acudir a la intervención de la justicia, empleando para ello, de ser necesario y excepcionalmente, procedimientos de ejecución coactiva.

Es que, en definitiva, de configurarse los supuestos abstractos contemplados en el acto administrativo de alcance general, la Administración deberá, salvo que se esté ante un acto ilegítimo, aplicar lo dispuesto por la norma.

Como agudamente señalara GARCÍA DE ENTERRÍA, un *“reglamento no es una simple amenaza potencial e incierta, sino una perfecta realidad actual, como actual su incidencia sobre las situaciones jurídicas individuales, aun antes de los actos singulares de aplicación, por el solo hecho de modificar el orden jurídico e imponer –o pretender– una obligación de cumplimiento”*<sup>479</sup>.

De modo análogo, y tal como lo destacáramos en más de una oportunidad a lo largo de esta tesis, el profesor GARCÍA PULLÉS ha señalado que cada vez es *“los caracteres de inmediatez y practicidad que se atribuyen a la actividad administrativa, no pueden potenciarse hasta el punto de servir como excusa para excluir a los reglamentos de la actividad administrativa típica, y creo inadmisibles dar un alcance tan extenso a la concreción como para separar a todo acto abstracto del concepto de Administración. Tal conclusión halla sustento, en particular, en la existencia cada vez más notoria de resoluciones de conflictos a través de actos particulares cuyos efectos se expanden hacia terceros y de reglamentos que son también, por sí, actos de aplicación”* (énfasis agregado)<sup>480</sup>.

Es que, como afirma el citado jurista luego de señalar la diferencia que la CSJN hizo entre reglamentos de ejecución “adjetivos” y “sustantivos”, esta última categoría *“permite comprender la existencia de criterios que compatibilizan la ‘concreción y*

---

*por la Administración o sencillamente se cumplen por sus destinatarios (...)* No obstante lo expuesto, nada impide que la Administración suspenda la aplicación de un reglamento, ya que si cuenta con facultades para derogarlo, lógicamente estará habilitada para suspender su efectiva aplicación. Es por tales razones que en estos casos resulta preferible hacer referencia a la suspensión de la aplicación de un reglamento” (BUSTELO, Ernesto N., “Suspensión de la ejecución del acto administrativo en el marco del procedimiento administrativo”, en *Estudios de Derecho Administrativo IX*, Ediciones Dike, Buenos Aires, 2003, p. 329).

<sup>479</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La lucha contra las inmunidades del poder...”, op. cit., especialmente p. 198/199, nota al pie N° 88.

<sup>480</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Las vías administrativas en la impugnación de reglamentos...”, op. cit. p. 308/309.

*practicidad, propia de la labor administrativa, con la emisión de normas de carácter general, típica de los reglamentos*” (énfasis agregado)<sup>481</sup>.

LUQUI, por su parte, señaló que los reglamentos “*pueden afectar derechos subjetivos sin que se produzcan actos de aplicación. Un reglamento que impone el cumplimiento de requisitos innecesarios para acceder a un cargo, o para ejercer una actividad o que prevé sanciones para quienes infrinjan sus normas, afecta derechos subjetivos con su sola vigencia, sin que se requieran actos de aplicación. Con mayor razón se pueden producir estos agravios en los actos de alcance general que contienen órdenes o mandatos*”<sup>482</sup>.

En el caso de los actos administrativos de alcance general autoaplicativos o de directa aplicación, nuestra postura se impone con mayor fuerza pues, al tratarse de actos que, como veremos en el punto N° 3.3. del Capítulo V, afectan de modo directo e inmediato el *status* de los administrados, al no requerirse actos administrativos particulares de aplicación para afectar derechos, cabe concluir que gozan de la ejecutoriedad a la que nos hemos referido.

Por ello, como veremos en el Capítulo XII de esta tesis, quienes vean amenazados en forma cierta e inminente sus derechos subjetivos, podrían requerir la suspensión de los efectos de un acto administrativo de alcance general (normativo –v.gr.: reglamento– o no normativo) tanto en sede administrativa, como en sede judicial, para obtener, en consecuencia, la suspensión provisoria de la aplicación del acto general<sup>483</sup>.

---

<sup>481</sup> Ídem, p. 309.

<sup>482</sup> LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial...*, op. cit., Tomo 2, p. 31.

<sup>483</sup> También han señalado que la suspensión de efectos de un reglamento puede ser solicitada tanto en sede administrativa como en sede judicial: COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación pública...*, op. cit., p. 166/169 y, también, COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 462; DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación...*, op. cit., p. 103/110; HUTCHINSON, Tomás, “Régimen jurídico de los reglamentos”, AA.VV., *Actividad Reglamentaria de la Administración*, Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Administrativo, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1989, p. 85; MONTEZANTI, Néstor Luis, *Suspensión del acto administrativo*, 2° Edición ampliada y actualizada, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 125 y ss.; entre otros.

Asimismo, destacaron que la Administración puede disponer la suspensión de los efectos de un reglamento, entre otros: PRITZ, Osvaldo A.F., “Acto de alcance general”, en *Estudios de Derecho Administrativo IX*, Ediciones Dike, Buenos Aires, 2003, p. 398; SACRISTÁN, Estela B., “Impugnación administrativa de los reglamentos de necesidad y urgencia y delegados (la cuestión de su naturaleza legislativa)”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Procedimiento y Proceso Administrativo*, LexisNexis Abeledo-Perrot UCA, Buenos Aires, 2005, p. 323, especialmente nota N° 38; HUTCHINSON, Tomás, “Régimen jurídico de los reglamentos”, op. cit., p. 85.

4.3.- Asimismo, otra de las prerrogativas que resulta de aplicación a todos los reglamentos, incluso los de necesidad y urgencia y los delegados, pues, como lo hemos demostrado, son una especie del género acto administrativo, es que para impugnarlos judicialmente se requiere, en principio, el previo agotamiento de la vía administrativa<sup>484</sup>.

Sobre la cuestión cabe recordar que un calificado sector de la doctrina y, actualmente, la PTN y la jurisprudencia federal, consideran que la *sustancia legislativa* de los reglamentos delegados y de necesidad y urgencia hace que el agotamiento de la vía administrativa respecto de ellos sea *innecesaria* o *improcedente*.

De ese modo, se sostiene que la innecesariedad o improcedencia del agotamiento de la vía administrativa resulta más beneficiosa para quien quiera impugnarlos pero, sin embargo, lo cierto es que ello no necesariamente es así.

Si bien la temática será abordada en profundidad en el punto N° 5.1.4.2 del Capítulo VIII (especialmente punto N° 5.1.4.2.4.), razón por la cual allí nos remitimos, en esta oportunidad únicamente diremos que, como sostuvimos en el punto N° 3.2. de este Capítulo, el agotamiento de la vía administrativa no debe ser entendida únicamente como *prerrogativa* sino, también, como *garantía*, pues, en el caso de la impugnación de aquel tipo de actos, y al igual que lo que sucede con todo el procedimiento administrativo impugnatorio (salvo contadas excepciones cuya constitucionalidad ya la hemos analizado), se caracteriza, entre otras cosas, por el principio del formalismo moderado y la gratuidad, de manera tal que los afectados por la medida, en caso de que la administración resuelva a favor de su pretensión anulatoria, se habrán visto beneficiados al no tener que afrontar un pleito contencioso-administrativo y, con ello, abonar los honorarios de su letrado –y los del Estado, si fuera condenado en costas–.

Por lo demás, cabe dejar aclarado, ya desde ahora, que, como veremos a lo largo de

---

<sup>484</sup> Al respecto, no resulta ocioso recordar que la impugnación del acto administrativo individual se efectúa por medio de recursos. Los actos administrativos de alcance general –normativos o no normativos–, en cambio, pueden impugnarse de dos formas: a) de manera directa, por medio del “reclamo impropio”, es decir, impugnando el acto general directamente, sin esperar su aplicación concreta; b) de manera indirecta, es decir, impugnando los actos aplicativos del acto de alcance general. En estos supuestos los vicios que invalidan el acto administrativo no provienen de éste sino del acto de alcance general que le da origen (ampliar en el punto N° 5.1.2. del Capítulo VIII).

esta investigación:

a) independiente de la *pretensión de nulidad* del reglamento, resulta posible acudir a la justicia para solicitar la suspensión de los efectos del reglamento durante el agotamiento de la vía –o incluso cuando, habiéndosela agotado, se interpuso un recurso o reclamo optativo– (Capítulo XII);

b) cuando se impugna un reglamento por la vía del *amparo* (Capítulo XIII):

b.1-) la *nulidad judicial* también podrá ser requerida sin el previo agotamiento de la vía administrativa en aquellos supuestos en los que estén dados los requisitos que habilitan acudir a la mencionada vía del amparo del art. 43 de la Constitución de la Nación, incluso de manera *directa* (esto es, sin necesidad de que exista un acto administrativo particular de aplicación) para el supuesto de los reglamentos de necesidad y urgencia y los delegados, tal como sostiene la mayoría de la doctrina y veremos en el punto N° 2.2. del Capítulo XIII.

b.2-) de la jurisprudencia de la CSJN es posible concluir que si con su dictado se afectan derechos humanos como la vida o la salud, aquellos, además de poder ser impugnados judicialmente de forma *indirecta* o *directa* (es decir, como dijimos, antes de que exista un acto de aplicación), no requieren el previo agotamiento de la vía administrativa.

4.4.- Aquellas son, en definitiva, algunas de las consecuencias que se derivan de reconocer que todos los reglamentos, aún los de necesidad y urgencia y los delegados, son una especie del género acto administrativo.

## **5.) Síntesis: contenido actual del régimen exorbitante**

5.1.- A modo de síntesis, entonces, bien podemos señalar que en el Estado Constitucional de Derecho imperante en la República Argentina, el contenido actual del régimen exorbitante que caracteriza y tipifica a la función administrativa y, por consiguiente, al derecho administrativo, se constituye de la siguiente manera:



5.1.1.- **Prerrogativas de la Administración Pública:** *a- sustanciales:* presunción de legitimidad de sus actos administrativos, la ejecutoriedad de éstos, la potestad de volver sobre ellos por razones de ilegitimidad o inoportunidad, el régimen privilegiado de los contratos y bienes; *b- procesales:* agotamiento de la instancia administrativa previa a la demanda judicial, plazos breves de caducidad para accionar judicialmente contra el Estado; mayor plazo para el cumplimiento de ciertas cargas procesales; incomparecencia personal de determinados funcionarios en el juicio contencioso administrativo; efectos declarativos de la sentencia, régimen especial de ejecución de las sentencias que condenan al Estado a dar sumas de dinero; posibilidad de demandar la invalidez de sus actos y, por último, régimen especial de medidas cautelares.

5.1.2.- **Garantías de los administrados:** *a- sustanciales:* la juridicidad, la propiedad, la igualdad, la razonabilidad del actuar administrativo, el acceso a la Justicia: un concepto amplio de legitimación, responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, presunción de legitimidad de los actos administrativos; *b- procesales:* el informalismo en favor del administrado (o, más adecuadamente, “formalismo moderado”), debido procedimiento previo a todo acto administrativo, que incluye el debido proceso adjetivo; agotamiento de la instancia administrativa previo a que el Estado interponga la demanda de lesividad; régimen de medidas cautelares.

5.2.- Por otra parte, y en relación con los reglamentos, precisamos que aquellos también están sujetos al régimen jurídico exorbitante característico de aquella función.

Hemos visto que los reglamentos se presumen legítimos, gozan de ejecutoriedad, en el sentido de que la Administración los “ejecuta” por sí y ante sí –o como sostiene un sector de la doctrina, los “aplica”– aún en contra de la voluntad del administrado y sin necesidad de acudir a la intervención de la justicia, empleando para ello, de ser necesario y excepcionalmente, procedimientos de ejecución coactiva.

También precisamos que el agotamiento de la vía administrativa o, como la denominan los españoles, la autotutela reduplicativa o en segunda potencia<sup>485</sup>, es

---

<sup>485</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 542 y ss.



predicable respecto de aquella especie de acto administrativo.

Sin embargo, y a pesar de que para requerir la *nulidad judicial* de un reglamento deba, en principio, agotar la vía administrativa, en el Capítulo XII veremos que quienes vean amenazados en forma cierta e inminente sus derechos subjetivos, podrían requerir *la suspensión de los efectos* del reglamento durante el trámite administrativo, es decir, durante el agotamiento de la vía administrativa o incluso cuando, habiéndosela agotado, se interpuso un recurso o reclamo administrativo optativo, a través de lo que se denomina *medida cautelar autónoma*.

Asimismo, y tal como se expondrá en el Capítulo XIII, la *nulidad judicial* también podrá ser requerida sin el previo agotamiento de la vía administrativa en aquellos supuestos en los que estén dados los requisitos que habilitan acudir a la vía del amparo del art. 43 de la Constitución de la Nación, incluso de manera *directa* (esto es, sin necesidad de que exista un acto administrativo particular de aplicación) para el supuesto de los reglamentos de necesidad y urgencia y los delegados, tal como sostiene la mayoría de la doctrina (ver punto N° 2.2. del Capítulo XIII).

A su vez, y como también veremos en el Capítulo XIII, cuando se impugna cualquier reglamento por la vía de amparo, de la jurisprudencia de la CSJN es posible concluir que si con su dictado se afectan derechos humanos como la vida o la salud, aquellos, además de poder ser impugnados judicialmente de forma *indirecta* o *directa* (es decir, como dijimos, antes de que exista un acto de aplicación), tampoco requieren el previo agotamiento de la vía administrativa.

5.3.- Finalmente, en este punto no queremos dejar de señalar que no se nos escapa que, en ciertas ocasiones, como señala GARCÍA PULLÉS, algunos “*gobiernos –actuales y pasados, locales y foráneos– se han apropiado de las prerrogativas y asolado los paradigmas republicanos que las sostienen*”, a punto tal que no solo se “*han adueñado del interés público, haciéndole decir aquello que a veces es interés fiscal y otras interés del funcionario*” sino que, además, a veces “*el procedimiento administrativo se ha convertido en una herramienta de dilación en el acceso al control jurisdiccional del ciudadano, un trámite para mejorar la defensa de actos viciados, y hasta para mellar la*

*voluntad del súbdito de defender su derecho*”<sup>486</sup>.

Sin embargo, creemos que la frustración que cualquier ciudadano pueda experimentar ante la observación de la realidad, no debería constituirse en obstáculo al reconocimiento de las prerrogativas públicas, necesarias para la satisfacción directa e inmediata del interés público, sino, antes bien, en estímulo para insistir en la formación virtuosa de nuestros ciudadanos y gobernantes.

Todos los abogados, y especialmente los abogados del Estado, cualquiera sea el puesto que se ocupe en la maquinaria administrativa, deben tomar conciencia elevado valor que tiene el servicio público que brindan y ser fieles a la justicia y no, como en algunas ocasiones ciertamente excepcionales suele suceder, hacia el jefe del gobierno de turno, sus actos y decisiones. Es que, en rigor, el derecho debe enmarcar a la política y no ésta a aquel.

La prueba de la fidelidad a la Justicia se rinde normalmente en las situaciones en apariencia pequeñas, pero siempre grandes a los ojos de Dios<sup>487</sup>.

El principal desafío que existe para todo administrativista es, sin duda, lograr un equilibrio en la valoración de las exigencias de la relación jurídico-administrativas<sup>488</sup>.

Naturalmente, cuando señalamos que aquel es el gran desafío de los administrativistas nos referimos no solo a los *juristas* que se dedican al estudio y al cultivo del derecho administrativo sino, también, a los *legisladores*, que son quienes tienen la responsabilidad de instrumentar las normas jurídico-administrativas, y a los *operadores jurídicos* que, en el ámbito de la Administración Pública, son los funcionarios y asesores y, en la justicia, los jueces, pues estos últimos, en nuestro sistema, están llamados a decidir con fuerza de verdad legal todos los conflictos, entre ellos, los jurídico administrativos.

Así, pues, si entendemos que el derecho administrativo no debe ser ni lo

---

<sup>486</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 60/61.

<sup>487</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p 754.

<sup>488</sup> Así, se ha señalado que “*en último término, todos los problemas jurídico-administrativo consisten –y esto conviene tenerlo bien presente- en buscar ese equilibrio, asegurarlo cuando se ha encontrado y reconstruirlo cuando se ha perdido. En definitiva, de lo que se trata es de perseguir y obtener el eficaz servicio del interés general, sin mengua de las situaciones jurídicas, igualmente respetables, de los ciudadanos*” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, ob. cit., Tomo 1, p. 45).

suficientemente individualista como para paralizar el servicio público, ni lo suficientemente estatista como para desconocer los derechos subjetivos del particular<sup>489</sup>, creemos que la mejor forma de alcanzar ese equilibrio es, como el profesor Julio Rodolfo COMADIRA, adhiriendo " a una visión servicial y no opresiva de la prerrogativa pública y a una concepción solidaria del derecho individual"<sup>490</sup>.

---

<sup>489</sup> GARRIDO FALLA, Fernando, "La Administración y la Ley", Revista de la Administración Pública, N° 6, Madrid, 1951, p. 125 y ss., especialmente p. 129.

<sup>490</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, ob. Cit., p. 754.

SEGUNDA PARTE

FUNCIONES DE LA TEORÍA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

ESPECIES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

CONCEPTO DE REGLAMENTO

CAPÍTULO IV

FUNCIONES DE LA TEORÍA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

**1.) Introducción**

1.1.- Como hemos visto en las páginas anteriores, el acto administrativo está indisolublemente asociado a la función administrativa pues, en rigor, aquel deriva genéticamente de ella.

Desde hace siglos –incluso desde la primera mención del término *acto administrativo*<sup>491</sup>– tanto la doctrina como la jurisprudencia han debatido acerca del alcance que debe dársele al concepto de acto administrativo, es decir, si el término “acto administrativo” abarca tanto a los actos de génesis unilateral, de efectos particulares o generales, como a los actos de gestación bilateral, es decir, los contratos administrativos.

Si bien, como hemos adelantado y será profundizado a lo largo de los fundamentos que sustentan nuestra tesis, el acto administrativo engloba en su concepto a todos aquellos actos (*acto administrativo en sentido amplio y/o genérico*), lo cierto es que una de las distintas funciones de la teoría del acto administrativo lleva a restringir la noción técnico-estricta de “acto administrativo” a una de las *sub-especies* de entre las diversas *especies* del mismo *género* que en nuestra opinión, como ya lo dijimos, será al “acto administrativo de alcance particular”.

1.2.- En tal orden de ideas, debe tenerse presente que, en nuestra opinión, las principales funciones de la teoría del acto administrativo son las que veremos a continuación.

---

<sup>491</sup> TAWIL, Guido Santiago, “El concepto...”, op. cit., p. 117 y ss.

## **2.) Función teleológica**

La primera, a la que podemos caracterizar como una función teleológica, obedece al imperativo concreto de que la teoría del acto administrativo se erija como un instrumento técnico idóneo no solo para la protección de los derechos e intereses de los particulares<sup>492</sup> sino, también, del interés público<sup>493</sup>.

En el primer supuesto, la teoría del acto administrativo se presenta como una herramienta de protección del individuo toda vez que, en definitiva, si un acto es catalogado como administrativo, y éste produce un efecto desventajoso para el destinatario, el administrado estará dotado de diversos mecanismos –administrativos y/o judiciales– para, en caso de que lo considere ilegítimo, cuestionarlo.

De ese modo, la construcción de la teoría del acto administrativo cumple una función básica de garantía respecto de los derechos e intereses de los particulares, habida cuenta de que quienes ejerzan la función administrativa y dicten actos administrativos deberán, necesariamente, respetar la juridicidad involucrada en su dictado<sup>494</sup>.

Por otra parte, la función de la teoría del acto administrativo además de tener como

---

<sup>492</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, p. II-2/3.

<sup>493</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Tomo 1, p. 385.

<sup>494</sup> Preferimos utilizar el término “principio de juridicidad” toda vez que, tal como ha señalado la doctrina autorizada en la materia, resulta más apropiado referirse a aquella expresión y no simplemente “principio de legalidad” por cuanto la Administración Pública “*debe actuar con arreglo al ordenamiento jurídico, comprendiendo en esta última expresión no sólo a la ley en sentido formal —es decir al acto estatal, general o particular, emitido por el Congreso de acuerdo al procedimiento previsto para la formación y sanción de las leyes— sino también, al sistema jurídico entendido como unidad*”, esto es, “*con sujeción a los principios generales del derecho -aquellos que derivan de la dignidad de la persona y de la naturaleza objetiva de las cosas-, a la Constitución Nacional, a los principios que surgen de ella, a los tratados internacionales -que gozan de jerarquía normativa superior a las leyes desde la reforma constitucional de 1994 e, incluso, antes de ella, por imperio de la jurisprudencia sentada en su momento por la Corte Suprema-, a la ley formal, a los reglamentos -en subordinación expresada en el conocido principio de inderogabilidad singular de los reglamentos-, a los precedentes administrativos, en la medida en que en su seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad*” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 493).

En relación con el precedente administrativo, coincidimos con el autor antes citado al considerar que aquel integra el sistema jurídico en tanto en su seguimiento esté comprometida la garantía de la igualdad, lo que supone, desde luego, su legalidad. En igual sentido, con cita del autor citado, se ha pronunciado el Máximo Órgano Asesor en Dictámenes 245:422; 245:443; 245:466; 245:459; 245:508; 248:364; 248:546; 253:38 y 253:45.

objetivo elaborar una noción útil para proteger los derechos de los particulares, constituye un medio de preservación de las prerrogativas públicas que despliegan los órganos del Estado –o, en su caso, los entes no estatales en la medida en que una ley o un reglamento del mismo rango jerárquico les hubiere otorgado el ejercicio de potestades públicas–, en el ejercicio de la función administrativa, para *satisfacer de manera directa e inmediata el interés público o bien común*<sup>495</sup> que, como bien se ha señalado, es el estándar de interpretación básico de toda relación jurídico administrativa<sup>496</sup>.

El interés público, que se erige como un presupuesto indispensable e irrenunciable de la actividad misma de la administración pública, en modo alguno implicará desvinculación del interés privado pues, como bien se ha señalado, éste concurre como dato de ineludible reconocimiento y protección en las normas procedimentales del derecho administrativo<sup>497</sup>.

El consejo de Estado francés ha señalado que *“la distinción de los intereses públicos y de los intereses privados se diluye al poder satisfacerse, en ciertos casos, el interés general por el intermedio de la satisfacción de intereses puramente privados”*<sup>498</sup>.

---

<sup>495</sup> Cabe recordar que, tal como señaláramos al comienzo utilizamos los términos “bien común” e “interés público” como sinónimos, habida cuenta de que *“éste último, al que generalmente se refiere la doctrina, no puede ser sino el “bienestar general” mencionado en el preámbulo de la Constitución, y éste, a su vez, debe ser entendido, según ha señalado la Corte Suprema, como el ‘bien común’ de la filosofía clásica (Fallos 179:113)”* (COMADIRA, Julio Rodolfo., *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 587, nota N° 1479). Ver, asimismo, lo expuesto en la nota N° 35.

<sup>496</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 4.

Aquel “standard” de interpretación hoy actualmente está positivizado en el art. 2°, inc. “c” de la Ley N° 25.188 de Ética en la Función Pública, de acuerdo con el cual los sujetos comprendidos en aquella norma están obligados a *“velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular”*.

<sup>497</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 4. Se ha señalado que *“el bien común –idéntico al interés público– (...) se determina también a partir de intereses privados (...); la libertad fundamental se convierte en parte integrante del interés público”* (HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, op. cit., p. 243).

<sup>498</sup> C.E. 20/07/1971, Ciudad de Sochaux, Rec. 561; A.J. 19720.227, ampliar en: LONG, Marceau –WEIL, Prosper –BRAIBANT, Guy –DEVOLVÉ, P. –GENEVOIS, B, *Los grandes fallos...*, op. cit., p. 496).

2.1.) La formalidad documentaria como consecuencia de la función teleológica de la teoría del acto administrativo. El impacto de las nuevas tecnologías.

2.1.1.- Como dijimos, con la función teleológica de la teoría del acto administrativo se busca proteger no solo los derechos e intereses de los particulares sino, también, el interés público.

Pues bien, en nuestra opinión, una de las consecuencias derivadas de aquella función consiste en lo que algunos autores como el profesor GARCÍA PULLÉS denominan “*formalidad documentaria*”<sup>499</sup>.

2.1.2.- Al hablar de la formalidad documentaria del acto administrativo, no estamos haciendo referencia al debate doctrinario generado en relación con la denominada “condición instrumental del acto administrativo”, es decir, si los actos constituyen *instrumentos públicos* en los términos del art. 289 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “CCCN”) o, en su defecto, *documentos públicos*<sup>500</sup>.

Por el contrario, y teniendo en consideración que el principio esencial e insoslayable de nuestro sistema republicano es el de la publicidad de los actos estatales, por formalidad documentaria debe entenderse que, como principio general, todos los actos administrativos –sean de alcance particular o general– deben quedar documentados<sup>501</sup>.

---

<sup>499</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 228.

<sup>500</sup> El tema puede ampliarse en COMADIRA, Julio Rodolfo, (ESCOLA, Héctor, Jorge y COMADIRA, Julio Pablo: coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo II, p. 1060 y ss. Según aquellos autores, en criterio que compartimos, “*cabe atribuir al expediente administrativo –constancias administrativas, actos administrativos– no la condición de instrumentos públicos en los términos del art. 979, CCiv. (actual art. 289 del CCCN), salvo que una ley expresamente lo establezca para el caso, sino la calidad de documentos públicos con valor probatorio desvirtuable por otras pruebas en contra, siendo insuficiente, por tanto, el mero desconocimiento*”.

<sup>501</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 228.

En tal sentido, la Oficina Nacional de Contrataciones ha señalado en reiteradas oportunidades que “*es una exigencia en nuestro ordenamiento jurídico que toda actuación material que practique la Administración, en la medida en que incida en la esfera de los particulares, deba estar precedida de una declaración formalizada a través de un acto administrativo*” (cfr. Dictamen ONC N° 214/2014 del 02/06/2014). Se trataba de un caso en el que se pretendía ampliar en un 20% el Renglón N° 4 de una orden de compra emitida a favor de la empresa Casa Reig S.A. en el marco de la Licitación Pública N° 08/2013 del registro del otrora Ministerio de Desarrollo Social. Luego de que el organismo contratante pusiera al tanto al proveedor –vía correo electrónico– de la existencia de un procedimiento interno de la Administración tendiente a ampliar el referido Renglón, la firma Casa Reig S.A. manifestó su



De esa manera, entonces, será posible apreciar no solo cuáles fueron los motivos que llevaron al dictado del acto (motivación) sino, además, y entre otras cosas, cuáles han sido los antecedentes de hecho y de derecho que motivaron su emisión (causa), la decisión, certificación u opinión contenida en la declaración que el acto implica (objeto), la finalidad perseguida en el acto, etc.

2.1.3.- La formalidad documentaria –que, desde nuestra perspectiva, deriva de la función teleológica de la teoría del acto administrativo– no está desprovista de consecuencias prácticas.

2.1.3.1.- Así, a modo de ejemplo, a lo largo de los argumentos que fundamentan nuestra tesis veremos que el principio general que rige en la materia es que el acto administrativo debe manifestarse *expresamente* y por *escrito*, indicando el lugar y la fecha en que se lo dicta y con la firma del sujeto emisor (art. 8° de la LNPA).

Lo expuesto no obsta, claro está, a que en determinadas circunstancias excepcionales los actos administrativos puedan ser verbales, tal como lo ha reconocido tanto la

---

disconformidad alegando un incremento en los costos que tornaría antieconómica la operación, en perjuicio suyo. Al tomar intervención la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio, aquella, aun poniendo de resalto la inexistencia de un acto administrativo aprobatorio de la ampliación, sostuvo que la manifestación expuesta por Casa Reig S.A. debía ser equiparada con el desistimiento de oferta y, por tanto, que se debía ejecutar la garantía de cumplimiento del contrato proporcional al monto de ampliación previsto. Sin embargo, al requerírsele opinión a la Oficina Nacional de Contrataciones, ésta sostuvo que de las actuaciones no surgía acto administrativo alguno por el que la autoridad hubiese aprobado aquella actuación enfatizando, además, que “*el correo electrónico cursado a CASA REIG S.A. el 12 de febrero de 2014 no es más que una comunicación al proveedor de lo que hasta entonces era una mera ‘intención’ del Ministerio*”. De esa manera, entonces, la Oficina Nacional de Contrataciones concluyó que resultaba improcedente la ejecución parcial de la garantía de cumplimiento de contrato por una disconformidad respecto de “*una ampliación que no era tal*” pues, de lo contrario, aquella decisión “*adolecería de un vicio en su causa, en tanto faltaría el antecedente de hecho que dé lugar a la aplicación de la respectiva penalidad, a saber: La aprobación de la ampliación por autoridad competente en legal tiempo y forma, la notificación de dicho acto y la emisión de la respectiva Orden de Compra, por un lado, junto al consiguiente rechazo o incumplimiento por parte del proveedor, por otro*”. Aquel criterio fue luego reiterado en el Dictamen ONC N° 11/2016 del 03/03/2016 y en el Dictamen ONC N° IF-2016-04539091-APN-ONC#MM del 14/12/2016.

doctrina<sup>502</sup> como la jurisprudencia<sup>503</sup> y la PTN<sup>504</sup>.

Sin embargo, la posibilidad de que existan actos administrativos de alcance general verbales (ora, normativos –es decir, reglamentos– o no normativos)<sup>505</sup>, requiere un análisis particular, el que será efectuado en el Capítulo VI (especialmente, punto N° 2.1.1.1.2.2) y, por tanto, allí nos remitimos.

2.1.3.2.- Por otra parte, a lo largo de esta investigación también veremos que otra consecuencia derivada de la función teleológica de la teoría del acto administrativo y, especialmente, de la formalidad documentaria, consiste en que los actos administrativos tácitos solo pueden concebirse a partir de actos administrativos expresos y como derivación implícita de aquellos.

De todos modos, como veremos *infra*, la viabilidad jurídica de aceptar la existencia de un acto administrativo de alcance general inferible de un acto administrativo expreso, es una cuestión, además de dudosa, ciertamente opinable.

2.1.3.4.- Ahora bien, resulta innegable que el constante desarrollo y avance de las nuevas tecnologías ha generado un fuerte impacto en los distintos ámbitos científicos y, naturalmente, las ciencias jurídicas, en nuestro caso, el derecho administrativo, no se mantuvo al margen de aquella evolución.

Así, pues, es posible advertir que la innovación tecnológica en materia informática ha generado, a simple título ejemplificativo, la existencia de expedientes administrativos

---

<sup>502</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 67; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, Cap. X-29; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 111; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 234; TAWIL, Guido Santiago, *Administración y Justicia*, op. cit., Tomo 1, p. 232; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 328/329, entre otros.

<sup>503</sup> CNACAF, Sala V, 20/04/2011, “Mendoza, Sebastián Julián v. Estado Nacional (E.M.C.E.)”, CNACAF, Sala II; 17/09/1996, “Quesoro S.A.”; id., Sala III, 4/11/86, “Allende”; entre otros pronunciamientos judiciales.

<sup>504</sup> Dictámenes 228:69; 161:452; 113:248.

<sup>505</sup> Sin perjuicio de la categorización que hemos hecho de los actos administrativos de alcance general, cabe destacar que la LNPA –y su fuente inspiradora– no distingue, al menos expresamente, los actos generales normativos o reglamentarios de los no normativos. Ver, sobre la cuestión, lo expuesto en la nota N° 538.

electrónicos, notificaciones electrónicas, firmas digitales y electrónicas<sup>506</sup>, etc., lo que, sin duda alguna, incide directamente en la teoría general del acto administrativo<sup>507</sup>.

En tal sentido, si, como dijimos, la formalidad documentaria consiste en que todos los actos administrativos deben quedar documentados, la aparición de nuevas tecnologías lleva a que aquellos puedan documentarse no solo en el clásico soporte *papel* sino, también, en el *digital*.

Como hemos señalado, en el ámbito de la LNPA el principio general es que el acto administrativo debe manifestarse expresamente y por escrito, lo que no impide que pueda documentarse en *soporte digital* y, por tanto, quedar digitalmente documentado.

---

<sup>506</sup> La Ley N° 25.506 de Firma Digital a la que nos referiremos más adelante, reconoce el concepto de “equivalente funcional”, lo que implica que, salvo algunas exclusiones taxativas (art. 4°), en los casos que la legislación exija una firma escrita –como sucede en el mencionado art. 8 de la LNPA–, esa exigencia se considera satisfecha con la firma digital; y le otorga dos presunciones *iuris tantum*: la de autoría (art. 7°), que pertenece al titular, y la de integridad (art. 8°) que no fue modificado luego de su firma.

Aquella equivalencia fue receptada, además, en el art. 288 del CCCN que expresamente establece que “*en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento*”.

<sup>507</sup> El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho administrativo no ha pasado inadvertido por la doctrina. Así, puede verse, por ejemplo, los estudios efectuados por: ROCA, Santiago, “El acto administrativo digital en el marco del nuevo procedimiento administrativo”, en *Doctrina Pública Federal*, Buenos Aires, Rap, N° 1, 2003, p. 109 y ss.; CORRÁ, María Inés, “La contratación pública electrónica”, en AA.VV. *Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p. 281 y ss.; COMADIRA, Guillermo F., “Nuevas tecnologías en el procedimiento administrativo”, en *Procedimiento Administrativo. A 20 años de la reforma constitucional*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Astrea Ediciones RAP, Buenos Aires, 2015, p. 463 y ss.; MUÑOZ, Ricardo A. (h), “Fuentes del procedimiento administrativo electrónico”, en AA.VV., *Fuentes y Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Rap, Buenos Aires, 2019, p. 523 y ss.; SA ZEICHEN, Gustavo, “El expediente administrativo electrónico en el nuevo ecosistema GDE”, en AA.VV., *Fuentes y Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Rap, Buenos Aires, 2019, p. 543 y ss.; MATA, Ismael, “Las nuevas tecnologías en la organización administrativa”, en AA.VV., *Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2012, p. 331 y ss.; CORTELEZZI, Juan Agustín, “El acto administrativo digital”, en AA.VV., *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 925 y ss.; SCIACCA, Fabiana J., “El procedimiento administrativo, la modernización y las TIC”, en Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020-1, *Poder Ejecutivo*, p. 293 y ss., entre muchos otros.

El profesor COMADIRA, por su parte, al analizar la “forma” del acto administrativo, también se encargó de analizar la firma electrónica y la firma digital regulada en la Ley N° 25.506 (ver: COMADIRA, Julio Rodolfo, (ESCOLA, Héctor, Jorge y COMADIRA, Julio Pablo: coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 408, especialmente nota N° 42 y, antes, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 52, nota N° 180.

En efecto, si por soporte se entiende el “*material en cuya superficie se registra información*”<sup>508</sup>, y por documento “*cosa que sirve para testimoniar un hecho o informar de él*”<sup>509</sup>, resulta harto evidente que, además del papel, existen otros medios que también sirven para cumplir la formalidad documentaria, tal el caso del *acto administrativo digital*<sup>510</sup>.

Es que, como apunta GORDILLO, “*los actos administrativos de soporte digital no se diferencian en cuanto a su régimen jurídico de los documentados en soporte papel. El hecho de tener soporte no papel no les quita el carácter de actos administrativos, ni obsta a la presunción de legitimidad que les es propia*”<sup>511</sup>.

---

<sup>508</sup> Definición brindada por el Diccionario de la Real Academia Española, disponible en <https://dle.rae.es/?w=sopORTE>, consultado por última vez el 04/03/2021.

<sup>509</sup> Definición brindada por el Diccionario de la Real Academia Española, disponible en <https://dle.rae.es/documento?m=form>, consultado por última vez el 04/03/2021.

<sup>510</sup> En tal sentido, cabe tener en cuenta que el CCCN, al regular la forma del acto jurídico, expresamente ha contemplado que “*la expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos*” (cfr. art. 286, énfasis agregado).

Ciertamente, no debe confundirse el “acto administrativo digital” o electrónico, con el “acto administrativo automatizado”. En el primer supuesto, el acto administrativo adopta la *forma digital* y, por consiguiente, en vez de documentarse en soporte papel, el acto administrativo queda digitalmente documentado.

El “acto administrativo automatizado”, en cambio, no se refiere necesariamente a la “forma” que adopta el acto (en el caso, soporte papel o digital) sino, en rigor, al *contenido* de aquel, puesto que es la misma computadora, mediante un programa informático, la que determina y emite el acto administrativo. En tal sentido, la doctrina precisó que en el acto administrativo automatizado “*la actividad humana se limita solo a la realización del software que permitirá al ordenador, una vez provisto de todas las informaciones necesarias, emitir el acto respectivo. A partir de esa programación previa, es la computadora la que evaluará las condiciones de admisibilidad, los requisitos de legitimación y los presupuestos que son relevantes para la emanación de la decisión*” (LACAVALA, Federico, “Decisiones administrativas automáticas y derechos”, en Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018-1, *Derechos humanos y nuevas tecnologías*, p. 235). En igual sentido puede verse: MUÑOZ, Ricardo A. (h.), “La inteligencia artificial en la Administración Pública y los derechos fundamentales”, en EDA, Mayo 2020, N° 5, ED-CMXIX-357, especialmente punto N° VI.

<sup>511</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, Cap. VII-17. Sobre la cuestión, GARCÍA PULLÉS ha señalado que “*los actos administrativos electrónicos, se presenta como una forma que está tomando y tomara aun cada vez mayor relevancia y protagonismo. Ello, habida cuenta que con notable rapidez las distintas Administraciones de la República Argentina se están adhiriendo a la tendencia del sistema electrónico y con esto, y de suma importancia, al concepto de firma digital, y que tiene como finalidad la despapelización de la Administración, mejorar su gestión y otorgar una mayor transparencia, de modo tal, que lejos de conferirle inseguridad al sistema o violentar los derechos de los administrados, debería mejorar en su relación con ellos habida cuenta que le debería conferir una mayor celeridad y eficacia*” (GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 329).

2.1.3.4.1.- En el ámbito nacional, muchas han sido las normas que han ido incorporando el uso de las nuevas tecnologías a los procedimientos administrativos (o, en otros términos, “Tecnologías de la Información y Comunicación”, (en adelante TIC), tanto para la planificación, transparencia, eficacia, eficiencia<sup>512</sup> y publicidad de la toma de decisiones, como para la facilitación de la participación y relación de la Administración Pública con el administrado<sup>513</sup>.

Indudablemente, enunciar y analizar todas y cada una de ellas excede con holgura el objeto de nuestra tesis, razón por la cual, en esta oportunidad, y a simple título ejemplificativo, solo hemos de mencionar:

- a) La Ley N° 25.506 de firma y documento (electrónico y digital), y su Decreto reglamentario N° 2628/2002;
- b) La Ley N° 27.078 (Ley Argentina Digital), donde se establece que es de “*interés público el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, las Telecomunicaciones y sus recursos asociados*”. Esta norma resulta de particular interés para el derecho administrativo pues, como vimos, si aquel es, en líneas generales, el derecho de la función administrativa y su control judicial, y la función administrativa consiste en la satisfacción *directa e inmediata del interés público*, es claro que quien ejerza aquella función debería propender al desarrollo de las TICs.

---

En tal sentido, a modo de ejemplo cabe destacar lo previsto en el art. 9º, inc. “g” de la Ley N° 5540 de Procedimientos Administrativos de la Provincia de San Luis, donde se prevé que el acto administrativo debe exteriorizarse “*expresamente por escrito y/o en forma digital debidamente autorizada y autenticada*”.

<sup>512</sup> Ciertamente, si bien el principio de la eficacia en el procedimiento administrativo engloba en su concepto a la eficiencia, no los confunde. Mientras la eficacia se relaciona con la consecución de la finalidad, la eficiencia importa alcanzar dicha finalidad de la mejor manera posible.

<sup>513</sup> Al respecto, cabe tener en cuenta que la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico expresamente dispone “*que la perspectiva desde la que se tiene que abordar el empleo de las TIC en la gestión pública es la del ciudadano y sus derechos*” (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico, p. 4, disponible en <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/cartagobelec.pdf>, consultado por última vez el 04/03/2021). De ese modo, como ha destacado CANDA, aquel objetivo “*implica que las nuevas tecnologías vienen a colocarse a hombros de ese gigante llamado estado de derecho. Esto presupone que no han de ser autoritarias ni tampoco excluyentes. Antes bien, deberán ser democráticas e inclusivas*” (CANDA, Fabián, comentario al trabajo “Prometea” de Juan CORVALÁN; disponible en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2019/04/Canda-Administrativo-09.04.19.pdf>, consultado por última vez el 04/03/2021).

- c) El Decreto N° 207/2016 en virtud del cual se estableció que *“la publicación del Boletín Oficial de la República Argentina en su sitio web, [www.boletinoficial.gob.ar](http://www.boletinoficial.gob.ar), reviste carácter de oficial y auténtica y produce idénticos efectos jurídicos a los de su edición impresa”*.
- d) El Decreto N° 434/2016 dictado en el marco del Plan de Modernización del Estado, entre cuyos objetivos está el de *“constituir una Administración Pública al servicio del ciudadano en un marco de eficiencia, eficacia y calidad en la prestación de servicios”* incorporando, a tal fin, las *“Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, simplificando procedimientos, propiciando reingenierías de procesos y ofreciendo al ciudadano la posibilidad de mejorar el acceso por medios electrónicos a información personalizada, coherente e integral”*. Como consecuencia de aquel decreto se impulsó el dictado de diversas normas, entre las que destacamos:
- c.1.) El Decreto N° 891/2017 por el que se aprobaron las *“Buenas prácticas en materia de simplificación”* que, en materia tecnológica, propone, entre otros aspectos, una *“mejora continua de procesos”* a través del uso de las nuevas tecnologías y herramientas informáticas (art. 4°) y un *“gobierno digital”* (art. 8°).
- c.2.) El Decreto N° 894/2017 que aprobó el texto ordenado del Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos oportunamente aprobado por el Decreto N° 1759/1972 y, en lo que aquí interesa, incorporó y reguló el expediente electrónico (presentación de escritos, vistas, notificaciones, etc.).
- e) El Decreto N° 561/2016 en virtud del cual se aprobó la implementación del *“Sistema de Gestión Documental Electrónica”* (GDE) como sistema integrado de caratulación, numeración, seguimiento y registración de movimientos de todas las actuaciones y expedientes del Sector Público Nacional, actuando como plataforma para la implementación de expedientes electrónicos. Asimismo, con base en el decreto mencionado, se emitieron otras normas, entre las que se pueden mencionar:
- e.1.) El Decreto N° 1063/2016 por el que se implementó una *“Plataforma de*



Trámites a Distancia” (TAD) como módulo del “Sistema de Gestión Documental Electrónica” (GDE), medio de interacción del ciudadano con la administración, a través de la recepción y remisión por medios electrónicos de presentaciones, solicitudes, escritos, notificaciones y comunicaciones.

e.2.) El Decreto N° 87/2017 en virtud del cual se creó, dentro del Portal Web General (argentina.gob.ar), el Perfil Digital del Ciudadano “Mi Argentina”, como medio a través del cual las personas podrán acceder a los servicios prestados por el Estado, efectuar trámites, consultar el estado de aquellos, solicitar turnos, acceder a información y definir sus suscripciones.

- f) El Decreto N° 27/2018, comúnmente denominado “Desburocratización y simplificación” que, entre otras cosas, modificó el art. 10 de la citada Ley N° 25.506;
- g) El Decreto N° 339/2018 por cuyo conducto se implementó el denominado “Modelo de gestión unificada - ventanilla única social” que funciona como servicio integral para el ciudadano y canal de recepción de trámites.
- h) El Decreto N° 733/2018 que estableció el abandono del soporte papel por parte de la Administración Pública para transformarse, tal como lo expresa en sus considerandos, en una “*sede digital remota con servicio de acceso permanente y global a sus trámites en forma digital, completa, simple, automática e instantánea*” en la cual, según reza el art. 1°, “*la totalidad de los documentos, comunicaciones, expedientes, actuaciones, legajos, notificaciones, actos administrativos y procedimientos en general, deben instrumentarse en el Sistema de Gestión Electrónica – GDE*”.
- i) En materia de contrataciones cabe destacar, entre otras normas:
  - e.1.) El “Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional” aprobado por Decreto N° 1023/2001 (en adelante, RCAN) y por el que se estableció la posibilidad de realizar todas las contrataciones en formato digital y firmado digitalmente<sup>514</sup>.

---

<sup>514</sup> Según ha señalado un sector de la doctrina, fue a partir del dictado del Decreto N° 1023/2001 donde se introdujo en el derecho administrativo argentino “*por primera vez, con jerarquía legal, la figura del acto administrativo digital*” (SA ZEICHEN, Gustavo, “La Administración pública, el derecho administrativo y las



e.2.) El “Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional” aprobado por Decreto N° 1030/2016 (en adelante, RRCAN) que prevé, entre otras cosas, la posibilidad de efectuar notificaciones por correo electrónico, regula de manera específica las contrataciones públicas electrónicas, etc.

e.3.) Las Disposiciones N° 62/2016, N° 63/2016 y N° 65/2016 que aprobaron el “Manual de procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”, el “Pliego Único de Bases y Condiciones Generales” y el “Manual de Procedimiento COMP.AR”, respectivamente. Todas estas disposiciones contienen regulaciones vinculadas con, por ejemplo, los procedimientos de contrataciones públicas electrónicas y las notificaciones electrónicas

2.1.4- En definitiva, entonces, la formalidad documentaria derivada de la función teológica de la teoría del acto administrativo, y cuyo origen está en el principio esencial e insoslayable de nuestro sistema republicano de gobierno que consiste en la publicidad de los actos estatales –sean de alcance particular o general–, es sin duda alguna la que mejor protege no solo los derechos de los administrados sino, también, el aseguramiento de una adecuada gestión del interés público.

Asimismo, y teniendo en consideración, por un lado, el incontestable avance que las nuevas tecnologías han producido en el derecho administrativo y, por otra parte, que la formalidad documentaria consiste en que, como principio general, todos los actos administrativos deben quedar documentados, cabe concluir que cuando la LNPA prevé, también como regla general, que el acto administrativo debe manifestarse expresamente y por escrito, ello abarca no solo al acto administrativo en soporte papel sino, también, al denominado acto administrativo digital.

---

nuevas tecnologías: El caso de las contrataciones electrónicas del Estado”, en COMADIRA, Julio Pablo e IVANEGA, Miriam Mabel (Coordinadores), *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Ad-Hoc, buenos Aires, 2009, p. 403 y ss., especialmente p. 414).

### **3.) Función institucional-republicana**

3.1.- En el punto anterior vimos que la primera función de la teoría del acto administrativo (a la que hemos calificado de “teleológica”) obedece al imperativo concreto de construir un instrumento técnico idóneo para la protección de los derechos e intereses de los particulares e incluso del propio interés público.

Asimismo, precisamos que una de las consecuencias derivadas de aquella función consiste en lo denominada *formalidad documentaria*, es decir, que, como principio general, todos los actos administrativos deben quedar documentados –sea en formato papel o digital– pues, en definitiva, aquel es el modo que mejor protege no solo los derechos de los administrados sino, también, el aseguramiento de una adecuada gestión del interés público.

3.2.- Pues bien, en nuestra opinión, existe otra función de la teoría del acto administrativo que, en un Estado Constitucional de Derecho, no puede pasar inadvertida: la denominada *función institucional-republicana*.

Como dijéramos antes y bien señalara GARCÍA PULLÉS, nuestro sistema republicano de gobierno tiene su primer principio en la “publicidad de los actos estatales”, “*base a partir de la cual puede pregonarse el control sobre esos actos, sea por los otros poderes o por los mismos gobernados*”<sup>515</sup>.

De ese modo, con la función institucional-republicana de la teoría del acto administrativo no solo resulta posible que se ejerza un control de la actividad administrativa por el resto de los órganos estatales (frenos y contrapesos) sino, también, por la propia administración en la vía jerárquica o en el control de tutela (control preventivo de legalidad de las autoridades jerárquicas de la Administración<sup>516</sup>).

Ciertamente, no nos referimos únicamente a la existencia del control interno (llevado a cabo por la Sindicatura General de la Nación) y externo (desplegado por la Auditoría General de la Nación) sobre la actuación administrativa para determinar su sujeción al

---

<sup>515</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 228.

<sup>516</sup> Sobre el concepto de jerarquía y sus derivaciones puede verse: COMADIRA, Fernando Gabriel, “La jerarquía como principio de la organización administrativa”, EDA 2018-582.

ordenamiento jurídico<sup>517</sup> pues, en rigor, existen diversos mecanismos de control público<sup>518</sup>.

Así, a modo de ejemplo, cabe destacar que, con base en la función teleológica de la teoría del acto administrativo y, especialmente, la formalidad documentaria que de ella se deriva, la función institucional-republicana permite que el Poder Legislativo controle diversos actos administrativos, como sería el caso de algunos actos de alcance general normativo del Poder Ejecutivo (v.gr.: reglamentos los de necesidad y urgencia y los delegados), etc.<sup>519</sup>.

Por ello, bien se ha señalado que “*la formalidad documentaria complementa a la publicidad de los actos de gobierno y es necesario para hacer posible el sistema de controles intra-poder y extra-poder republicanos*”<sup>520</sup>.

3.3.- Como se ve, así como con la función teleológica de la teoría del acto administrativo resulta posible proteger los derechos e intereses particulares y públicos (en el primer caso, habida cuenta de que si un acto es catalogado como administrativo, los administrados podrán cuestionarlo administrativa y/o judicialmente cuando aquel les produjese un efecto desventajoso; en el segundo, por cuanto ésta función es un medio de preservación de las prerrogativas públicas tendientes a satisfacer de manera directa e inmediata el interés público o bien común), con la función institucional-republicana se permite que el resto de los órganos estatales, e incluso la propia Administración, controlen la actividad administrativa.

---

<sup>517</sup> Ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo, (ESCOLA, Héctor, Jorge y COMADIRA, Julio Pablo: coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 347 y ss.

<sup>518</sup> Ver: IVANEGA, Miriam M., *Control público*, Astrea-Rap, Buenos Aires, 2016.

<sup>519</sup> Un profundo estudio sobre los distintos tipos de controles que puede ejercer el Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo puede verse en: LAGARDE, Fernando M., “Manifestaciones del control legislativo sobre el Poder Ejecutivo”, en AA.VV., *Control Público y Acceso a la Justicia*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2016, Tomo 2, p. 143 y ss.

Asimismo, y específicamente en relación con el control que ejerce el Poder Legislativo sobre la actividad reglamentaria del Poder Ejecutivo puede verse: SANTIAGO, Alfonso (h)– VERAMENDI, Enrique – CASTRO VIDELA, Santiago M., *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*, La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 203.

<sup>520</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 228.

#### **4.) Función teórico-práctica**

La tercera función de la teoría del acto administrativo responde a razones teórico-prácticas, es decir, nuclear en su concepto las formas de actuación administrativa sometidas a un *régimen jurídico homogéneo*.

En este último sentido, cabe señalar que si bien las palabras no son más que rótulos que les ponemos a las cosas, lo cierto es que cuando clasificamos a las cosas lo que hacemos es agrupar bajo una idéntica denominación a todas aquellas que poseen características comunes<sup>521</sup>.

Por ello, en definitiva, las clasificaciones no hacen más que ordenar y sistematizar los conocimientos.

En tal sentido, GUIBOURG – GHIGLIANI – GUARINONI han señalado que ante la existencia de diversas cosas con características similares, resulta necesario agrupar a los objetos individuales en conjuntos o clases, y establecer que un objeto pertenecerá a una clase determinada cuando reúna tales o cuales condiciones<sup>522</sup>.

Por ejemplo, las figuras que surgen del resultado de la unión de tres líneas reciben el nombre de “triángulos” los que, a su vez, podemos clasificarlos sobre la base de cualidades comunes, como ser, triángulos escalenos, isósceles, equiláteros, etc.

En nuestro caso, a los actos producto del ejercicio de la función administrativa que producen efectos jurídicos directos se los denomina “actos administrativos” –en sentido amplio o genérico–.

Como bien podrá apreciar el lector, hemos hecho alusión al término de “acto administrativo” en sentido amplio pues, en rigor, y en línea con el ejemplo mencionado,

---

<sup>521</sup> En tal sentido, HOSPERS señalaba que una definición comprende varias características definitorias y que esas características, sin las cuales no se aplicaría a la cosa una palabra determinada, son las que definen a esta palabra (HOSPERS, John, *Introducción...*, op. cit., Tomo I, p. 40/41).

Del mismo modo, CARNELUTTI destacaba que clasificación no quiere decir sino distribución de los objetos en grupos homogéneos. La homogeneidad, agregaba, está determinada por la comunidad o identidad de un número mayor o menor de caracteres (CARNELUTTI, Francesco, *Metodología del derecho*, 2º Edición, Traducción de Ángel Ossorio, Uteha, México, 1962, p. 51).

<sup>522</sup> GUIBOURG, Ricardo A., – GHIGLIANI, Alejandro M. – GUARINONI, Ricardo, V, *Introducción al conocimiento científico*, p. 38/39.

así como hay diversas clases de triángulos, existen distintos tipos o especies de actos administrativos.

En ese orden de ideas, y teniendo en consideración que, como bien ha señalado GORDILLO<sup>523</sup>, en el ámbito del derecho administrativo la palabra “acto administrativo” tiene una gran vaguedad, pues abarca un dominio muy diverso de cosas, creemos que la mejor forma de brindar una noción clara de qué ha de entenderse por acto administrativo es, en primer lugar, agrupar los distintos tipos y/o especies de actos administrativos sobre la base del *régimen jurídico* que los informa y, en segundo término, dejar reservada aquella noción a una de esas especies<sup>524</sup>.

De ese modo, y con base en la observación y el análisis de las particularidades del régimen jurídico administrativo y su aplicación a cada especie de acto administrativo, veremos que aquellos podrán ser clasificarlos en particulares, generales (normativos – v.gr.: reglamentos– o no normativos) o bilaterales –es decir, contratos administrativos–.

La clasificación que hemos hecho de las distintas especies de actos administrativos – que, huelga señalar, en modo alguno creemos que sea la única manera correcta de hacerlo<sup>525</sup>, no tiene otra finalidad más que centrar el análisis y discusión sobre el *régimen jurídico* concreto que habrá de regir a cada uno de ellos.

De tal forma, entonces, teniendo en cuenta que el producto de la función administrativa agrupa bajo una misma categoría actos de régimen jurídico heterogéneo, la función teórico-práctica de la teoría del acto administrativo lleva a la necesidad de restringir la noción técnica de “acto administrativo” a toda aquella actividad del Estado – y, en su caso, de los entes no estatales cuando ejerzan aquella función– que tenga un régimen jurídico homogéneo.

## **5.) Síntesis**

A modo de síntesis de lo expuesto en este Capítulo, podemos concluir que si bien todo

---

<sup>523</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. I-20.

<sup>524</sup> Señala GORDILLO que “la búsqueda de la definición de acto administrativo no es una búsqueda de esencias: debe estudiarse el fenómeno administrativo buscando una clasificación” (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, I-1).

<sup>525</sup> Ver lo apuntado en la nota N° 18.

el producto de la función administrativa que produce efectos jurídicos directos sobre terceros habrá de considerarse acto administrativo en sentido amplio o genérico, lo cierto es que la necesidad teórica de nuclear en su concepto las formas de actuación administrativa sometidas a un régimen jurídico homogéneo, que garantice el sistema republicano de gobierno, genere seguridad jurídica y que sea un instrumento idóneo para proteger los derechos y los intereses tanto públicos como privados, lleva a la necesidad de restringir la noción técnica-estricta del término “acto administrativo” a una *sub-especie* de entre las diversas *especies* del mismo *género*.





## CAPÍTULO V

### LOS REGLAMENTOS, COMO TODA ESPECIE DEL GÉNERO ACTO ADMINISTRATIVO, DERIVAN GENÉTICAMENTE DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

#### **1.) Introducción**

1.1.- Hasta aquí hemos visto que el acto administrativo deriva genéticamente de la función administrativa y que, por tanto, que allí donde aquella se desarrolle, ora mediante órganos estatales, ora a través de entes no estatales, habrá actos administrativos en sentido amplio.

Destacamos y enfatizamos que el resultado del ejercicio de la función administrativa es el acto administrativo en sentido amplio y/o genérico toda vez que, en rigor, éste puede clasificarse según sus alcances, en actos administrativos *particulares* (individuales, pluriindividuales o plúrimos) o *generales* (normativos –v.gr.: reglamentos– o no normativos), y según su formación, en *unilaterales* o *bilaterales*, tal sería el caso, en este último supuesto, de los contratos administrativos.

De ese modo, en lo que aquí interesa, concluimos que todos los reglamentos (v.gr.: reglamentos autónomos, ejecutivos, delegados y de necesidad y urgencia), son una especie del género acto administrativo pues, como se vio, son producto de la función administrativa (por oposición a legislativa).

1.2.- Ahora bien, en las páginas que siguen nos detendremos a estudiar, al menos sintéticamente, cuáles son las características y qué debe entenderse por acto administrativo de alcance “particular”, de alcance “general” y, también, de gestación “unilateral” o “bilateral”.

#### **2.) El acto administrativo de alcance particular: el acto administrativo individual, pluriindividual y plúrimo**

El acto administrativo de alcance *particular* es aquel que está destinado a una o varias personas claramente *individualizadas* o *determinadas* mientras que, los actos

administrativos de alcance *general*, están dirigidos a una cantidad *indeterminada* de personas.

De ese modo, y siguiendo las enseñanzas del profesor COMADIRA<sup>526</sup>, entendemos que el acto administrativo *particular* es no solamente el que está dirigido a una sola persona sino, también, el que está destinado a una cantidad *determinada* de personas o varias personas identificadas y que suelen ser denominados actos “pluriindividuales” o “plúrimos”.

Los actos administrativos *pluriindividuales* o *plúrimos* se diferencian del acto administrativo general toda vez que no están dirigidos a una cantidad indeterminada de personas, sino que, como dijimos, los particulares están claramente individualizados.

Los actos administrativos pluriindividuales, a los que la PTN denomina “colectivos” o “acumulativos”, son aquellos que “*juntan varias conductas y sujetos en un solo acto administrativo, que contiene varios actos concretos que, por razones materiales, se instrumentan en uno solo, aunque se los podría haber hecho en forma separada*”<sup>527</sup>.

En el derecho español este tipo de actos es comúnmente denominado acto “plural” o “plúrimo”. Así, GARCÍA–TREVIJANO FOS sostiene que el acto plural es aquel en el que “*existen tantos actos administrativos como destinatarios (...) existe la posibilidad de desintegrar el acto plural en actos individuales*”<sup>528</sup>, en otras palabras, para el autor “*el acto plural es una suma de actos administrativos*”<sup>529</sup>.

En similar sentido, aunque bajo la denominación de acto “plúrimo”, COSCULELLA MONTANER señala que se trata de “*actos que aparecen reflejados en una misma relación o publicación, pero que conservan su vida jurídica perfectamente diferenciada al tratarse*

---

<sup>526</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 123. En igual sentido, entre muchos otros, HALPERÍN, David A., “Cuestiones vinculadas...”, op. cit.

<sup>527</sup> Dictámenes 234:161. En Igual sentido: HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Astrea, Buenos Aires, 1985, Tomo 2, p. 362; COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 123; FIORINI, Bartolomé A., “Los actos administrativos generales y su impugnación en la Ley N° 19.549”, LL 149:908 y, también, en FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo II, p. 624/625.

<sup>528</sup> GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 295

<sup>529</sup> GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Los Actos Administrativos*, Cívitas, Madrid, 1991, p. 217.

*no de un solo acto, sino de varios independientes*”<sup>530</sup>.

La legislación hispánica parece referirse a este tipo de actos administrativos en el art. 36, inc., 3º del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de España, donde expresamente se prevé que *“cuando deba dictarse una serie de actos administrativos de la misma naturaleza, tales como nombramientos, concesiones o licencias, podrán refundirse en un único acto, acordado por el órgano competente, que especificará las personas u otras circunstancias que individualicen los efectos del acto para cada interesado”*<sup>531</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, por nuestra parte creemos que no debe confundirse el acto pluriindividual con el acto plúrimo.

El acto plúrimo, si bien al igual que el pluriindividual está dirigido a una pluralidad de sujetos individualizados, difiere de aquel en que *“cada destinatario del acto tenía una situación jurídica determinada frente a la Administración y a sus propios pares, el objeto del acto resultaba ‘múltiple’, porque recaía singularmente en varias personas con distintos grados de afectación a cada uno”*<sup>532</sup>.

Es decir, entonces, que en el acto plúrimo existe una relación o vinculación entre los destinatarios que justifica el dictado de un único acto administrativo pues, como señala MURATORIO, en *“el acto plúrimo es un acto administrativo de alcance individual que concentra, acumula, reúne, refunde –como dicen los españoles– en sí mismo una cantidad de actos administrativos particulares, donde siguen importando los destinatarios –quiénes–por sobre el contenido –qué–, y algo más, ello así dada la existencia de una relación jurídica que vincula a cada destinatario entre sí, pues esa*

---

<sup>530</sup> COSCULELLA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, 9º Edición, Cívitas, 1998, p. 353. En línea con el último autor citado puede verse: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 599.

<sup>531</sup> Así lo han entendido, aunque refiriéndose al derogado Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de España, pero cuyas previsiones, en lo que aquí interesan, no han sufrido modificación alguna: GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Los Actos Administrativos*, op. cit., p. 217, GARRIDO FALLA, Fernando – FERNÁNDEZ PASTRANA, José M, *Régimen Jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Madrid, Cívitas, 1993, p. 151, entre otros.

<sup>532</sup> CNACAF, Sala II, 14/12/2004, “Piaggi, Ana I. c/ Universidad Nacional de Buenos Aires s/ Resolución N° 3.582/2000”.

*relación es lo que justifica el dictado, finalmente, de un solo acto*”<sup>533</sup>.

Un ejemplo sería el acto del Consejo de la Magistratura que eleva una terna con orden de mérito al Poder Ejecutivo para la designación de un juez: el acto del Consejo estará dirigido a todos los que se han presentado pero, no obstante, la situación jurídica de quien salió primero varía en relación con quien obtuvo el segundo puesto<sup>534</sup>.

En otras palabras, tanto el acto *pluriindividual* como el *plúrimo* están dirigidos a una cantidad claramente determinadas de personas, pero mientras en el primero la situación jurídica de cada sujeto no varía en relación con los demás y la propia Administración, en el acto *plúrimo* cada destinatario del acto tiene una situación jurídica determinada frente a la Administración y a sus propios pares<sup>535</sup>.

De lo expuesto se concluye, entonces, que tanto el acto administrativo individual como el *pluriindividual* y el *plúrimo*, tienen en común un contorno subjetivo *cerrado*, por cuanto los sujetos individualizados no pueden ser sustituidos por otros<sup>536</sup>.

El acto administrativo de alcance particular ha sido definido como una “*declaración emitida por un órgano estatal, o un ente no estatal, en ejercicio de la función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros*”<sup>537</sup>.

---

<sup>533</sup> MURATORIO, “Acto de alcance general, plúrimo y plurindividual”, en AA.VV., *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 785.

<sup>534</sup> Como explica Julio Pablo COMADIRA, “*en algunos casos especiales de actos plúrimos la nulidad parcial sería viable, tal como ocurriría, v. gr., si luego de un concurso se propone, a quien debe designar, una lista de cinco postulantes con un orden de mérito de los candidatos para cubrir cinco cargos y se plantea, por quien quedó sexto –es decir, excluido–, la nulidad de la postulación del que está en quinto lugar: la declaración de nulidad de la propuesta de este postulante no afectará la de los candidatos que están en los lugares primero a cuarto*” (COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 198, especialmente nota N° 60 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “El régimen de nulidades del acto administrativo y el nuevo Código Civil y Comercial”, en AA.VV. *Cuestiones Estructurales de Derecho Administrativo. Instituciones, buena administración y derechos individuales*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2018, p. 11 y ss., especialmente nota 59).

<sup>535</sup> En otros términos: mientras en el acto administrativo *pluriindividual* el orden de los factores no altera el producto, en el acto *plúrimo* sí.

<sup>536</sup> BALBÍN, Carlos F., *Curso...*, op. cit., p. 6/7

<sup>537</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 4.

### **3.) El acto administrativo de alcance general: acto general normativo –reglamento- y no normativo**

Hasta aquí vimos, entonces, que quien ejerce función administrativa dicta actos administrativos en sentido amplio, ya sean particulares (es decir, destinado a una o más personas individualizadas), generales, unilaterales o bilaterales.

Dentro del acto administrativo de alcance general, como producto de la función administrativa, encontramos a los *actos de alcance general normativo* y los *actos de alcance general no normativo*<sup>538</sup>.

#### **3.1.) Los actos administrativos de alcance general normativo: los Reglamentos**

Los actos administrativos de alcance general normativo son aquellos que están dirigidos a una cantidad indeterminada o indeterminable de personas, sentando una norma y pretendiendo su inserción en el ordenamiento jurídico como fuente permanente de juridicidad. Es decir, innovan el ordenamiento jurídico.

Por ello, como veremos más adelante, la juridicidad, como presupuesto y límite del obrar administrativo, implica que la Administración Pública está sometida no solo al principio de legalidad –vale decir, a la ley en sentido formal–, sino a todo el ordenamiento jurídico, desde los principios generales del derecho hasta los precedentes en cuyo

---

<sup>538</sup> Tal como lo hemos anticipado al comienzo de esta tesis, la LNPA no distingue, al menos expresamente, los actos generales normativos o reglamentarios de los no normativos.

El hecho de que la fuente inspiradora de la LNPA (v.gr.: MARIENHOFF pues, conforme surge del acápite II de la “Exposición de Motivos” que acompañó la sanción de la LNPA se señaló que, en lo referente al Título III –esto es, el que regula el acto administrativo– se adoptaron, “*las opiniones expuestas por el doctor Miguel S. Marienhoff, en el tomo II de su Tratado de Derecho Administrativo en materia de acto administrativo*”) y la propia letra de ésta no distinguen entre actos de alcance general normativo y no normativos, llevó a que algunos autores consideraran que tal distinción carece de relevancia, inútil y o artificiosa (ver, entre otros, GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, p. IV-18; HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional...*, op. cit., Tomo 1, p. 449; entre otros).

Sin embargo, como se demostrará a lo largo de los argumentos que sustentan nuestra tesis, la distinción no está desprovista de consecuencias prácticas. Así, pues, veremos que si bien ambos están dirigidos a una cantidad indeterminada de personas, mientras los actos de alcance general normativo (reglamentos) se insertan en el ordenamiento jurídico con vocación de permanencia, los actos generales no normativos se agotan con su aplicación y, por tanto, carecen de aquella vocación de permanencia. De esa manera, y aunque ambos sean generales, la contradicción entre un acto general no normativo y uno general normativo (reglamento), no es un supuesto de derogación, sino, simplemente, de incumplimiento del segundo por el primero (en igual sentido: COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación Pública...*, op. cit., p. 161).

seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad y sean legítimos, pasando, desde luego, por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes formales, los reglamentos<sup>539</sup> y ciertos contratos administrativos.

En el esquema expuesto, entonces, los reglamentos serían actos administrativos de alcance general normativo.

Dentro del término “reglamentos” se incluyen no solo a los actos administrativos de alcance general normativo emanados del Poder Ejecutivo nacional (v.gr.: decretos) sino, también, a los actos que, con igual alcance, dicta el Jefe de Gabinete de Ministros (v.gr.: decisiones administrativas), los Ministros (v.gr.: resoluciones) o los órganos jerarcas de los entes descentralizados<sup>540</sup>.

### 3.2.) Los actos administrativos de alcance general no normativo

No obstante lo expuesto, cabe tener en cuenta que como bien advierte TREVIANO FOS, si bien el reglamento es siempre y por naturaleza un acto general y abstracto, no todo acto general es un reglamento pues, en rigor, existen actos generales que se dirigen a una pluralidad indeterminada de destinatarios pero que no tienen función normativa, no son fuente del derecho<sup>541</sup>.

---

<sup>539</sup> Como ha señalado la doctrina española, la Administración “*está sometida, como sujeto de Derecho que es, a todo el ordenamiento y, por lo tanto, también a sus propios Reglamentos*” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 220). Ver, también, GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. VII–21.

<sup>540</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Tomo 1, p. 42.

Al respecto, es preciso advertir que el término “decreto”, “decisión administrativa” y/o “resolución” no ha de identificarse, necesariamente, con el concepto de “reglamento” toda vez que, en rigor, podrían existir decretos, decisiones administrativas y resoluciones ministeriales de alcance particular (como la designación de un funcionario), de alcance general normativo (cuando se dicta un reglamento autónomo, por ejemplo) o, también, general no normativo (cuando se convoca a licitación pública).

Por lo demás, y como se verá más adelante, hemos de advertir que existen ciertos reglamentos que únicamente pueden emanar de la máxima autoridad del Poder Ejecutivo de la Nación, como ser, por ejemplo, los reglamentos de necesidad y urgencia.

<sup>541</sup> GARCÍA TREVIANO FOS, José Antonio, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 293/294. En la doctrina nacional, si bien la mayoría de los autores reconocen la existencia de este tipo de actos, lo cierto es que otro sector la cuestiona “*porque aquellos actos que se dicen no normativos parecieran esconder verdaderas normas con efectos no consuntivos, que habrán de limitarse por los sujetos, por la actividad que intentan cumplir, o por el tiempo y el espacio en que extienden su carácter vinculante*” (GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 138, nota N° 1).

Aquellos actos son los que reciben el nombre de “acto administrativo de alcance general no normativo” y, si bien al igual que los “reglamentos”, están dirigidos a una cantidad indeterminada de personas, se diferencian de aquellos en que se agotan con su aplicación y no tienen vocación de permanencia<sup>542</sup>.

*Mientras los actos administrativos de alcance general normativo –reglamentos– se incorporan al ordenamiento jurídico de manera permanente, los actos administrativos de alcance general no normativo se consumen con su aplicación, de ahí que a este temperamento diferenciador se lo denomine consuntivo*<sup>543</sup>.

Ejemplos de actos administrativos de alcance general no normativo abundan y, a simple título ejemplificativo, podemos mencionar el acto de llamado a una licitación pública<sup>544</sup>, la declaración de un día inhábil o feriado por única vez, una restricción al tránsito como consecuencia de una manifestación o acto público<sup>545</sup>, etc.

Como se ve, mientras en el acto administrativo individual, pluriindividual o plúrime el elemento subjetivo es *cerrado* –en el sentido de que los sujetos individualizados no pueden ser sustituidos–, en los actos administrativos de alcance general normativo –reglamentos– y generales no normativos, el contorno subjetivo es *abierto*, pues, en

---

<sup>542</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Tomo 1, p. 394; MUÑOZ, Guillermo A., “Impugnación del Reglamento”, AA.VV., *Activa Actividad Reglamentaria de la Administración*, Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Administrativo, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1989, p. 137 y ss.; REJTMAN FARAH, Mario, *Impugnación judicial...*, op. cit., p. 12; GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 293 y ss.; PARADA, Ramón, *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 192; COSCULELLA MONTANER, Luis, *Manual...*, op. cit., p. 116; entre muchos otros.

<sup>543</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Tomo 1, p. 394; MURATORIO, Jorge I., “Acto de alcance general, plúrime y plurindividual”, op. cit.; HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional...*, op. cit., Tomo I, p. 448; CASSAGNE, Juan Carlos, “El control jurisdiccional de la actividad reglamentaria y demás actos de alcance general”, LL, 2001–E, 1226; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús – GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Comentarios a la ley de régimen jurídico...*, op. cit., Tomo 2, p. 1350.

<sup>544</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación pública...*, op. cit., p. 13/14. El llamado a licitación pública, al estar dirigido a una pluralidad indeterminada de personas, es un acto de alcance general y, al agotar sus efectos al cumplirse su finalidad (lograr la mayor cantidad posible de oferentes sobre la base de una concurrencia pública e igualitaria, de entre las cuáles se seleccionará a la más conveniente), es no normativo.

<sup>545</sup> HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional...*, op. cit., Tomo I, p. 447; CASSAGNE, Juan Carlos, “El control jurisdiccional...”, op. cit.



definitiva, los sujetos pueden intercambiarse<sup>546</sup>.

### 3.3.) El caso de los “reglamentos autoaplicativos”, de directa aplicación o directamente operativos

Hasta aquí hemos visto que los actos administrativos de alcance general pueden clasificarse en normativos (reglamentos) o no normativos: los primeros están dirigidos a sujetos indeterminados, sentando una norma y pretendiendo su inserción en el ordenamiento jurídico como fuente permanente de juridicidad y, los segundos, si bien también están destinados a una cantidad indeterminada de sujetos, se agotan con su aplicación y no tienen vocación de permanencia.

Asimismo, y como dijéramos en otra ocasión<sup>547</sup>, cabe mencionar la existencia de actos administrativos de alcance general de directa aplicación o autoaplicativos, es decir, aquellos que afectan de modo directo e inmediato el *status* de los administrados y que, por consiguiente, no requieren de actos administrativos particulares de aplicación para afectar derechos<sup>548</sup>.

De ese modo, el acto administrativo de alcance general autoaplicativo, desde el punto de vista “estructural”, y al igual que todo acto administrativo de alcance general, está dirigido a una pluralidad indeterminada de destinatarios pero, desde un enfoque “funcional”, actúa directamente sobre la esfera de los derechos e intereses de los

---

<sup>546</sup> BALBÍN, Carlos F., *Curso...*, op. cit., Tomo II, p. 6/7.

<sup>547</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “El reglamento administrativo. Concepto y diferencias con otras figuras”, REDA N° 125:951.

<sup>548</sup> Se han citado como ejemplos de reglamentos autoaplicativos aquellos que fijan las condiciones para acceder a un sistema de retiros (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 469), los que establecen una recategorización de ciertos empleados públicos (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. VIII–24), o los que establecen un régimen de incompatibilidad para la función pública (SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 556)

GARCÍA TREVIJANO FOS utiliza como ejemplos aquellos reglamentos por los que se rebaja o aumenta la edad de jubilación, o los que prohíben los ascensos a aquellas personas que están en una especial situación (GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 309).

Los reglamentos autoaplicativos son, como señaló Muñoz, “*reglamentos que no necesitan un acto de aplicación (...) que deben ser cumplidos directamente sin necesidad de un acto de requerimiento o sujeción individual*” (MUÑOZ, Guillermo A., “Impugnación del Reglamento”, op. cit., p. 138).

particulares, “*de manera análoga a los actos individuales*”<sup>549</sup>.

Como se ve, la heterogeneidad de los reglamentos de directa aplicación los convierte en un híbrido entre el acto de alcance general y el acto administrativo individual; están “*situados en la zona fronteriza que separa los conceptos de reglamento y acto*”<sup>550</sup>

La categoría de acto administrativo de alcance general autoaplicativo no está desprovista de consecuencias prácticas pues, desde nuestro punto de vista, y tal como veremos a lo largo de esta obra, aquellos tendrán un sistema diverso en materia de, por ejemplo, estabilidad, impugnación y ejecutoriedad, entre otras características.

#### 3.4.) Los denominados “reglamentos singulares”. Visión crítica

No escapa a nuestro conocimiento que un sector de la doctrina hace referencia a los denominados “reglamentos singulares”, es decir, a “*disposiciones que proveen de un régimen o disciplina general o abstracta a sujetos concretos*”<sup>551</sup>.

Según aquellos autores, los reglamentos singulares serían, desde el punto de vista estructural, normas abstractas con vocación de permanencia y, desde su funcionalidad, normas que serán aplicadas en el supuesto de hecho singular allí previsto<sup>552</sup>.

Se suelen utilizar como ejemplos de “reglamentos singulares” las normas que refieren a un ministerio concreto, una dirección específica o las que establecen las

---

<sup>549</sup> SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 556.).

<sup>550</sup> ESTEVE PARDO, José, “Los reglamentos de directa aplicación (art. 39.3, LJCA) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en RAP N° 108:215.

<sup>551</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., *Principios...*, op. cit., Tomo II, p. 258. También hacen alusión a “reglamentos singulares”, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 196.

En Uruguay, el Decreto N° 500/91 (Normas generales de actuación administrativa y regulación del procedimiento en la Administración Central), contempla y define en su art. 120 los distintos tipos de actos administrativos y, en lo que aquí interesa, define al reglamento como “*normas particulares y abstractas creadas por acto administrativo*” (ampliar en: DELPIAZZO, Carlos E., *Derecho Administrativo General*, op. cit., Volumen 1, p. 184/185).

<sup>552</sup> OVIEDO, Laura, “Los reglamentos singulares en el derecho administrativo actual”, EDA 2011-449; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 555; USLENGHI, Alejandro, “Régimen jurídico de la potestad reglamentaria”, en AA.VV., *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 487.

condiciones para ejercer un cargo singular –v.gr.: presidente de la República, Procurador General, etc.–, las normas que fomentan la industria automotriz, etc.<sup>553</sup>.

No obstante, como ya señaláramos<sup>554</sup>, y sin perjuicio del respeto que merece la calificada opinión de quienes adhieren al concepto de “reglamento singular”, creemos que aquel término es desacertado.

Como hemos visto, el “**reglamento**” es concebido como un acto administrativo de alcance *general normativo* (**general, por cuanto está destinado a una cantidad indeterminada de personas**; normativo, habida cuenta de que tiene vocación de permanencia, convirtiéndose en fuente permanente de juridicidad) y, el acto “**singular**”, como aquel que está **destinado a una o varias personas claramente individualizadas, determinadas o identificadas**.

De tal forma, entonces, si los reglamentos son, por esencia, normas de alcance *general y abstracta*, la expresión “reglamento singular” resulta conceptualmente contradictoria, erigiéndose en una suerte de *oxímoron jurídico*.

Es elocuente lo oportunamente sostenido por TREVIANO FOS al señalar que “*no puede hablarse nunca de un Reglamento individual; por propia esencia el Reglamento es abstracto y general*”<sup>555</sup>. Con base en aquella idea, en una obra posterior el citado autor ratificó su postura y sostuvo que “*no cabe afirmar la existencia de Reglamentos singulares*”; a mi juicio, se trata de dos términos contradictorios. Una norma nunca puede ser singular”<sup>556</sup>.

Del mismo modo, a nivel nacional, el maestro FIORINI sostuvo que “*el acto general puede dirigirse en forma indeterminada en beneficio de un solo sujeto, pero permanece como norma para reglar la posibilidad de conducta de cualquier otro posible sujeto, por ejemplo, el acto que rige las condiciones para ser presidente de la República Argentina. Esta es una norma que regla la concreción en beneficio de una persona para ocupar ese*

---

<sup>553</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 196; USLENGHI, Alejandro, “Régimen jurídico...”, op. cit., p. 487.

<sup>554</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “El reglamento administrativo...”, op. cit.

<sup>555</sup> GARCÍA TREVIANO FOS, José Antonio, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 286

<sup>556</sup> GARCÍA TREVIANO FOS, José Antonio, *Los Actos...*, op. cit., p. 29.

*cargo pero cuando se la aplica en forma práctica no se agota, continúa como norma genérica*<sup>557</sup>.

Asimismo, BASAVILBASO<sup>558</sup>, a quien ha seguido MARIENHOFF<sup>559</sup>, señaló que *“cualquiera sea la situación en que se encuentren los reglamentos en relación a la ley, todos ellos presentan caracteres comunes que lo distinguen de las normas jurídicas en forma de ley. En primer término, es una manifestación de la voluntad emanada de órganos administrativos y en segundo término, crea status generales, impersonales y objetivos. No existen reglamentos para regir un caso concreto; solamente la ley formal puede dictar disposiciones para un caso particular”* (énfasis agregado).

Por ello, si bien no negamos la posibilidad de que existan actos que, con vocación de permanencia, estén llamados a repetir su mandato solamente ante el hecho concreto en ellos contemplado, entendemos que no pueden ser denominados “reglamentos singulares”.

No cabe duda de que se tratan de actos con vocación de permanencia –es decir, actos normativos– pero, no obstante, el hecho de estar llamados a repetirse solo cuando se esté en presencia del supuesto concreto/singular allí previsto, no los torna en actos “singulares”.

En efecto, el destinatario del acto no está determinado, individualizado o identificado, sino que, en rigor, es indeterminado y abierto, en el sentido de que puede ser sustituido por otro.

Así, a título ejemplificativo, la norma que establece ciertas pautas para la industria automotriz, si bien solo es aplicable respecto de quienes ejercen aquella industria, lo cierto es que está destinada –abierta–, también, a todos aquellos que eventualmente pretendan incursionar en dicho mercado<sup>560</sup>.

---

<sup>557</sup> FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo II, p. 624

<sup>558</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo...*, op. cit., Tomo I, p. 266.

<sup>559</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 250/251.

<sup>560</sup> Igual conclusión corresponde sentar, asimismo, en relación con los reglamentos que se refieren a un Ministerio específico, pues, como bien señala TREVIANO FOS, *“las normas de organización tienen valor normativo porque (...) crean la infraestructura para el desarrollo de numerosas relaciones y actividades, y ello aunque afecten a un sólo departamento u órganos de otras características”* (GARCÍA TREVIANO FOS, José Antonio, *Los Actos...*, op. cit., p. 29).

Más aún, de seguirse la doctrina propuesta por quienes defienden el sintagma “reglamento singular”, habrá que entender, por ejemplo, que los actos que de modo abstracto establecen las condiciones para quienes quieran ser contratistas del Estado (v. gr: Decreto N° 1030/2016) son “reglamentos singulares” o, en su caso, “reglamentos pluriindividuales”, toda vez que si bien, por un lado, tienen vocación de permanencia, por otra parte, solo serán aplicados a todos aquellos que pretendan ser cocontratantes del Estado.

Del mismo modo, la norma que establezca los derechos y obligaciones de la persona que ejerza el cargo de Procurador General, más allá de que será aplicable únicamente a quien lo ostente, lo cierto es que también le será de aplicación a cualquier otro sujeto que eventualmente ocupe el cargo<sup>561</sup>.

Como mencionáramos en el texto, si tenemos en cuenta que los actos administrativos particulares (individuales, pluriindividuales o plúrimos) tienen una contextura cerrada, por cuanto los sujetos allí individualizados no pueden ser intercambiados por otros diferentes y, a su vez, que los actos generales –ora normativos, ora no normativos– tienen un campo subjetivo abierto, esto es, los sujetos pueden ser sustituibles por otros, no cabe duda alguna de que los reglamentos singulares no son más que una expresión de los actos administrativos de alcance general normativos –reglamentos–.

En definitiva, entonces, sostenemos que la expresión “reglamento singular” resulta desacertada toda vez que, en primer lugar, los reglamentos son, por esencia, *normas generales* y, por otra parte, habida cuenta de que un reglamento esté llamado a repetirse en un supuesto concreto/singular, no obsta a su calificación de *general*, pues el destinatario del acto no está determinado, individualizado o identificado sino que, en rigor, es indeterminado y abierto, en el sentido de que puede ser sustituido por otro.

#### **4.) El acto administrativo unilateral y el acto bilateral: los contratos administrativos como actos administrativos bilaterales. Aproximación**

Se ha entendido que el acto administrativo es *unilateral* cuando su emanación y

---

<sup>561</sup> Tal como surge de las enseñanzas del profesor FIORINI: FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo II, p. 624

contenido se debe a la “voluntad”<sup>562</sup> de una sola persona que, en el caso, habrá de ser quien ejerza función administrativa.

Por otra parte, el acto administrativo *bilateral* es, como enseña MARIENHOFF, “*aquel cuya emanación y contenido se deben a dos voluntades coincidentes sobre lo que una parte le reconoce a la otra y recíprocamente: de la Administración Pública y del administrado (...) Trátese de la voluntad de dos sujetos de derechos*”<sup>563</sup>.

La clasificación recién mencionada, es decir, la existencia de actos administrativos de gestación *unilateral* y *bilateral*, lleva a preguntarse si los contratos administrativos pueden considerarse *actos administrativos bilaterales* y, por tanto, una especie del género acto administrativo.

Si bien al comienzo de esta tesis y en otras oportunidades<sup>564</sup> hemos señalado que, en nuestra opinión, la respuesta afirmativa se impone, lo cierto es que detenernos a explicar detalladamente cuáles son los fundamentos que justifican aquella postura nos alejaría del marco de la investigación propuesta en esta tesis, razón por la cual remitimos, para ello, a los trabajos recién citados.

De todos modos, e independientemente de ello, aquí solo recordaremos que la CSJN

---

<sup>562</sup> Como veremos en las páginas que siguen, en nuestra opinión, la declaración en que el acto administrativo consiste no se limita únicamente a una “declaración de voluntad”.

Conceptualizar al acto administrativo como una “declaración”, significa que aquel consiste en la exteriorización de una idea, una extrinsecación de un proceso intelectual, que traduce un juicio de valor u opinión (v.gr.: la licencia de conducir, que implica un juicio de valor sobre la aptitud de una persona para manejar un vehículo; la expedición de un certificado de buena conducta; la anulación por ilegitimidad de un acto administrativo, que implica un juicio de valor sobre la legitimidad del acto administrativo anulado), una simple constatación de hechos (v.gr.: una partida de defunción o de nacimiento) o, finalmente, una declaración de voluntad o decisión (v.gr.: la adjudicación en una licitación pública, la aplicación de una sanción disciplinaria a un empleado público, la revocación de un contrato u acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia) (ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 5/8).

La PTN ha precisado que el acto administrativo comprende no solo la manifestación de voluntad, sino también la certificación de hechos llegados a conocimiento de la Administración y que, por consiguiente, al ser el certificado un acto administrativo debe estar sujeto a todas las normas que prescribe y exige la ley 19.549 (Dictámenes 156:64).

Igual criterio fue seguido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, con cita del autor mencionado: CNACAF, Sala IV, 20/05/2010, “Gasc, Javier Orlando c/ Estado Nacional –M° del Interior– P.N.A. s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg”.

<sup>563</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 234 y ss.

<sup>564</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “Naturaleza jurídica de los contratos administrativos...”, op. cit., p. 40 y ss. y, antes, en COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p. 105 y ss.

ha señalado en más de una oportunidad que los contratos administrativos son verdaderos actos administrativos<sup>565</sup> y, específicamente, actos administrativos bilaterales.

En el conocido caso “Metalmecánica”, la CSJN reconoció y aceptó por primera vez la existencia de actos administrativos bilaterales, estableciendo que el contrato administrativo podía considerarse un acto bilateral, en su formación y consecuencias<sup>566</sup>.

En definitiva, entonces, y al igual que lo hemos venido sosteniendo a lo largo de los argumentos que sustentan nuestra tesis, para nuestro Máximo Tribunal de la Nación los contratos administrativos son una especie del género acto administrativo, en el caso, *actos administrativos bilaterales*.

## **5.) Síntesis**

5.1.- En definitiva, entonces, hasta aquí queda claro que el acto administrativo deriva genéticamente de la función administrativa y, por tanto, allí donde aquella se desarrolle, ora mediante órganos estatales, ora a través de entes no estatales, habrá actos administrativos en sentido amplio.

Sostener que el resultado de la función administrativa se traduce en el dictado de actos administrativos en sentido amplio, importa reconocer que su concepto engloba no solo a los actos de *génesis unilateral destinados a una o más personas claramente identificadas* sino, también, a los que *afectan a una cantidad indeterminada de personas* como los de *gestación bilateral*, es decir, los contratos administrativos<sup>567</sup>.

---

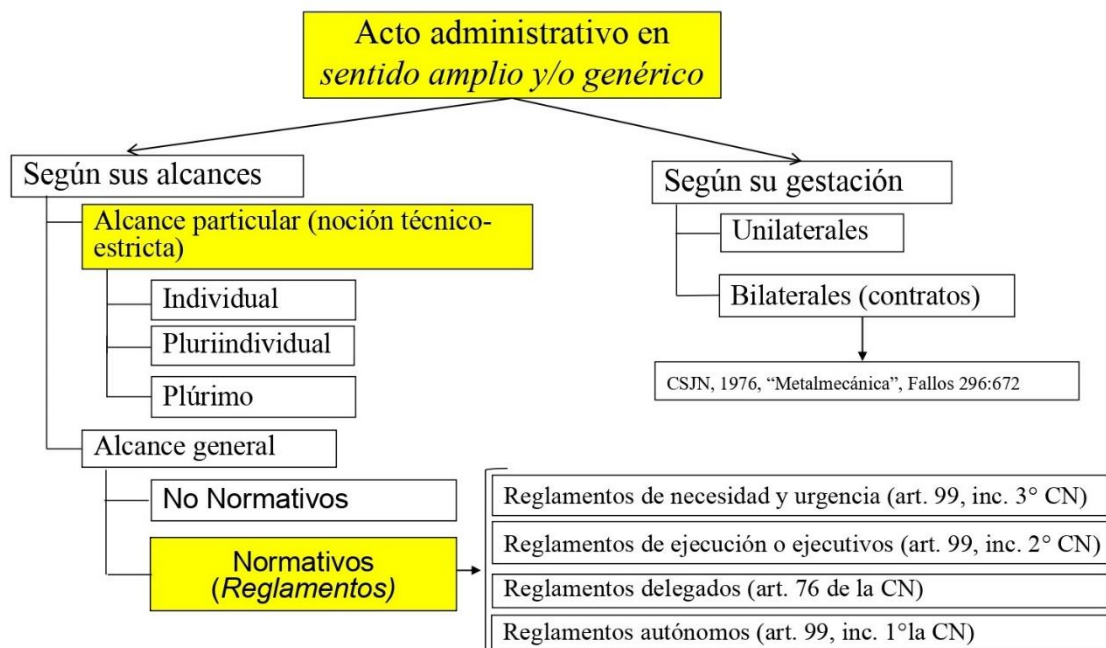
<sup>565</sup> CSJN, 06/09/1988, “Diarios y Noticias S.A. c/ Formosa, Provincia de s/ cobro de australes y devolución de equipos”, Fallos 311:1791; CSJN, 07/03/1989, “Navone Spalding Sociedad de Hecho c/ Catamarca, Provincia de s/ cobro de australes”, Fallos 312:282; CSJN, 27/04/1989, “Fortunato Arrufat SAIC. y F. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de australes”, Fallos 312:606.

<sup>566</sup> CSJN, 23/12/1976, “Metalmecánica S.A.C.I. c/ Nación”, Fallos 296:672; con nota de MARIENHOFF, Miguel S., “El acto administrativo bilateral y la Corte Suprema de Justicia. Lo atinente al contrato y al cuasicontrato administrativo”, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, nro. 61.

<sup>567</sup> A nuestro modo de ver, como los contratos administrativos son una especie del género acto administrativo, antes de ahora sostuvimos que resulta indudable que Ley N° 26.854 que regula las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional es aplicable a los contratos administrativos (COMADIRA, Fernando Gabriel, “Naturaleza jurídica de los contratos administrativos...”, op. cit., p. 72 y ss.). Desde otra mirada, STUPENENGO señaló que las disposiciones de aquella norma no rigen en materia de contratos administrativos y que, por tanto, “*lo atinente a la suspensión cautelar de sus efectos deberá continuar rigiéndose analógicamente por las disposiciones del CPCCN*” (STUPENENGO, Juan A., “Notas sobre el efecto de los recursos dirigidos contra medidas cautelares dictadas contra el Estado (con especial referencia a la ley 26.854)”, EDA 2013-701).



Lo expuesto surge con mayor claridad en el siguiente gráfico:



5.2.- Sin embargo, y teniendo en cuenta que uno de los objetivos de la construcción teórica de la noción del acto administrativo es nuclear en él los actos sometidos a un régimen jurídico uniforme, resulta incontestable la necesidad de restringir la definición técnica-estricta de “acto administrativo” a una de las *sub-especies* de entre las diversas *especies* del mismo *género*<sup>568</sup>.

Como bien ha precisado ALESSI, “aislar una categoría homogénea de actos a los que pueda aplicársele el mayor número posible de principios, pero que sea suficientemente amplia para evitar excesivos fraccionamientos y que se presente como la más significativa e importante entre las distinciones categorías de actos administrativos, de manera que se pueda construir lo que podría ser una teoría principal entre las teorías principales de los actos administrativos”<sup>569</sup>.

Parece haber consenso en que una definición restringida del acto administrativo debe excluir a los actos administrativos de alcance general y a los de gestación bilateral, es

<sup>568</sup> En tal sentido, señala Julio Pablo COMADIRA, “no es científica ni metodológicamente correcto englobar en un único concepto a situaciones que tienen un régimen jurídico distinto” (COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 281 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Impugnación administrativa...”, op. cit., p. 86 y ss.).

<sup>569</sup> ALESSI, Renato, *Instituciones de derecho administrativo*, Traducción de la 3° edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Editorial Bosch, Barcelona, 1970, Tomo 1, p. 249.

decir, los contratos administrativos, pues, en definitiva, el régimen jurídico de aquellos posee algunas diferencias en relación con el del acto unilateral y particular.

*5.3.- En otras palabras: si bien creemos que todo el producto de la función administrativa que produce efectos jurídicos directos sobre terceros habrá de considerarse acto administrativo en sentido amplio o genérico, lo cierto es que la necesidad teórica de nuclear en su concepto las formas de actuación administrativa sometidas a un régimen jurídico homogéneo, que garantice el sistema republicano de gobierno, genere seguridad jurídica y que sea un instrumento idóneo para proteger los derechos y los intereses tanto públicos como privados, lleva a la necesidad de restringir la noción técnica-estricta del término “acto administrativo” a una de las sub-especies de entre las diversas especies del mismo género que, como veremos en el punto que sigue, será al “acto administrativo de alcance particular”.*

## CAPÍTULO VI

## CONCEPTO DE REGLAMENTO

**1.) Introducción**

1.1.- Hasta aquí hemos demostrado que, según el criterio mixto para delimitar las funciones jurídicas del Estado, el resultado de la función judicial es el acto estatal “sentencia”, de la función legislativa el acto estatal “ley” (general o particular) y, por último, el de la función administrativa el “acto administrativo” en sentido amplio y/o genérico.

El acto administrativo como derivación genética de la función administrativa es entendido *en su sentido más genérico y comprensivo*, pues engloba en su concepto tanto a los actos de alcance particular y general (normativos –v.gr.: reglamentos– o no normativos) como a los de gestación unilateral y bilateral (es decir, los contratos administrativos).

*En otras palabras: si el resultado del ejercicio de la función administrativa es el acto administrativo en sentido amplio y/o genérico, no cabe más que concluir que todos los reglamentos, aún los de necesidad y urgencia y los delegados, son una especie del género acto administrativo y, por tanto, sometidos al régimen jurídico exorbitante que caracteriza y tipifica a dicha función.*

1.2.- Por otra parte, también precisamos que en virtud de una de las diversas funciones a las que debe responder la *teoría del acto administrativo* (v.gr.: la función teórica-práctica), la noción técnico-estricta de “acto administrativo” debe quedar reservada a una de sus *especies* que, en nuestra opinión, ha de ser la del acto administrativo de alcance particular.

Asimismo, al destacar que el concepto de acto administrativo está indisolublemente asociado a la función administrativa, concluimos que allí donde aquella se desarrolle, ora mediante órganos estatales (léase: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial), ora a través de entes no estatales (públicos o privados), habrá actos administrativos en sentido amplio y/o genérico.

Apuntamos, también, que la emisión de cierta clase de reglamentos es competencia

exclusiva de algunos órganos estatales, como sería el caso de los reglamentos de necesidad y urgencia, cuya emisión es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo de la Nación.

1.3.- Finalmente, en el Capítulo anterior abordamos en profundidad las distintas clasificaciones que pueden efectuarse de los actos administrativos y, así, vimos que, según sus alcances, pueden clasificarse en actos administrativos *particulares* (individuales, pluriindividuales o plúrimos) o *generales* y, según su formación, en *unilaterales* o *bilaterales*.

Asimismo, destacamos que los actos administrativos de alcance general pueden ser *normativos* o *no normativos*; los primeros son los que reciben el nombre de “reglamentos” y se diferencian de los segundos, en que mientras estos se consumen con su aplicación, los primeros, los reglamentos, se incorporan al ordenamiento jurídico de manera permanente.

En esas condiciones, entonces, corresponde brindar una noción de qué debe entenderse por reglamento.

## **2.) Concepto de reglamento y análisis del contenido de su definición**

Sobre la base de lo expuesto podemos conceptualizar al reglamento como una *declaración unilateral emitida por un órgano estatal, o un ente no estatal, en ejercicio de función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos generales con vocación de permanencia*<sup>570</sup>.

---

<sup>570</sup> La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, a diferencia de lo normado en algunas Leyes de Procedimientos Administrativos provinciales (como ser, por ejemplo, el art. 43 de la Ley N° 3559 de Catamarca; el art. 225 de la Ley N° 4106 de Corrientes; el art. 101 de la Ley N° 4044 de la Rioja; el art. 104 de la Ley N° 9003 de Mendoza que, en este sentido, lo define de la misma forma que la anterior Ley N° 3909; el art. 37 de la Ley N° 2970 de Misiones; el art. 37, inc. “b” de la Ley N° 1284 de Misiones, y el art. 101 de la Ley N° 5348 de Salta), no brinda una definición de reglamento administrativo. Según las normas provinciales citadas, reglamento es “*toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos generales en forma directa*”.

En otros países de Latinoamérica, como en Ecuador, se define al acto normativo de carácter administrativo (es decir, en nuestro concepto, al “reglamento”, como “*toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de una competencia administrativa que produce efectos jurídicos generales, que no se agota con su cumplimiento y de forma directa*” (cfr. art. 128 del Código Orgánico Administrativo de

Analizaremos a continuación, el contenido de la precedente definición.

### 2.1.) El reglamento como declaración

Sostener que el reglamento es una especie de acto administrativo implica reconocer que aquel es una *declaración*.

Así como quienes han estudiado en profundidad el concepto de acto administrativo de alcance particular señalaron que aquel traduce una declaración<sup>571</sup>, los autores que enfocaron su análisis en la definición de actos del alcance general, y dentro de ellos, en los reglamentos, también sostuvieron que importan una declaración<sup>572</sup>.

En ese orden, sostener que los *actos administrativos* –particulares o generales– consisten en una *declaración*, implica que, a diferencia de los *hechos administrativos*, traducen una exteriorización intelectual proveniente de su autor, realizada mediante la palabra escrita, oral u otro signo convencional o ideográfico dirigida a la mente del o los destinatarios del acto (la diferencia entre “actos” y “hechos” puede ampliarse en el Anexo I de esta tesis doctoral).

Mientras el acto administrativo constituye una declaración, en tanto traduce al mundo exterior un proceso de tipo intelectual, los hechos administrativos consisten en comportamientos materiales que implican una actividad física de la Administración.

En definitiva, entonces, conceptualizar al acto administrativo –de alcance particular o de alcance general– como una “declaración” significa que aquel consiste en la exteriorización de una idea, una extrinsecación de un proceso intelectual, que traduce un juicio de valor u opinión, una simple constatación de hechos o, finalmente, una declaración de voluntad o decisión<sup>573</sup>. Aquella puede darse a conocer, además, mediante

---

Ecuador –redacción idéntica a la prevista en el art. 80 del anterior Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva –ERJAFE–).

Ver: COMADIRA, Fernando Gabriel, “El reglamento administrativo...”, op. cit.

<sup>571</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 5 y ss.

<sup>572</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, VII-17; DROMI, Roberto José, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 437; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 171; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo...*, op. cit., Tomo I, p. 267; entre otros.

<sup>573</sup> Ver lo dicho en la nota N° 562.

la palabra escrita, oral u otro signo convencional o ideográfico dirigida a la mente del o los destinatarios del acto.

### 2.1.1.) *Forma de la declaración*

#### 2.1.1.1.) Concepto de forma

Como dijimos, la declaración consiste en la exteriorización de una idea que traduce un juicio de valor u opinión, una simple constatación de hechos o, finalmente, una declaración de voluntad o decisión.

*El modo por medio del cual se exterioriza la declaración en que consiste el acto administrativo, es lo que se llama “forma” del acto administrativo<sup>574</sup>.*

Desde esa perspectiva, entonces, es claro que todo acto administrativo es, necesariamente, formal, pues si aquella declaración no se produce, no existe, técnicamente, acto administrativo.

Ahora bien, en este punto cabe preguntarse si el modo en que debe exteriorizarse el acto administrativo está sometido a alguna forma predeterminada o si, por el contrario, existe libertad de formas.

Según surge del art. 8° de la LNPA, el principio general es que el acto administrativo debe manifestarse *expresamente* y por *escrito*, indicando el lugar y la fecha en que se lo dicta y con la firma del sujeto emisor.

Como se ve, la redacción contenida en la norma resulta coherente con la función teleológica de la teoría del acto administrativo y, especialmente, en la formalidad documentaria que de aquella se deriva (ampliar en el Capítulo IV, punto N° 2)

En tal sentido, en esta oportunidad solo cabe recordar que la formalidad documentaria derivada de la función teleológica de la teoría del acto administrativo, cuyo origen está en el principio esencial e insoslayable de nuestro sistema republicano de gobierno que consiste en la publicidad de los actos estatales, implica que, como principio general, todos los actos administrativos deben quedar documentados.

---

<sup>574</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 53.

De esa manera, entonces, será posible apreciar no solo cuáles fueron los motivos que llevaron al dictado del acto (motivación) sino, además, y entre otras cosas, cuáles han sido los antecedentes de hecho y de derecho que motivaron su emisión (causa), la decisión, certificación u opinión contenida en la declaración que el acto implica (objeto), la finalidad perseguida en el acto, etc.

Por otra parte, la norma citada prevé que, excepcionalmente, y si las circunstancias lo permitieren, podrá utilizarse una forma distinta.

Finalmente, según surge del art. 14 inc. “b” de la LNPA, la violación de las formas esenciales acarrea la nulidad absoluta e insanable del acto administrativo.

Como se ve, y a diferencia de lo que sucede en el derecho privado donde, en líneas generales, las formas no son determinadas por la ley por cuanto rige el principio de la libertad de formas<sup>575</sup>, en el derecho administrativo las formas adquieren singular relevancia pues, en rigor, poseen una doble función de garantía<sup>576</sup>: por un lado, proteger los derechos e intereses de los administrados y, por el otro, asegurar la adecuada gestión del interés público comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad<sup>577</sup>.

Por ello, y al igual que lo hacía mi padre, el profesor Julio Rodolfo COMADIRA, creemos que en el derecho administrativo el costo económico eventual del respeto de las

---

<sup>575</sup> Como bien se ha señalado, la significación y trascendencia que tienen las formas en nuestra materia es muy superior a la que asumen en el derecho privado, pues allí se intenta tutelar la seguridad jurídica y promover el tráfico mercantil, otorgándole también dinamismo a los acuerdos entre los particulares (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 619; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 113; BARRAZA, Javier I., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 437/438).

<sup>576</sup> Como señalara ALESSI, en el Derecho Público la mayor importancia de las formas está dada por la “función de garantía que las formalidades están llamadas a ejercer en las modernas organizaciones estatales” (ALESSI, Renato, *Instituciones...*, op. cit., Tomo 1, p. 273).

<sup>577</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 53/54; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 327; TAWIL, Guido Santiago, *Administración y Justicia...*, op. cit., Tomo 1, p. 234; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 309; entre otros.

Sobre este aspecto, la Cámara del fuero sostuvo que mientras en los actos de autonomía privada, la iniciativa individual es libre de perseguir todo interés socialmente apreciable, con tal que sea de una naturaleza que pueda merecer la tutela jurídica, los actos administrativos se encuentran sometidos a una inflexible tipicidad legal por lo que concierne a los presupuestos de competencia y a los requisitos de su estructura. Agregó, también, que “*la correspondencia del acto concreto a su destino típico es una exigencia y una directiva deóntica que mide tanto la legitimidad como la conveniencia u oportunidad de la decisión. Diversamente a la ley privada, la ley administrativa disciplina los actos no sólo para establecer los elementos y requisitos, sino, básicamente, para delimitar de vez en vez cuando concurre el caso en el que deben ser emitidos uno u otro tipo de acto*” (CNACAF, Sala V, 17/04/2000, “Rodríguez Fuchs, Carlos c/ Minist. de Salud y Acción Social”).



formas, se justifica frente al fortalecimiento institucional que implica el cumplimiento de la juridicidad<sup>578</sup>.

Es que, en definitiva, las formas, aliadas inseparables de la transparencia, fortalecen la confianza en las instituciones y, como decía IHERING, son enemigas juradas de la arbitrariedad y hermanas gemelas de la libertad<sup>579</sup>.

#### 2.1.1.1.1.) Alcance del concepto de forma

Sin perjuicio del concepto que hemos propuesto de la forma, lo cierto es que en el ámbito doctrinal no existe unanimidad respecto del alcance que debe dársele al término forma.

Mientras un sector de la doctrina adhiere a un criterio estricto o restringido de la forma<sup>580</sup>, otra calificada corriente, a la que adherimos, entiende que aquella debe ser empleada de un modo amplio<sup>581</sup>.

2.1.1.1.1.1.- El tratamiento de la forma con un criterio conceptual estricto, que es el receptado por la LNPA en el ya citado art. 8º, implica entenderla como el conjunto de requisitos que se deben cumplir *en el momento de emisión* del acto administrativo, con el fin de instrumentar válidamente la declaración en que él consiste (es decir, el acto debe

---

<sup>578</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación pública...*, op. cit., p. 93

<sup>579</sup> Tal como ha sostenido el citado jurista, “*Enemiga jurada de lo arbitrario, la forma es hermana gemela de la libertad. Es, en efecto, el freno que detiene las tentativas de aquellos que arrastran la libertad hacia la licencia; la que dirige la libertad, la que la contiene y la protege. Las formas fijas son la escuela de la disciplina y el orden, y por consiguiente de la libertad: son un baluarte contra los ataques exteriores: podrán romperse, pero no plegarse. El pueblo que profesa verdadero culto a la libertad comprende instintivamente el valor de la forma y siente que ella no es un yugo exterior, sino el vigía de su libertad*” (IHERING, Rudolf Von, *El espíritu del derecho romano*, Librería Editorial Carlos Bailly-Baillere, Madrid, 1891, Tomo III, p. 178).

<sup>580</sup> FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo I, p. 428/429; ZELAYA, Simón F., “Forma del acto administrativo”, en AA.VV., *Acto administrativo y procedimiento*, DIEZ, Manuel M. – Director–, Plus Ultra, Buenos Aires, 1975, p. 62; entre otros.

Desde el punto de vista restringido, se ha definido a la forma del acto administrativo como el “*modo en que se documenta la voluntad administrativa que da vida al acto*” (SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 458).

<sup>581</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 53/54; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 619; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 305; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo II, 255.

ser expreso, en principio también debe ser escrito y, por lo demás, debe contener tanto el lugar y la fecha en que se lo emitió, como la firma del sujeto emisor).

2.1.1.1.2.- Desde otra atalaya, quienes adscriben a una concepción amplia de la forma del acto administrativo, sostienen que aquella comprende no solo los requisitos formales o de índole formal que se deben cumplir con carácter previo a la emisión del acto sino, también, los que deben observarse con posterioridad a su dictado.

De ese modo, para quienes postulamos un criterio amplio del elemento forma del acto administrativo, entendemos que tanto el debido procedimiento previo al dictado del acto, como los que deben existir al momento de su emisión (v.gr.: motivación) y los trámites posteriores a su emisión (v.gr.: publicidad) integran el elemento forma y, por tanto, los vicios en ellos gravitarían sobre la validez del acto.

Desde nuestro punto de vista, la insuficiencia del criterio estricto queda incontestablemente evidenciada cuando se analiza la esencia misma de todo acto administrativo.

Es que, si como se verá más adelante, la nota característica, definitoria e inherente del acto administrativo es su aptitud para *producir efectos jurídicos directos* respecto de terceros<sup>582</sup> (es decir, generar derechos y obligaciones y lesionar o favorecer por sí mismo al particular creando o imponiendo situaciones jurídicas<sup>583</sup>), y según el art. 11 de la LNPA los efectos jurídicos del acto solo se generan a partir de la publicidad de aquel (notificación en el caso de actos administrativos de alcance particular, publicación en los

---

<sup>582</sup> Sin perjuicio de las distintas definiciones que se han dado del “acto administrativo”, parece haber consenso en la doctrina en que aquel se caracteriza esencialmente por producir efectos jurídicos directos respecto de terceros (COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 5; DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo II, p. 208; LINARES, Juan F., *Fundamentos de derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 187 y 207; TAWIL, Guido Santiago, “El concepto...”, op. cit., p. 136/137; BALBÍN, Carlos F., *Curso...*, op. cit., Tomo II, p. 2; ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Acto administrativo*, Advocatus, Córdoba, 2008, p. 15; MONTI, Laura M., *La teoría jurídica del acto administrativo*, Documentación Administrativa, N° 267-268, Madrid, INAP, Septiembre 2003-Abril 2004, p. 251; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, Cap. IV-30; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 543; entre muchos otros).

<sup>583</sup> Por ello, como ha precisado la Cámara del fuero, con cita de calificada doctrina, quedan excluidos del concepto de acto administrativo “*los actos que, no obstante producir efectos incluso directos en el ámbito interno de la administración, carecen de tales consecuencias en el ámbito externo de ésta*” (CNACAF, Sala IV, 01/06/2011, “La Nueva Metrópol SATACI v. Estado Nacional - Ministerio de Planificación y otros”).

actos administrativos de alcance general)<sup>584</sup>, es posible inferir que sin publicidad —es decir, sin notificación o publicación— aquellos no existen jurídicamente.

**En otros términos: si el acto administrativo propiamente dicho se caracteriza por producir efectos jurídicos directos e inmediatos respecto de terceros y, por otra parte, esos efectos jurídicos no se generan sino a partir de la publicidad de aquel, es posible inferir que hasta tanto no haya publicidad no existe, técnicamente, acto administrativo.**

Por ello, antes de ahora hemos destacado que, en nuestra opinión<sup>585</sup>, la publicidad de los actos administrativos integraría, entonces, el elemento esencial “forma” de aquéllos, constituyéndose, así, en un requisito esencial de su válida configuración<sup>586</sup>.

Aquella postura, además de ser la que prevalece en la doctrina nacional<sup>587</sup>, es la actual línea jurisprudencial de la CSJN.

En efecto, el Máximo Tribunal, en más de una ocasión, ha sostenido que “*debe tenerse presente que el art. 11 del decreto-ley 19.549 exige que para que los actos administrativos de alcance general adquieran eficacia deban ser publicados, mientras*

---

<sup>584</sup> Así, el Máximo Tribunal ha señalado que “*el acto administrativo sólo puede producir sus efectos propios a partir de la notificación al interesado*” (CSJN, 11/12/2001, “La Internacional Empresa de Transporte de Pasajeros c/ CNRT -resol. 675/98-”, Fallos 324:4289).

<sup>585</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, Astrea-Rap, Buenos Aires, 2019, p. 65, nota N° 77 y, posteriormente, en COMADIRA, Fernando Gabriel, “Régimen jurídico de la función administrativa reglamentaria” en AA.VV., *Fuentes y Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Rap, Buenos Aires, 2019, p. 449 y ss., especialmente p. 465/467; COMADIRA, Fernando Gabriel, “El reglamento administrativo...”, op. cit.

<sup>586</sup> Por ello, en nuestra opinión, sería incoherente sostener que la nota característica e inherente del acto administrativo es la producción de efectos jurídicos directos respecto de terceros y, al mismo tiempo, negar que la notificación sea un requisito esencial de su validez.

Sobre la cuestión, y tal como le hemos analizado *ut supra*, cabe destacar que tanto la doctrina como la jurisprudencia han debatido en cuanto a si la notificación hace a la validez o eficacia del acto administrativo. Ver lo que se dice en la nota que sigue y ampliar en el punto N° 3.4. del Capítulo VIII.

<sup>587</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 212 y 229; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 629/631; CANDA, Fabián O., “El vicio en el elemento forma. La teoría de la subsanación”, en AA.VV. *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago – Director –, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 650/651; REVIDATTI, Gustavo A., *Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1984, Tomo 2, p. 280/281; MERTEHIKIAN, Eduardo, “Validez y eficacia del acto administrativo. Comentario al fallo “Frávega” de la Sala I de la CNACAF”, RAP 210:165; BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 26 y 53. En contra puede verse: GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, p. X-6/7; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 341-342.

*que, por su parte, el art. 103 de su reglamentación aprobada por el decreto 1579/72 (t.o. 1991) dispone que aquéllos producirán sus efectos a partir de su publicación oficial y desde el día que en ellos se determine, y si no designan tiempo, producirán efectos después de ocho días, computados desde el siguiente al de su publicación oficial. El cumplimiento de tal requisito, que condiciona la validez del acto de contenido normativo general, también ha sido exigido por la Corte”<sup>588</sup> (el destacado me pertenece).*

***En definitiva, con la publicidad nace el acto administrativo, pues es a partir de allí que se producen los efectos jurídicos directos respecto de terceros, favorables o desfavorables.***

2.1.1.1.3.- Sin lugar a dudas, las distintas posturas expuestas lejos están de carecer de consecuencias prácticas. Veámoslo con un ejemplo:

El Congreso de la Nación sanciona una ley (legislación delegante) en la que, de acuerdo con las bases allí establecidas y por el plazo de un año (365 días), delega al Poder Ejecutivo el ejercicio de una determinada competencia legislativa.

El Poder Ejecutivo, con base en el art. 76 de la Constitución nacional, el día 363 dicta el decreto correspondiente (legislación delegada) pero, no obstante, aquel es publicado el día 368, es decir, luego de vencido el plazo de ejercicio establecido en la ley delegante

---

<sup>588</sup> Como se ve, la Corte, con remisión al dictamen de la procuradora fiscal, señaló que el cumplimiento de la publicidad “*condiciona la validez del acto de contenido normativo general*” (CSJN, 11/5/2010, “Tiempo Nuevo SRL v. res. 73 9/06 – CNRT (expte. 12.201/01)”, Fallos 333:600). En igual sentido se había expedido el entonces Procurador General, Dr. Nicolás E. Becerra, en la causa: CSJN, 18/07/2002, “Gartner, Ángel E. c/. Comité Federal de Radiodifusión”, Fallos 325:1808.

Con aquel pronunciamiento la Corte Suprema se apartó del criterio tradicional en virtud del cual sostenía que la publicidad hacía a la eficacia de los actos y no a su validez (CSJN, 11/12/2001, “La Internacional Empresa de Transporte de Pasajeros c/ CNRT –resol. 675/98–”, Fallos 324:4289; CSJN, 10/10/1985, “Nista, Orlando y otros c/ Junta Nacional de Granos”, Fallos 307:1936; CSJN, 28/06/1977, “Cima, María Cristina c/ S.A. Télam.”, Fallos 298:172). En igual sentido se había orientado la Cámara del fuero: CNACAF, Sala 1, 12/09/1995, “Frávega S.A.”, LL 1996–C–30, a excepción del Dr. Coviello quien, en su voto en disidencia, sostuvo que la ausencia o defectuosa puesta en práctica de la publicidad de los actos “*no llevan a viciar su eficacia, sino antes bien, a incidir decisivamente sobre su propia trascendencia al mundo jurídico*”.

Sin embargo, cabe destacar que dos años después la procuradora fiscal, a cuya opinión adhirió la Corte, pareciera haber cambiado de postura al precisar que “*el acto administrativo sólo puede producir efectos propios a partir de la notificación al interesado y que la falta de notificación dentro del término de vigencia de la ley no causa la anulación del acto en tanto no hace a su validez sino a su eficacia*” (CSJN, 22/08/2012, “Aguirre, Raúl B. v. Comisión Nacional Reguladora del Transporte – CNRT”, no publicado en Fallos).

del Congreso.

En nuestra opinión, teniendo en cuenta el concepto amplio de la forma al que hemos adherido, que implica, como vimos, que la publicidad del acto administrativo integra el elemento esencial “forma” de aquel, constituyéndose, así, en un requisito esencial de su válida configuración, no cabe más que concluir que el reglamento delegado será nulo de nulidad absoluta e insanable.

2.1.1.1.2.) La declaración debe manifestarse, en principio, expresamente y por escrito

De las páginas anteriores se desprende que la declaración en la que el acto administrativo consiste debe ser, en principio, expresa.

La razón por la que el legislador ha optado por aquella regulación se debe a que la forma expresa es el modo que mejor protege no solo los derechos de los administrados sino, también, el aseguramiento de una adecuada gestión del bien común<sup>589</sup>.

Asimismo, como bien ha señalado la doctrina<sup>590</sup>, la forma más proclive a asegurar las garantías de los particulares es la forma escrita, puesto que no solo cubre eventuales incertidumbres a quienes son centro de las declaraciones emitidas en el ejercicio de la función administrativa sino, además, porque le otorga certeza al referido acto jurídico.

Sin embargo, de la lectura del art. 8° de la LNPA no puede dejar de advertirse el hecho de que la forma expresa y por escrito de la declaración es una directriz general, lo que deja abierta la puerta a que la declaración adopte una forma alternativa.

Es aquí, pues, donde surge la discusión acerca de la viabilidad jurídica de aceptar la existencia de actos tácitos, implícitos, verbales, entre otros.

#### 2.1.1.1.2.1.) Actos tácitos y actos implícitos

2.1.1.1.2.1.1.- A lo largo de estas páginas hemos sostenido que aun cuando del

---

<sup>589</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 53 y ss.

<sup>590</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 327.

comportamiento material del órgano administrativo se pueda inferir su voluntad se está en presencia de un “hecho administrativo” y no, en rigor, de un “acto administrativo”, pues, en nuestra opinión, los actos tácitos solo pueden concebirse a partir de actos administrativos expresos y como derivación implícita de aquellos.

2.1.1.1.2.1.2.- Así, siguiendo las enseñanzas del profesor COMADIRA, entendemos que la manifestación tácita de la declaración en la que el acto consiste no se concibe sino como un elemento implícitamente contenido en el acto expreso<sup>591</sup>.

Sobre el tema se han esbozado básicamente dos posturas.

La primera admite la posibilidad de que se configuren actos administrativos tácitos tanto a partir de comportamientos materiales (v.gr.: hechos administrativos) como de actos administrativos expresos<sup>592</sup>.

Para otra postura, que es, en rigor, a la que hemos adherido, solo es viable la configuración de un acto administrativo tácito cuando es inferible de uno expreso<sup>593</sup> pues, en nuestra opinión, y en línea con lo apuntado en el punto N° 2 del Capítulo IV de esta tesis, la formalidad documentaria derivada de la función teleológica de la teoría del acto administrativo, implica que el principio general es que todos los actos administrativos deban quedar documentados.

2.1.1.1.2.1.3.- Un ejemplo de acto tácito derivado de lo expreso sería el caso del otorgamiento del permiso de uso de un bien del dominio público a un particular, pues este

---

<sup>591</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 67

<sup>592</sup> MURATORIO, Jorge, “¿Actos administrativos tácitos?”, en AA.VV. *Acto Administrativo y Reglamento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 396 y ss. Cabe destacar, a su vez, que para el autor citado mientras el acto que se infiere de un comportamiento material es un “acto tácito”, el que resulta inferible de un acto expreso es “implícito”, aunque ambas figuras tienen el mismo régimen jurídico.

En el ámbito provincial, la Ley de Procedimientos Administrativos de La Pampa en su art. 34 el art. 34 considera expresamente acto administrativo el hecho o acción material que traduzca indubitable e inequívocamente la voluntad de la Administración Pública.

<sup>593</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 67; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 266 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Las vías de hecho administrativas”, op. cit., p. 61.

implicaría la revocación del permiso anteriormente otorgado a otro administrado sobre el mismo bien; otro supuesto podría ser que un ministro que presenta su renuncia y que, sin ser aceptada expresamente por el Poder Ejecutivo, este último designa a un nuevo ministro en el lugar de aquél. En ambos ejemplos hay un acto administrativo expreso – otorgamiento de permiso y designación del nuevo ministro– que supone un acto administrativo tácito –revocación del permiso anterior y aceptación de la renuncia del antecesor–.

Julio Pablo COMADIRA ejemplifica claramente las consecuencias prácticas entre ambas posturas: ante un acto administrativo que ordena demoler un edificio que amenaza ruina, la demolición efectuada por la cuadrilla municipal se constituye como el hecho administrativo de ejecución de aquel acto administrativo. Ahora bien, si no se hubiera dictado previamente el acto administrativo, y solo se concibiera la existencia de actos tácitos a partir de actos expresos, estaríamos frente a una vía de hecho administrativa mientras que, si se admitiera la existencia de actos administrativos tácitos a partir de comportamientos materiales, podría eventualmente considerarse que la actuación material de demolición lleva implícito el acto administrativo que lo ordena<sup>594</sup>.

2.1.1.1.2.1.4.- En el caso de los actos administrativos de alcance general no normativo, un ejemplo de una declaración tácita –inferible de la expresa– se podría dar en el marco de una licitación pública, con los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares –típico acto administrativo de alcance general no normativo–.

En estos casos se ha señalado que, en virtud del principio de igualdad, los pliegos de la licitación no se pueden modificar después de la publicación del llamado y que, en caso de que la Administración lo hiciera, la decisión debería ser considerada tácitamente derogatoria o modificatoria del llamado anterior y configuradora, por ende, de una nueva convocatoria, la cual, a su vez, tendría que satisfacer las formalidades inherentes a todo llamado<sup>595</sup>.

De ese modo, entonces, es posible advertir la existencia de un acto administrativo de

---

<sup>594</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 205 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Las vías de hecho administrativas”, op. cit.

<sup>595</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación pública...*, op. cit., p. 71.



alcance general *no normativo tácito* (nueva convocatoria), inferible de un acto administrativo expreso (modificación de los pliegos).

Por otra parte, y en relación con los actos administrativos de alcance general normativo —es decir, reglamentos— tácitos, la cuestión es, además de dudosa, ciertamente opinable, razón por la cual sostenemos que, en caso de aceptarse su posible configuración, aquella debería ser interpretada de manera restrictiva<sup>596</sup>.

#### 2.1.1.1.2.2.) Los actos verbales

2.1.1.1.2.2.1.- Por otra parte, también se ha discutido si la declaración en la que el acto administrativo consiste, además de una forma escrita —expresa o tácita—, podría hacerse verbalmente.

Sobre la cuestión COMADIRA ha señalado que el acto administrativo, excepcionalmente, también puede llegar a ser verbal, pues “*la circunstancia de que el acto no se instrumente por escrito, más allá de la deficiencia probatoria que ello puede implicar y del vicio que, según las circunstancias, esa clase de declaración puede aparejar, no excluye su existencia como tal*”<sup>597</sup>.

Los actos administrativos verbales han sido reconocidos no solo por la doctrina<sup>598</sup> sino, también, por la jurisprudencia<sup>599</sup> y la PTN<sup>600</sup>.

Por nuestra parte, y teniendo en cuenta la formalidad documentaria derivada de la función teleológica de la teoría del acto administrativo a la que nos referimos en el punto

---

<sup>596</sup> LINARES QUINTANA definía a la interpretación restrictiva como aquella que “*reduce el sentido y alcance de la norma*” (LINARES QUINTANA, Segundo V., *Reglas para la interpretación constitucional. Según la doctrina y la jurisprudencia*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1988, p. 19).

<sup>597</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 67.

<sup>598</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 67; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, Cap. X-29; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 111; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 234; TAWIL, Guido Santiago, *Administración y Justicia*, op. cit., Tomo 1, p. 232; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 328/329; BARRAZA, Javier I., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 432 y ss.; BALBÍN, Carlos F., *Curso...*, op. cit., Tomo II, p. 48; FERNÁNDEZ, Mariano Javier, “El acto administrativo verbal”, EDA 2018-704, entre otros.

<sup>599</sup> CNACAF, Sala V, 20/04/2011, “Mendoza, Sebastián Julián v. Estado Nacional (E.M.C.E.)”, CNACAF, Sala II; 17/09/1996, “Quesoro S.A.”; id., Sala III, 4/11/86, “Allende”; entre otros pronunciamientos judiciales.

<sup>600</sup> Dictámenes 228:69; 161:452; 113:248.

Nº 2 del Capítulo IV de esta tesis, entendemos que los actos administrativos verbales solo pueden ser admitidos en determinadas circunstancias ciertamente excepcionales pues, como dijimos, el principio general es que todos los actos administrativos deben quedar documentados.

2.1.1.1.2.2.2.- No obstante lo expuesto, cabe preguntarse si es posible reconocer la existencia de actos administrativos de alcance general verbales.

Liminarmente hemos de recordar que, como hemos visto, los actos administrativos de alcance general pueden clasificarse en normativos (reglamentos) o no normativos: los primeros sientan una norma y se insertan en el ordenamiento jurídico como fuente permanente de juridicidad: los segundos, en cambio, se agotan con su aplicación y no tienen vocación de permanencia.

Pues bien, teniendo en cuenta aquella diferenciación, creemos que la viabilidad jurídica de aceptar la existencia de actos administrativos de alcance general verbales solo sería predicable, en principio, en relación con aquellos que poseen naturaleza *no normativa*, es decir, los que se agotan con su aplicación y no tienen vocación de permanencia.

En aquellos supuestos, y en la medida en que razones de celeridad y urgencia no permitan la adopción de la forma escrita –pues podría conllevar una demora irrazonable por las circunstancias del caso–, entendemos que podría aceptarse la forma verbal<sup>601</sup>.

Así, y siguiendo con los ejemplos dados en el punto Nº 3.2. del Capítulo V, podría aceptarse la existencia de un acto administrativo de alcance general no normativo verbal cuando un policía desvía el tránsito como consecuencia de una manifestación o acto público.

En el caso de los actos administrativos de alcance general normativo –v.gr.: reglamentos– coincidimos con quienes sostienen que, en principio, no admitirían la forma verbal<sup>602</sup>.

---

<sup>601</sup> FERNÁNDEZ, Mariano Javier, “El acto administrativo verbal”, EDA 2018-704.

<sup>602</sup> Ibidem. Señala el autor que “*sería muy difícil imaginar y, eventualmente, admitir la validez, por ejemplo, de un decreto de necesidad y urgencia verbal*”.

#### 2.1.1.1.2.3.) Los actos en forma de signos o gestos con un contenido convencional o ideográfico

En las páginas anteriores hemos señalado que, además de la forma escrita u, excepcionalmente, oral, el acto administrativo se puede dar a conocer por signos convencionales o ideográficos dirigidos a la mente del o los destinatarios del acto.

Cabe recordar que la doctrina más autorizada en la materia ha reconocido la posibilidad de que los actos administrativos puedan instrumentarse por medio de signos, gestos o cualquier otro medio ideográfico<sup>603</sup>.

Así, por ejemplo, se estará en presencia de un acto administrativo exteriorizado mediante signos, cuando el agente de tránsito levanta el brazo con el fin de detener a un automovilista.

Será, en cambio, un acto administrativo de alcance general *no normativo* si el agente, en lugar de detener a un particular determinado, detiene el tránsito por completo como consecuencia de una manifestación o acto público.

Finalmente, resulta indudable la existencia de reglamentos exteriorizados mediante el uso de signos y, a simple título ejemplificativo, podríamos mencionar las señales usuales de tránsito declaradas en carteles, como flechas, círculos, velocidades máximas, etc.

#### 2.1.1.1.2.4.) Los actos administrativos digitales

Por último, y tal como lo hemos anticipado en el punto N° 2.1. del Capítulo IV que sustenta nuestra tesis, el constante desarrollo y avance de las nuevas tecnologías ha

---

En igual sentido se ha manifestado VILLEGAS BASAVILBASO, quien define al reglamento como una “manifestación *escrita* y unilateral de voluntad del Poder Ejecutivo, que crea status generales, impersonales y objetivos” (VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo...*, op. cit., Tomo I, p. 267, la negrita me pertenece). En similar sentido puede verse: ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Acto administrativo...*, op. cit., p. 211.

<sup>603</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 2; en TAWIL, Guido Santiago, *Administración y Justicia*, op. cit., Tomo 1, p. 232; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 226; BALBÍN, Carlos F., *Curso...*, op. cit., Tomo II, p. 49; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 329; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, III-17 y, especialmente, X-30; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 91; entre otros.

repercutido indudablemente en el ámbito del derecho administrativo.

En tal sentido, advertimos que la innovación tecnológica en materia informática generó, a simple título ejemplificativo, la existencia de expedientes administrativos electrónicos, notificaciones electrónicas, firmas digitales y electrónicas, etc., lo que, sin duda alguna, incide directamente en la teoría general del acto administrativo.

Si, como dijimos, la formalidad documentaria consiste en que, como principio general, todos los actos administrativos deben quedar documentados, la aparición de nuevas tecnologías lleva a que aquellos puedan documentarse no solo en el clásico soporte *papel* sino, también, en el *digital*.

Como hemos señalado, en el ámbito de la LNPA el principio general es que el acto administrativo debe manifestarse expresamente y por escrito, lo que no impide que pueda documentarse en *soporte digital* y, por tanto, quedar digitalmente documentado.

En efecto, si por soporte se entiende el “*material en cuya superficie se registra información*”<sup>604</sup> y por documento “*cosa que sirve para testimoniar un hecho o informar de él*”<sup>605</sup>, resulta harto evidente que, además del papel, existen otros medios que también sirven para cumplir la formalidad documentaria, tal el caso del *acto administrativo digital*<sup>606</sup>.

---

<sup>604</sup> Definición brindada por el Diccionario de la Real Academia Española, disponible en <https://dle.rae.es/?w=soporte>, consultado por última vez el 04/03/2021.

<sup>605</sup> Definición brindada por el Diccionario de la Real Academia Española, disponible en <https://dle.rae.es/documento?m=form>, consultado por última vez el 04/03/2021.

<sup>606</sup> En tal sentido, cabe tener en cuenta que el CCCN, al regular la forma del acto jurídico, expresamente ha contemplado que “*la expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos*” (cfr. art. 286, énfasis agregado).

Ciertamente, no debe confundirse el “acto administrativo digital” o electrónico, con el “acto administrativo automatizado”. En el primer supuesto, el acto administrativo adopta la *forma digital* y, por consiguiente, en vez de documentarse en soporte papel, el acto administrativo queda digitalmente documentado.

El “acto administrativo automatizado”, en cambio, no se refiere necesariamente a la “forma” que adopta el acto (en el caso, soporte papel o digital) sino, en rigor, al *contenido* de aquel, puesto que es la misma computadora, mediante un programa informático, la que determina y emite el acto administrativo. En tal sentido, la doctrina precisó que en el acto administrativo automatizado “*la actividad humana se limita solo a la realización del software que permitirá al ordenador, una vez provisto de todas las informaciones necesarias, emitir el acto respectivo. A partir de esa programación previa, es la computadora la que evaluará las condiciones de admisibilidad, los requisitos de legitimación y los presupuestos que son relevantes para la emanación de la decisión*” (LACAVA, Federico, “Decisiones administrativas automáticas

Es que, como apuntáramos recordando a GORDILLO, “*los actos administrativos de soporte digital no se diferencian en cuanto a su régimen jurídico de los documentados en soporte papel. El hecho de tener soporte no papel no les quita el carácter de actos administrativos, ni obsta a la presunción de legitimidad que les es propia*”<sup>607</sup>.

## 2.2.) Unilateral

Los reglamentos, al igual que los actos de alcance general no normativo, son producto de una declaración *unilateral*, es decir, su emanación y contenido se debe a la “voluntad”<sup>608</sup> de una sola persona que, en el caso, habrá de ser quien ejerza función administrativa<sup>609</sup>.

De tal forma, entonces, es claro que los actos administrativos de alcance general no son producto de una declaración *bilateral*, entendida como aquella “*cuya emanación y contenido se deben a dos voluntades coincidentes sobre lo que una parte le reconoce a la otra y recíprocamente: de la Administración Pública y del administrado (...) Trátase de la voluntad de dos sujetos de derechos*”<sup>610</sup>.

---

y derechos”, en Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018-1, *Derechos humanos y nuevas tecnologías*, p. 235).

<sup>607</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, Cap. VII-17. Sobre la cuestión, GARCÍA PULLÉS ha señalado que “*los actos administrativos electrónicos, se presenta como una forma que está tomando y tomara aun cada vez mayor relevancia y protagonismo. Ello, habida cuenta que con notable rapidez las distintas Administraciones de la República Argentina se están adhiriendo a la tendencia del sistema electrónico y con esto, y de suma importancia, al concepto de firma digital, y que tiene como finalidad la despapelización de la Administración, mejorar su gestión y otorgar una mayor transparencia, de modo tal, que lejos de conferirle inseguridad al sistema o violentar los derechos de los administrados, debería mejorar en su relación con ellos habida cuenta que le debería conferir una mayor celeridad y eficacia*” (GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 329).

<sup>608</sup> Como hemos visto, la declaración en que el acto administrativo consiste no se limita únicamente a una “declaración de voluntad”. Ampliar con lo expuesto en la nota N° 562.

<sup>609</sup> También han señalado que los reglamentos son una declaración unilateral, entre otros: GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, VII-17/18; DROMI, Roberto José, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 438; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 171; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 130; HUTCHINSON, Tomás, “Régimen jurídico de los reglamentos”, op. cit., p. 83; REVIDATTI, Gustavo A., *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 209; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo...*, op. cit., Tomo I, p. 267; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 122; ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1984, Tomo 1, p. 75; BUJ MONTERO, Mónica, “Reglamentos y otros actos...”, op. cit., p. 259; CANASI, José, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 134, entre otros.

<sup>610</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 234 y ss.

La circunstancia de que, en ciertos casos, en la elaboración de los actos administrativos de alcance general –normativos, o no normativos–, los particulares tomen intervención (como podría ser mediante una audiencia pública, o formulando observaciones a un proyecto de pliego de bases y condiciones particulares<sup>611</sup>), no obstan al carácter *unilateral* de la decisión.

Es que, como bien señala GORDILLO, en el acto unilateral falta la “*declaración de voluntad común*” y es por el contrario una sola parte, en este caso la administración, la que expresa su voluntad, llamada por ello *‘unilateral’*<sup>612</sup>.

### 2.3.) El sujeto emisor de un reglamento: el órgano estatal, o el ente no estatal, en ejercicio de la función administrativa. Remisión

Vimos que el acto administrativo deriva genéticamente de la función administrativa y que, por tanto, allí donde aquella se desarrolle, habrá actos administrativos en sentido amplio o genérico.

Por ello, cualquiera sea el sujeto que ejerza función administrativa, podrá dictar actos administrativos de alcance particular, actos de alcance general normativos o no normativos e, incluso celebrar contratos administrativos<sup>613</sup>.

---

<sup>611</sup> En tal sentido, el art. 8° del Decreto N° 1023/2001 –Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional– expresamente establece: “*Observaciones al proyecto de pliego. Cuando la complejidad o el monto de la contratación lo justifique, a juicio de la autoridad competente, el llamado deberá prever un plazo previo a la publicación de la convocatoria, para que los interesados formulen observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares, conforme lo determine la reglamentación*”.

En el mismo sentido se perfila el art. 26 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por Decreto N° 1030/2016 que prevé: “*Observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares. Cuando la complejidad o el monto del procedimiento de selección lo justifiquen, o en procedimientos en que no fuere conveniente preparar por anticipado las especificaciones técnicas o las cláusulas particulares completas, corresponderá que el titular de la unidad operativa de contrataciones autorice la apertura de una etapa previa a la convocatoria, para recibir observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares*”.

<sup>612</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. VII–18

<sup>613</sup> Si bien desde nuestro punto de vista, y en línea con lo sostenido por un gran sector de la doctrina, cualquier órgano estatal o ente no estatal, en la medida en que ejerzan función administrativa, podría, en consecuencia, celebrar contratos administrativos, lo cierto es que, según la jurisprudencia de la Corte, aquello no parecería ser posible.

En tal sentido, cabe recordar que, como se dijo en el punto N° 2.1.2. el Capítulo II, y se profundizó en el punto N° 4.1.2. del Capítulo V, para la CSJN el contrato administrativo es un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas en el que una de las partes intervinientes *es una persona jurídica estatal*, cuyo objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y contiene

Ahora bien, y toda vez que el concepto de la función administrativa y el análisis de quiénes son los sujetos que pueden ejercerla ha sido analizado en los Capítulos I y II, solo diremos aquí que, con el ejercicio de la función administrativa, el Estado busca satisfacer el interés público de manera directa e inmediata.

Cabe recordar que según el criterio mixto que hemos adoptado para delimitar las funciones jurídicas del Estado, la función administrativa estará presente en todos los órganos del Estado, es decir, tanto en el Poder Ejecutivo como en el Poder Legislativo y el Poder Judicial. Y ello sin contar la actividad administrativa de diversos órganos instituidos o integrados en el ámbito de tales Poderes (v.gr.: Defensor del Pueblo o Consejo de la Magistratura).

Del mismo modo, entendemos que los entes no estatales, sean públicos (ej.: Colegio Público de Abogados) o privados (ej.: concesionarios de servicios públicos) también podrán ejercer la función administrativa, en la medida, claro está, en que una ley o un reglamento del mismo rango jerárquico le hubieren delegado aquella función administrativa.

En definitiva, entonces, como el acto administrativo deriva genéticamente del ejercicio de la función administrativa, allí donde aquella se desarrolle, ora mediante órganos estatales (léase: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial), ora a través de entes no estatales (públicos o privados), habrá actos administrativos en sentido amplio o genérico lo que incluye, ciertamente, la emisión de actos administrativos de alcance general, normativos o no normativos.

---

explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del derecho privado (CSJN, 03/03/1992, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de australes”, Fallos: 315:158; CSJN, 29/03/1990, “Dulcamara SA. c/ ENTel. s/ cobro de pesos”, Fallos: 313:376 (voto del Juez Fayt); CSJN, 02/03/1993, “Cinplast IAPSA. c/ ENTel. s/ ordinario”, Fallos: 316:212). La necesidad de que una de las partes del contrato sea una *persona jurídica estatal* fue enfáticamente reiterada en el precedente “Pluspetrol” (CSJN, 22/05/2007, “Pluspetrol Energy S.A. c/ENRE resol. 458/02”, Fallos: 330:2286).

Sin embargo, como dijéramos en el punto N° 4.1.2.1. del Capítulo V de esta tesis, si los contratos administrativos son una especie de acto administrativo, y tanto los órganos estatales como los entes no estatales –públicos o privados–, en la medida en que ejerzan función administrativa, pueden dictar actos administrativos, es claro, entonces, que también podrán celebrar contratos administrativos.



Sea cual fuere el sujeto que ejerza función administrativa, podrá dictar actos administrativos de alcance particular, actos de alcance general normativos o no normativos e, incluso celebrar contratos administrativos

De todos modos, cabe apuntar que, como se verá *infra*, la emisión de cierta clase de actos administrativos de alcance general es competencia exclusiva de algunos órganos estatales, como sería el caso de los reglamentos de necesidad y urgencia, cuya emisión es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo de la Nación.

#### 2.4.) Bajo un régimen jurídico exorbitante. Remisión

2.4.1.- Como ha quedado demostrado en las páginas que anteceden, los reglamentos –aún los de necesidad y urgencia y los delegados–, al ser una especie del género acto administrativo, derivan genéticamente de la función administrativa.

Asimismo, tanto en el Capítulo I como en el Capítulo III precisamos que la nota característica y tipificante de aquella función está dada por su *régimen jurídico exorbitante*, que se integra por prerrogativas estatales, sustanciales y procesales, relacionadas con correlativas garantías de los administrados, también sustanciales y procesales.

Asimismo, y como allí dijéramos, el término “exorbitancia” no debe ser entendido en el sentido originario de la expresión que se utilizaba para identificarlo por exclusión como aquella porción del derecho que estaba por fuera –exorbitaba– del derecho privado.

De tal forma, entonces, la exorbitancia del derecho administrativo deriva, hoy en día, de la especificidad de su contenido equilibrado de prerrogativas y garantías y de su carácter de derecho común de la administración pública, ámbito éste excluido, en principio, de la órbita propia del derecho privado.

2.4.2.- Si bien la cuestión la estudiamos en profundidad en el referido Capítulo III, en esta oportunidad solo cabe recordar que los reglamentos, como especie del género acto administrativo, se presumen legítimos y gozan de “ejecutoriedad”, en el sentido de que la Administración los “ejecuta” por sí y ante sí –o en como vimos que sostiene un sector de la doctrina, los “aplica”– aún en contra de la voluntad del administrado y sin necesidad

de acudir a la intervención de la justicia, empleando para ello, de ser necesario y excepcionalmente, procedimientos de ejecución coactiva.

Asimismo, otra de las prerrogativas que resulta de aplicación a todos los reglamentos, incluso los de necesidad y urgencia y los delegados, es que como los recursos y/o reclamos que interpongan los administrados no suspenden su ejecución y efectos (salvo que una norma expresa disponga lo contrario –cfr. art. 12 de la LNPA–), para impugnarlos judicialmente se requiere, en principio, el previo agotamiento de la vía administrativa.

En relación con esta última cuestión, y sin perjuicio de que el tema será abordado en profundidad en el Capítulo XII cabe apuntar quienes vean amenazados en forma cierta e inminente sus derechos subjetivos, podrían requerir *la suspensión de los efectos* del reglamento durante el trámite administrativo, es decir, durante el agotamiento de la vía administrativa o incluso cuando, habiéndosela agotado, se interpuso un recurso o reclamo administrativo optativo, a través de lo que se denomina *medida cautelar autónoma*.

Por otra parte, y como se verá en el Capítulo XIII de esta tesis, adelantamos que la *nulidad judicial* también podrá ser requerida sin el previo agotamiento de la vía administrativa en aquellos supuestos en los que estén dados los requisitos que habilitan acudir a la vía del amparo del art. 43 de la Constitución de la Nación, incluso de manera *directa* (esto es, sin necesidad de que exista un acto administrativo particular de aplicación) para el supuesto de los reglamentos de necesidad y urgencia y los delegados, tal como sostiene la mayoría de la doctrina (ver punto N° 2.2. del Capítulo XIII).

Del mismo modo, allí también veremos que cuando se impugna un reglamento por la vía de amparo, de la jurisprudencia de la CSJN es posible concluir que si con su dictado se afectan derechos humanos como la vida o la salud, aquellos, además de poder ser impugnados judicialmente de forma *indirecta* o *directa* (es decir, como dijimos, antes de que exista un acto de aplicación), tampoco requieren el previo agotamiento de la vía administrativa.

## 2.5.) Productor de efectos jurídicos generales con vocación de permanencia

Definir al reglamento como una norma jurídica general con vocación de permanencia es, precisamente, la nota característica que lo distingue tanto del acto administrativo de alcance particular, como del acto de alcance general no normativo.

### *2.5.1.) El reglamento como norma jurídica de alcance general*

2.5.1.1.- En primer lugar, cabe recordar que, como vimos en las páginas que anteceden, el objetivo de la construcción teórica de la noción del acto administrativo debe responder, básicamente, a dos funciones: por un lado, ser un instrumento idóneo para proteger los derechos y los intereses tanto públicos como privados y, por otra parte, responder a un régimen jurídico homogéneo.

Por ello, si bien los reglamentos administrativos tienen la naturaleza jurídica de *acto administrativo* (en sentido amplio), lo cierto es que como el régimen jurídico de ellos difiere del previsto para el acto administrativo de alcance particular, la doctrina restringe la noción técnica estricta de “acto administrativo” a estos últimos<sup>614</sup>.

Como hemos adelantado y profundizamos en otro trabajo<sup>615</sup>, las diferencias de régimen jurídico se traducen, por ejemplo, en materia de publicidad, impugnación, jerarquía, elaboración, etc.

En definitiva, entonces, definir al reglamento como una declaración que produce efectos jurídicos *generales* es, precisamente, lo que distingue a los distintos actos administrativos de alcance general (es decir, los normativos –reglamentos– o no normativos) de los actos de alcance particular.

2.5.1.2.- Ahora bien, como se ve, la producción de efectos jurídicos generales no es una característica exclusiva de los *reglamentos*, sino que, en rigor, todos los actos administrativos de alcance general poseen aquella cualidad.

Así, a modo de ejemplo, los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares –típico acto

---

<sup>614</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 5.

<sup>615</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “Régimen jurídico...”, op. cit., p. 463/464.

administrativo de alcance general no normativo—, también producen efectos jurídicos generales pues, como vimos, están destinados a una cantidad indeterminada de personas<sup>616</sup>.

Sin embargo, como veremos en el punto que sigue, solo encuadrarán en el concepto de reglamento los actos que, además de producir efectos jurídicos generales, no son consuntivos, es decir, tienen vocación de permanencia.

### 2.5.2.) *El reglamento como fuente permanente de juridicidad*

2.5.2.1.- Ahora bien, en el concepto de reglamento hemos precisado que los efectos jurídicos que aquel produce tienen vocación de permanencia, es decir, sientan una norma y se insertan en el ordenamiento jurídico como fuente permanente de juridicidad.

Esto es, justamente, lo que distingue al *reglamento* (acto administrativo de alcance general normativo) de aquellos actos administrativos carentes de normatividad, lo que incluye, naturalmente, tanto a los actos de alcance general *no normativo* como a los de alcance *particular*<sup>617</sup>.

2.5.2.2.- Al igual que los actos administrativos de alcance general normativos, es decir, *reglamentos*, los actos generales *no normativos* están dirigidos a una cantidad indeterminada o indeterminable de personas.

Sin embargo, como dijimos, la diferencia entre uno y otro radica en que mientras los actos generales *no normativos* se agotan con su aplicación y no tienen vocación de permanencia, los *reglamentos* crean una norma, pretendiendo su inserción en el ordenamiento jurídico como fuente permanente de juridicidad<sup>618</sup>.

---

<sup>616</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación Pública...*, op. cit., p. 159 y ss.

<sup>617</sup> En relación con el reglamento como fuente del derecho por su inserción en el ordenamiento jurídico, ver lo expuesto en el punto 4.1. de nuestro trabajo: COMADIRA, Fernando Gabriel, “Régimen jurídico...”, op. cit., p. 460 y ss.

<sup>618</sup> En tal sentido, y siguiendo con el ejemplo de los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares, bien puede señalarse que el carácter general se lo otorga la potencialidad de ser aplicado a un número indeterminado de personas, al tiempo que su calidad no normativa surge de la falta de vocación de permanencia del pliego, pues éste se dicta para ser aplicado a un contrato determinado, extinguiéndose con dicha aplicación (COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación Pública...*, op. cit., p. 160).

Al sostener que el reglamento crea verdaderas normas jurídicas, nos apartamos de la clásica doctrina alemana que distinguía entre reglamentos administrativos y reglamentos jurídicos.

Según aquella tesitura, solo los segundos crearían normas jurídicas imponibles a terceros mientras que los primeros establecerían simplemente normas administrativas de carácter interno<sup>619</sup>.

2.5.2.3.- Finalmente, los actos administrativos de alcance particular no solo se excluyen del concepto de reglamento por cuanto no producen efectos *generales*, sino, también, porque carecen de normatividad, en el sentido de que no son, en principio, fuente del derecho.

Sin embargo, cabe recordar que, como dijéramos en otra oportunidad<sup>620</sup>, los actos administrativos de alcance particular –v.gr.: los precedentes administrativos– podrían ser considerados fuente del derecho y, por tanto, integrar el ordenamiento jurídico, en la medida en que, como ha señalado el profesor COMADIRA<sup>621</sup>, a quien ha seguido la PTN<sup>622</sup>, en su seguimiento esté comprometida la garantía de la igualdad, lo que supone, desde luego, la legalidad de aquellos.

---

<sup>619</sup> FORSTHOFF, Ernst, *Tratado...*, op. cit., p. 191 y ss. Es que, como bien ha señalado VILLEGAS BASAVILBASO, “*el reglamento contiene necesariamente normas jurídicas*” (VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo...*, op. cit., Tomo I, p. 267).

Del mismo modo SAYAGUÉS LASO precisó que “*al establecer que el reglamento crea normas jurídicas, rechazamos el distinto entre reglamentos jurídicos y administrativos que ha prevalecido en la doctrina alemana y que logró algunas adhesiones entre los juristas italianos*” (SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 122).

<sup>620</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “Régimen jurídico...”, op. cit., p. 462/463.

<sup>621</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Tomo 1, p. 77.

<sup>622</sup> Dictámenes 245:422; 245:443; 245:466; 245:459; 245:508; 248:364; 248:546; 253:38 y 253:45).

## TERCERA PARTE

## RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS

## CAPÍTULO VII

RÉGIMEN JURÍDICO COMÚN DE LOS REGLAMENTOS Y LOS ACTOS  
ADMINISTRATIVOS PARTICULARES**1.) Introducción**

1.1.- En los Capítulos anteriores hemos visto que, según el criterio mixto para delimitar las funciones jurídicas del Estado al que hemos adherido, todos los reglamentos, incluso los de necesidad y urgencia y los delegados, son producto de la función administrativa (por oposición a la función legislativa) y que, por tanto, encuadran dentro del concepto amplio y/o genérico de “acto administrativo”.

Con base en lo expuesto, y teniendo en consideración, además, que la LNPA se ha volcado por una noción amplia de acto administrativo, es posible concluir que todas las especies de reglamentos (v.gr.: reglamentos autónomos, ejecutivos, delegados y de necesidad y urgencia) han de tener un régimen jurídico común con los actos administrativos de alcance particular, que se traduciría en materia, por ejemplo, de ciertos requisitos esenciales, del sistema de invalidez, caracteres, etc.

Es que, como bien señalaban SAYAGUÉS LASO<sup>623</sup> y TREVIJANO FOS<sup>624</sup>, el régimen jurídico del reglamento es el de los actos administrativos, aunque con ciertas modulaciones que se derivan de su carácter normativo, tal como expresamente se prevé en diversos ordenamientos provinciales, como en Catamarca, Corrientes, La Rioja,

---

<sup>623</sup> El citado tratadista sostenía que “no puede dudarse que el reglamento es un acto administrativo y que su régimen jurídico es el que corresponde a los actos administrativos. Ello sin perjuicio de las soluciones peculiares que derivan en mérito a la generalidad de las normas que crea” (SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 43, nota N° 4).

<sup>624</sup> Como destacara el autor citado, “el régimen jurídico del Reglamento es el de los actos administrativos aunque con desviaciones, derivadas de su carácter normativo” (GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 282).

Mendoza, Misiones y Salta<sup>625</sup>.

1.2.- A continuación enunciaremos, entonces, cuál es el régimen jurídico que los actos administrativos de alcance particular y los reglamentos tienen en común y veremos, además, que en ciertos reglamentos (ej.: reglamentos de necesidad y urgencia) algunos de los elementos que comparten con los actos particulares adquiere mayor relevancia.

## **2.) Elementos esenciales**

### **2.1.) Enunciación**

Los elementos esenciales de los actos administrativos –en sentido amplio– han sido definidos como aquellos que deben concurrir, sin vicios, para que aquel sea plenamente válido<sup>626</sup>.

Si bien excede al objeto del presente trabajo analizar cuáles son y en qué consisten los distintos elementos esenciales de los actos administrativos, teniendo en cuenta lo expuesto en el párrafo que antecede, en esta ocasión solo hemos de mencionar que los reglamentos administrativos deben:

- a-** ser dictados por la *autoridad competente* (art. 7º, inc. “a”, de la LNPA);
- b-** aducir una *causa válida* (es decir, sustentarse en antecedentes de hecho y de derecho objetivos y verdaderos –art. 7, inc. “b”, de la LNPA–);
- c-** respetar el *bloqueo de juridicidad* (objeto –art. 7º, inc. “c”, de la LNPA–)
- d-** estar debidamente *motivados* (art. 7, inc. “e”, de la LNPA)<sup>627</sup>

---

<sup>625</sup> En efecto, según surge de diversas normas provinciales, le “*es aplicable a los reglamentos el régimen jurídico establecido para el acto administrativo ejecutivo, en lo que no resulte incompatible con su naturaleza*” (cfr. art. 43 de la Ley N° 3559 de Catamarca; el art. 225 de la Ley N° 4106 de Corrientes; el art. 101 de la Ley N° 4044 de la Rioja; el art. 104 de la Ley N° 9003 de Mendoza que, en este sentido, lo define de la misma forma que la anterior Ley N° 3909; el art. 37 de la Ley N° 2970 de Misiones; el art. 37, inc. “b” de la Ley N° 1284 de Misiones, y el art. 101 de la Ley N° 5348 de Salta).

<sup>626</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 25.

<sup>627</sup> La exigencia de la motivación de los reglamentos administrativos ha sido especialmente tenida en cuenta por la Corte Suprema en diversas oportunidades. Así, y a simple título ejemplificativo, la Corte se refirió a la motivación de los reglamentos en el caso “Guida” y, a su vez, a la insuficiente motivación en el caso “Verrocchi” (CSJN, 02/06/2000, “Guida, Liliana c. Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 323:1566; CSJN, 18/08/1999, “Verrocchi, Ezio D. c. Administración Nac. de Aduanas”, Fallos 322:1726, en ambos casos se



e- haber sido dictado con el fin de satisfacer la *finalidad* de la norma atributiva de competencia (art. 7º, inc. “f”, 1ª parte, de la LNPA)<sup>628</sup>.

Y, por supuesto, la medida deberá ser *razonable* (principio general del derecho derivado del art. 28 de la Constitución nacional y del art. 7º, inc. “f”, 2ª parte, de la LNPA) pues, de lo contrario, el acto sería inconstitucional<sup>629</sup>.

Esto último implica, entonces, que todos los actos administrativos deberán resistir el

---

trataba de reglamentos de necesidad y urgencia). Ampliar en: SACRISTÁN, Estela B., “La motivación como requisito...”, op. cit., p. 65 y ss.

<sup>628</sup> También han señalado que los reglamentos deben cumplir con los mismos requisitos de validez que los actos administrativos de alcance particular: HUTCHINSON, Tomás, “Régimen jurídico de los reglamentos”, op. cit., p. 79; DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación...*, op. cit., p. 44 y ss.; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 223; CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *La delegación legislativa y el Estado regulatorio. Una mirada crítica al agujero negro de la regulación*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2017, p. 223 y ss.; OVIEDO, Laura, “Los reglamentos singulares...”, op. cit.; MURATORIO, Jorge I., “Impugnación de reglamentos de necesidad y urgencia y de reglamentos delegados. Acceso a la instancia judicial”, en AA.VV. *Cuestiones del contencioso administrativo*, CASSAGNE, Juan Carlos –Director-, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 379; BOTASSI, Carlos A. – OROZ, Miguel H.E., *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, 2ª Edición Corregida, actualizada y ampliada, Librería Editora Platense, La Plata, 2011, p. 463; POZO GOWLAND, Héctor, “Reglamentos”, op. cit., p. 203, entre otros.

BARRA, por su parte, si bien en un primer trabajo dedicado exclusivamente a los reglamentos sostuvo que por pertenecer al ámbito del derecho administrativo, sus requisitos esenciales de validez estarían dados por el art. 7º de la LNPA, (cfr. BARRA, Rodolfo C., “La potestad reglamentaria de la Administración Pública”, RAP 1:009) lo cierto es que, con posterioridad, y tal como lo vimos en el punto N° 3.2. del Capítulo I, moduló su postura.

De ese modo, a partir del año 2002, en una doctrina que ratificó en el año 2009 y que consolidó en el 2018, el citado jurista sostiene que los decretos delegados, ejecutivos y de necesidad y urgencia son producto del ejercicio de la “función presidencial” o “función de jefatura o conducción superior de Gobierno”, no están regulados por el derecho administrativo sino por el derecho constitucional, razón por la cual no están sujetos a las exigencias de la LNPA, tanto en lo que refiere a los requisitos esenciales como a los procedimientos previos y de impugnación.

Por consiguiente, y tal como lo destaca el autor, los únicos reglamentos que merecen ser clasificados como “administrativos” y, por tanto, sujetos a los requisitos esenciales exigidos por la LNPA, son los reglamentos autónomos (que pueden ser emitidos por cualquier órgano o ente administrativo –como también por los órganos o, eventualmente, entes, de los Poderes Legislativo y Judicial–) y los “reglamentos de aplicación” emitidos por los entes descentralizados (BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 260, p. 270/273 y Tomo 2, p. 404 y ss., p. 549/554 y, antes, en BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 249/250, p. 377, p. 565 y p. 574/575).

<sup>629</sup> MARIENHOFF señalaba que el “acto irrazonable es un acto inconstitucional y, por serlo, la irregularidad pertinente se traduce en un acto nulo de nulidad absoluta, que generalmente es manifiesta” (MARIENHOFF, Miguel S., “El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público”, LL 1989-E, 963).

Bien ha señalado Julio OYHANARTE que “en el derecho argentino ningún acto estatal -legislativo, administrativo judicial- es válido si no es razonable” (OYHANARTE, Julio, “Poder político y cambio estructural en la Argentina. Un estudio sobre su desarrollo”, en “Recopilación de sus obras”, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 87).

test de razonabilidad o proporcionalidad<sup>630</sup> que, como bien apuntara ALEX<sup>631</sup>, debe ser analizada desde sus tres dimensiones: adecuación (el medio elegido debe ser idóneo para el cumplimiento del fin perseguido), necesidad (entre los medios idóneos para el logro del fin, debe escogerse la “alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos”<sup>632</sup>) y razonabilidad o proporcionalidad *stricto sensu* (establecer si la medida adoptada guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar)<sup>633</sup>.

f- respetar el *debido procedimiento previo* al dictado del acto (art. 7º, inc. “d”, de la LNPA), entre los que se incluyen los procedimientos esenciales y sustanciales exigidos por el ordenamiento jurídico (v.gr.: como ser, por ejemplo, la emisión del dictamen

---

<sup>630</sup> De esa manera, y siguiendo las enseñanzas de COVIELLO, si bien en el derecho europeo estos principios han sido diferenciados, en el ordenamiento jurídico argentino la diferencia entre uno y otro es inexistente, intrascendente e innecesaria, habida cuenta de que “*la proporcionalidad es uno de los componentes del concepto de razonabilidad*” (COVIELLO, Pedro J., “El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo”, en Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú (DERECHO–PUCP), Lima, 2011, N° 67).

En relación con la razonabilidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que aquella “*implica un juicio de valor*” y “*una conformidad con los principios del sentido común*”, “*siendo razonable lo justo, lo proporcionado y lo equitativo, por oposición a lo injusto, absurdo y arbitrario*” (Opinión Consultiva OC 13/1993 del 16/07/1993, párrafo 33).

El problema de la proporcionalidad consiste, en definitiva, como decía Walter JELLINEK, en saber si “*l'on n'a pas tiré sur des moineaux avec un canon*” (si no se va a tirar sobre los gorriones con cañones).

La doctrina nacional e internacional suele atribuir aquella frase a Walter Jellinek, reconocido jurista alemán (CALMES, Silvia, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, París, 2001, p. 253; FLEINER, Flitz, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Sicientia Verlag Aale, Tubingen, 1963). En el idioma original del autor la frase sería: “*Nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen*”.

<sup>631</sup> Ampliar en: ALEX<sup>631</sup>, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 91/92. Ver, también, CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2º edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2009, p. 82 y ss.

<sup>632</sup> CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad...*, op. cit., p. 82 y ss.

<sup>633</sup> CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad...*, op. cit., p. 107 y sus citas. En igual sentido: ÁLVAREZ, Fernando D. – “*Algunas reflexiones...*”, op. cit.

La CSJN, por su parte, mediante Acordada N° 17/2019, tras señalar que “*la circunstancias y razones que validan la irrupción en el ámbito privado de los individuos deben estar previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad*”, destacó que ese test de razonabilidad es, además, un principio rector que deben observar “*todos los órganos judiciales en los procesos y procedimiento involucrados en la interceptación y captación de comunicaciones*”.

proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico<sup>634</sup>)<sup>635</sup>.

Sobre esta última cuestión, y en relación específica con los reglamentos de necesidad y urgencia, creemos que, en virtud de la innegable trascendencia que aquel instituto posee, cuando el Poder Ejecutivo emita ese tipo de actos el dictamen jurídico previo debería ser emitido por la PTN<sup>636</sup>, tal como se prevé en la Constitución de Santiago del Estero, donde, previo a tomar la medida, se le exige al Gobernador el “*previo dictamen del fiscal de estado*”<sup>637</sup>.

## 2.2.) Requisitos esenciales de los reglamentos en la doctrina de la PTN

En línea con lo expuesto, resulta oportuno recordar que la PTN en reiteradas ocasiones ha señalado que “*el acto administrativo es la forma esencial en que la Administración Pública expresa su voluntad, sea de modo general o de un modo particular*” (énfasis agregado)<sup>638</sup>.

<sup>634</sup> Si bien como se verá en las notas que siguen, la mayoría de la doctrina considera que los reglamentos deben cumplir con los mismos requisitos de validez que los actos administrativos de alcance particular, cabe señalar que respecto del dictamen jurídico, quienes han profundizado en su estudio, entendieron que aquel es especialmente exigible en todos los actos administrativos de alcance general, sean normativos o no normativos (ampliar en: GOROSTEGUI, Beltrán, *El Dictamen Jurídico...*, op. cit., p. 60).

Al respecto, cabe recordar que el RLNPA, previo a la modificación establecida por el Decreto N° 1883/1991 al que nos referiremos más adelante, expresamente establecía en su art. 107 que “*los proyectos de actos administrativos de alcance general serán sometidos, como trámite final, al dictamen jurídico de la Procuración del Tesoro de la Nación o de la delegación pertinente del Cuerpo de Abogados del Estado*”.

<sup>635</sup> En relación con la participación que le corresponde a los administrados previo al dictado de los reglamentos, solo diremos ahora que se trata de una participación procedimental no defensiva pues, mientras en los actos administrativos de alcance particular la audiencia previa se instrumenta mediante el debido proceso adjetivo –participación procedimental defensiva–, en los actos de alcance general se exterioriza en una audiencia pública –participación procedimental no defensiva–. Ver, sobre el tema, lo expuesto en el punto N° 7.1.2. del Capítulo VIII de esta obra.

<sup>636</sup> En igual sentido, aunque refiriéndose a los reglamentos de necesidad y urgencia antes de la reforma constitucional de 1994: COMADIRA, Julio Rodolfo, “Los reglamentos de necesidad y urgencia (Fundamento. Su posible regulación legislativa)”, LL 1993-D, 750, punto N° 3.4.

<sup>637</sup> En sentido análogo, el art. 161 de la Constitución de la provincia de Santiago del Estero establece que “*en casos de necesidad y urgencia o que esté amenazado de una manera grave e inminente el funcionamiento regular de los Poderes Públicos o constitucionales, el Poder Ejecutivo, en acuerdo general de ministros y previo dictamen del fiscal de estado, puede dictar decretos sobre materias de competencia legislativa siempre que no se trate de normas que regulen materia tributaria, electoral, régimen de los partidos políticos o tratados interjurisdiccionales. En tal caso, deberá remitir el decreto a la Legislatura dentro de los cinco días de dictado, convocando de inmediato a sesión extraordinaria si estuviere en receso*”.

<sup>638</sup> Dictámenes 236:315. En igual sentido: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 222; BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 643. Cabe destacar que el último autor citado, en una

De tal forma, en coherencia con aquella tesitura, el Máximo Órgano Asesor de la Nación sostuvo, al analizar la pertinencia de diversos proyectos de reglamentos, que aquellos deben cumplir con “*los requisitos que, para la validez de los actos administrativos, exige el art. 7° de la ley 19.549 esto es competencia del órgano emisor; causa; objeto cierto y física y jurídicamente posible; procedimientos necesariamente previos, incluido el dictamen de los servicios jurídicos permanentes de la Administración; motivación; y finalidad lícita y proporcionada a los medios utilizados*”<sup>639</sup>.

### 2.2.1.) El caso de los reglamentos de necesidad y urgencia: especial referencia al dictamen jurídico previo

2.2.1.1.- En primer lugar cabe recordar que, como dijimos en los párrafos anteriores, todos los reglamentos, cualquiera sea su clase, requieren de la emisión del dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico.

Asimismo, en relación con los reglamentos de necesidad y urgencia, sostuvimos que en virtud de la innegable trascendencia que aquellos poseen, cuando el Poder Ejecutivo emita aquel tipo de actos el dictamen jurídico previo debería ser emitido por la PTN.

---

reciente obra dedicada exclusivamente al acto administrativo y el reglamento, señala que no resulta “*posible aislar una noción única de acto administrativo, puesto que esta no sería suficiente a los efectos de abarcar todas las hipótesis en que el instituto –o en realidad, variantes de este, en ocasiones con distinciones importantes de régimen jurídico– puede presentarse*”, razón por la cual propone distinguir y considerar “*al acto administrativo desde una perspectiva amplia y, por otro lado, desde una visión estricta*”. Así, define al acto administrativo en sentido amplio como “*toda decisión normativa de naturaleza jurídica, de alcance, ya sea general o particular, abstracto o concreto, emanada y atribuida a una organización e imputable a una persona jurídica, ambas integrantes del sector público del ordenamiento o asumidas en él, en ejercicio propio de la ‘función administrativa’ o delegado de competencia administrativa, se trate de actividad materialmente administrativa, legislativa o jurisdiccional, como también las decisiones materialmente administrativa dentro de las funciones ‘presidencial’ (salvo los decretos con jerarquía de ley o de reglamentación sustantiva), ‘judicial’ (salvo las sentencias) o ‘legislativa’ (salvo la ley)*” y, al acto administrativo en sentido estricto como “*toda decisión normativa de naturaleza jurídica, de alcance particular y concreto, dotada de alteridad, emanada y atribuida a una organización pública e imputable a una persona jurídica pública, ambas integrantes del sector público del ordenamiento, en ejercicio de la actividad materialmente administrativa dentro de la función administrativa*” (BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, 329 y ss.).

Por otra parte, cabe reiterar aquí lo dicho en las páginas anteriores, en el sentido de que la declaración en que el acto administrativo consiste no se limita únicamente a una “*declaración de voluntad*”. Ampliar con lo expuesto en la nota N° 562.

<sup>639</sup> Dictámenes 263:319, 247:92, 243:47. Aquel criterio fue reiterado, más recientemente, en Dictámenes 274:325, 263:54; 261:61, entre muchos otros.

2.2.1.2.- En algunas ocasiones, cuando la PTN intervino previamente al dictado de un reglamento de necesidad y urgencia, sostuvo que “*no se encuentra en la órbita de su competencia analizar la excepcionalidad que justifica una decisión de la autoridad política (...) pues dicha decisión requiere el análisis de cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia ajenas a las funciones de este organismo asesor de Derecho*”<sup>640</sup>.

Sin embargo, y tal como veremos en el punto N° 4.3.2.1. del Capítulo IX, a partir del caso “Verrocchi”<sup>641</sup>, “Consumidores Argentinos”<sup>642</sup> y “Aceval Pollacchi”<sup>643</sup>, la CSJN pareciera haber sentado el criterio según el cual el control judicial de los DNU debe ser amplio, abarcando no solo el estudio de los presupuestos fácticos sino, también, los requisitos sustantivos.

De esa manera, entonces, es claro que la excepcionalidad que justifica la emisión de un reglamento de necesidad y urgencia lejos de ser una cuestión de conveniencia, es un aspecto que hace a su *constitucionalidad*, razón por la cual no debería ser ajena al control de legalidad que debería efectuar la PTN.

2.2.1.3.- Asimismo, y específicamente en relación con los reglamentos de necesidad y urgencia, cabe recordar que, como dijéramos anteriormente, existen diversos precedentes en donde ese Máximo Órgano Asesor sostuvo que aquellos “*son actos emanados del Poder Ejecutivo de jure y en virtud de ello no es una ley porque el Poder Ejecutivo no dicta leyes; constituye un mero reglamento (acto administrativo) de contenido legislativo*”<sup>644</sup>.

Sin embargo, en el Capítulo VIII punto N° 5.1.4.2. se verá que, en la actualidad, la PTN entiende que son producto de la *función legislativa* y que, por consiguiente, tienen

---

<sup>640</sup> Dictámenes 237:341; 226:35; 225:209, entre otros.

<sup>641</sup> CSJN, 18/08/1999, “Verrocchi, Ezio D. c. Administración Nac. de Aduanas”, Fallos 322:1726.

<sup>642</sup> CSJN, 19/05/2010, “Consumidores Argentinos c/EN – PEN – Dto. 558/02 – SS – ley 20.091 s/amparo ley 16.986”

<sup>643</sup> CSJN, 28/11/2011, “Aceval Pollacchi, Julio César c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ despido”, Fallos 334:799.

<sup>644</sup> Dictámenes 207:272; 198:124; 86:221; 121:93, entre otros.

*naturaleza legislativa*, lo que –a nuestro juicio– se desentiende de los límites en los que se desarrolla la “función administrativa” y conduce a una parte importante de esta especie a un ámbito que le es ajeno, excluyéndolo de la participación en un contexto de normas y principios que no deberían ser postergados.

2.3.) Requisitos esenciales de los reglamentos en la jurisprudencia: especial referencia a la motivación y la razonabilidad de los reglamentos de necesidad y urgencia y los reglamentos delegados

*2.3.1.) La exigencia de la motivación*

2.3.1.1.- Como vimos en las páginas anteriores, todos los reglamentos –incluso los de necesidad y urgencia y los delegados–, al ser una especie del género acto administrativo, para ser válidos deben reunir, sin vicios, todos los requisitos esenciales previstos en la LNPA, entre los que se exige que estén debidamente *motivados* (art. 7, inc. “e”, de la LNPA).

2.3.1.2.- La jurisprudencia, por su parte, al tratar los reglamentos de necesidad y urgencia y los reglamentos delegados, si bien se ha referido en diversos precedentes a la “motivación” de aquellos, lo cierto es que, como bien ha señalado SACRISTÁN en un trabajo específico sobre la cuestión, lo ha hecho “*sin mediar invocación expresa del recaudo del art. 7º, inc. e) de nuestra Ley de Procedimientos Administrativos*”<sup>645</sup>.

De todos modos, de los diversos precedentes de la CSJN se advierte que la exigencia de la motivación de los reglamentos ha sido especialmente tenida en cuenta por el Máximo Tribunal de la Nación.

Así, y a simple título ejemplificativo, la Corte se refirió a la motivación de los reglamentos en el caso “Guida”<sup>646</sup> y, a su vez, a la insuficiente motivación en el caso

---

<sup>645</sup> SACRISTÁN, Estela B., “La administración legisladora (y dos saludables recaudos)”, op. cit., p. 424.

<sup>646</sup> CSJN, 02/06/2000, “Guida, Liliana c. Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 323:1566.



“Verrocchi”<sup>647</sup>.

2.3.1.3.- Por nuestra parte, y al igual que lo hemos venido sosteniendo a lo largo de los fundamentos que sustentan esta tesis, todos los reglamentos, incluso los de necesidad y urgencia y los delegados, al tener naturaleza jurídica de acto administrativo (bien que en sentido amplio) deben ser debidamente motivados, pues ello es una exigencia de la LNPA para la válida configuración de todos los actos administrativos.

Así, a modo de ejemplo, tanto en el caso de los DNU como en el de los reglamentos delegados, y tal como lo adelantáramos en el punto N° 3.4.1. del Capítulo I (especialmente punto N° 3.4.1.3.1.) y profundizaremos en el punto N° 4 del Capítulo IX (especialmente punto N° 4.3.2.1.1.), al ser judicialmente revisable la “necesidad y urgencia” como cuestión fáctica, surge con meridiana claridad que deben motivarse, pues la motivación es entendida como “*la exteriorización en el acto de la existencia de la causa y de la finalidad*”<sup>648</sup>, de modo que el Poder Ejecutivo debe explicar *por qué* (causa) y *para qué* (fin) lo emite.

***Además, resulta incontestable que la motivación de los actos administrativos (al igual que la del acto estatal “sentencia” y “ley”) es una consecuencia inseparable e inherente del sistema republicano de gobierno adoptado en la Argentina***<sup>649</sup> al que nos referimos en el punto N° 2 del Capítulo IV (especialmente punto N° 2.1.).

Si los jueces deben fundar sus sentencias y los legisladores exponer los motivos por los que sancionan una ley, con más razón el Poder Ejecutivo debe expresar ante la comunidad las razones de las decisiones que adopta<sup>650</sup>, como bien lo requiere la Ley de Ética Pública N° 25.188<sup>651</sup>.

---

<sup>647</sup> CSJN, 18/08/1999, “Verrocchi, Ezio D. c. Administración Nac. de Aduanas”, Fallos 322:1726.

<sup>648</sup> Por todos: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 404 y, antes, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 43.

<sup>649</sup> Ver lo expuesto en las notas N° 157, 158 y 159.

<sup>650</sup> Ibidem.

<sup>651</sup> La Ley de Ética Pública N° 25.188 en su art. 2°, inc. “e”, dispone, en lo que aquí interesa, la obligación de quienes están comprendidos en la ley –entre ellos el Poder Ejecutivo– de “*fundar sus actos y mostrar la*



En ese orden de ideas, MONTI y TAWIL señalaron que *“la existencia de motivación permite, asimismo, el control indirecto de la opinión pública, dado que ‘se dispone y se ordena, pero al mismo tiempo se razona y se justifica para qué se hace ello’. Por esa razón, es indudable que, en un mundo como el actual, donde se ha pasado de un sistema de limitaciones a uno de participación activa de los administrados, la motivación de los actos satisface psicológicamente la opinión pública al permitirle conocer en forma acabada las razones del obrar administrativo. Su exigencia se funda, pues, como bien se ha señalado, en el principio de respeto a la ciudadanía”*<sup>652</sup>.

Con igual criterio al aquí propuesto, MIDÓN, al referirse a los decretos de necesidad y urgencia precisó que *“el Ejecutivo debe dilucidar, en el mensaje que da cuenta de la medida, qué acontecimientos han producido la causa constitucional o hecho habilitante para su emisión, cuáles son los bienes que desea preservar el acto legislativo, la absoluta imposibilidad de conjurar la necesidad a través de mecanismos ordinarios, la inminencia y actualidad de la desgracia que sobrevendrá de no adoptarse el extremo curso elegido, por qué la salvación pretendida es posible tan sólo a través del extremo remedio, dejando en claro el motivo por el cual el poder ha sido ajeno a la producción de los sucesos que generaron la emergencia”*<sup>653</sup>.

Asimismo, a simple título ejemplificativo, y tal como lo hemos reseñado al analizar la cuestión en el derecho comparado (ver punto N° 4 del Capítulo I), la Constitución Política de Colombia exige que el Presidente presente *“un informe motivado sobre las razones que determinaron la declaración”* de los estados de excepción allí contemplados.

Conviene reiterar la transcripción antes efectuada, por su riqueza, de lo apuntado por el Padre de la Constitución, como suele llamarse a ALBERDI, en cuanto a que *“la mención de los motivos es una garantía de verdad y de imparcialidad, que se debe a la opinión, y un medio de resolver las dudas ocurridas en la aplicación por la revelación de las miras que ha tenido el legislador, y de las necesidades que se ha propuesto satisfacer. Conviene,*

---

*mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin ocultar información a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan”.*

<sup>652</sup> TAWIL, Guido S. – MONTI, Laura M., *La motivación del acto administrativo*, op. cit., p. 18.

<sup>653</sup> MIDÓN, Mario A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia. En la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 118/119, criterio luego ratificado en la 2° edición corregida y actualizada de su obra, Hammurabi, 2012, p. 181/182.

*pues, que el preámbulo de la constitución argentina exprese sumariamente los grandes fines de su instituto. Abrazando la mente de la constitución, vendrá a ser la antorcha que disipe la oscuridad de las cuestiones prácticas, que alumbre el sendero de la legislación y señale el rumbo de la política del gobierno”<sup>654</sup>.*

2.3.1.4.- Finalmente, cabe destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), tras señalar que la motivación “*es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión*”, señaló que “*el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por tanto, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad (...)* Por todo ello, el deber de motivación es una de las ‘debidamente garantías’ incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso”<sup>655</sup>.

### *2.3.2.) El principio general de la razonabilidad como límite de la medida adoptada*

2.3.2.1.- Los *principios generales del derecho*, entre los que como dijimos está la *razonabilidad*, tienen validez universal, existe por sí mismos, son el origen y el fundamento de las normas, razón por la cual, aun cuando no estén legislados, tienen primacía tanto sobre las normas legales y reglamentarias como sobre la costumbre y la

---

<sup>654</sup> ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Cap. XXVII, nota N° 16.

<sup>655</sup> CIDH, 01/07/2011, caso “Chocrón Chocrón vs. Venezuela”, párrafo N° 118, entre muchos otros.

jurisprudencia<sup>656</sup>, pues se fundan en el respeto de la persona humana o en la naturaleza misma de las cosas<sup>657</sup>.

Como bien se ha precisado, existen ciertos principios generales que se asientan y fundamentan en el ordenamiento jurídico en general, insertándose, particularmente, en la Constitución (ej.: igualdad –art. 16 de la Constitución de la Nación–, derecho de defensa –art. 18 de la Constitución nacional–, razonabilidad –art. 28 de la Constitución–, etc.), aunque pueden existir también principios fundamentales que no se hayan incorporado, en forma positiva y expresa, a la ley fundamental (ej. el principio general de la buena fe, la confianza legítima, etc.)<sup>658</sup>.

---

<sup>656</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1076; CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del Derecho Público. Constitucional y Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 87.

Al referirse a los principios generales del derecho, MARIENHOFF precisó que “*si el Consejo de Estado francés invoca y aplica los ‘principios generales del derecho’ es porque éstos ‘existen’*. El hecho de que los tribunales, al dictar sentencia, se ‘valgan’ de los principios generales del derecho, o los ‘utilicen’, es cosa muy distinta a sostener que éstos sean creación de la jurisprudencia” (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 294).

<sup>657</sup> SANTIAGO, Alfonso (h), “La relación entre el derecho natural y el derecho positivo en el sistema jurídico argentino”, LL 1997-D-1099. Según lo ha señalado COVIELLO, el ordenamiento jurídico parte, en primer lugar, del derecho natural, que es la participación de la ley eterna; luego se concretiza en el derecho humano positivo, el cual se asienta en una ley fundamental que se llama Constitución (COVIELLO, Pedro J. J., “Concepción cristiana del Estado de derecho”, ED 129:923).

La Corte sostuvo que “*el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental*” (CSJN, 07/11/2006, “Mosqueda Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios para Jubilados y Pensionados y otro”, Fallos: 329:4918).

<sup>658</sup> Por todos: CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del Derecho Público...*, op. cit., p. 78 y ss.

Ciertamente, escapa al objeto de esta obra no solo analizar la diferencia entre principios y reglas sino, también, desarrollar en profundidad los principios generales del derecho, su evolución e impacto en nuestra disciplina.

Sin embargo, y en relación con la primera cuestión, en esta ocasión solo diremos que frente al sistema jurídico propuesto desde el positivismo (HART y KELSEN), definido como un “sistema de reglas” donde, a su vez, la discrecionalidad judicial encuentra lugar en los espacios vacíos dejados por el sistema jurídico y, frente al modelo desarrollado por DWORKIN, quien define al sistema jurídico esencialmente compuesto por principios, además de reglas, y desde el cual se puede obtener en cada caso la respuesta correcta, hemos de optar por la tesis apuntada por Robert ALEXY (ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa* 5 (1988), Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, p. 139/151).

Tal como nos enseña VIGO, el citado profesor alemán propone un sistema compuesto en su *lado pasivo* por dos tipos de normas: las reglas y los principios y, en su *lado activo*, por la teoría de la argumentación jurídica racional, posibilitando esos tres niveles (reglas, principios y argumentación jurídica) del sistema jurídico mantener una teoría que presuponga la única respuesta correcta como idea regulativa, en el sentido de confiar que ella es posible aunque no se pueda saber en qué casos, por lo que corresponde intentar

Ahora bien, y en relación con los principios generales del Derecho, en esta oportunidad solo diremos que, como apuntamos antes, constituyen el basamento en que se asienta y fundamenta el ordenamiento positivo en general, la fuente *perenne* de renovación y reinvento para todo ese ordenamiento, pudiéndose destacar que cumplen distintas funciones pero articuladas entre sí.

Aquellas funciones, como destacara VIGO, se refieren a su esencia ontológica, a su valor preceptivo o a su alcance cognoscitivo, ya sea para dilucidar el sentido de una norma o dar la razón de ella y hasta para integrar nuevas formulaciones jurídicas. En otras palabras, las funciones de los principios generales del derecho son que: a) constituyen el fundamento del ordenamiento positivo, es decir, no son la consecuencia del ordenamiento positivo sino que, por el contrario, son su fundamento; b) orientan la labor interpretativa de las normas del Derecho positivo y, c) son fuente en caso de insuficiencia de ley y de costumbre<sup>659</sup>.

---

obtenerla en todos los casos (VIGO, Rodolfo, L., *Interpretación Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 66/67).

ALEXY explica que “*los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son por consiguiente mandatos de optimización (...) En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas*” (ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios...”, op. cit., p. 143). CASSAGNE, por su parte, en la obra ya citada sostuvo que no todos los principios son “mandatos de optimización” pues “*hay mandatos de aplicación imperativa, ya sean mandatos negativos o positivos (...) Esto acontece, por ejemplo, en el campo del derecho público, con el principio de la tutela judicial efectiva, el de la buena fe y el de la verdad material, para citar algunos ejemplos en los que no hay optimización posible porque lo óptimo es la realización del principio. En cambio, el mandato de optimización aparece en aquellos supuestos en que más que principios se trata de directivas políticas, económicas o sociales tendientes a orientar al legislador o funcionario en determinado sentido a través de estándares indeterminados con respecto a las decisiones que se adopte. Son las que, en la teoría constitucional clásica, se denominaban normas o cláusulas programáticas de la Constitución*” (CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del Derecho Público...*, op. cit., p. 38/39).

En definitiva, como destacara VIGO, si estamos frente a una norma que exige la mayor medida posible de cumplimiento se trata de un principio, pero si la norma solo exige una determinada medida de cumplimiento, se está frente a una regla (VIGO, Rodolfo, L., *Interpretación...*, op. cit., pág. 70).

Apunta GORDILLO que “*un intérprete o ejecutor del derecho no puede ser un mero lector del texto de cada norma, sino que debe fundamentalmente buscar la interpretación que la hace justa en el caso: Allí es donde son de aplicación los principios jurídicos. El principio exige que tanto la ley como el acto administrativo respeten sus límites y además tengan su mismo contenido axiológico. Pero aún más, esos contenidos básicos rigen toda la vida comunitaria y no sólo los actos a que más directamente se refieren o las situaciones que más expresamente contemplan; por ser ‘principios’ son la base de una sociedad libre y democrática, son los elementos fundamentales y necesarios de la sociedad y de todos los actos de sus componentes*” (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del administrado*, Octava edición, Buenos Aires, 2006, Tomo 2, VI-28).

<sup>659</sup> VIGO, Rodolfo L., “Los principios generales del Derecho”, JA 1986-III-860. En igual sentido: CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del Derecho Público...*, op. cit., p. 87 y ss.; LICO, Miguel

Existe una gran gama de principios generales del derecho propios del Derecho Administrativo cuya enumeración, sin duda alguna, excedería con holgura el objeto de este trabajo, razón por la cual en esta oportunidad solo haremos especial referencia a la *razonabilidad* pues, en definitiva las medidas que se adopten mediante un DNU –o, en rigor, por medio de cualquier acto estatal–, deben ser razonables<sup>660</sup>.

2.3.2.2.- Sentado lo expuesto, cabe destacar que todos actos administrativos, sean de alcance particular o de alcance general, entre los que están los reglamentos –incluso los de necesidad y urgencia y los delegados–, deben satisfacer la *finalidad* de la norma atributiva de competencia (art. 7º, inc. “f”, 1ª parte, de la LNPA).

A su vez, en aquel inciso expresamente se menciona que “*las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad*” (énfasis agregado).

La doctrina ha señalado que si bien en el derecho europeo la “proporcionalidad” y “razonabilidad” son principios que han sido diferenciados, en el ordenamiento jurídico argentino la diferencia entre uno y otro es inexistente, intrascendente e innecesaria, habida cuenta de que “*la proporcionalidad es uno de los componentes del concepto de razonabilidad*”<sup>661</sup>.

Como se ve, uno de los principios generales del derecho que opera como límite, en nuestro caso, al accionar del Poder Ejecutivo es, sin duda alguna, la razonabilidad.

Esto último implica, como vimos, que todos los actos administrativos deberán resistir el test de razonabilidad o proporcionalidad que, como bien apuntara ALEXEY, debe ser analizada desde sus tres dimensiones: adecuación (el medio elegido debe ser idóneo para el cumplimiento del fin perseguido), necesidad (entre los medios idóneos para el logro

---

A., “Breve estudio de los principios generales del derecho y de los principios generales del derecho aplicables y surgidos del derecho administrativo”, Carta de Noticias N° 23 de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires, Febrero, 2015, entre otros.

<sup>660</sup> El tema puede ampliarse en: COVIELLO, Pedro J. J., *La protección...*, op. cit., p. 325 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del Derecho Público...*, op. cit., p. 78 y ss.; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 299 y ss., GORDILLO, Agustín, *Introducción al derecho*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, Cap. II-6 y ss., entre otros.

<sup>661</sup> Ver lo expuesto en la nota N° 630.

del fin, debe escogerse la “alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos”) y razonabilidad o proporcionalidad *stricto sensu* (establecer si la medida adoptada guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar)<sup>662</sup>.

Ahora bien, la razonabilidad, al ser un principio general del derecho, implica que integra la juridicidad<sup>663</sup> y que, por tanto, además de resultar obligatorio en la aplicación del derecho en general, pues los operadores jurídicos deben buscar la maximización de la razonabilidad ya sea en la sanción de cualquier acto normativo, en la interpretación, en su aplicación y control, forma parte del ordenamiento jurídico *independientemente de que sea o no declarado en forma expresa*.

Si bien, como ya dijéramos, la razonabilidad, como principio general del derecho, no requiere estar expresamente enunciado, lo cierto es que aquella no solo surge del art. 7º, inc. “f”, 1ª parte, de la LNPA<sup>664</sup> sino, también, del art. 28 de la Constitución nacional, razón por la cual, en caso contrario, el acto sería inconstitucional<sup>665</sup>.

2.3.2.3.- La CSJN, aunque sin invocar la LNPA, señaló que en los decretos de necesidad y urgencia debe existir una razonabilidad en las medidas dispuestas en términos de “*la relación entre los medios elegidos y los fines perseguidos en cuanto a su idoneidad, necesidad y/o proporcionalidad*”<sup>666</sup>.

---

<sup>662</sup> Ver lo expuesto en las notas N° 631, 632 y 633.

<sup>663</sup> Se ha sostenido que la razonabilidad es inherente a la juridicidad (COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 48 y, específicamente, la cita N° 155).

<sup>664</sup> A su vez, según surge de la LNPA si un acto administrativo persiguere fines distintos de los que justificaron su dictado, se estaría ante el denominado vicio de la “desviación de poder” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 328 y ss.) –tal la expresión con que suele denominarse a este vicio– y, si fuese desproporcionado con aquella finalidad, ante una irrazonabilidad de la medida adoptada.

De esa manera, el acto estaría fatalmente viciado en su finalidad y, en ese esquema, será nulo de nulidad absoluta e insanable en los términos del art. 14, inc. b)<sup>664</sup>, de la LNPA, por desviación de poder.

Si bien la razonabilidad o proporcionalidad del acto administrativo está expresamente contemplada en el art. 7, inc. “f” *in fine* de LNPA, lo cierto es que, en rigor de verdad, su estudio se encontraría mayormente vinculado con el objeto o contenido del acto y, más aún, cuando se trata del ejercicio de una actividad discrecional de la administración pública (Ampliar en COMADIRA, Julio Rodolfo, “Control judicial de la actividad discrecional...”, op. cit., p. 261/300).

<sup>665</sup> Ver lo expuesto en la nota N° 629.

<sup>666</sup> CSJN, 28/11/2011, “Aceval Pollacchi, Julio César c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ despido”, Fallos 334:799, entre muchos otros.



Sobre la cuestión, resulta por demás interesante hacer referencia a un reciente fallo de la Cámara del fuero donde, al momento de analizar la validez del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2017, se hizo especial referencia a la LNPA pues, de ese modo, y en línea con la tesis aquí propuesta, pareciera ser que ha concebido a los reglamentos de necesidad y urgencia como una especie del género acto administrativo.

En efecto, y conforme surge del fallo, si aquel decreto se considera “*como un acto administrativo, como también lo es (en este caso, de alcance general) se advierte un vicio en su finalidad. El artículo 7° inciso f) de la Ley N° 19.549 se refiere al principio de proporcionalidad al establecer que ‘[l]as medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a [la] finalidad’ del acto, esto es, los ‘[fines] que justifican el acto, su causa y objeto (...) Sin ingresar por ahora a las deficiencias que pueda contener esa regulación, lo cierto es que se verifica en este punto lo que se denomina una ‘desviación de poder’, vicio que afecta a la finalidad como elemento esencial del acto (art. art. 7° inc. f) en concordancia con el art. 14 inc. b) de la Ley N° 19.549)’*”<sup>667</sup>.

#### 2.4.) Síntesis

2.4.1.- De ese modo, entonces, es posible advertir que para tanto la PTN como para la jurisprudencia del fuero, los reglamentos, cualquiera sea su especie (autónomos, ejecutivos, delegados o de necesidad y urgencia; estos últimos al menos en el criterio originario del Órgano Asesor<sup>668</sup>), constituyen verdades actos administrativos de alcance general.

*En definitiva, entonces, hasta aquí es posible concluir que si todos los reglamentos son producto de la función administrativa (por oposición a la función legislativa) y que, por tanto, encuadran dentro del concepto amplio y/o genérico de “acto administrativo”,*

---

<sup>667</sup> CNACAF, Sala V, 22/03/2018, “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN-DNM s/ Amparo Ley 16.986”. Como se ve, el fallo recién citado pareciera erigirse en uno de los primeros antecedentes jurisprudenciales de la Cámara del fuero en donde la validez de un DNU es analizado sobre la base de los requisitos esenciales exigidos por la LNPA para la válida configuración de todo acto administrativo, en la especie, de alcance general. En tal sentido, entonces, e independientemente del tema de fondo debatido en la causa citada, consideramos encomiable el análisis efectuado por el Dr. Guillermo Treacy en relación con el DNU y su análisis a la luz de la LNPA pues, como lo hemos sostenido a lo largo de los fundamentos que sustentan esta tesis, los DNU, al igual que los reglamentos delegados, autónomos y ejecutivos, son una especie del género acto administrativo.

<sup>668</sup> Ver, sobre el tema, lo apuntado en el N° 5.1.4.2. del Capítulo VIII.



*aquellos, para ser válidos, deben reunir, necesariamente, todos los elementos esenciales requeridos en la LNPA.*

2.4.2.- Sin embargo, cabe insistir en que a pesar de que todos los actos producto de la función administrativa que producen efectos jurídicos directos respecto de terceros habrán de tener en común aquellos requisitos –y, como consecuencia necesaria de ello, el régimen de los vicios de la LNPA–, lo cierto es que, como adelantamos, los actos administrativos de alcance general (normativos –reglamentos– o no normativos–) poseen un régimen jurídico diferente al acto administrativo de alcance particular.

### **3.) Régimen de vicios: aproximación**

Por otra parte, todos los actos administrativos (tanto los de efectos particulares o generales, como los actos de gestión bilateral, es decir, los contratos administrativos) tienen en común el régimen de los vicios y, en mayor o menor medida, sistema de invalidez<sup>669</sup> –con la salvedad de lo que se expondrá en el punto N° 4 del Capítulo VIII–.

Analizar el régimen de invalidez de los actos administrativos excedería con holgura el objeto de este trabajo, razón por la cual remitimos, para ello, a distintos estudios efectuados por la más calificada doctrina<sup>670</sup>.

No obstante ello, en esta ocasión conviene dejar sentado, ya desde ahora, que, en nuestra opinión, y como lo hemos señalado en más de una oportunidad, en el derecho administrativo la nulidad debe ser entendida como la sanción legal que priva de manera definitiva y permanente los efectos propios del acto administrativo viciado<sup>671</sup>.

---

<sup>669</sup> DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación...*, op. cit., p. 39 y ss.; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 224; OVIEDO, Laura, “Los reglamentos singulares...”, op. cit.; MURATORIO, Jorge I., “Impugnación de reglamentos...”, op. cit., p. 379; BOTASSI, Carlos A. – OROZ, Miguel H.E., *Procedimiento Administrativo...*, op. cit., p. 463; HUTCHINSON, Tomás, “Los actos de alcance general”, op. cit., Tomo 1, Vol. 1, p. 458; BIANCHI, Alberto B., “El control de los reglamentos de ejecución por medio del recurso extraordinario”, ED 108:895, entre otros.

<sup>670</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 25; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 177 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “El régimen de nulidades...”, op. cit.

<sup>671</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p. 167, nota N° 455 y ss. y, antes, en COMADIRA, Fernando Gabriel, “La suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo estable” en AA.VV. *Cuestiones Estructurales de Derecho Administrativo. Instituciones, buena administración y*

A su vez, hemos de señalar que en el marco de la LNPA cabe distinguir dos categorías de invalidez, a saber: el acto administrativo nulo de nulidad absoluta o, en su caso, el acto anulable de nulidad relativa. Es decir, se asocia la idea de “acto nulo” con la “nulidad absoluta” y de “acto anulable” con la “nulidad relativa”<sup>672</sup>.

Para diferenciar cuándo se está ante un acto nulo de nulidad absoluta o un acto anulable de nulidad relativa, resultará necesario vincular la gravedad del vicio con la afectación de uno o más de los elementos esenciales del acto administrativo<sup>673</sup>.

Es que, en definitiva, si tenemos en consideración que los elementos esenciales del acto administrativo son aquellos que necesariamente deben concurrir sin vicios para que aquel sea plenamente válido, es dable concluir que si alguno o algunos de ellos están ausentes o, estando todos presentes, alguno o todos poseen un vicio, el acto será inválido.

Así, pues, en el plexo normativo de la LNPA, es posible afirmar, entonces, que el acto administrativo será *nulo de nulidad absoluta* cuando carezca de alguno de sus elementos o, en su caso, alguno de ellos esté afectado por un vicio grave. En cambio, el acto será *anulable de nulidad relativa*, cuando concorra con todos sus elementos pero alguno ostente un vicio leve o no fundamental<sup>674</sup>.

---

*derechos individuales*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2018, p. 388, p. 132; COMADIRA, Fernando Gabriel, “Régimen jurídico de la función administrativa reglamentaria”, op. cit., p. 466, nota N° 57, entre otros.

<sup>672</sup> Ibidem.

<sup>673</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo...*, op. cit., p. 74. En el mismo sentido: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 502; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo II, p. 118/119; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 188 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “El régimen de nulidades...”, op. cit., entre otros.

<sup>674</sup> Ibidem. Como hemos mencionado en el texto, en el plexo normativo de la LNPA la graduación de las consecuencias jurídicas derivadas de los vicios o defectos que padece un acto administrativo determina que el acto pueda ser calificado como nulo (de nulidad absoluta) o anulable (de nulidad relativa), según el grado o la magnitud del defecto que padezca (arts. 14 y 15, LNPA).

Ahora bien, en los últimos años el Máximo Tribunal de la Nación comenzó a utilizar la categoría del acto o contrato “inexistente” (CSJN, 31/07/2012, “Lix Klett S.A.I.C. (s/ quiebra) c/Biblioteca Nacional - Sec de Cultura de la Nación s/cobro de sumas de dinero”, Fallos 335:1385; CSJN, 04/08/2009, “Sciammarella, Romeo c/EN-Ministerio de Educación s/proceso de conocimiento”, Fallos 332:1651; CSJN, 13/05/2008, “Siper Aviación S.A. c/ Catamarca, Provincia de y otros s/ cobro de pesos”, Originario, S. 596. XXXIII; CSJN, 27/12/2006, “Cardiocorp S.R.L. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”; CSJN, 21/03/2006, “Punte Roberto Antonio c/ Tierra del Fuego”, Fallos 329:809; CSJN, 10/02/2004, “Indicom S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de pesos”, Fallos 327:84; CSJN, 01/09/2003, “Laser Disc Argentina S.A. c/ Mendoza, Provincia de (Instituto Provincial de la Cultura) s/ cobro de pesos”, Fallos 326:3206; CSJN, 21/08/2003, “Magnarelli, César Adrián c/ Misiones, Provincia de y otros s/ cobro de pesos”, Fallos 326:2940; CSJN, 25/09/2001, “Carl Chung Ching Kao v. La Pampa, Provincia de s/ cobro

Por último, cabe señalar que a nivel nacional el acto administrativo nulo de nulidad absoluta es considerado “irregular” y, a su vez, que se denomina acto “regular” tanto al plenamente válido como al que está viciado con una nulidad relativa.

*En síntesis: el acto administrativo irregular es el afectado de “nulidad absoluta” por carecer de alguno de sus elementos esenciales (v.gr.: competencia, causa, objeto, procedimientos, motivación, finalidad y forma) o, alguno de ellos, padecer un vicio grave. El acto regular, por su parte, es el plenamente válido o el que está viciado en alguno de sus elementos con una nulidad relativa.*

---

de pesos”, Fallos 324:3019; CSJN, 05/12/2000, “Ingeniería Omega Sociedad Anónima c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 323:3924; CSJN, 11/07/2000, “Servicios Empresarios Wallabies S.R.L. c/ Salta, Provincia de s/ incumplimiento de contrato”, Fallos 323:1841; entre otros).

En nuestra opinión, la categorización efectuada por la CSJN no debería tener acogida en el derecho nacional pues, como dijimos, en el marco de la LNPA la nulidad absoluta de un acto administrativo se da cuando éste carece de alguno de sus elementos esenciales (vgr.: competencia, causa, objeto, procedimientos, motivación, finalidad y forma) o, alguno de ellos, padece un vicio grave; en cambio, será anulable cuando todos sus elementos esenciales concurren sin vicios o, alguno de ellos, adolece de un vicio “leve” o “no fundamental”.

Sin embargo, en materia de contratos administrativos –es decir, actos administrativos bilaterales, tal como mencionamos en el punto N° 4 del Capítulo V–, la CSJN desarrolló diferentes supuestos de inexistencia de acto por inobservancia de una forma esencial visceral. Más concretamente, la Corte Suprema precisó que un contrato administrativo celebrado sin respetar el procedimiento administrativo previo específicamente establecido para tal actuación (vgr.: licitación pública), es “inexistente”.

Desde nuestro punto de vista, y más allá de que, como vimos, la ausencia de un elemento esencial, o, en su caso, la existencia en alguno de ellos de un vicio grave, determina la “nulidad absoluta” del acto, creemos que la doctrina plasmada en esos fallos solo indica que, frente a la inobservancia de una forma visceral, se debe considerar que el contrato no alcanzó a nacer, no fue celebrado. Es decir, en lugar de contrato inexistente –como erróneamente se lo ha interpretado– estamos frente a la inexistencia de contrato administrativo (COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p. 276, especialmente nota N° 38).

La categorización efectuada por el Máximo Tribunal es coherente con algunas legislaciones provinciales de procedimiento administrativo (vgr.: Salta –arts. 69 y 73–, Mendoza –arts. 72 y 76–, Corrientes –arts. 187, 188 y concordantes) donde se contempla el “acto inexistente” para supuestos de vicio grosero (así, por ejemplo, la Ley de Procedimientos Administrativos de Salta al regular las consecuencias de los vicios consagra tres categorías: anulabilidad –vicio leve–, nulidad –vicio grave– e inexistencia –vicio grosero–) pero, tal como hemos analizado, dicha categoría no es aceptable en la normativa nacional.

Entre quienes admiten la categoría del acto administrativo inexistente se destaca GORDILLO, para quien, a pesar de no estar contemplada en la LNPA, es de un rigor lógico inevitable y debe ser considerada. En este sentido, añade que “...la hipótesis de inexistencia de acto administrativo, o del acto administrativo inexistente como con menos propiedad pero más comodidad se dice a menudo. En definitiva es bastante similar a lo que otros autores y el propio decreto-ley prefieren denominar vías de hecho de la administración” (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, Cap. XI-23).

#### **4.) Caracteres esenciales**

4.1.- Los caracteres esenciales de los actos administrativos son las notas, conjuntos de rasgos o cualidades que diferencia al acto administrativo del acto jurídico privado<sup>675</sup> y, entre ellos, se han mencionado a la presunción de legitimidad y a la ejecutoriedad de los actos administrativos.

Ciertamente, si bien un estudio pormenorizado de aquellas cuestiones excedería el objeto de esta tesis, razón por la cual remitimos para ello a las distintas obras que existen sobre la cuestión<sup>676</sup>, en esta oportunidad solo habremos de efectuar algunas breves consideraciones, tal como lo hemos hecho en el Capítulo III.

4.2.- En tal sentido, y tal como allí lo señaláramos, los actos administrativos (ya sea de alcance particular, de alcance general<sup>677</sup> o de gestación bilateral) se presumen legítimos, es decir, existe una suposición relativa de que aquellos fueron dictados con arreglo a las normas jurídicas que debieron condicionar su emisión.

4.3.- Como consecuencia de aquella presunción, los actos administrativos son ejecutorios, esto es, pueden ser puestos en práctica por el sujeto emisor, aún en contra de la voluntad del administrado, a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial. Asimismo, la ejecutoriedad de los actos administrativos impide que los recursos y/o reclamos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa disponga lo contrario.

4.3.1.- En relación con la ejecutoriedad de los reglamentos, hemos visto que un sector

---

<sup>675</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 137.

<sup>676</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo...*, op. cit., p. 137 y ss.; COMADIRA, Julio Rodolfo, (ESCOLA, Héctor, Jorge y COMADIRA, Julio Pablo: coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 462 y ss.; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 279 y ss.; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, V-5; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 727 y ss., entre otros.

<sup>677</sup> MONTEZANTI, Néstor Luis, *Suspensión del acto...*, op. cit., p. 127 y ss.; DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación...*, op. cit., p. 103 y ss.; HUTCHINSON, Tomás, "Los actos de alcance general", op. cit., Tomo 1, Vol. 1, p. 457; BIDART CAMPOS, Germán, *El Derecho Constitucional...*, op. cit., Tomo II, p. 78 y ss. y, posteriormente, en BIDART CAMPOS, Germán, *Manual...*, op. cit., Tomo III, p. 244, entre otros.

de la doctrina ha señalado que los actos administrativos de alcance general carecen de ejecutoriedad pues, entienden, la puesta en práctica de aquellos, es decir su cumplimiento o ejecución, tendrá lugar recién con el dictado del acto administrativo particular de aplicación<sup>678</sup>.

4.3.2.- La cuestión es, sin duda, discutible, más aún si se tiene en consideración que, como vimos, un calificado sector de la doctrina sostiene que los reglamentos producen efectos jurídicos generales *directos*<sup>679</sup>.

4.3.3.- Sin embargo, en nuestra opinión, los actos administrativos de alcance general –ora normativos, ora no normativos– gozan de ejecutoriedad<sup>680</sup>, en el sentido de que la Administración los “ejecuta” por sí y ante sí –o como sostiene un sector de la doctrina, los “aplica”<sup>681</sup>– aún en contra de la voluntad del administrado y sin necesidad de acudir a la intervención de la justicia, empleando para ello, de ser necesario y excepcionalmente, procedimientos de ejecución coactiva.

Es que, en definitiva, de configurarse los supuestos abstractos contemplados en el acto administrativo de alcance general, la Administración deberá, salvo que se esté ante un acto ilegítimo, aplicar lo dispuesto por la norma.

Por ello, como agudamente señalara GARCÍA DE ENTERRÍA, un “*reglamento no es una simple amenaza potencial e incierta, sino una perfecta realidad actual, como actual su incidencia sobre las situaciones jurídicas individuales, aun antes de los actos singulares de aplicación, por el solo hecho de modificar el orden jurídico e imponer –o pretender– una obligación de cumplimiento*”<sup>682</sup>.

---

<sup>678</sup> Ver, por todos: CASSAGNE, Juan Carlos, *La ejecutoriedad...*, op. cit., p. 82.

<sup>679</sup> Ver lo apuntado en la nota N° 476

<sup>680</sup> En igual sentido: CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación...*, op. cit., p. 395. Estos autores, al referirse a la impugnación de regulaciones para el abastecimiento que se dictan en el ejercicio de facultades legislativas delegadas o subdelegadas, aquellas gozan de presunción de legitimidad y ejecutoriedad.

<sup>681</sup> Ver lo apuntado en la nota N° 478.

<sup>682</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La lucha contra las inmunidades del poder...”, op. cit.

De modo análogo, y tal como lo destacáramos en el Capítulo I de esta tesis, el profesor GARCÍA PULLÉS ha señalado que cada vez es ***“los caracteres de inmediatez y practicidad que se atribuyen a la actividad administrativa, no pueden potenciarse hasta el punto de servir como excusa para excluir a los reglamentos de la actividad administrativa típica, y creo inadmisibles dar un alcance tan extenso a la concreción como para separar a todo acto abstracto del concepto de Administración. Tal conclusión halla sustento, en particular, en la existencia cada vez más notoria de resoluciones de conflictos a través de actos particulares cuyos efectos se expanden hacia terceros y de reglamentos que son también, por sí, actos de aplicación”*** (énfasis agregado)<sup>683</sup>.

Es que, como afirma el citado jurista luego de señalar la diferencia que la CSJN hizo entre reglamentos de ejecución “adjetivos” y “sustantivos”, esta última categoría ***“permite comprender la existencia de criterios que compatibilizan la ‘concreción y practicidad’, propia de la labor administrativa, con la emisión de normas de carácter general, típica de los reglamentos”*** (énfasis agregado)<sup>684</sup>.

LUQUI, por su parte, señaló que los reglamentos ***“pueden afectar derechos subjetivos sin que se produzcan actos de aplicación. Un reglamento que impone el cumplimiento de requisitos innecesarios para acceder a un cargo, o para ejercer una actividad o que prevé sanciones para quienes infrinjan sus normas, afecta derechos subjetivos con su sola vigencia, sin que se requieran actos de aplicación. Con mayor razón se pueden producir estos agravios en los actos de alcance general que contienen órdenes o mandatos”***<sup>685</sup>.

En el caso de los actos administrativos de alcance general autoaplicativos o de directa aplicación, nuestra postura se impone con mayor fuerza pues, al tratarse de actos que, como vimos, afectan de modo directo e inmediato el *status* de los administrados, al no requerirse actos administrativos particulares de aplicación para afectar derechos, cabe concluir que gozan de la ejecutoriedad a la que nos hemos referido.

4.3.4.- Ahora bien, e independientemente de lo apuntado en los párrafos que

---

<sup>683</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Las vías administrativas en la impugnación de reglamentos...”, op. cit. p. 308/309.

<sup>684</sup> Ídem, p. 309.

<sup>685</sup> LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial...*, op. cit., Tomo 2, p. 31.

antecedentes, y como veremos *infra*, como veremos en el Capítulo XII de esta tesis, quienes vean amenazados en forma cierta e inminente sus derechos subjetivos, podrían requerir la suspensión de los efectos de un acto administrativo de alcance general (normativo – v.gr.: reglamento– o no normativo) tanto en sede administrativa, como en sede judicial, para obtener, en consecuencia, la suspensión provisoria de la “ejecución” o “aplicación” del acto general<sup>686</sup>.

---

<sup>686</sup> También han señalado que la suspensión de efectos de un reglamento puede ser solicitada tanto en sede administrativa como en sede judicial: COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación pública...*, op. cit., p. 166/169 y, también, COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 462; DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación...*, op. cit., p. 103/110; HUTCHINSON, Tomás, “Régimen jurídico de los reglamentos”, AA.VV., *Actividad Reglamentaria de la Administración*, Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Administrativo, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1989, p. 85; MONTEZANTI, Néstor Luis, *Suspensión del acto...*, op. cit., p. 125 y ss.; entre otros.

Asimismo, destacaron que la Administración puede disponer la suspensión de los efectos de un reglamento, entre otros: PRITZ, Osvaldo A.F., “Acto de alcance general”, op. cit., p. 398; SACRISTÁN, Estela B., “Impugnación administrativa de los reglamentos...”, op. cit., p. 323, especialmente nota N° 38; HUTCHINSON, Tomás, “Régimen jurídico de los reglamentos”, op. cit., p. 85.





## CAPÍTULO VIII

RÉGIMEN JURÍDICO ESPECÍFICO DE LOS REGLAMENTOS (DIFERENCIAS  
CON EL ACTO ADMINISTRATIVO DE ALCANCE PARTICULAR)**1.) Introducción**

1.1.- Al comienzo de esta tesis hemos afirmado, y en los Capítulos anteriores demostrado, que todos los reglamentos, incluso los de necesidad y urgencia y los delegados, son una especie del género “acto administrativo”, por cuanto son producto de la *función administrativa* (por oposición a legislativa).

De ese modo, en el Capítulo anterior destacamos y analizamos que los *reglamentos* y los *actos administrativos de alcance particular* (al que hemos restringido la noción técnica-estricta de “acto administrativo”), al ser dos *especies* de un mismo *género*, poseen ciertas cualidades en común que, como vimos, se traduce en materia, por ejemplo, de requisitos esenciales para su válida configuración, en el sistema de invalidez, etc.

Ahora bien, y en lo que aquí interesa, así como los *reglamentos* y el *acto administrativo particular* comparten ciertas cualidades, lo cierto es que, al ser dos *especies* de un mismo *género*, se justifica que exista un tratamiento jurídico diferente en algunos aspectos normativos entre ellos, los que pueden apreciarse del plexo normativo al que están sujetos.

Es que, como bien señalaban SAYAGUÉS LASO<sup>687</sup> y TREVIJANO FOS<sup>688</sup>, el régimen jurídico del reglamento es el de los actos administrativos, aunque con ciertas modulaciones que se derivan de su carácter normativo, tal como expresamente se prevé en diversos ordenamientos provinciales<sup>689</sup>.

1.2.- En el marco dogmático de la LNPA y el Reglamento de la Ley Nacional de

---

<sup>687</sup> El citado tratadista sostenía que “no puede dudarse que el reglamento es un acto administrativo y que su régimen jurídico es el que corresponde a los actos administrativos. Ello sin perjuicio de las soluciones peculiares que derivan en mérito a la generalidad de las normas que crea” (SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 43, nota N° 4).

<sup>688</sup> Como destacara el autor citado, “el régimen jurídico del Reglamento es el de los actos administrativos aunque con desviaciones, derivadas de su carácter normativo” (GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 282).

<sup>689</sup> Ver lo apuntado en la Nota N° 625.

Procedimientos Administrativos (en adelante, RLNPA) cabe preguntarse, entonces, ¿cuáles son las diferencias de régimen jurídico que existen entre el acto administrativo de alcance particular y los actos administrativos de alcance general (especialmente los, normativos, es decir, los reglamentos)?

Asimismo, correspondería formularse la siguiente pregunta, ¿existen modulaciones en el régimen jurídico según la clase de reglamentos de que se trate, es decir, entre los reglamentos autónomos, ejecutivos, delegados y de necesidad urgencia?

Veamos.

## **2.) Los reglamentos integran el ordenamiento jurídico y son fuente del derecho:**

### 2.1.) El reglamento como fuente del ordenamiento jurídico

En primer lugar, y tal como ya lo hemos anticipado, una de las diferencias que existe entre el Reglamento (acto administrativo de alcance general normativo) y el acto administrativo de alcance particular, es que el primero, además de estar dirigido a una cantidad indeterminada de sujetos, *sienta una norma y pretende su inserción en el ordenamiento jurídico como fuente permanente de juridicidad.*

El acto administrativo de alcance particular, por su parte, no solo está dirigido a una o más personas claramente identificadas –de ahí que también se lo denomine acto concreto– sino que, además, y *en principio, no son fuente del derecho, pues no innovan en el jurídico.*

En otras palabras: mientras los reglamentos innovan el ordenamiento jurídico, incorporándose a éste como fuente de derecho, los actos administrativos de alcance particular, en principio, no<sup>690</sup>.

---

<sup>690</sup> GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 293 y ss.; MEILÁN GIL, José Luis, “El acto administrativo como categoría jurídica”, EDA 2009–663; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 196; BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones...*, op. cit., p. 39; COMADIRA, Julio Rodolfo, (ESCOLA, Héctor, Jorge y COMADIRA, Julio Pablo: coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 394; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. X–8; HALPERÍN, David A., “Cuestiones vinculadas...”, op. cit.; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 167; entre muchos otros.

2.2.) La administración pública participa en la formación del principio de juridicidad.

De ese modo, entonces, es claro que la Administración ya no se presenta como una simple instancia de ejecución de normas *heterónomas*, es decir, normas que le son impuestas (v.gr.: Constitución, Ley, Tratados), sino que es a la vez, en mayor o menor medida, fuente de normas *autónomas*, en el sentido de que tienen origen en ella misma (v.gr.: reglamentos)<sup>691</sup>.

Por ello, como ha señalado uno de los grandes maestros del Derecho Administrativo Argentino, el profesor Julio Rodolfo COMADIRA, el concepto que corresponde adoptar en un Estado Constitucional de Derecho ha de ser el de *juridicidad* y no, simplemente, de *legalidad*.

Es como, como señalaba el jurista, la Administración no ha de estar únicamente sometida al principio de legalidad –vale decir, a la ley en sentido formal<sup>692</sup>, sea ella general o particular–, sino que, en rigor, su accionar “*supone, necesariamente, el respeto del orden jurídico*”<sup>693</sup>.

Para ello, COMADIRA explica que el principio de juridicidad implica que la Administración Pública debe actuar “*con sujeción a los principios generales del derecho –aquellos que derivan de la dignidad de la persona y de la naturaleza objetiva de las cosas–, a la Constitución Nacional, a los principios que surgen de ella, a los tratados internacionales –que gozan de jerarquía normativa superior a las leyes desde la reforma constitucional de 1994 e, incluso, antes de ella, por imperio de la jurisprudencia sentada en su momento por la Corte Suprema–, a la ley formal, a los reglamentos –en subordinación expresada en el conocido principio de inderogabilidad singular de los reglamentos–, a los precedentes administrativos, en la medida en que en su seguimiento*

---

<sup>691</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 459.

<sup>692</sup> Al respecto destacamos que, de conformidad con lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC N° 06/1986, del 09/05/1986, párrafo 27, la expresión leyes, empleada en el art. 30 del Pacto de San José de Costa Rica, “[...] no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, de norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento interno requerido por cada Estado”.

<sup>693</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 132.

*esté comprometida la garantía de igualdad*”<sup>694</sup>.

En definitiva, entonces, y teniendo en consideración que la Administración también participa en la génesis del ordenamiento jurídico<sup>695</sup>, es claro que aquella debe estar sometida a todo el ordenamiento jurídico: la juridicidad nuclea todo el sistema normativo, desde los principios generales del derecho hasta los precedentes en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad y sean legítimos, pasando, desde luego, por la Constitución nacional, los tratados internacionales, las leyes formales, los reglamentos y ciertos contratos administrativos.

### 2.3.) ¿son los actos administrativos de alcance general no normativo fuente del derecho

Por otra parte, y en relación con los actos de alcance general no normativo, cabe señalar que aquellos tampoco integrarían, en principio, el ordenamiento jurídico pues, como vimos, si bien al igual que los reglamentos están dirigidos a una cantidad indeterminadas de personas, estos se agotan con su aplicación y no tienen vocación de permanencia: el acto general no normativo, entonces, se diferencia del reglamento en que se consume con su aplicación, de ahí que a este temperamento diferenciador se lo denomine consuntivo.

### 2.4.) El precedente administrativo como fuente del derecho

Finalmente, hemos destacado que el acto administrativo particular, *en principio*, no es fuente del derecho toda vez que, en rigor, creemos que, al igual que lo ha señalado el

---

<sup>694</sup> Ibidem. Un profundo análisis del principio de juridicidad y su impacto en el derecho administrativo puede verse en: GALEANO, Juan J., “Principio de juridicidad. Noción, fundamento y caracteres. Su recepción en la jurisprudencia administrativa y judicial”, en COMADIRA, Julio Pablo e IVANEGA, Miriam Mabel (Coordinadores), *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Ad-Hoc, buenos Aires, 2009, p. 23 y ss.

<sup>695</sup> Como ha señalado la doctrina española, la Administración “*está sometida, como sujeto de Derecho que es, a todo el ordenamiento y, por lo tanto, también a sus propios Reglamentos*” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 220). Ver, también, GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. VII-21.

profesor COMADIRA<sup>696</sup>, a quien ha seguido la PTN<sup>697</sup> y la doctrina<sup>698</sup>, el precedente administrativo integra el ordenamiento jurídico en tanto en su seguimiento esté comprometida la garantía de la igualdad, lo que supone, desde luego, la legalidad de aquel.

Veámoslo con un ejemplo abstracto pero que, a nuestro modo de ver, es clarificador: el Reglamento de Carreras Universitarias de la Universidad Pública prevé que el dictado de clases comenzará a las 9AM y que, por tanto, aquellos alumnos que se presenten hasta media hora luego de aquel horario tendrán “tarde” en la lista de asistencia y, pasada las 9:30AM, “ausente”.

¿Podría un alumno que llegó a las 9:20 AM solicitar que le pongan “presente” e invocar, para ello, el antecedente de un amigo que llegó a las 9:19AM y le pusieron “presente” en la lista de asistencia?

La respuesta negativa se impone, pues si bien podría sostenerse que se compromete la igualdad, lo cierto es que el precedente invocado es ilegítimo. En todo caso, se debería anular de oficio el acto administrativo invocado o, en su defecto, solicitar su nulidad judicial mediante el proceso de lesividad<sup>699</sup>.

Distinto sería el caso si el primer alumno hubiera llegado a las 8:55AM y el profesor le hubiera puesto “tarde” pues, aquí, se podrían invocar como antecedentes todos los casos de los compañeros que, habiéndose presentado antes de las 9:00AM, recibieron “presente” en la lista de asistencia: en este supuesto, está comprometida la garantía de la igualdad y, a su vez, el precedente es legítimo.

---

<sup>696</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, (ESCOLA, Héctor, Jorge y COMADIRA, Julio Pablo: coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 77.

<sup>697</sup> Dictámenes 245:422; 245:443; 245:466; 245:459; 245:508; 248:364; 248:546; 253:38 y 253:45

<sup>698</sup> COMADIRA, Guillermo F., “Los precedentes administrativos” en AA.VV. *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 321 y ss.; VILLARRUEL, María Susana, “El precedente administrativo”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, CASSAGNE, Juan Carlos –Director–, Buenos Aires, La Ley, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2009, p. 75.

<sup>699</sup> Ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, Astrea–Rap, Buenos Aires, 2019.

### **3.) Régimen de publicidad**

#### **3.1.) El acto administrativo particular se notifica, el acto administrativo general – normativo o no normativo– se publica**

La diferencia que existe entre los actos administrativos de alcance general (sea normativos o no normativos) y el acto administrativo particular se manifiesta, asimismo, en el régimen de publicidad.

Según surge del art. 11 de la LNPA, para que un acto administrativo “*de alcance particular adquiera eficacia debe ser objeto de notificación al interesado y el de alcance general, de publicación*”.

Es decir, entonces, que mientras el acto administrativo de alcance particular debe notificarse, el acto administrativo de alcance general (normativo, o no normativo) se publica.

Sobre este punto, consideramos de trascendental importancia realizar algunas aclaraciones.

#### **3.2.) La publicación del acto administrativo particular no suple la falta de notificación**

3.2.1.- En primer lugar, y tal como hemos señalado en otra oportunidad<sup>700</sup>, cabe destacar que la publicación del acto de alcance particular no suple la falta de notificación, es decir, la publicación y la notificación no son intercambiables.

Si bien la letra de la LNPA es clara, y la doctrina autorizada así lo ha destacado<sup>701</sup>, lo cierto es que la propia CSJN también ha precisado que la publicación de un acto de

---

<sup>700</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “Régimen jurídico...”, op. cit., p. 449 y ss., especialmente p. 463/464.

<sup>701</sup> ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado general de procedimiento administrativo...*, op. cit., p. 214; HALPERÍN, David A., “La publicidad de los actos estatales: notificación y publicación”, en AA.VV. *Procedimiento Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago – Director –, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 279; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 340 y ss.; APRILE, Natalia S., “Publicidad, validez y eficacia del acto administrativo”, en AA.VV. *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago – Director –, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 499 y ss.



alcance general no puede ser suplida por su notificación a los interesados<sup>702</sup>.

3.2.2.- Sin embargo, ello no obsta a que, en ciertas ocasiones, aun cuando se trate de actos de alcance particular, estos, además de ser notificados al particular, también puedan –o deban– ser publicados.

Así, por ejemplo, se ha señalado que en algunos actos administrativos que otorgan beneficios a un particular y fueron dictados en el marco de un régimen de promoción industrial o, incluso, en materia urbanística, la publicación se justifica en que las demás empresas vinculadas con la actividad deben conocerlo para que, en su caso, puedan impugnarlos<sup>703</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico nacional existen diversas normas que prevén tanto la notificación como la publicación del acto administrativo de alcance particular y, entre ellas<sup>704</sup>, cabe señalar el de la resolución que resuelve un sumario administrativo pues, según el art. 123 del Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por Decreto N° 467/1999, “*la resolución definitiva que se dicte deberá ser notificada a las partes*” y “*una vez firme la resolución, se publicará en el Boletín Oficial*”.

En nuestra opinión, la norma citada es coherente con la finalidad misma del reproche disciplinario, toda vez que si este se funda en la necesidad de asegurar el adecuado

---

<sup>702</sup> CSJN, 18/07/2002, “Gartner, Ángel E. c/. Comité Federal de Radiodifusión”, Fallos 325:1808

<sup>703</sup> GAMBIER, Beltrán, “Las notificaciones en el procedimiento administrativo”, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1999, p. 321 y ss. Además del ejemplo citado, el autor agrega, también, que en materia urbanística si bien los planes están generalmente contenidos en normas reglamentarias que, como tales, son publicados, “*sin embargo, cuando el plan se va concretando y se van concediendo licencias para edificar, el particular no tiene verdaderas posibilidades de verificar el ajuste de esas licencias o autorizaciones a la norma urbanística general. El cartel de obra que se colocó a la vista del público no es lo suficientemente ilustrativo. La obra comienza y el vecino no sabe si la misma se ajusta al plan. Para evitar la inseguridad jurídica que supone no otorgarle firmeza al acto administrativo que supone la licencia o autorización, debe pensarse en una publicidad especial de ese tipo de actos*”.

En igual sentido, HALPERÍN ha señalado que “*muchas veces en materia de derecho económico, en que se emiten actos administrativos en sentido estricto, por vía de principio bastaría su notificación al interesado (...) Sin embargo, ese acto individual puede producir efectos incluso perjuicios a terceros y – por ende– se los debe publicar*” (HALPERÍN, David A., “Cuestiones vinculadas...”, op. cit. y, más recientemente, en HALPERÍN, David A., “La publicidad de los actos estatales...”, op. cit., p. 279.

<sup>704</sup> Así, por ejemplo, el art. 44 de la Ley Nacional de Semillas (Ley N° 20.247) expresamente contempla la posibilidad de publicar las sanciones impuestas a quienes infrinjan la citada ley y sus normas reglamentarias.

funcionamiento de la Administración Pública<sup>705</sup>, con la publicación de la sanción se da cuenta a la sociedad y al resto de la Administración el juicio que merecen los funcionarios que no cumplieron con sus deberes estatutarios<sup>706</sup>.

Naturalmente, si con posterioridad se anulara aquel acto en sede administrativa o judicial, correspondería, también, la publicación del acto o la sentencia que declaran la ilegitimidad de la sanción impuesta.

Finalmente, si entendemos, como le hemos hecho *ut supra*, que el llamado a licitación pública es un acto administrativo de alcance general no normativo, es lógico concluir que, en virtud del paralelismo de las formas, el acto por el que se decida dejarla sin efecto deberá tener, también, aquella naturaleza y, por consiguiente, deberá ser publicado.

No obstante, en nuestra opinión, si el acto por el que se extingue la licitación pública es emitido luego del vencimiento del plazo para la presentación de las ofertas – suponiendo, asimismo, que hubiere habido oferentes–, creemos que aquel no solo deberá ser publicado sino, también, notificado a los particulares oferentes<sup>707</sup>.

---

<sup>705</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1047.

<sup>706</sup> Al analizar el bien jurídico tutelado en el derecho penal y en el disciplinario, CANDA señala que *“mientras en los delitos contra la Administración se protege el correcto funcionamiento de ésta de cara a los particulares y a la sociedad, en el ámbito del Derecho disciplinario se complementa dicha tutela desde una valoración estrictamente interna, que abarca pero excede la idea de eficacia puertas afuera, para contemplar, también, un correcto funcionamiento de la estructura en tanto tal”* (CANDA, Fabián, “La responsabilidad penal de los agentes de la administración pública”, en AA.VV. *“Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público”*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, p. 617 y ss.).

En similar sentido, IVANEGA se destacó que *“la sanción se convierte para la comunidad, en un ejemplo: a través de ella puede comprobar la atribución de las distintas responsabilidades. Esto constituye uno de los pilares del Estado de Derecho democrático”* (IVANEGA, Miriam M., “Apuntes acerca de la potestad disciplinaria de la administración”, EDA 2006:362)

<sup>707</sup> Sobre la cuestión, PÉREZ HUALDE ha señalado que *“en cualquier momento la Administración puede revocar el llamado dejándolo sin efecto alguno, debiendo notificarlo a los interesados mediante la misma publicación si ello es decidido antes de la presentación de ofertas, a los oferentes si lo es después. En todos los casos la publicidad de la revocación debe ser amplia para cubrir no sólo los aspectos de tipo licitatorio, sino también los que hacen a la transparencia de la contratación pública”* (PÉREZ HUALDE, Alejandro, “El llamado a licitación”, en AA.VV. *Contratos Administrativos*, FARRANDO, Ismael –Director-, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2002, p. 283/284).

El profesor COMADIRA, por su parte, ha entendido que *“la decisión de dejar sin efecto el llamado importará un acto de alcance particular cuando ella se emita después del vencimiento del plazo para la presentación de las ofertas, supuesto, claro está, que haya habido oferentes; y será, en cambio, de alcance general no normativo si aquel plazo continúa vigente”* (COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación pública...*, op. cit., p. 191, especialmente nota N° 326).

### 3.3.) Los actos administrativos de alcance general requieren de “publicación oficial”

En segundo término, como vimos, la LNPA exige que los actos administrativos de alcance general sean publicados y, en tal sentido, el art. 103 del RLNPA establece que *“los actos administrativos de alcance general producirán efectos a partir de su publicación oficial y desde el día que en ellos se determine; si no designan tiempo, producirán efectos después de los OCHO (8) días, computados desde el siguiente al de su publicación oficial”* (énfasis agregado).

La jurisprudencia de la Cámara del fuero<sup>708</sup>, la PTN<sup>709</sup> y diversos autores, al analizar las normas transcritas, han señalado que la expresión “publicación oficial” no puede quedar limitada a la efectuada en el Boletín Oficial, *“ya que puede suceder que la publicidad se produzca en otro medio de amplia y pública difusión”*<sup>710</sup>.

Por nuestra parte, antes de ahora hemos sostenido que, independientemente del texto del art. 103 del RLNPA, si bien lo más ortodoxo es que los reglamentos se publiquen en el Boletín Oficial<sup>711</sup>, nada obsta a que, en ciertas circunstancias, ciertamente excepcionales, pueda asignársele la misma virtualidad a otras publicaciones oficiales

---

<sup>708</sup> CNACAF, Sala IV, 06/04/1999, “Ize, Susana Enriqueta c/Caja Nacional de Ahorro y Seguro s/empleo público”. En el fallo citado, la Sala IV, tras señalar que *“la falta de publicación en el Boletín Oficial y de notificación a los interesados (...) no puede llevar por sí sola a privarla de efectos, considerando que los recaudos legales exigidos tienden a efectivizar la garantía que asegura la posibilidad del correcto ejercicio de los derechos del administrado y que tales recaudos se vieron resguardados por el conocimiento real de la existencia de la resolución y su contenido”*, precisó que *“la publicación oficial no debe ser realizada necesariamente en el Boletín Oficial”*

<sup>709</sup> Dictámenes 145:19. En el caso, el Máximo Órgano Asesor precisó que la “publicación oficial” requerida en el art. 103 del RLNPA no significa “publicación en el Boletín Oficial” de la Nación, pudiendo en consecuencia efectuarse en el propio boletín de la repartición; desde luego, cabrá en los casos ocurrentes valorar la verdadera publicidad, seriedad y posibilidad real de que los particulares lo consulten, para tener por suficientemente publicado el reglamento.

<sup>710</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 225, nota 819. En igual sentido: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 343 y ss.; USLENGHI, Alejandro, “Régimen jurídico...”, op. cit., p. 487. GORDILLO, como veremos más adelante, en casos de emergencia admite excepcionalmente la publicación radial o televisiva (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 4, p. V-5).

<sup>711</sup> Al respecto, GORDILLO ha señalado que ante las numerosas reformas reglamentarias, resulta indispensable centralizar las publicaciones en el Boletín Oficial de la Nación con el *“fin de proporcionar al público una fuente ordenada y sistematizada de normas”* para que los ciudadanos puedan consultarlas (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 4, p. V-5).

(como sería el caso de los boletines oficiales de las Fuerzas Armadas)<sup>712</sup>.

Tal como veremos en el Capítulo X, especialmente en el punto N° 4, en el caso de los reglamentos de necesidad y urgencia, teniendo en consideración que son producto de la función administrativa y que, por tanto, constituyen verdaderos actos administrativos – entendida esta expresión en su sentido más genérico y comprensivo–, veremos que excepcionalmente podría admitirse su publicación ya sea por radiodifusión a través de la estación oficial y de las radioemisoras que gocen de mayor preferencia en el público, o por televisión (oficial o por medio de los canales popularmente más conocidos) o internet.

### 3.4.) La publicidad como requisito de validez del acto administrativo particular o general

Finalmente, si bien la LNPA prevé que la publicidad de los actos administrativos hace a la eficacia de aquellos, entendemos que, en rigor, la publicidad se erige en un requisito esencial de su válida configuración.

Cabe recordar aquí que la nota definitoria e inherente del acto administrativo propiamente dicho es la producción de efectos jurídicos directos sobre terceros ajenos a la Administración<sup>713</sup>.

Asimismo, debe tenerse especialmente en cuenta que aquella alteración unilateral de la situación jurídica del particular (autotutela declarativa<sup>714</sup>), se da a partir del momento de la notificación del acto, independientemente de su grado de invalidez, y hasta tanto la autoridad competente declare la nulidad<sup>715</sup>, a menos, claro está, que se disponga la

---

<sup>712</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “Régimen jurídico de la función administrativa reglamentaria”, op. cit., p. 465.

<sup>713</sup> La PTN ha señalado que “la nota definitoria del acto administrativo es la producción directa e inmediata de efectos jurídicos (Dictámenes 169:442; 198:230; 211:442; 216:296; 223:02; 229:94; 231:249; 232:128; 245:69; 248:188; 263:139, entre muchos otros).

<sup>714</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 537/539. Tal como enseñan los autores citados, la Administración, al dictar un acto administrativo, modifica unilateralmente las situaciones jurídicas sobre las que actúa. La declaración administrativa que define una situación jurídica nueva crea inmediatamente esta situación, “el particular a quien afecte tal declaración administrativa resulta, desde el momento en que ésta se le notifica, titular del derecho o la obligación declarada por la Administración”.

<sup>715</sup> En tal sentido, conviene dejar sentado, ya desde ahora, que, en nuestra opinión, y como lo hemos señalado en otra oportunidad y veremos *infra* (punto N° 3, Capítulo VII), entendemos que en el derecho

suspensión administrativa o judicial de los efectos del acto.

Por ello, en nuestra opinión, si según el art. 11 de la LNPA los efectos jurídicos del acto solo se generan a partir de la publicidad de aquel (notificación en el caso de actos administrativos de alcance particular, publicación en los actos administrativos de alcance general)<sup>716</sup>, es posible inferir que sin publicidad —es decir, sin notificación o publicación— aquellos no existen jurídicamente.

**En otros términos: si el acto administrativo propiamente dicho se caracteriza por producir efectos jurídicos directos e inmediatos respecto de terceros y, por otra parte, esos efectos jurídicos no se generan sino a partir de la publicidad de aquel, es posible inferir que hasta tanto no haya publicidad no existe, técnicamente, acto administrativo.**

Por ello, como vimos en las páginas anteriores y lo hemos señalado en otras oportunidades<sup>717</sup>, la publicidad de los actos administrativos integraría, entonces, el elemento esencial “forma” de aquéllos, constituyéndose, así, en un requisito esencial de su válida configuración<sup>718</sup>.

---

administrativo la nulidad debe ser entendida como la sanción legal que priva de manera definitiva y permanente los efectos propios del acto administrativo viciado (ver nota N° 671).

<sup>716</sup> Así, el Máximo Tribunal ha señalado que “*el acto administrativo sólo puede producir sus efectos propios a partir de la notificación al interesado*” (CSJN, 11/12/2001, “La Internacional Empresa de Transporte de Pasajeros c/ CNRT –resol. 675/98–”, Fallos 324:4289).

<sup>717</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, Astrea–Rap, Buenos Aires, 2019, p. 65, nota N° 77 y, posteriormente, en COMADIRA, Fernando Gabriel, “Régimen jurídico...”, op. cit., p. 465/467; COMADIRA, Fernando Gabriel, “El reglamento administrativo...”, op. cit.

<sup>718</sup> Por ello, en nuestra opinión, sería incoherente sostener que la nota característica e inherente del acto administrativo es la producción de efectos jurídicos directos respecto de terceros y, al mismo tiempo, negar que la notificación sea un requisito esencial de su validez.

Por otra parte, es indudable que lo apuntado en el texto lejos está de ser una mera elucubración teórica. Piénsese, por ejemplo, en una ley sancionada por el Congreso en la que se le delega al Poder Ejecutivo, en los términos del art. 76 de la Constitución de la Nación, la facultad de dictar un reglamento dentro del plazo de ejercicio de 120 días y sobre las bases allí previstas.

Pues bien, de adherirse al criterio aquí propuesto y a la doctrina actual de la CSJN, habrá que necesariamente concluir que si el reglamento delegado es dictado el día 119, pero publicado el día 122, aquel será nulo de nulidad absoluta e insanable.

Es que, como dijimos, la publicidad de los actos administrativos (notificación en el caso de actos administrativos de alcance particular, publicación en los actos administrativos de alcance general) integra el elemento esencial “forma” de aquéllos, constituyéndose, así, en un requisito esencial de su válida configuración.

Aquella postura, además de ser la que prevalece en la doctrina nacional<sup>719</sup>, es la actual línea jurisprudencial de la CSJN.

En efecto, el Máximo Tribunal, en más de una ocasión, ha sostenido que *“debe tenerse presente que el art. 11 del decreto-ley 19.549 exige que para que los actos administrativos de alcance general adquieran eficacia deban ser publicados, mientras que, por su parte, el art. 103 de su reglamentación aprobada por el decreto 1579/72 (t.o. 1991) dispone que aquéllos producirán sus efectos a partir de su publicación oficial y desde el día que en ellos se determine, y si no designan tiempo, producirán efectos después de ocho días, computados desde el siguiente al de su publicación oficial. El cumplimiento de tal requisito, que condiciona la validez del acto de contenido normativo general, también ha sido exigido por la Corte”*<sup>720</sup> (el destacado me pertenece).

***En definitiva, con la publicidad nace el acto administrativo, pues es a partir de allí que se producen los efectos jurídicos directos respecto de terceros, favorables o desfavorables.***

<sup>719</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 212 y 229; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 629/631; CANDA, Fabián O., “El vicio en el elemento forma...”, op. cit., p. 650/651); REVIDATTI, Gustavo A., *Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1984, Tomo 2, p. 280/281; MERTEHIKIAN, Eduardo, “Validez y eficacia...”, op. cit.; BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 26 y 53. En contra puede verse: GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, p. X-6/7; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 341-342.

<sup>720</sup> Como se ve, la Corte, con remisión al dictamen de la procuradora fiscal, señaló que el cumplimiento de la publicidad *“condiciona la validez del acto de contenido normativo general”* (CSJN, 11/5/2010, “Tiempo Nuevo SRL v. res. 73 9/06 – CNRT (expte. 12.201/01)”, Fallos 333:600). En igual sentido se había expedido el entonces Procurador General, Dr. Nicolás E. Becerra, en la causa: CSJN, 18/07/2002, “Gartner, Ángel E. c/. Comité Federal de Radiodifusión”, Fallos 325:1808.

Con aquel pronunciamiento la Corte Suprema se apartó del criterio tradicional en virtud del cual sostenía que la publicidad hacía a la eficacia de los actos y no a su validez (CSJN, 11/12/2001, “La Internacional Empresa de Transporte de Pasajeros c/ CNRT –resol. 675/98–”, Fallos 324:4289; CSJN, 10/10/1985, “Nista, Orlando y otros c/ Junta Nacional de Granos”, Fallos 307:1936; CSJN, 28/06/1977, “Cima, María Cristina c/ S.A. Télam.”, Fallos 298:172). En igual sentido se había orientado la Cámara del fuero: CNACAF, Sala 1, 12/09/1995, “Frávega S.A.”, LL 1996-C-30, a excepción del Dr. Coviello quien, en su voto en disidencia, sostuvo que la ausencia o defectuosa puesta en práctica de la publicidad de los actos *“no llevan a viciar su eficacia, sino antes bien, a incidir decisivamente sobre su propia trascendencia al mundo jurídico”*.

Sin embargo, cabe destacar que dos años después la procuradora fiscal, a cuya opinión adhirió la Corte, pareciera haber cambiado de postura al precisar que *“el acto administrativo sólo puede producir efectos propios a partir de la notificación al interesado y que la falta de notificación dentro del término de vigencia de la ley no causa la anulación del acto en tanto no hace a su validez sino a su eficacia”* (CSJN, 22/08/2012, “Aguirre, Raúl B. v. Comisión Nacional Reguladora del Transporte – CNRT”, no publicado en Fallos).



Sin producción de efectos jurídicos directos respecto de terceros no habría, entonces, acto administrativo propiamente dicho, a punto tal que, por ejemplo, un acto sujeto a condición suspensiva<sup>721</sup>, hasta tanto no cumpla con la condición a la que quedó subordinado, no existe antes que ella se preste<sup>722</sup>, pues al no producir efectos jurídicos directos, no altera la situación jurídica del particular, ora en forma favorable, ora en forma

---

<sup>721</sup> Esto es, aquellos que subordinan el nacimiento de los efectos jurídicos a un acontecimiento futuro e incierto.

<sup>722</sup> ESCOLA, uno de los coautores de la LNPA, al analizar las contrataciones que deben ser previamente autorizadas, o aprobadas con posterioridad, señaló que *“la autorización es un acto administrativo, de carácter unilateral, necesariamente previo al ejercicio del poder o del derecho a que se refiere, que debe ser expreso y que está sujeto a revocación, cuando así lo exige el interés público, debiéndose tener presente que los actos que requieren autorización no existen antes que ella se preste, no obstante lo cual la autorización no crea el poder o el derecho, sino que permite su ejercicio”* (ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio...*, op. cit., Tomo 1, p. 498, énfasis agregado).

LINARES, por su parte, entiende que *“cuando el acto es parte de un proceso de perfeccionamiento, como en el caso de los que requieren aprobación, será acto administrativo el que lo ratifique y el ratificado, pero no éste antes de su aprobación”* (LINARES, Juan F., *Fundamentos...*, op. cit., p 207, énfasis agregado).

MAIRAL, a su vez, ha señalado que no podría *“solicitarse el control judicial de un acto que requiere aprobación antes de que ésta se haya prestado: el acto existe pero no produce efectos jurídicos (lo que encierra una contradicción si se define al acto administrativo como aquel que produce efectos jurídicos inmediatos)”* (MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la administración pública*, Depalma, Buenos Aires, 1984, Volumen I, p. 284, énfasis agregado).

Desde otra atalaya, MARIENHOFF, si bien objeta la procedencia de la condición “suspensiva” como elemento accidental de los actos administrativos en general y, en especial, de los actos discrecionales, se sigue de su criterio que, en caso de que ello ocurra, tal acto no dejará de ser administrativo aunque, al haberse dictado sin la concurrencia actual de los hechos que justificaron su emisión, estaría viciado en su “causa” o “motivo” (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 299, 355 y 447, Nros. 403, 416, 418 y 467).

CASSAGNE, siguiendo las enseñanzas de ALESSI, tras señalar que la condición suspensiva es procedente en Derecho Administrativo, donde comúnmente en ciertas relaciones se subordina el comienzo de los efectos del acto al dictado de otro acto futuro e incierto, como sucede en materia de aprobación, entiendo que *“si existiera un vicio en el acto que la dispone, tal defecto no incide en la validez del acto aprobado, si bien para que éste produzca efectos jurídicos es necesario que se subsane el vicio o defecto existente en el acto de aprobación”* (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 635/636). En igual sentido: CAPUTI, María Claudia “Las cláusulas accidentales del acto administrativo”, en AA.VV. *“Acto administrativo y reglamento”*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 131 y ss., especialmente p. 136/137.

En relación con los actos *ad referendum*, la CSJN ha señalado que la aprobación es una manifestación típica de la tutela del superior sobre el inferior ejercida en preservación de los intereses generales, comprensiva de la legalidad y oportunidad, mérito o conveniencia del acto aprobado, el que, siendo válido desde su origen y existiendo por sí, adquiere, sin embargo, eficacia jurídica, ejecutoriedad, por el acto aprobante (CSJN, 16/12/1997, “Herpazana S.R.L. c/ Banco de la Nación Argentina s/ contrato administrativo”, Fallos 320:2808).

En nuestra opinión, y tal como hemos apuntado en el texto y en la nota que antecede, si un acto no produce efectos jurídicos directos sobre terceros ajenos a la Administración, aquel no podrá ser considerado un acto administrativo propiamente dicho.



desfavorable.

### 3.5.) La excepción prevista en el art. 104 del RLNPA para ciertos “reglamentos”

Finalmente, cabe señalar que el art. 104 del RLNPA exceptúa de la publicidad oficial prevista en el art. 103 a “*los reglamentos que se refieren a la estructura orgánica de la Administración y las órdenes, instrucciones o circulares internas, que entrarán en vigencia sin necesidad de aquella publicación*”.

Sobre la cuestión, debe recordarse que las “instrucciones de servicio”, como típicos actos interorgánicos<sup>723</sup>, constituyen una orden que el superior, en ejercicio del poder

---

<sup>723</sup> Los actos interorgánicos son el producto de las relaciones que se establecen entre dos o más órganos de un mismo ente o persona jurídica pública estatal, y que resultan del hecho de que aquellos no pueden actuar independientemente, sino que la unidad o integralidad del ente o persona jurídica a la que pertenecen impone que tengan que hacerlo vinculándose y relacionándose unos con otros (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 212/213. Los autores citados señalan que las relaciones interorgánicas son, necesariamente, jurídicas “*pues si así no fuera se debería reconocer la existencia de cierta actividad interna que no sería jurídica*”.

Las relaciones interorgánicas pueden ser de colaboración (ej.: propuestas, proyectos o diseños de políticas), de conflicto (como ser, por ejemplo, los que se dictan en cuestiones de competencia entre distintos órganos), de subordinación o jerarquía (circulares e instrucciones de un superior a un jerárquico), de carácter consultivo (v.gr.: informes, dictámenes) o de control (aquellos que surgen de las auditorías internas) y que, a pesar de esa diversidad, todas las relaciones deben concurrir hacia una sola finalidad: la que corresponda al ente o persona jurídica a la cual pertenecen (IVANEGA, Miriam M., *Principios...*, op. cit., p. 129).

La principal característica de los actos interorgánicos es que no producen efectos jurídicos directos respecto de terceros, sino que agotan sus efectos en la esfera interna de la Administración. En tal sentido, la jurisprudencia ha señalado que las decisiones emitidas en el marco de una relación interorgánica “*despliegan sus efectos en el plano interno de la Administración Pública, entendida como organización colectiva característica y resultan, en la medida que no lesionen –en forma directa e inmediata– derechos e intereses de los particulares, excluidas de la fiscalización judicial provocada por la correspondiente impugnación*” (CNACAF, Sala V, 20/10/1995, “Consumidores Libres Coop. Ltda. de Prov. Serv. De Acc. Com. c/ Estado nacional”, JA 1996–II–534).

En consecuencia, al tratarse de actos que no producen efectos jurídicos directos respecto de terceros, el RLNPA ha establecido, acertadamente, que no son impugnables por recursos (el art. 80 del RLNPA prevé que “*Las medidas preparatorias de decisiones administrativas, inclusive informes y dictámenes, aunque sean de requerimiento obligatorio y efecto vinculante para la administración, no son recurribles*”).

CANOSA, por su parte, ha señalado que si bien los actos preparatorios son irrecurribles, ello no obsta a que la parte interesada, “*al tomar conocimiento de uno de esos actos preparatorios, haga conocer su parecer dentro del expediente administrativo*” (CANOSA, Armando, “Análisis y comentarios al art. 80 del decreto 1759/1972”, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, POZO GOWLAND, Héctor M. - HALPERÍN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando, -Directores-, La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo III, p. 1210). En igual sentido se ha expedido MURATORIO al señalar que “*si bien el acto preparatorio de la decisión final no puede ser objeto de recursos administrativos, en tanto no constituye manifestación final de un procedimiento, y, por ende, no incide en la esfera jurídica del*

jerárquico, imparte al inferior<sup>724</sup>.

Dentro del concepto instrucción de servicio se puede distinguir entre las instrucciones generales, dirigidas a varios órganos, en cuyo caso cabe denominarlas “*circulares*”<sup>725</sup>, y las destinadas en particular a un solo sujeto, a las que se las puede llamar, simplemente, “*instrucciones*”, “*instrucciones individuales*”, “*órdenes*” u “*órdenes individuales*”.

Por último, en relación con “*los reglamentos que se refieren a la estructura orgánica*

---

*particular, esto no impide a que el particular esté inhibido de manifestar cuanto estime pertinente en protección de la posible, futura y eventual afectación de sus derechos, para lo cual puede hacer las presentaciones que considere convenientes en el procedimiento administrativo en que es parte interesada, a través de observaciones, aclaraciones o reservas*” (MURATORIO, Jorge I., “La actividad interna de la Administración, la organización administrativa, el procedimiento administrativo y las relaciones interadministrativas”, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, POZO GOWLAND, Héctor M. - HALPERÍN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando, -Directores-, La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 664, nota N° 37).

Un ejemplo de este tipo de actos serían los dictámenes jurídicos (típicos actos interorgánicos de consulta, incluso cuando sean de requerimiento obligatorio y, eventualmente, de efectos vinculantes) o, también, los actos que ordenan instruir un sumario administrativo.

En primer lugar, cabe enfatizar que los actos interorgánicos son, valga la redundancia, “actos”, es decir, el resultado de un proceso intelectual exteriorizado o declaración. En el caso de los dictámenes jurídicos, quienes han estudiado en profundidad el tema expresamente han señalado que “*constituyen una manifestación intelectual, una exteriorización de pensamiento. Esto lo diferencia de los hechos administrativos*” (GOROSTEGUI, Beltrán, *El Dictamen Jurídico Administrativo*, Segunda edición corregida y aumentada, El Derecho, Buenos Aires, 2014, p. 84). GORDILLO, por su parte, también ha señalado que los dictámenes son una declaración (ver: GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, II-3).

Por otra parte, corresponde aclarar que los dictámenes vinculantes son aquellos cuyas conclusiones son de seguimiento obligatorio para la Administración activa. Sin embargo, en estos supuestos, a pesar de que el asesoramiento reviste el carácter de vinculante, no por ello dejará de ser un dictamen pues, como ha precisado la doctrina, si bien el órgano decisor no puede modificar el tenor del acto consultivo, siempre tendrá la opción de no adoptar la decisión (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 96/97; MURATORIO, Jorge I., “El dictamen jurídico en la Administración Pública Nacional”, REDA 2002-535; GOROSTEGUI, Beltrán, *El Dictamen Jurídico...*, op. cit., p. 54, entre otros).

En nuestra opinión, creemos que si una norma impone a la autoridad administrativa el seguimiento del criterio técnico de un órgano asesor, aquella puede abstenerse de actuar, pero si “*quiere proveer no lo puede hacer sino con el contenido indicado en el acto de la autoridad consultiva*” (ZANOBINI, Guido, *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 353). En igual sentido: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 163, especialmente nota N° 558. Del mismo modo, sostuvo DIEZ que el órgano de la Administración activa no está obligado a pronunciarse, y en este caso de nada valdrá el parecer vinculante; pero si aquella emite el acto, no puede hacerlo sin tomar en consideración el contenido del parecer de la Administración consultiva (DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo I, 190/191).

Un análisis pormenorizado en relación con la naturaleza jurídica y los efectos tanto de los dictámenes jurídicos como del acto que ordena iniciar un sumario administrativo puede verse en lo expuesto en el Anexo I que se acompaña a esta tesis doctoral y, también, en COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p. 170/174, especialmente notas al pie.

<sup>724</sup> Sobre el concepto de jerarquía y sus derivaciones puede verse: COMADIRA, Fernando Gabriel, “La jerarquía como principio...”, op. cit. Ver, también: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 79.

<sup>725</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 204.

de la Administración”, se ha señalado que se trata de los que tienen por destino regular la actividad interna de la Administración, preparatoria de la actividad externa y que, al no afectar a terceros ajenos a la Administración, no participan del régimen jurídico del acto administrativo<sup>726</sup>.

Naturalmente, nos referimos a las instrucciones de servicio y “reglamentos” en tanto solo produzcan efectos *ad intra* de la Administración pues, de afectar a terceros, la teoría de la calificación jurídica debe llevar a considerarlos como verdaderos actos administrativos<sup>727</sup> porque, como en reiteradas oportunidades ha señalado la Corte, “*las instituciones jurídicas no dependen del nomen iuris que se les dé o asigne por los otorgantes del acto o legislador incluso, sino de su verdadera esencia jurídica*”<sup>728</sup>.

Resulta ilustrativo lo recientemente resuelto por la Cámara del fuero en la causa “Doljanin” donde, tras señalar que el fundamento de las instrucciones, reglamentos internos, circulares y órdenes de servicio (generales o particulares), no proviene de la potestad reglamentaria de la administración, “*sino que constituye una mera expresión de las relaciones orgánicas, y que mientras sean solamente eso son simples medidas internas, actos de Administración y no actos administrativos*”, sostuvo que “*algunas veces bajo el ropaje jurídico de una instrucción los órganos administrativos dictan actos de contenido normativo o reglamentario y es por ello que se debe indagar el contenido y*

---

<sup>726</sup> POZO GOWLAND, Héctor, “Reglamentos” ..., op. cit., p. 201 y ss., especialmente p. 228/229.

Como bien se ha señalado, “*las circulares, al igual que los reglamentos organizativos, tienen su fundamento genérico en la potestad inherente de autoorganización y en el principio de jerarquía sobre el que se cimenta la Administración. Sin embargo, éstas, a diferencia de los reglamentos (...) carecen de efecto vinculante frente a los particulares. Se trata, pues, de decisiones dirigidas por los órganos superiores a sus subordinados, relativas al modo de cumplimiento de sus obligaciones y funciones e inherentes al ejercicio del cargo o empleo público. De esto se desprende una consecuencia fundamental para su distinción, pues, al no crear normas jurídicas, no constituyen fuente de derecho. Son simples instrucciones emanadas por los órganos superiores de la Administración acerca de la manera como deben actuar determinados funcionarios o sectores de la Administración ante ciertas circunstancias*” (OVIEDO, Laura, “Los reglamentos singulares...”, op. cit.).

<sup>727</sup> Ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 79.

HUTCHINSON, por su parte, al analizar el art. 104 del RLNPA, destacó que las normas que se refieren a la estructura interna “*no tienen ellos incidencia directa sobre la esfera de los particulares (salvo, eventualmente, los que estén en situaciones de supremacía especial) ya que se limitan a moverse en el ámbito doméstico de la propia organización*” (HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 478).

<sup>728</sup> CSJN, 04/05/1995, “Horvath, Pablo c/ Fisco Nacional (DGI.) s/ ordinario (repetición)”, Fallos: 318:676; CSJN, 11/06/2013, “Establecimiento Liniers S.A. c/ E.N.”

*alcance del acto antes que su forma, como acertadamente lo pone de manifiesto la doctrina especializada*”<sup>729</sup>.

Es que, en definitiva, en muchas ocasiones los actos de alcance general como los que se dictan para la organización interna, crean derechos e imponen obligaciones a sujetos distintos de la Administración Pública, como podría suceder no solo con aquellos empleados públicos cuando ellos son afectados en el ámbito de su relación de servicio<sup>730</sup> sino, también, a otros sujetos que se vinculan a la Administración por una relación procedimental.

En tales supuestos, entonces, se le debe otorgar al acto administrativo de alcance general el trámite previsto en el art. 103 del RLNPA.

---

<sup>729</sup> CNACAF, Sala IV, 11/07/2017, “Doljanin, Nicolás Juan c/ EN – MJyDDHH s/ Indemnizaciones – Ley 24.043 – art. 3º”. Es que, como sostuvo la Cámara, “*en las instrucciones o circulares hay que distinguir las que se refieren a la actividad interna de la Administración de las que innovan el ordenamiento jurídico al crear una nueva regla de derecho, es decir, tienen carácter normativo. En este caso, se trata de una auténtica norma reglamentaria*”.

<sup>730</sup> En relación con los agentes públicos afectados por la Administración en el ámbito de su relación de servicio, la doctrina ha señalado que “*en esta última relación, en efecto, el agente estatal adquiere, frente al Estado, sustantividad propia, al dejar de ser un medio técnico de expresión de su voluntad, para adquirir la condición de un sujeto distinto y externo de él*” (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 395/396).

No debe confundirse la “relación de servicio” con la “relación orgánica”. En la primera, como dijimos, la persona física, componente del órgano estatal, no pierde su individualidad, sino que la conserva, al punto que aparece como diferenciada y distinta del órgano al que pertenece. Así, por ejemplo, un agente estatal podría ser afectado en su relación de servicio mediante un acto que disponga su cesantía. Dicho acto, entonces, tendrá la naturaleza jurídica de acto administrativo.

En el segundo supuesto, es decir, en la relación orgánica, la persona física se presenta como un agente estatal que actúa hacia el exterior del órgano, vinculándose con otras personas –físicas o jurídicas– que constituyen el conjunto de administrados. Cuando esto ocurre, el agente estatal, desde el punto de vista de los administrados, pierde su individualidad y se identifica con el órgano al que pertenece. En ese orden, podría suceder que en el marco de una relación interorgánica, es decir, una relación entre dos o más órganos de un mismo ente o persona jurídica pública, el órgano inferior reciba una orden o instrucción del superior. Aquel acto no tendrá la naturaleza de “acto administrativo” sino la de “acto interorgánico” el cual, en principio, debe ser obedecido.

Sobre el deber de obediencia jerárquica puede verse: COMADIRA, Fernando Gabriel, “La jerarquía como principio...”, op. cit.

## **4.) Régimen de estabilidad**

### **4.1.) La estabilidad del acto administrativo particular**

En ciertos supuestos, los actos administrativos de alcance particular ilegítimos<sup>731</sup>, es decir aquellos actos portadores de un vicio grave o leve, devienen en “estables” o, en términos de la CSJN, hacen a la denominada “cosa juzgada administrativa” y, por consiguiente, no pueden ser revocados –para nosotros anulado<sup>732</sup>– en sede administrativa<sup>733</sup>.

Si bien la estabilidad del acto administrativo la hemos analizado detenidamente en otra ocasión, razón por la cual a aquel estudio nos remitimos<sup>734</sup>, en esta oportunidad

---

<sup>731</sup> En nuestra opinión, y tal como mencionáramos en otra oportunidad, el juicio sobre la legitimidad del acto administrativo debe realizarse en relación con la adecuación de aquel con el ordenamiento jurídico vigente al tiempo de su emisión (COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, op. cit., p. 207, especialmente Nota N° 543). Los cambios posteriores del derecho objetivo no transforman en ilegítimo el acto inicialmente válido y, en consecuencia, si “*tal situación configura una visión del interés público distinta de la valorada al emitirse el acto (...) la extinción de éste a causa del cambio de derecho, se debería regir por los principios propios de la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Así, la extinción produce sus efectos sólo para el futuro, y genera, para el particular, el pertinente derecho indemnizatorio*” (COMADIRA Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 243/244. En igual sentido: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 607; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 792/793. Sin embargo, cabe aclarar que el último autor citado entiende que en los supuestos de revocación por cambio de derecho objetivo, la extinción procede retroactivamente cuando el nuevo ordenamiento genera la nulidad absoluta del acto.

Desde otra mirada, han señalado que un acto que nació válido puede tornarse inválido por un cambio en el ordenamiento jurídico: DIEZ, Manuel María, *El Acto Administrativo...*, p. 306 y GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, Cap. XIII-6 y ss.).

Asimismo, el juicio de legitimidad del acto administrativo importará no solo un análisis de su adecuación con el derecho objetivo al momento de su emisión sino, también, de su concordancia con el interés público que justificó su emisión toda vez que ello “*constituye un recaudo condicionante de la legitimidad del accionar administrativo*” (COMADIRA Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 184, especialmente nota N° 752 y doctrina allí citada). En igual sentido: CANDA, Fabián O., “La revocación del acto administrativo regular”, en AA.VV., *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 799.

<sup>732</sup> Es que, tal como hemos señalado en otra ocasión, en nuestra opinión, y siguiendo el denominado “criterio objetivo” para la clasificación conceptual de las formas de extinción del acto administrativo, corresponde designar como “anulación” a toda extinción del acto administrativo dispuesta por la Administración Pública o la Justicia con fundamento en razones de ilegitimidad derivadas de vicios o defectos inherentes del acto y, como “revocación”, a la extinción del acto administrativo dispuesta por la Administración por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, derivadas de la inadecuación de la relación por él generada a las exigencias del interés público vigente en el momento de la extinción (ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, op. cit.).

<sup>733</sup> El término “cosa juzgada administrativa” ha sido criticado por distintos autores. Ver, entre otros, COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, op. cit., p. 106 y ss.; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, Cap. VI-3; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 618; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 768.

<sup>734</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, op. cit. y, antes, en: COMADIRA, Fernando

resulta necesario recordar, al menos sintéticamente, que:

- a- el acto administrativo *regular* –esto es, el plenamente válido o el que está viciado con una nulidad relativa– **adquiere estabilidad y no puede** revocarse (en nuestra opinión, anularse), modificarse o sustituirse en sede administrativa por razones de ilegitimidad si hubiera sido notificado y de él “*hubieran nacido derechos subjetivos a favor de los administrados*”, **salvo** que el interesado hubiere conocido el vicio del acto, que la anulación lo favorezca sin causar perjuicio a terceros o el derecho hubiere sido otorgado expresa y válidamente a título precario.
- b- el acto administrativo *irregular* –es decir, el acto nulo afectado de “*nulidad absoluta*” por carecer de alguno de sus elementos esenciales o, alguno de ellos, padecer un vicio grave– **debe** anularse, sustituirse o modificarse en sede administrativa por razones de ilegitimidad. No obstante, el acto irregular **adquirirá estabilidad** cuando esté firme, consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, **a menos que** el particular hubiere conocido el vicio del acto<sup>735</sup>, la anulación lo favorezca sin causar perjuicio a terceros o el derecho hubiere sido otorgado expresa y válidamente a título precario.

En ese orden, entendemos que tanto la anulación de oficio del acto administrativo irregular, cuando aquélla resulte pertinente, como la deducción de la demanda judicial, cuando aquel modo de anulación no sea posible, constituyen un deber de cumplimiento ineludible que corresponde a la Administración: no se trata, pues, de una facultad discrecional<sup>736</sup> sino, antes bien, de una potestad administrativa de uso obligatorio.

---

Gabriel, “Anulación del acto administrativo irregular...”, op. cit., p. 39 y ss.

<sup>735</sup> Ver lo expuesto en la Nota N° 463.

<sup>736</sup> Entendida ésta como la posibilidad de elección entre actuar o no (discrecionalidad de actuación) y, en el primer caso, de optar entre varias alternativas igualmente válidas (discrecionalidad de elección). Sobre el concepto de “discrecionalidad” puede verse: COMADIRA, Julio Rodolfo, “Control judicial de la actividad discrecional de la Administración Pública”, en A.A.V.V., BOTASSI, Carlos (Director) y OROZ, Miguel H. E. (Coordinador), *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, 3° Edición, Librería Editora Platense, La Plata, 2011, p. 261/300 y, también, COMADIRA, Julio Rodolfo, (ESCOLA, Héctor, Jorge y COMADIRA, Julio Pablo: coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 99 y ss.



Así lo ha entendido no solo la doctrina mayoritaria (COMADIRA<sup>737</sup>, MARIENHOFF<sup>738</sup>, GARCÍA PULLÉS<sup>739</sup>, entre otros)<sup>740</sup> sino, también, el Máximo Órgano Asesor de la Nación al señalar que la extinción de un acto administrativo ilegítimo es “*es una obligación de la administración*”<sup>741</sup> y, a su vez, que “*esta potestad que posee la Administración no es una prerrogativa excepcional, sino la expresión de un principio en virtud del cual aquella está constreñida, ante la existencia de actos irregulares, a disponer o ejecutar la revocación, o bien —admitida la existencia de la ilegitimidad— deducir judicialmente la pretensión anulatoria de su propio acto*”<sup>742</sup>.

Es que, en definitiva, la declaración de nulidad, cuando corresponde, no es más que una exigencia ética del funcionario público en tanto está obligado a reivindicar, en el marco de las funciones que le son propias, el rol de la juridicidad conculcada y, eventualmente, de la moral desplazada.

Por ello, bien ha señalado el profesor COMADIRA, que “*contradice los presupuestos*

---

<sup>737</sup> Enseña el profesor COMADIRA que frente a actos nulos “*no es lógico ni axiológicamente concebible que la Administración pueda válidamente decidir, expresa o tácitamente (en este caso por simple inercia) la no impugnación judicial de un acto irregular, dejando subsistente, de ese modo, los ilícitos efectos producidos por dicho acto y sin reparar las eventualmente dañosas consecuencias ocasionadas*” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, op. cit., p. 181).

<sup>738</sup> Tal como ha precisado el autor citado, “*cuando un acto administrativo adolece de un vicio, pero cuya naturaleza excluye la posibilidad de que la extinción de tal acto sea efectuada directamente por la Administración Pública, ésta debe requerir judicialmente la respectiva declaración de nulidad: si no lo hace, puede incurrir en responsabilidad por incumplimiento de sus deberes*” (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 646).

<sup>739</sup> “*La Administración está obligada a revocar en sede administrativa el acto ilegítimo, aún después de notificado, salvo que estuviera firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, caso en el cual deberá —también aquí está obligada— acudir a los jueces a solicitar la declaración de nulidad a través de una acción especial, llamada “de lesividad”*” (GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 287).

<sup>740</sup> Desde una posición diferente, GAMBIER ha señalado que no existe “*un mandato imperativo del ordenamiento*” para instar la acción de lesividad, toda vez que, a su entender, “*la ilegalidad puede subsistir si el interés público es superior e impone mantener el status quo (...) la Administración puede no iniciar la acción de lesividad por considerarlo inoportuno o inconveniente*” (GAMBIER, Beltrán, “La potestad sancionatoria de la administración en materia disciplinaria: ¿actividad reglada o discrecional?; lo atinente a la oportunidad, mérito o conveniencia del dictado del acto (A propósito de una doctrina de la Procuración del Tesoro)” en AA.VV., *130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación. 1863–1993*, Buenos Aires, 1994, p. 146/162). En igual sentido: LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial...*, op. cit., Tomo 1, p. 434/435.

Ver, también, lo expuesto por MURATORIO al analizar la acción de lesividad en materia contractual en: MURATORIO, Jorge, I., “Los contratos administrativos viciados de nulidad absoluta (Acción de lesividad. Alternativas)”, LL 1995-D, 1205.

<sup>741</sup> Dictámenes 207:517; 215:189; 234:465; 236:91; 236:306; 207:517, entre muchos otros.

<sup>742</sup> Dictámenes 183:275; 200:133; 205:128; 214:68.



*ético-jurídicos de un Estado de Derecho, permitir, con la omisión de declarar la nulidad de un acto, cuando ésta corresponda, la subsistencia de los efectos del acto inválido o de los aparentes derechos generados por éste*”<sup>743</sup>.

En el caso del acto administrativo regular, en cambio, la anulación del acto en sede administrativa o, en su caso, la interposición de la demanda de lesividad, es una posibilidad de ejercicio meramente facultativa para el sujeto emisor del acto –salvo, claro está, que la no anulación constituya una trasgresión a los límites jurídicos de la discrecionalidad<sup>744</sup>– pues, en rigor, podrá sanearlo en los términos del art. 19 de la LNPA

Ante el acto administrativo estable (ora regular, ora irregular), como dijimos, el sujeto emisor de aquél no está habilitado para anularlo con efectos ejecutorios por sí y ante sí, sino que para ello debe requerir el auxilio judicial mediante el proceso de lesividad<sup>745</sup>.

#### 4.2.) Los actos administrativos de alcance general son esencialmente revocables

En el caso de los actos administrativos de alcance general la situación parece ser sustancialmente diferente.

##### *4.2.1.) La opinión de la doctrina*

La mayoría de la doctrina ha señalado que aquellos actos no resultarían objeto de la acción de lesividad pues, en definitiva, la estabilidad o “cosa juzgada administrativa” no es predicable respecto de ellos habida cuenta de que, como en reiteradas oportunidades

---

<sup>743</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, “Algunas consecuencias de la aplicación del principio de juridicidad de la Administración en la formación y ejecución de la contratación administrativa” en AA.VV., *La contratación pública*, CASSAGNE, Juan Carlos – YSERN, Enrique Rivero –Directores–, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, Tomo 2, p. 637, especialmente p. 658.

<sup>744</sup> Así, si bien la potestad anulatoria de oficio del acto regular estable es una facultad discrecional, creemos que si existiera connivencia dolosa entre el particular y el funcionario, la anulación de oficio del acto se impone como un verdadero deber del sujeto emisor del acto (en igual sentido: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 71 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “¿Cuándo el particular ‘conoce el vicio’ del acto administrativo? A propósito del artículo 18 de la LNPA”, Suplemento de Derecho Administrativo de elDial.com, elDial.com DC20C; MELAZZI, Luis A., “Revocación por ilegitimidad del acto administrativo (con especial referencia al régimen de la LNPA)”, REDA 2010–975, especialmente p. 1001).

<sup>745</sup> CSJN, 20/05/2003, “Algodonera San Nicolás S.A. y otros c. Ciudad Buenos Aires”, Fallos 326:1614.

ha señalado la CSJN, “*nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a la inalterabilidad de los mismos*”<sup>746</sup>.

Entre los autores nacionales que sostienen que los actos administrativos de alcance general carecen de estabilidad y que, por tanto, no requieren ser anulados en el marco del proceso de lesividad están, entre otros, ABAD HERNANDO – ILDARRAZ<sup>747</sup>, SARMIENTO GARCÍA<sup>748</sup>, APRILE<sup>749</sup>, MIOLANO<sup>750</sup>, BIANCHI<sup>751</sup>, HERRERA DE VILLAVICENCIO<sup>752</sup>,

---

<sup>746</sup> CSJN, 23/02/2010, “Municipalidad de Gualaguaychú c/Entre Ríos, Provincia de y otros s/acción de amparo”, Fallos 333:108; CSJN, 08/05/2007, “Stutz, Oscar c/PLN – Cámara de Diputados”, Fallos 330:2206; CSJN, 05/11/2002, “Radiodifusora Mediterránea S.R.L. c/ Estado Nacional –amparo–”, Fallos 325:2875; CSJN, 10/10/2002, “Tachella, Mabel Angela c/ D.G.I. – Administración Federal de Ingresos Públicos s/ amparo”, Fallos 325:2600, entre muchos otros.

En esa línea de pensamiento, PROSPER WEIL ha señalado que “*un reglamento no crea jamás derechos adquiridos, y las ventajas adquiridas por un reglamento pueden siempre modificarse o suprimirse por otro reglamento, porque la administración tiene que estar capacitada para adaptar las reglamentaciones a las necesidades del momento*” (WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 89). En similar sentido: DIEZ, Manuel María, *Derecho Procesal...*, op. cit., p. 302.

El consejo de Estado francés ha señalado que “*los actos reglamentarios siempre pueden ser derogados (o modificados) por la autoridad competente: nunca hay derecho adquirido para que no se cambie un acto reglamentario*” (C.E. 25/06/1954, Sindicato nacional de molinos de centeno, Rec. 379; ampliar en: LONG, Marceau –WEIL, Prosper –BRAIBANT, Guy –DEVOLVÉ, P. - GENEVOIS, B, *Los grandes fallos...*, op. cit., p. 155).

<sup>747</sup> ABAD HERNANDO, Jesús – ILDARRAZ, Benigno, “*La acción de lesividad*”, JA 1975-474, sección doctrina. ILDARRAZ, por su parte, en un artículo escrito más de treinta años después, ratificó su postura al señalar que “*la pretensión se restringe al acto administrativo irrevocable en sede administrativa (...) por lo tanto, se excluyen los reglamentos, al tener el carácter de alcance general*” (ILDARRAZ, Benigno, “*El proceso...*”, op. cit., p. 614 y ss.).

<sup>748</sup> SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., “*La acción de lesividad*”, en *Estudios de Derecho Administrativo X*, Ediciones Dike, Buenos Aires, 2004, p. 229 y 256/257.

<sup>749</sup> APRILE, Natalia S., “*La acción de lesividad*”, en AA.VV. *Derecho Procesal Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 926

<sup>750</sup> MIOLANO, José Luis, “*Límites de la potestad...*”, op. cit., p. 83.

<sup>751</sup> BIANCHI, Alberto B., *La acción de amparo y los límites de la potestad revocatoria de la Administración Pública*, ED 108–592. Señala el autor que “*los reglamentos pueden ser válidamente derogados por otros, participando en este sentido del mismo régimen que las leyes, no siéndoles aplicable, por lo tanto, a los reglamentos el sistema de revocación de la ley de procedimientos administrativos*”.

<sup>752</sup> HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca A., *Acción de lesividad...*, op. cit.

ZUNINO<sup>753</sup>, DIEZ<sup>754</sup>, ABERASTURY<sup>755</sup>, GUSMAN<sup>756</sup>, COMADIRA (J.P.)<sup>757</sup> y POZO GOWLAND<sup>758</sup>.

En el derecho comparado también han sostenido que los actos de alcance general no pueden ser objeto de la acción de lesividad CASSINELLO AUBAN<sup>759</sup>, GONZÁLEZ PÉREZ – GONZÁLEZ NAVARRO<sup>760</sup>, GARRIDO FALLA<sup>761</sup>, CÓRDOBA CASTROVERDE<sup>762</sup>, GUAITA<sup>763</sup>, LLOBREGAT<sup>764</sup>, LINARES MARTÍNEZ<sup>765</sup>, MESEGUER YEBRA<sup>766</sup> y MORÓN URBINA<sup>767</sup>.

En una posición diferente, COMADIRA ha señalado que la extinción por ilegitimidad

---

<sup>753</sup> ZUNINO, Ángel, *La acción de lesividad*, LLC 2005, 367.

<sup>754</sup> DIEZ, Manuel M., *Derecho Procesal Administrativo...*, op. cit., p. 302.

<sup>755</sup> ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 257, especialmente nota N° 10.

<sup>756</sup> GUSMAN, Alfredo S., “La estabilidad del acto administrativo a treinta años de la conformación del régimen legal”, EDA 2007-671 y, posteriormente, en GUSMAN, Alfredo S., “De las causas donde la autoridad administrativa sea parte actora”, en BALBÍN, Carlos F., *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentado y Concordado*, Tercera Edición Actualizada y Ampliada, Tomo 2, p. 961.

<sup>757</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 99 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “El procedimiento de anulación de oficio del acto administrativo y el reglamento”, en *Procedimiento Administrativo. A 20 años de la reforma constitucional*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Astrea Ediciones RAP, Buenos Aires, 2015, p. 508 y ss.

<sup>758</sup> POZO GOWLAND, Héctor, “Reglamentos”, op. cit., p. 201 y ss., especialmente p. 231/234.

<sup>759</sup> CASSINELLO AUBAN, Emilio, “*El proceso de lesividad*”, EL FORO, México D.F., Órgano de la Barra Mexicana. Colegio de Abogados, Volumen: 1964-44, p. 96.

<sup>760</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús – GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Comentarios a la ley de régimen jurídico...*, op. cit., Tomo 2, p. 2242. GONZÁLEZ PÉREZ, por su parte, con anterioridad a la obra citada ya había sostenido que los actos administrativos de alcance general estaban excluidos del proceso de lesividad en: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa -Ley 29/1998, de 13 de julio-*, 3° Edición, Madrid, Cívitas, 1998, Tomo 2, p. 892/893 y, también, en GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El proceso de lesividad...*, op. cit., p. 138.

<sup>761</sup> GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado...*, op. cit., Tomo III, p. 281.

<sup>762</sup> CÓRDOBA CASTROVERDE, D., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 232/233

<sup>763</sup> GUAITA, Aurelio, *El Proceso administrativo de lesividad*, Bosch, Barcelona, 1953, p. 107/109.

<sup>764</sup> El autor citado señala que como el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común solo hace referencia a “actos” de la Administración, la anulación de sus disposiciones reglamentarias no precisa la previa declaración de lesividad, aunque, agrega, dicha conclusión “*en ningún caso configura prohibición alguna*” (LLOBREGAT, José Garberí, “El proceso...”, op. cit., p. 751).

<sup>765</sup> LINARES MARTÍNEZ, Aurilivi, “El proceso de lesividad...”, op. cit., p. 2233 y ss., especialmente p. 2245.

<sup>766</sup> MESEGUER YEBRA, Joaquín, *La declaración...*, op. cit., p. 18.

<sup>767</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos, *El proceso...*, op. cit., p. 722.

tanto de los actos unilaterales, particulares y generales, como los contratos “*que pudiera traducirse en una violación a las vallas de la ejecutoriedad propia; debería instrumentarse mediante el proceso de lesividad*”<sup>768</sup>.

Así, COMADIRA entiende que la posibilidad de que del acto administrativo de alcance general se hubieran generado derechos subjetivos<sup>769</sup> y la retroactividad que, en principio, impone toda extinción por ilegitimidad, lleva a sostener que tanto el interés público comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad como el respeto de los derechos particulares, encuentra su mayor satisfacción “*dentro del mismo marco protector de los derechos emergidos de los actos individuales, los cuales no ostentan categoría específica alguna que concurra a diferenciarlos con relación a aquéllos*”<sup>770</sup>.

En similar sentido, en el derecho español se ha expresado ESCUIN PALOP, quien señaló que los argumentos en virtud de los cuáles se excluyen a los actos administrativos de alcance general de la acción de lesividad son “*débiles*”.

El citado jurista sostiene que la posibilidad de su inclusión “*tendría su apoyo en que la actividad jurídico administrativa se manifiesta tanto en actos como en disposiciones generales*” agregando, además, “*que los efectos de la derogación no son iguales que los de la anulación en virtud de una sentencia contencioso-administrativa*”<sup>771</sup>.

#### 4.2.2.) La cuestión en la LNPA y en el RLPNA

Del texto de la propia LNPA se infiere que su sentido ha sido excluir a esa clase de

---

<sup>768</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, op. cit., p. 90/91.

<sup>769</sup> Han aceptado la posibilidad de que un acto administrativo de alcance general genere derechos subjetivos, entre otros: GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, Cap. VI-5/6; COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, op. cit., p. 168; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, “La acción de lesividad”, op. cit., p. 229.

La CSJN señaló que “*si bajo la vigencia de una ley —o para el caso, un reglamento— el particular ha cumplido todos los actos y condiciones substanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular de un determinado derecho, cabe considerar que hay un derecho adquirido aunque falte la declaración formal de una sentencia o un acto administrativo, pues estos sólo agregan el reconocimiento de ese derecho o el apoyo de la fuerza coercitiva necesaria para que se haga efectivo. De no ser así, resultaría la inadmisibles consecuencia de que la titularidad de un derecho vendría a depender de la voluntad discrecional del obligado renuente a satisfacer ese derecho*” (CSJN, 28/12/1976, “De Martín, Alfredo c/ Banco Hipotecario Nacional”, Fallos 296:723).

<sup>770</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, op. cit., p. 250/251.

<sup>771</sup> ESCUIN PALOP, Vicente, *El recurso contencioso-administrativo...*, op. cit., p. 227.

actos del régimen anulatorio plasmado en los arts. 17 y 18 de aquella, toda vez que, a modo de ejemplo, el art. 18 exige como condición de estabilidad la notificación, mientras que, como vimos, los actos administrativos de alcance general requieren ser publicados<sup>772</sup>.

Por su parte, cabe señalar que el art. 83 del RLNPA establece un modo específico de extinción de tales actos, pues prevé que *“los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte y aun mediante recurso en los casos en que éste fuere procedente. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos por los administrados”*<sup>773</sup>.

De esa manera, y a diferencia de lo que sucede con algunos ordenamientos jurídicos provinciales donde específicamente se regula el proceso de lesividad contra reglamentos (v.gr.: Santa Cruz<sup>774</sup>), a nivel nacional, y en tanto no se concrete una solución legislativa diferente, si el sujeto emisor del acto administrativo de alcance general lo considera ilegítimo, puede anularlo de oficio por razones de ilegitimidad en sede administrativa – sin necesidad de instar la acción de lesividad–, o bien derogarlo.

#### 4.2.3.) Nuestra postura: el caso de los reglamentos autoaplicativos

Por nuestra parte, entendemos que ambos modos de extinción (léase, anulación y

---

<sup>772</sup> Según surge del art. 11 de la LNPA, *“para que el acto administrativo de alcance particular adquiera eficacia debe ser objeto de notificación al interesado y el de alcance general, de publicación”*.

Sin perjuicio de lo mencionado *ut supra* en cuanto a si la publicidad hace a la eficacia o validez del acto, en esta oportunidad solo recordaremos la publicación del acto de alcance individual no suple la falta de notificación, es decir, la publicación y la notificación no son intercambiables. La CSJN ha señalado que la publicación de un acto de alcance general no puede ser suplida por su notificación a los interesados (CSJN, 18/07/2002, “Gartner, Ángel E. c/. Comité Federal de Radiodifusión”, Fallos 325:1808).

<sup>773</sup> Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 – T.O. 2017, según Decreto N° 894/2017.

<sup>774</sup> El art. 105 del Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo de Santa Cruz prevé que *“en caso que la acción dirigida lo sea con un acto de alcance general sin que, en principio, existan terceros interesados o éstos no sean individualizables, el tribunal ordenará a costa del accionante y por el término de tres (3) días, la publicación de la iniciación de la acción en el Boletín Oficial y en un periódico que resulte procedente atendiendo al ámbito territorial de competencia del órgano autor de la actividad administrativa, concediéndose quince (15) días para la presentación en el proceso de quienes, fundadamente, tengan un interés legítimo en sostener la conformidad de la disposición o acto. Si lo hicieren posteriormente se los tendrá por parte para los trámites no precluidos”*.

derogación) no deben ser equiparados pues, como es sabido, mientras la derogación tiene efectos hacia el futuro, la declaración de invalidez tiene, en principio, efectos retroactivos.

Por ello, en nuestra opinión, y tal como hemos sostenido en otra ocasión, la anulación de oficio de un acto administrativo de alcance general o, en su caso, la interposición de la demanda de lesividad tendiente a obtener su nulidad judicial, dependerá de la naturaleza jurídica que aquel posea<sup>775</sup>.

Hemos visto que los actos administrativos de alcance general pueden clasificarse en normativos (reglamentos) o no normativos: los primeros están dirigidos a sujetos indeterminados, sentando una norma y pretendiendo su inserción en el ordenamiento jurídico como fuente permanente de juridicidad y, los segundos, si bien también están destinados a una cantidad indeterminada de sujetos, se agotan con su aplicación y no tienen vocación de permanencia.

Asimismo, como dijimos, cabe mencionar la existencia de actos administrativos de alcance general de directa aplicación o autoaplicativos, es decir, aquellos que afectan de modo directo e inmediato el *status* de los administrados y que, por consiguiente, no requieren de actos administrativos particulares de aplicación para afectar derechos.

De ese modo, el acto administrativo de alcance general autoaplicativo, desde el punto de vista “estructural”, y al igual que todo acto administrativo de alcance general, está dirigido a una pluralidad indeterminada de destinatarios, pero, desde un enfoque “funcional”, actúa directamente sobre la esfera de los derechos e intereses de los particulares, de manera análoga a los actos individuales.

Como se ve, la heterogeneidad de los reglamentos de directa aplicación los convierte en un híbrido entre el acto de alcance general y el acto administrativo individual; están “*situados en la zona fronteriza que separa los conceptos de reglamento y acto*”<sup>776</sup>

Tal como hemos apuntado en otra parte de esta obra, la categoría acto administrativo de alcance general autoaplicativo no está desprovista de consecuencias prácticas pues, desde nuestro punto de vista, y teniendo en consideración que los actos administrativos

---

<sup>775</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “Anulación del acto administrativo irregular...”, op. cit., p. 35 y ss., especialmente p. 50.

<sup>776</sup> ESTEVE PARDO, José, “Los reglamentos...”, op. cit.



de alcance general autoaplicativos inciden directamente en la esfera de los derechos de los administrados desde su entrada en vigencia, creemos que si bien el sujeto emisor de aquel podría modificar, sustituir o derogarlo total o parcialmente en cualquier momento con efectos hacia el futuro, no podría anularlo con efectos ejecutorios por sí y ante sí en los términos del art. 17 de la LNPA con efectos retroactivos<sup>777</sup> sin, para ello, acudir al órgano jurisdiccional competente.

Por ello, en nuestra opinión, si se tiene en cuenta los diferentes efectos que ambas modalidades extintivas producen, bien podría proponerse que en una futura reforma legislativa, la *extinción por ilegitimidad* (anulación) de un acto administrativo de alcance general autoaplicativo sea diferenciada de la *derogación* de aquél, incluyendo la primera en el régimen anulatorio propio de los actos administrativos individuales y, la segunda, en un régimen igual o similar al actualmente consagrado en el 83 RLNPA.

En el resto de los casos, si el acto administrativo de alcance general fuera anulado por razones de ilegitimidad, si bien, en principio, aquella nulidad tendrá efectos retroactivos, lo cierto es que los actos administrativos individuales dictados con base en aquél (actos administrativos de aplicación) no perderán automáticamente su validez sino que, para ello, y en la medida que no hayan adquirido estabilidad, deberán seguir el procedimiento de anulación correspondiente<sup>778</sup>, de lo contrario, es decir, si hubieran devenido en estables, deberá iniciarse la acción de lesividad<sup>779</sup>.

En este último caso, y como bien apuntara SARMIENTO GARCÍA, lo que podría suceder

---

<sup>777</sup> En lo que la imposibilidad de extinguir en sede administrativo un reglamento con efectos retroactivos respecta, MINORINI LIMA, al analizar la anulación del acto administrativo irregular, destacó, aunque sin hacer diferencia entre la clase de acto administrativo de alcance general de que se trate, que *“en la medida en que los reglamentos carecen de la estabilidad propia del acto administrativo y, según la máxima legal, nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes y reglamentaciones, la Administración puede modificar, sustituir o bien derogar total o parcialmente los reglamentos con efectos hacia el futuro. Lo que no puede hacer es declarar por sí y ante sí su revocación de oficio en los términos del art. 17 de la LNPA y pretender otorgarle efectos retroactivos con afectación de los derechos adquiridos a su amparo”* (MINORINI LIMA, Ignacio, “La revocación del acto administrativo irregular”, en AA.VV., *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 770, énfasis agregado).

<sup>778</sup> Un estudio sobre el procedimiento para la anulación de oficio del acto administrativo puede verse en: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 99 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “El procedimiento de anulación...”, op. cit., p. 497 y ss. Ampliar en COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, op. cit., p. y ss.

<sup>779</sup> En igual sentido: COMADIRA, “El procedimiento de anulación...”, op. cit., p. 509/510, especialmente nota N° 31; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, “La acción de lesividad”, op. cit., p. 102, entre otros.



es que el órgano jurisdiccional no estime ilegítimo el reglamento ya anulado y, por tanto, no haga lugar a la acción de lesividad contra el acto administrativo dictado en su consecuencia, o que haga lugar a la acción, anulando el acto administrativo estable ilegítimo por haber sido contraria a derecho la norma general (acto administrativo de alcance general) en la que se apoyaba<sup>780</sup>.

En síntesis: en el plexo normativo de la LNPA, y sin perjuicio de la opinión que hemos vertido en los párrafos que anteceden, los actos administrativos de alcance general al poder ser derogados o anulados por ilegitimidad en cualquier momento, carecen de estabilidad y, por tanto, no son susceptibles de ser impugnados judicialmente mediante la acción de lesividad, lo que no implica, claro está, que si se quisiera anular un acto administrativo de aplicación de aquel, y no fuera posible ejercer la potestad anulatoria en su propia sede, deba iniciarse la correspondiente acción de lesividad.

### **5.) Régimen de impugnación y legitimación para impugnar los actos administrativos particulares o generales**

El control de la actividad administrativa puede realizarse no solo de oficio por el sujeto emisor del acto administrativo –en sentido amplio, esto es, comprendiendo a los actos de génesis unilateral, de efectos particulares o generales, y los actos de gestación bilateral, es decir, los contratos administrativos– sino, también, a petición de los particulares a los que aquéllos puedan afectar en su esfera personal o patrimonial, mediante el ejercicio de la correspondiente impugnación administrativa.

A continuación veremos que las diferencias de régimen jurídico que existen entre el acto administrativo individual y los actos administrativos de alcance general se traducen, también, en el régimen de impugnación administrativa de ambos actos.

---

<sup>780</sup> SARMIENTO GARCÍA, Jorge, “La acción de lesividad”, op. cit., p. 254.

## 5.1.) Régimen de impugnación

### *5.1.1.) La impugnación del acto administrativo particular*

La impugnación del acto administrativo individual, al cual circunscribimos la noción técnica estricta de acto administrativo, no origina mayor cuestión y, respecto de ellos, no existe debate sobre su impugnabilidad por la vía recursiva.

Solo varía el recurso procedente según la clase de actos de que se trate, a saber:

- a) recurso de reconsideración –optativo–, regulado en los arts. 84 y ss. del RLNPA: procede contra actos definitivos o equiparables a ellos y contra los interlocutorios o de mero trámite que lesionen un derecho subjetivo o un interés legítimo
- b) recurso jerárquico, regulado en los arts. 89 y ss. del RLNPA: procede contra todo acto administrativo definitivo o que impida totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado<sup>781</sup>.

El acto administrativo definitivo, también denominado acto principal, originario, conclusivo y final, es aquel que resuelve, directa o indirectamente, el fondo de la cuestión o asunto sobre la que versa el procedimiento, cerrándolo y reflejando la “voluntad”<sup>782</sup> concreta de la Administración y produciendo los efectos jurídicos queridos por ella acerca de dicha cuestión<sup>783</sup>.

Equiparables a definitivos los que, sin decidir expresamente el fondo de la cuestión debatida, impiden totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado (v.gr.: el acto que declara la caducidad del procedimiento<sup>784</sup>).

---

<sup>781</sup> Ciertamente, cabe agregar, también, y en caso de corresponder, el recurso de alzada (cfr. arts. 84, 89 y 94, respectivamente).

<sup>782</sup> Reiteramos, aquí, lo dicho en las páginas anteriores, en el sentido de que la declaración en que el acto administrativo consiste no se limita únicamente a una “declaración de voluntad”. Ampliar con lo expuesto en la nota N° 562.

<sup>783</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 2, p. 1243 y 1388.

En igual sentido se ha expedido la PTN en Dictámenes 114:376; 125:205; 210:205, 211:442, 224:119, entre otros). Asimismo, la CSJN ha señalado, por remisión al dictamen de la procuradora fiscal, que el acto administrativo definitivo es “*aquel que pone fin al procedimiento decidiendo sobre el fondo de la cuestión planteada*” (CSJN, 24/02/2009, “Rodríguez, Roberto Mario s/impugnación art. 32 de la ley 24.521 y art. 25 inc. d de la ley 19.549”, Fallos 332:166).

<sup>784</sup> Dictámenes 192:24; 224:119

Actos interlocutorios o de mero trámite, los que solo producen efectos directos sobre el trámite, sobre el procedimiento administrativo.

Sobre el tema, la PTN concretamente señaló que *“los actos interlocutorios o de mero trámite son los que producen efectos jurídicos directos, pero sobre el trámite, y no sobre el fondo del asunto; se refieren solamente a cuestiones de procedimiento, y en tanto no sean equiparables a definitivos que impidan totalmente la pretensión o reclamo del interesado, no son impugnables por la vía del recurso jerárquico”*<sup>785</sup>.

En doctrina se han diferenciado los actos interlocutorios de los de mero trámite, señalando que los primeros son aquellos que requieren fundamentación, con el fin de resolver la cuestión planteada, la que no se relaciona, naturalmente, con la resolución de fondo; los de mero trámite, por el contrario, no tienen fundamentación y tienden solo al impulso del procedimiento.

Es que, en definitiva, y tal como apuntara HALPERÍN y CATTANI, la aplicación analógica del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación llevaría a dicha solución pues, conforme surge del art. 160 las providencias simples *“sólo tienden, sin sustanciación, al desarrollo del proceso u ordenan actos de mera ejecución”* y, según reza el art. 161, las interlocutorias *“resuelven cuestiones que requieren sustanciación”*<sup>786</sup>.

Como se ve, la naturaleza del acto determina la de los recursos que se pueden entablar contra él<sup>787</sup>, siendo el recurso de reconsideración el único idóneo para impugnar todo tipo de acto administrativo<sup>788</sup>.

---

<sup>785</sup> Dictámenes 192:24

<sup>786</sup> HALPERÍN, David A. - CATTANI, Horacio R., *El recurso de reconsideración en el procedimiento administrativo nacional*, Revista Diké, Año I, Nro. 1, p. 55.

En igual sentido, GARCÍA PULLÉS señaló que los actos interlocutorios son los que *“deciden fundadamente cuestiones incidentales que se suscitan durante el trámite, reservando el concepto de actos de mero trámite para las providencias ordenatorias que se dictan sin fundamentación y que están destinadas a impulsar el procedimiento hasta su finalización”* (GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, Tomo 1, p. 414).

<sup>787</sup> En tal sentido, la PTN ha precisado que *“la naturaleza del acto determina la de los recursos que se pueden entablar contra él”* (Dictámenes 224:119).

<sup>788</sup> CANOSA, Armando, *Procedimiento Administrativo: Recursos y Reclamos*, 3º Edición actualizada y ampliada, Rap, Buenos Aires, 2017, Tomo 2, p. 110.

### 5.1.2.) *La impugnación de los actos administrativos de alcance general*

Los actos administrativos del alcance general están sujetos a un régimen propio de impugnación pues, según surge del art. 24 de la LNPA, pueden impugnarse de dos maneras:

#### 5.1.2.1.) Impugnación directa (art. 24, inc. “a”)

La impugnación directa de los actos administrativos de alcance general se cristaliza a través de lo que LINARES<sup>789</sup> ha denominado “reclamo impropio”, y consiste en impugnar el acto general directamente, sin esperar su aplicación concreta.

5.1.2.1.1.) Ante quien se interpone y quien resuelve el reclamo. Irrecurribilidad del acto expreso de rechazo.

Visión crítica.

5.1.2.1.1.1.- Conforme surge de la LNPA y el RLNPA (cfr. art. 24, inc. “a” y art. 75, respectivamente), el reclamo impropio se interpone y es resuelto por el mismo órgano que dictó el acto.

Asimismo, de acuerdo con el art. 73, párr. 1º, *in fine*, RLNPA, la decisión recaída en el reclamo impropio es irrecurable, tal como oportunamente recordara la PTN<sup>790</sup>.

5.1.2.1.1.2.- Ahora bien, las previsiones normativas antes mencionadas fueron cuestionadas por la mayoría de la doctrina pues, por un lado, se ha precisado que contra el acto que rechaza un reclamo impropio debería poder articularse el recurso de reconsideración previsto en el art. 100 del RLNPA, *suspendiéndose* el plazo de noventa

---

<sup>789</sup> LINARES, Juan F., *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 33 y ss. En igual sentido: Dictámenes 210:137.

<sup>790</sup> Dictámenes 251:153.

días hábiles judiciales previsto en el art. 25 de la ley 19.549<sup>791</sup>.

Por otra parte, se señaló que el administrado no solo debería poder interponer el reclamo impropio ante el mismo órgano emisor del acto administrativo de alcance general sino, también, ante las autoridades superiores<sup>792</sup>.

En ese orden se sostuvo, además, que tanto el Poder Ejecutivo, en su carácter de titular de la función administrativa, como la autoridad superior de quien dictó el acto de alcance general, en virtud de los poderes inherentes a la jerarquía, podrían avocarse al conocimiento de la cuestión y, por tanto, a su resolución<sup>793</sup>. Esta postura fue adoptada en diversas ocasiones por la PTN<sup>794</sup>.

5.1.2.1.1.3.- En relación con la irrecurribilidad del acto que resuelve el reclamo impropio, y si bien la cuestión excede el objeto de análisis aquí propuesto, hemos de señalar que, en nuestra opinión, si se aceptara la procedencia de recursos administrativos, en el caso, del recurso de reconsideración del art. 100 del RLNPA<sup>795</sup>, los efectos de su articulación deberían ser *interruptivos* del plazo establecido en el art. 25 de la LNPA.

Si bien el art. 100 del RLNPA dispone que la interposición del recurso de reconsideración y revisión “suspende” el curso de los plazos previstos en el art. 25 de la

---

<sup>791</sup> BIANCHI, Alberto B., ¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?, LL 1995-A, 397. Asimismo, el autor entiende que contra el acto que rechaza el recurso de reconsideración también podría interponerse, en caso de corresponder, el correspondiente recurso jerárquico, en cuyo caso “*el plazo del art. 25 de la LPA quedaría igualmente suspendido hasta la resolución expresa de aquél*”. En línea con el pensamiento de BIANCHI puede verse, entre otros: CANOSA, Armando, *Procedimiento Administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 318.

<sup>792</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 456.

<sup>793</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 2, p. 1403; MONTI, Laura M., “El agotamiento de la instancia administrativa”, en AA.VV. *Control de la Administración Pública*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, p. 212/213; REJTMAN FARAH, Mario, *Impugnación judicial...*, op. cit., p. 125, entre otros.

<sup>794</sup> Dictámenes 210:137; 192:28.

<sup>795</sup> El art. 100 del RLNPA dispone que “*Las decisiones definitivas o con fuerza de tales que el Poder Ejecutivo Nacional, los ministros o los secretarios de la Presidencia de la Nación dictaren en recursos administrativos y que agoten las instancias de esos recursos sólo serán susceptibles de la reconsideración prevista en el art. 84 de esta reglamentación y de la revisión prevista en el art. 22 de la Ley de Procedimientos Administrativos. La presentación de estos recursos suspende el curso de los plazos establecidos en el art. 25 de la Ley de Procedimientos Administrativos*”.

LNPA, creemos, al igual que lo entendieron autores como COMADIRA y HUTCHINSON, que aquella norma es inconstitucional “*pues se opone al principio establecido en la ley – interrupción de los plazos para la interposición de recursos, art. 1º, inc. e), ap. 7º–, y, con ello, viola el principio de jerarquía normativa establecido en el art. 31, CN*”<sup>796</sup>.

Ahora bien, e independientemente del carácter irrecurrible del acto que resuelve el reclamo impropio, y teniendo en cuenta la teoría de la “retroacción” expuesta por la PTN, si la Administración habilitara el procedimiento recurso no resultaría admisible admitir una retroacción que cambie su rumbo<sup>797</sup>.

---

<sup>796</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1258; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 470/471. En jurisprudencia puede verse: CNACAF, Sala 4, 12/6/1986, “Cuarto Creciente SA”.

LAGARDE, por su parte, al analizar los efectos “suspensivos” que produce la interposición del recurso de revisión en los términos del art. 100 del RLNPA, también consideró inconstitucional aquella reglamentación pues, a su entender, se aparta “*del carácter interruptivo de la interposición de recursos, establecido en la ley*” (LAGARDE, Fernando M., “El recurso de revisión”, “, en AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*”, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2006, p. 382). En la jurisprudencia, la Sala IV del fuero, aunque sin declarar la inconstitucionalidad de la norma, sostuvo que la necesidad de conciliar el régimen del RLNPA con lo preceptuado por la LNPA –es decir, el art. 100 del RLNPA con lo establecido en el art. 1º inc. “e” apartado 7º de la LNPA– lleva a entender que la interposición del recurso previsto en dicho artículo inutilizó el plazo transcurrido, toda vez que ambas disposiciones debían ser interpretadas como un todo orgánico (CNACAF, Sala 4, 13/02/1986, “Golod, Adolfo c/ Estado Nacional –Tribunal de Cuentas de la Nación– s/ Ordinario”).

Desde una visión diferente, CANOSA rechazó la inconstitucionalidad del art. 100 del RLNPA pues, conforme, precisó el autor, “*en la legislación procedimental en el orden nacional no existen diferencias entre la suspensión e interrupción y esa equivalencia en los términos le da coherencia a la solución aquí dada*” (CANOSA, Armando, *Procedimiento Administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 115/116).

La postura adoptada por el autor mencionado resultaba coherente con la tradicional doctrina de la PTN que, como veremos luego (ver nota N° 1575), consideraba los términos suspensión e interrupción como sinónimos. Sin embargo, en más de una oportunidad, hemos señalado que, en nuestra opinión, “suspensión” e “interrupción” no pueden ser equiparados.

Esta última posición es, además, la adoptada por el Máximo Órgano Asesor en un reciente dictamen que analizaremos en las páginas que siguen (Dictamen 303:167).

<sup>797</sup> La inadmisibilidad de la retroacción para cambiar el rumbo del procedimiento cuando la Administración abrió la vía recursiva contra un acto irrecurrible y están firmes los actos que la componen, constituye una doctrina reiterada de la PTN (dictámenes 304:201; 302:383; 255:586; 247:479; 249:465; 242:112; 241:249; 239:90; 232:184, entre muchos otros).

Al referirse a esta teoría, la doctrina ha señalado que “*si bien el ordenamiento jurídico nacional reconoce la existencia de actos irrecurribles, corresponde admitir formalmente el procedimiento recursivo cuando: (i) la vía fue erróneamente habilitada por la Administración; y (ii) los actos que componen el procedimiento se encuentran firmes, entendiendo por tales a aquellos actos respecto de los cuales ha vencido el plazo legal para su impugnación judicial*” agregando, asimismo, que aquella teoría “*procura garantizar el derecho de acceso a la jurisdicción consagrado en nuestra Constitución Nacional desde sus orígenes, y enriquecido a partir de la reforma constitucional de 1994, al adquirir plena operatividad constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva*” (FANELLI EVANS, Agustina M., “La retroacción y el derecho a la jurisdicción”, ReDA 2006:891).

En otras palabras, a simple título ejemplificativo, y sin perjuicio de nuestra opinión sobre el tema, la doctrina de la retroacción implicaría, en estos casos, que si un particular interpuso un recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio contra el acto que rechazó su reclamo impropio, la Administración no podría, al momento de resolver el jerárquico, rechazarlo por cuestiones formales alegando que el “reclamo impropio” es irrecurrible pues, en definitiva, fue ella misma quien tuvo por habilitada la vía recursiva.

Finalmente, y en relación con el órgano competente para resolver el reclamo impropio, antes de ahora hemos adherido a la doctrina antes citada<sup>798</sup>, razón por la cual creemos que tanto el Poder Ejecutivo –en su carácter de titular del ejercicio de la función administrativa–, como la autoridad superior al órgano que dictó el acto –en virtud del principio de jerarquía inherente a toda organización administrativa<sup>799</sup>–, podrían avocarse al conocimiento y resolución del reclamo impropio de que se trate.

#### 5.1.2.1.2.) Plazo de interposición

La interposición del reclamo impropio contra un acto administrativo de alcance general normativo, es decir, un reglamento, carece de plazo para su interposición<sup>800</sup>.

---

Desde una posición diferente, otro sector ha entendido que “*si la apertura y los distintos actos del procedimiento estuvieren viciados por carecer el impulsor de aquel de legitimación, esa nulidad es retroactiva. No existe preclusión en los términos en que sí podría darse en el proceso, pues el procedimiento se incardina, ante todo, a la vigencia plena de la juridicidad y la búsqueda de la verdad jurídica objetiva*” (CANDA, Fabián Omar, “La legitimación...”, op. cit.).

<sup>798</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “Régimen jurídico de la función administrativa reglamentaria”, op. cit., p. 471.

<sup>799</sup> Ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, “La jerarquía como principio...”, op. cit.

<sup>800</sup> Los actos administrativos de alcance general no normativo presentan algunas particularidades, pues no pareciera ser posible afirmar que, en todos los casos, la impugnación pueda realizarse en cualquier momento.

Así, a modo de ejemplo, a nivel nacional los pliegos de bases y condiciones particulares, típico acto administrativo de alcance general no normativo COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación Pública...*, op. cit., p. 159/160), solo podrán impugnarse de manera directa hasta la presentación de las ofertas, excepto respecto de cláusulas que puedan implicar la pretensión administrativa de dispensa del dolo (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 225; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 279 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Impugnación administrativa...”, op. cit., p. 75).

Cabe tener en cuenta que a nivel nacional, la limitación temporal de la impugnación de aquella clase de pliegos está dada tanto por lo previsto en el Decreto N° 1030/2016 –por el que se aprobó el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional– como en la Disposición N° 63/ONC/2016 –por el que se aprobó el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales–, donde



Aquella es no solo la opinión de la doctrina mayoritaria<sup>801</sup> sino, además, la expuesta por la PTN<sup>802</sup> y la jurisprudencia del fuero<sup>803</sup>.

Por ello, como bien se ha señalado, la ausencia de plazo para impugnar por vía de reclamo impropio un reglamento hace que no sea de aplicación la figura de la denuncia de ilegitimidad, pues no podría configurarse el vencimiento del plazo para interponer un recurso al que alude la regulación de aquella figura (art., 1º, e, 6, LNPA)<sup>804</sup>.

Eventualmente, como señalaran la doctrina, resultará aplicable el plazo de prescripción previsto en el CCCN que, en el caso de que se plantee una nulidad absoluta, es imprescriptible<sup>805</sup>.

---

expresamente se establece que la presentación de la oferta significará de parte del oferente el pleno conocimiento y aceptación de las normas y cláusulas que rijan el procedimiento de selección al que se presente (arts. 52 y 10, respectivamente).

De ese modo, la PTN señaló que la circunstancia de que los oferentes hayan aceptado las cláusulas generales y particulares de la licitación sin observaciones ni reparos excluye la admisibilidad de las impugnaciones posteriores por su extemporaneidad (Dictámenes 233:287; 233:94; 163:147, entre muchos otros).

<sup>801</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 2, p. 1403 y ss.; CANOSA, Armando, *Procedimiento Administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 303; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 785; MONTI, Laura M., “El agotamiento de la instancia...”, op. cit., p. 213; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. VIII–24, entre muchos otros.

En tal sentido, señala MAIRAL que la ausencia de un plazo para la impugnación directa de los reglamentos resulta lógica, “*pues, por una parte, no puede dársele al reglamento un privilegio del cual la misma ley no goza, ya que la constitucionalidad de esta última es argüible en todo momento. Además, no puede esperarse que las personas descubran inmediatamente los vicios de un acto general que, quizá, recién se les comience a aplicar en el futuro*” (MAIRAL, Héctor, A., *Control judicial...*, op. cit., Volumen I, p. 330/331).

<sup>802</sup> Dictámenes 239:90; 235:143, entre otros.

<sup>803</sup> CNACAF, Sala III, 11/12/06, “Jugos del Sur S.A. c/ Estado Nacional (P.E.N.) s/ Juicios de Conocimientos”; CNACAF, Sala IV, 17/10/97, “Villano José Luis c/ Ministerio de Economía y Trabajo y Seguridad Social s/ proceso de conocimiento”; CNACAF, Sala V, 25/10/95, “Distribuidora de Gas del Centro S.A. c/ Mº de Economía Y O.S.P. -Resol. 1063/94- (ENERGAS 5/93, 16/93).

<sup>804</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad...*, op. cit., p. 66; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 279 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Impugnación administrativa...”, op. cit., p. 86 y ss. En igual sentido se expidió la PTN en Dictámenes: 237:13; 249:592.

<sup>805</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 225; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 279 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Impugnación administrativa...”, op. cit., p. 75.

### 5.1.2.1.3.) Plazo de resolución

La normativa vigente no prevé un plazo para que la Administración resuelva el reclamo impropio.

Como consecuencia de ello, la doctrina ha entendido tanto que la Administración carece de plazo para resolver la presentación<sup>806</sup>, como que resulta aplicable el plazo de diez días establecido en el art. 1º, inc. “e”, punto 4º de la LNPA<sup>807</sup>, el de treinta días para resolver los recursos<sup>808</sup> o, también, el previsto en el art. 10 de aquella norma<sup>809</sup>.

Por nuestra parte, coincidimos con quienes han señalado que, ante ausencia de una regulación específica sobre la cuestión, resulta aplicable la pauta general del art. 10 de la LNPA, esto es, en el plazo genérico de 60 días luego del cual, ante la falta de contestación, se deberá requerir pronto despacho y esperar otros 30 días el que, cumplido, dará por configurado el silencio administrativo y habilitada la vía judicial<sup>810</sup>.

Aquella es, además, la postura que parece haber seguido la jurisprudencia del fuero federal<sup>811</sup>.

---

<sup>806</sup> SAMMARTINO, Patricio M. E., “Impugnación de actos de alcance general. La ‘dispensa’ del reclamo impropio como resultado habilitante de acceso a la jurisdicción”, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1999, p. 82.

<sup>807</sup> REJTMAN FARAH, Mario, *Impugnación judicial...*, op. cit., p. 126.

<sup>808</sup> CANOSA, Armando, *Procedimiento Administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 306; LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial...*, op. cit., Tomo 2, p. 36.

<sup>809</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 2, p. 1405/1406; GRECCO, Carlos, *Impugnación de disposiciones...*, op. cit., p. 77; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, IV-12; PEARSON, Marcelo M., *Manual de Procedimiento Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 137; DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación...*, op. cit., p. 70; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “La impugnación de actos administrativos de alcance general”, ED 148:853; AGUILAR VALDÉS, Oscar, “Análisis y comentarios al art. 24 de la LNPA”, en AA.VV. *Procedimiento Administrativo*, POZO GOWLAND, Héctor M. - HALPERÍN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando, -Directores-, La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 559; CANDA, Fabián O., “La habilitación de la instancia contencioso administrativa”, en TAWIL, Guido Santiago (Director), *Derecho Procesal Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 356.

<sup>810</sup> De todos modos, como señalaba el profesor Julio Rodolfo COMADIRA, “...la justicia y conveniencia de la solución es discutible de lege ferenda y, además, incoherente con la prevista en el reglamento para la resolución de los recursos; por ello sería conveniente que por medio de un decreto el Poder Ejecutivo se autolimitara y fijara, para decidir este reclamo, un plazo igual al establecido para aquéllos” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 463).

<sup>811</sup> CNACAF, Sala II, 10/05/18, “Kingston, Patricio c/EN-M Justicia DDHH s/amparo por mora”.

### 5.1.2.2.) Impugnación indirecta (art. 24, inc. “b”)

El segundo mecanismo que la LNPA prevé para impugnar actos administrativos de alcance general es la denominada vía indirecta, es decir, impugnando los actos aplicativos del acto de alcance general.

En estos supuestos los vicios que invalidan el acto administrativo no provienen de éste sino del acto de alcance general que le da origen<sup>812</sup>.

El RLNPA establece que “*los actos administrativos (...) de alcance general, a los que la autoridad hubiera dado o comenzado a dar aplicación, podrán ser impugnados por medio de recursos administrativos (...)*”, y el art. 75, por su parte, dispone que, en caso de recurrirse un acto administrativo dictado en cumplimiento de un reglamento, será competente el que dictó este último para resolver el respectivo recurso.

Como se ve, en el marco del RLNPA la impugnación indirecta de los actos administrativos de alcance general se realiza por medio de recursos –reconsideración o jerárquico– pero, en el caso del recurso de reconsideración, la norma establece una particularidad: debe ser resuelto por quien dictó el acto administrativo de alcance general<sup>813</sup>.

Finalmente, cabe analizar cuál sería la solución que debería adoptarse cuando, una vez interpuesto el recurso administrativo, la norma atributiva de competencia cambia y despoja de competencia para resolverlo al órgano que antes debía hacerlo.

Según lo ha sostenido la doctrina autorizada<sup>814</sup> y la PTN<sup>815</sup>, la fecha de interposición de un recurso administrativo marca el momento en que comienza la petición de tutela al

---

<sup>812</sup> HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 221.

<sup>813</sup> Ampliar en: CANOSA, Armando, *Procedimiento Administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 367 y ss.; GRECCO, Carlos, *Impugnación...*, op. cit., p. 88 y ss.; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 425 y ss.

<sup>814</sup> MURATORIO, Jorge I., “La Administración Pública como sujeto del procedimiento administrativo: la competencia del órgano”, en AA.VV., *Procedimiento y proceso administrativo*, CASSAGNE, Juan Carlos – Director–, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 105 y ss.; NIELSEN, Federico, “El recurso de reconsideración”, en AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, p. 661 y ss.; CANOSA, Armando, *Procedimiento Administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 384 y Tomo 2, p. 131.

<sup>815</sup> Dictámenes 244:272; 236:212; 218:36; 217:169; 217:46; entre otros.

superior y, por ello, queda fijada definitivamente la competencia del órgano encargado de resolver la cuestión.

5.1.2.3.) La impugnación directa e indirecta, ¿son mecanismos excluyentes? Las posibilidades impugnatorias amplias.  
Excepciones

5.1.2.3.1.- Por último, debemos señalar que los reglamentos –actos administrativos de alcance general normativo– están amparados por lo que se denomina “*posibilidades impugnatorias amplias*”.

Según aquel principio, la falta de impugnación directa de un reglamento, o su desestimación, no impide la impugnación de sus actos de aplicación individuales; del mismo modo que la falta de impugnación de éstos no obsta a la impugnación de aquél, sin perjuicio de los efectos propios de la firmeza de los actos de aplicación individuales<sup>816</sup>.

Aquella es, además, la línea seguida en diversos proyectos de normas regulatorias del proceso contencioso administrativo federal<sup>817</sup>.

7.3.4.1.2.3.1. En el caso de los actos administrativos de alcance general no normativo la situación se presenta con ciertas particularidades.

Es que si bien aquellos actos, al ser generales, también pueden ser impugnados de manera directa e indirecta, lo cierto es que al no incorporarse al ordenamiento jurídico y

---

<sup>816</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación pública...*, op. cit., p. 166 y ss. En igual sentido: CANOSA, Armando, *Procedimiento Administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 368/369; PETRELLA, Alejandra, “Legitimación para impugnar judicialmente los pliegos licitatorios”, en AA.VV. “*Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*”, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p. 158; MONTI, Laura M., “El agotamiento de la instancia...”, op. cit., p. 212, entre muchos otros. En contra: ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Acto administrativo*, Advocatus, Córdoba, 2008, p. 249 y ss.

<sup>817</sup> Ver, por ejemplo, art. 14 del *Código Contencioso Administrativo Federal* remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso en el año 1998 y que obtuviera, en 1999, la media sanción del Honorable Senado de la Nación. En igual sentido se perfiló el art. 14 de la *Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo* para la Nación presentado en el año 2005 y, también, en el 2008, el cual tuvo media sanción en el Honorable Senado de la Nación y que, posteriormente, al haber perdido estado parlamentario, se lo volvió a presentar en los años 2011 y 2013.

agotarse con el cumplimiento en el caso concreto, la posibilidad impugnatoria antes comentada no les resulta aplicable, pues es la fuerza normativa “*la razón que da fundamento a la referida alternativa impugnatoria*”<sup>818</sup>.

Por tal motivo, la impugnación de los actos administrativos de alcance general no normativo será bajo las siguientes pautas: la falta de impugnación directa, o la desestimación de ella, le impedirá recurrir los actos individuales de aplicación de aquél; y, a su vez, la falta de impugnación de los actos de aplicación individuales obstará a que cuestione éste directamente<sup>819</sup>.

### 5.1.3.) *El caso de los reglamentos autoaplicativos*

En el caso del reglamento autoaplicativo, es decir, aquel que, como vimos, afecta de modo directo e inmediato el *status* de los administrados y que, por consiguiente, no requieren de actos administrativos particulares de aplicación para afectar derechos, creemos que el régimen de impugnación es diferente.

En efecto, como los reglamentos autoaplicativos conjugan la característica de generalidad e incidencia directa e inmediata sobre terceros, creemos, en línea con las enseñanzas del profesor COMADIRA, que al administrado “*se le abre una “opción” entre el reclamo impropio y el recurso*”<sup>820</sup>.

Así, el autor citado ha señalado que es el particular quien “*puede valorar las conveniencias de uno u otro sistema. Si acude al reclamo deberá soportar la incertidumbre del plazo aplicable a su resolución (sesenta días más treinta, a tenor del art. 10, LNPA o diez días –art. 1º, inc. el, ap. 4— más treinta del art. 10) y tendrá la ventaja de poder hacerlo sin plazo. Si, en cambio, emplea el recurso jerárquico: treinta*

---

<sup>818</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación pública...*, op. cit., p. 169.

<sup>819</sup> Excepto respecto de cláusulas que puedan implicar la pretensión administrativa de dispensa del dolo (COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación pública...*, op. cit., p. 169). En igual sentido: PETRELLA, Alejandra, “Legitimación para impugnar...”, op. cit., p. 160.

<sup>820</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad...*, op. cit., p. 56/57, especialmente nota N° 136. En igual sentido: SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 557 y ss.; POLITI, Mariana Adela, “El reclamo administrativo impropio”, en TAWIL, Guido Santiago (Director), *Derecho Procesal Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 465; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. VIII–24, DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación...*, op. cit., p. 51.

*días y denegación tácita automática (art. 91 del reglamento) con el inconveniente de que deberá respetar el plazo de interposición”.*

No obstante ello, cabe señalar que el Máximo Órgano Asesor ha resuelto que este tipo de actos solo es impugnable mediante el reclamo impropio<sup>821</sup>.

#### *5.1.4.) Excepciones al reclamo administrativo impropio*

Como hemos visto, el agotamiento de la vía administrativa de los actos administrativos de alcance general –ora normativos, ora no normativos– resulta necesario para poder cuestionarlos en sede judicial.

Sin embargo, tanto la doctrina, como la PTN y la jurisprudencia han entendido que, en ciertos supuestos, el agotamiento de la vía por medio del reclamo impropio resulta *innecesario* o, incluso, *improcedente*.

##### 5.1.4.1.) El ritualismo inútil

5.1.4.1.1.- Uno de los casos en los que se ha señalado que la interposición del reclamo impropio resulta *innecesaria* está dado por el denominado “ritualismo inútil”.

5.1.4.1.2.- La figura del “ritualismo inútil” inicialmente fue concebida para excepcionar al administrado de interponer el *reclamo administrativo previo* a la demanda judicial mencionada en el art. 30 de la LNPA.

Cabe recordar que, previo a la derogación legal de aquella figura, el art. 32, inc. “e” de la LNPA expresamente establecía que el reclamo administrativo previo sería innecesario cuando “*mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil*”.

Si bien “el ritualismo inútil” fue derogado por la Ley N° 25.344, lo cierto es que tanto

---

<sup>821</sup> Dictámenes 274:64; 210:137.

la doctrina<sup>822</sup> como los tribunales federales sostienen que aquella figura mantiene toda su validez y vigencia.

Sin perjuicio de los diversos precedentes jurisprudenciales que existen sobre la materia<sup>823</sup>, resulta insoslayable hacer mención al plenario “Córdoba”, donde la Cámara sostuvo que *“es doctrina legal obligatoria para el fuero Contencioso Administrativo Federal de la Capital que el “ritualismo inútil” traduce un principio jurídico que subsiste como tal no obstante haber sido normativamente suprimido por la reforma que la ley 25.44 (art. 12) introdujo al art. 32 inc. “e” de la LNPA respecto al reclamo administrativo previo”*<sup>824</sup>.

De ese modo, entonces, es posible afirmar que, a nivel federal, existe una *ultraactividad* del ritualismo inútil.

5.1.4.1.3.- Finalmente, y en lo que aquí interesa, cabe señalar que la jurisprudencia y la doctrina<sup>825</sup> también han destacado la innecesariedad de articular el reclamo impropio cuando ello constituye un “ritualismo inútil”.

La cámara del fuero señaló que *“la exigencia de la previa interposición de un reclamo administrativo impropio en los términos del art. 24, inc. a), de la ley 19.549, no sería imprescindible cuando ello importe un inconducente y excesivo rigor formal, dilatorio de*

---

<sup>822</sup> MAIRAL, Héctor - HUTCHINSON, Tomás - BIANCHI, Alberto - MONTI, Laura, *La reforma de la ley 25.344 y las garantías del administrado*, LL Actualidad del 15 y 20/11/2001; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 789; CANOSA, Armando, *Procedimiento Administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 279 y ss.; IVANEGA, Miriam M., “Consideraciones acerca del reclamo administrativo previo y la excepción del ritualismo inútil”, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1999, p. 154; FANELLI EVANS, Agustina, “Ritualismo inútil. Un límite constitucional a la regla del previo agotamiento de la vía administrativa”, RAP 334:28; entre otros.

<sup>823</sup> Ver, entre otros fallos: CNACAF, Sala III, 03/06/2014, “G., S. y otros c/ EN - Ministerio de Educación - Ley 25053 y otro s/ empleo público”; CNACAF, Sala I, 15/03/2001, “Young, Silvia Norma y otros c/ E.N. y otro s/ proceso de conocimiento”; CNACAF, Sala II, 23/10/2001, “Castillo, Carlos A. y otros c/ Dirección General de Fabricaciones Militares s/ empleo público”; CNACAF, Sala IV, 30/10/2001, “Bejarano, Nicanor Norberto y otro c/ D.G.F.M. s/ empleo público”.

<sup>824</sup> CNACAF, en pleno, 18/05/2011, “Córdoba Salvador y otros c/ EN - Dirección General de Fabricaciones Militares s/ Empleo Público”.

<sup>825</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 297 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Impugnación administrativa...”, op. cit., p. 88; AGUILAR VALDEZ, Oscar R. – STUPENENGO, Juan Antonio, “Impugnación judicial de actos administrativos. Comentarios a los arts. 23/27 de la LNPA” en AA.VV. *Legislación usual: derecho administrativo*, CICERO, Nidia –Directora-, La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo 1, p. 392; DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación...*, op. cit., p. 67.



*la defensa en juicio garantizada en el art. 18 de la Constitución Nacional*”<sup>826</sup>.

#### 5.1.4.2.) El caso de los reglamentos de necesidad y urgencia y los reglamentos delegados

Como hemos visto a lo largo de los distintos argumentos que justifican nuestra tesis, el resultado de la función administrativa es el acto administrativo en sentido *amplio* o *genérico*, lo que implica que se incluyen dentro de su concepto tanto a los actos administrativos de alcance *particular* (individuales, pluriindividuales o plúrimos) los de *generales* (normativos –v.gr.: reglamentos– o no normativos), como a los de formación *unilateral* o *bilateral*.

En lo que aquí interesa se advierte, entonces, que todos los reglamentos, cualquiera sea la clase de la que se trate (v.gr.: autónomos, delegados, ejecutivos y de necesidad y urgencia), son una especie del género acto administrativo, pues son producto de la función administrativa (por oposición a la legislativa).

##### 5.1.4.2.1.) Postura actual de la Procuración del Tesoro de la Nación

Actualmente, y apartándose de su postura tradicional, de diversos dictámenes de la PTN y de algunos precedentes jurisprudenciales se extrae que el régimen de impugnación –al menos, en forma directa– previsto en la LNPA y su reglamentación resulta *improcedente* para los llamados “reglamentos de necesidad y urgencia” y “reglamentos delegados”, pues entienden que se trata de procesos institucionales o políticos y no administrativos<sup>827</sup>.

---

<sup>826</sup> CNACAF, Sala IV, 10/12/1996, “Caplan, Ariel Rolando c/ Telefónica de Argentina S.A. y otros s/ amp. proc. sumarísimo (art. 321 inc. 2 C.P.C.C.N.)”. Ver, también: CNACAF, Sala IV, 20/07/06, “Bilbao Julia Liliana y otro c/ EN -Mº Interior PFA -dto. 2744 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg”; CNACAF, Sala IV, 17/10/97, “Consumidores libres -Coop. Itda. de previsión de serv. c/ Telefónica de Argentina y otro s/ amp. proc. Sumarísimo”; CNACAF, Sala IV, 18/07/95, “Díaz, Ramona”, entre muchos otros.

<sup>827</sup> Dictámenes 236:138; 232:252; 232:250; 199:97; 177:76, entre muchos otros.

Así, el Máximo Órgano Asesor sostuvo que *“el sistema de recursos y reclamos, previstos para los procedimientos administrativos, no puede ser utilizado para atacar actos de naturaleza legislativa, como lo son los reglamentos de necesidad y urgencia”*<sup>828</sup>. Para arribar a tal conclusión, tuvo especialmente en cuenta que *“los decretos de necesidad y urgencia revisten naturaleza legislativa... por tratarse del ejercicio de una competencia de naturaleza legislativa”*<sup>829</sup>.

Del mismo modo, y en relación con los reglamentos delegados, la PTN entendió que *“los actos dictados por el Poder Ejecutivo como consecuencia de una delegación legislativa tienen el mismo valor y la misma jerarquía normativa que las leyes”*, razón por la cual *“no son actos administrativos y, por lo tanto, no son impugnables en sede administrativa por la vía de los recursos previstos en la ley 19.549 y su reglamento”*<sup>830</sup>.

5.1.4.2.2.) La jurisprudencia de la Cámara del Fuero Contencioso Administrativo: la doctrina “Fernández” y “Luaces”, entre otros

La Cámara del Fuero Contencioso Administrativo, a partir de los precedentes “Fernández” y “Luaces” (ambos del año 2000), pareciera haber consolidado la doctrina según la cual, dada la sustancia legislativa de los decretos de necesidad y urgencia, su impugnación administrativa no es aplicable y que, por tanto, deben ser impugnados igual que una ley, es decir, directamente.

Así, en el caso “Fernández”, la sala IV de la Cámara del fuero sostuvo, en lo que aquí interesa, que *“las disposiciones contenidas en el art. 24 de la ley de procedimientos*

---

De esa manera, la PTN se apartó de su tradicional doctrina en la que había sostenido, como anticipáramos en las páginas anteriores, que *“los reglamentos de necesidad y urgencia son actos emanados del Poder Ejecutivo de jure y en virtud de ello no es una ley porque el Poder Ejecutivo no dicta leyes; constituye un mero reglamento (acto administrativo) de contenido legislativo”* (Dictámenes 207:272; 198:124; 86:221; 121:93, entre otros)

<sup>828</sup> Dictámenes 248:486; 211:171.

<sup>829</sup> Dictamen 236:273. La sustancia legislativa de los decretos de necesidad y urgencia fue reiterada en diversos dictámenes: Dictámenes 177:76; 225:209; 237:341; 238:140; 238:427; 241:321; 242:438; 242:504; 243:89; 244:673; 246:617). Ampliar en: FANELLI EVANS, María A., “Los decretos de necesidad y urgencia y el agotamiento de la vía administrativa”, REDA 2006-55-194.

<sup>830</sup> Dictamen 199:97.

*administrativos se refieren a las vías de impugnación de los actos que traducen el ejercicio de actividad meramente reglamentaria” y que, por consiguiente, “los mecanismos de impugnación allí previstos no pueden ser considerados para cuestionar los decretos de necesidad y urgencia, que emanan de una facultad conferida constitucionalmente al Poder Ejecutivo, en la reforma de 1994, la que no pudo ser considerada por los autores de la ley 19.549”, razón por la cual “tampoco le es aplicable a estos decretos el plazo de caducidad para iniciar la acción previsto en el art. 25 de la ley citada”<sup>831</sup>.*

En similar sentido, en “Luaces”, la misma Sala, tras destacar que se estaba ante la impugnación judicial de un DNU y que no se requería el agotamiento de la instancia administrativa, precisó que “*al igual que cuando se intenta obtener la declaración de inconstitucionalidad de una ley, basta acudir directamente a la instancia judicial*”<sup>832</sup>.

#### 5.1.4.2.3.) La opinión de la doctrina

Un sector de la doctrina, por su parte, pareciera entender que la interposición del reclamo impropio contra los reglamentos de necesidad y urgencia y los delegados no es ni *improcedente* –postura de la PTN y la jurisprudencia mencionada– ni *obligatoria* para agotar la vía administrativa sino, antes bien, *optativa*<sup>833</sup>, lo que la haría *innecesaria*.

---

<sup>831</sup> CNACAF, Sala IV, 9/2/2000, “Fernández, Horacio Ezequiel v. Poder Ejecutivo Nacional- Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/ dec. 290/1995, Empleo público”. En el caso, el actor había interpuesto una demanda tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad del DNU N° 290/1995 y, con ello, la restitución de los montos retenidos de sus haberes en virtud de aquel decreto. En las referidas actuaciones se debatía si resultaba de aplicación al DNU el plazo de caducidad previsto en el art. 25 de la LNPA. Un análisis del fallo puede verse en: SACRISTÁN, Estela B., “Impugnación administrativa de los reglamentos...”, op. cit., p. 320.

<sup>832</sup> CCNACAF, Sala IV, 04/05/2000, “Luaces, Roberto Jorge v. Poder Ejecutivo nacional. Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos, dec. 290/1995 y otro s/empleo público”. En igual sentido: CNACAF, Sala III, 27/05/2005, “Colbún SA v. Res. 2687/2002, 2773/2002, 2796/2003, 2812/2003 Enargas”.

<sup>833</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, “El control jurisdiccional...”, op. cit., especialmente nota 12; AGUILAR VALDÉS, Oscar, “Análisis y comentarios al art. 24 de la LNPA”, op. cit., p. 566; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, 459 y ss.; CANOSA, Armando, *Procedimiento Administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 321/322; MURATORIO, Jorge I., “Impugnación de reglamentos...”, op. cit., p. 385; CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *La delegación legislativa y el Estado regulatorio...*, op. cit., p. 243, entre otros.

Sobre la cuestión, GORDILLO señaló que “*se interpreta uniformemente que al elegir el Poder Ejecutivo la vía formal del decreto de necesidad y urgencia, asume —bien o mal— una potestad legislativa. En esa medida, no puede invocar limitación alguna a su impugnación judicial, sea en razón del tiempo (o*

#### 5.1.4.2.4.) Nuestra postura

5.1.4.2.4.1.- Desde nuestro punto de vista, si según el criterio mixto para delimitar las funciones jurídicas del Estado, la mayor parte de la actividad que desarrolla el Poder Ejecutivo<sup>834</sup> es función administrativa, los *reglamentos de necesidad y urgencia* y los *reglamentos delegados* –al igual que los reglamentos autónomos y los ejecutivos– *son producto de la función administrativa* y no, como actualmente sostiene la PTN, función legislativa pues, como vimos antes, el régimen jurídico es sustancialmente diferente.

Así, pues, si aquellos reglamentos son producto de la *función administrativa* habrán de estar sometidos al régimen jurídico propio de ella, lo que incluye, naturalmente, el agotamiento de la vía administrativa, ora de manera directa, ora de manera indirecta<sup>835</sup>.

De ese modo, creemos que, al igual que lo ha señalado el profesor COMADIRA, los reglamentos de necesidad y urgencia son susceptibles de impugnación por la vía del reclamo mientras no hayan sido ratificados expresamente por el Congreso, porque, más allá de la fuerza de ley que les resulta inherente, en tanto aquel no se manifieste “*nada impide que el Poder Ejecutivo los derogue, de oficio o a pedido de parte, mediante el dictado de otro reglamento del mismo nivel jerárquico normativo*”<sup>836</sup>.

Igual conclusión corresponde sentar, asimismo, en relación con los reglamentos delegados, cuya vigencia, en ausencia de norma del Congreso expresamente ratificatoria,

---

*hay plazo para impugnar una ley) o del previo agotamiento de la vía administrativa. Tampoco es procedente, por ello, su impugnación administrativa”* (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. VII-36)

<sup>834</sup> Es que, como vimos, no serán producto de la función administrativa los actos institucionales –producto de la función política o gubernamental– y los regidos parcialmente por el derecho privado, por cuanto su objeto mismo se rige por normas de derecho privado –estos últimos son producto de lo que se ha denominado función administrativa impropia–.

<sup>835</sup> En la misma línea: DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación...*, op. cit., p. 49/54; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 298 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Impugnación administrativa...”, op. cit., p. 89.

<sup>836</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1408. En igual sentido: MONTI, Laura M., “El agotamiento de la instancia...”, op. cit., p. 214; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 298 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Impugnación administrativa...”, op. cit., p. 86 y ss.; SACRISTÁN, Estela B., “Impugnación administrativa de los reglamentos...”, op. cit., p. 334; CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *La delegación legislativa y el Estado regulatorio...*, op. cit., p. 244, entre otros.

se mantiene mientras el Poder Ejecutivo no decida, de oficio o a pedido de parte, derogarlos.

5.1.4.2.4.2.- Asimismo, el actual criterio de la PTN según el cual “*la impugnación de los reglamentos de necesidad y urgencia (...) no requiere del agotamiento de la vía administrativa, sino que, por el contrario, al igual que cuando se intenta obtener la inconstitucionalidad de una ley, basta acudir directamente a la instancia judicial (...) en razón de tratarse de actos formalmente administrativos, pero de sustancia legislativa*”<sup>837</sup>, es susceptible de las mismas objeciones que hemos hecho al pensamiento del profesor MARIENHOFF en el punto N° 3.4.2. del Capítulo I.

Como allí dijéramos, en la inteligencia del citado jurista, afirmar que los reglamentos de necesidad y urgencia y los delegados –al igual que los autónomos y los de ejecución– son “formalmente administrativos”, implica que son emitidos de acuerdo con un *procedimiento administrativo*.

Sin embargo, si el procedimiento administrativo no es otra cosa más que el cauce formal de la función administrativa, y el resultado de la función administrativa es el acto administrativo (así como el de la función legislativa es la ley y el de la función judicial la sentencia), no resulta razonable afirmar que los DNU o los reglamentos delegados son el producto de un procedimiento de naturaleza administrativa pero no tienen naturaleza de “actos administrativos”, sino de “actos legislativos”.

5.1.4.2.4.3.- No se nos escapa que si bien una primera lectura de la doctrina de la PTN y de la jurisprudencia de la Cámara del fuero podría llevar a considerar que la improcedencia del agotamiento de la vía en los reglamentos mencionados resulta más beneficiosa para el particular, por cuanto lo exime de transitar el *iter* administrativo impugnatorio, pero, no obstante, lo cierto es que no puede soslayarse el hecho de que el procedimiento administrativo impugnatorio se caracteriza, entre otras cosas, por el principio del formalismo moderado y la gratuidad, lo que, en principio, es inconcebible

---

<sup>837</sup> Ver dictámenes citados en la nota N° 829.

en el marco del proceso contencioso<sup>838</sup>.

Así, pues, y como lo hemos adelantado en el Capítulo III, punto N° 3.2. (especialmente punto N° 3.2.2.), en esta oportunidad únicamente diremos que el agotamiento de la vía administrativa no debe ser entendida únicamente como *prerrogativa* sino, también, como *garantía*<sup>839</sup>, pues, en el caso de la impugnación de aquel tipo de actos, y al igual que lo que sucede con todo el procedimiento administrativo impugnatorio (salvo contadas excepciones cuya constitucionalidad ha si cuestionada<sup>840</sup>) se caracteriza, entre otras cosas, por el principio del formalismo moderado<sup>841</sup> y la gratuidad<sup>842</sup>, lo que, en principio, es inconcebible en el marco del proceso contencioso.

*En otras palabras: si bien se podría considerar que la improcedencia del agotamiento de la vía en los reglamentos de necesidad y urgencia y los reglamentos delegados resulta más beneficiosa para el particular, lo cierto es que ello no necesariamente es así pues, mediante la impugnación administrativa, cuya gratuidad se impone como derivación del principio del formalismo moderado, los afectados por la medida, en caso de que la administración resuelva a favor de su pretensión anulatoria, no estarían forzados a afrontar un pleito contencioso-administrativo para defenderse (y abonar los honorarios de su letrado).*

En tal sentido, cabe tener en cuenta que, como mencionáramos en diversas oportunidades a lo largo de este trabajo, e independientemente de la actual postura de la PTN, ese Máximo Órgano Asesor tradicionalmente había sostenido que “*los reglamentos de necesidad y urgencia son actos emanados del Poder Ejecutivo de jure y en virtud de ello no es una ley porque el Poder Ejecutivo no dicta leyes; constituye un mero reglamento (acto administrativo) de contenido legislativo*”<sup>843</sup>.

5.1.4.2.4.4.- De todos modos, e independientemente de lo expuesto, cabe apuntar, en

---

<sup>838</sup> En igual sentido: DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación...*, op. cit., p. 51.

<sup>839</sup> Ver lo expuesto en la nota N° 173.

<sup>840</sup> Ver lo expuesto en la nota N° 174.

<sup>841</sup> Ver lo expuesto en la nota N° 175.

<sup>842</sup> Ver lo expuesto en la nota N° 176.

<sup>843</sup> Dictámenes 207:272; 198:124; 86:221; 121:93, entre otros.

primer lugar, que si bien según nuestro criterio para requerir la *nulidad judicial* de un reglamento de necesidad y urgencia o un delegado (al igual que cualquier otra clase de reglamento) resulta necesario, en principio, agotar la vía administrativa, en el Capítulo XII veremos que quienes vean amenazados en forma cierta e inminente sus derechos subjetivos, podrían requerir *la suspensión de los efectos* del reglamento durante el trámite administrativo, es decir, durante el agotamiento de la vía administrativa o incluso cuando, habiéndosela agotado, se interpuso un recurso o reclamo administrativo optativo, a través de lo que se denomina *medida cautelar autónoma*.

En segundo término, y tal como se expondrá en el Capítulo XIII, la *nulidad judicial* también podrá ser requerida sin el previo agotamiento de la vía administrativa en aquellos supuestos en los que estén dados los requisitos que habilitan acudir a la vía del amparo del art. 43 de la Constitución de la Nación, incluso de manera *directa* (esto es, sin necesidad de que exista un acto administrativo particular de aplicación) para el supuesto de los reglamentos de necesidad y urgencia y los delegados, tal como sostiene la mayoría de la doctrina (ver punto N° 2.2. del Capítulo XIII).

Por último, y como también veremos en el Capítulo XIII, cuando se impugna cualquier reglamento por la vía de amparo, de la jurisprudencia de la CSJN es posible concluir que si con su dictado se afectan derechos humanos como la vida o la salud, aquellos, además de poder ser impugnados judicialmente de forma *indirecta* o *directa* (es decir, como dijimos, antes de que exista un acto de aplicación), tampoco requieren el previo agotamiento de la vía administrativa.

5.1.4.2.4.5.- Finalmente, y como adelantáramos en el punto N° 3.4.3.3. del Capítulo I, e independientemente de lo expuesto en relación con el previo agotamiento de la vía administrativa para la impugnación judicial de los DNU, si bien podría sostenerse que por estar sometidos al control legislativo –al igual que los están, como veremos, los reglamentos delegados– se trata de una norma con sustancia legislativa y, por consiguiente, producto de la *función legislativa*, lo cierto es que ello no resulta acertado.

Es que, como veremos, ante circunstancias excepcionales que requieren de respuestas urgentes no susceptibles de ser afrontadas mediante el trámite previsto por la Constitución nacional para la sanción de las leyes, el dictado de un decreto de necesidad y urgencia



constituye una facultad *propia, originaria* y, por ende, *inherente* al Poder Ejecutivo, razón por la cual el control posterior del Congreso sobre esa potestad que le es propia al Poder Ejecutivo –al menos *inicialmente*–, en modo alguno puede alterar su naturaleza *administrativa* y, por tanto, su derivación del ejercicio de la *función administrativa*.

En el caso de los reglamentos delegados, y teniendo en consideración los conceptos de función legislativa, administrativa y judicial que hemos brindado al adherir al criterio mixto para delimitar las funciones jurídicas del Estado (ver punto N° 2.3. del Capítulo I), también cabe enfatizar que son producto de la *función administrativa* pues, en definitiva, con su dictado el Poder Ejecutivo regula *per se* y con arreglo a los límites constitucionales previstos en el art. 76, actividades que le son *propias* pero que, sin embargo, por incidir sobre la esfera jurídica de los administrados requieren, para su desarrollo, de sustento normativo legal<sup>844</sup>.

Como señalaba COMADIRA, “*la delegación legislativa es procedente respecto de la regulación de actividades que aun siendo propias del Poder Ejecutivo deben, sin embargo, disciplinarse por ley formal en tanto afectan derechos individuales o bien corresponden a materias específicamente asignadas por la Constitución al Congreso*”<sup>845</sup>.

De esa manera, tanto los arts. 76 y 99, inc. 3° de la Constitución de la Nación como la Ley N° 26.122 –que regula, en lo que aquí interesa, el régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia y de delegación legislativa–, no hicieron más que reglamentar una competencia propia del Poder Ejecutivo.

#### 5.1.4.3.) Impugnación de reglamentos considerados inconstitucionales

5.1.4.3.1.- Por otra parte, la jurisprudencia ha señalado que la impugnación de un

---

<sup>844</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 267 y, más recientemente, COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 50.

<sup>845</sup> Ibidem. En igual sentido: MATA, Ismael, “Facultades reglamentarias de las autoridades reguladoras...”, op. cit., p. 97; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 548, especialmente nota N° 1195; IVANEGA, Miriam M., “Consideraciones generales acerca de los reglamentos administrativos...”, op. cit., p. 289, entre otros.

reglamento con base en su inconstitucionalidad exime al recurrente de interponer el reclamo administrativo impropio, es decir, de agotar la vía administrativa<sup>846</sup>.

Es que, según aquel criterio jurisprudencial, como la Administración no puede pronunciarse sobre la validez constitucional de las normas, pues ello le corresponde exclusivamente al Poder Judicial, exigirle al administrado transitar el *íter* administrativo previo importaría un ritualismo inútil.

5.1.4.3.2.- Sin embargo, en nuestra opinión, compartimos la postura de aquellos autores que, aunque con matices, sostienen que ante una norma que vulnera la Constitución, el Poder Ejecutivo de la Nación podría declararla inconstitucional (o inconvencional) o, en su caso, inaplicarla<sup>847</sup>.

---

<sup>846</sup> CNACAF, Sala II, 06/03/2001, “Romani Hugo H. c/ Secretaría de Turismo de la Nación”; CNACAF, Sala II, 03/08/2000, “Aguirre Miguel Ángel y otros c/ MTySS y otro”; CNACAF, Sala II, 12/09/1996, “Cidecon Internacional S.A. y Clarewood S.A.”

<sup>847</sup> Ver, aunque con matices: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 430/431; QUIROGA LAVIÉ, Humberto – BENEDETTI, Miguel Ángel – CENICACELAYA, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, Tomo I, p. 560; ALTAMIRA GIGENA, Julio, “Principios y alcances del control constitucional” en AA.VV., *Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, p. 339/346; SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 4° edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, Tomo 1, p. 240; COMADIRA, Julio Rodolfo, “La posición de la Administración pública frente a la ley inconstitucional”, REDA N° 1, Buenos Aires, mayo-agosto 1989, p. 151/165, trabajo incluido luego en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 733 y ss., y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 172 y ss.; BIDEGAIN, Carlos María, “El control de constitucionalidad y la Procuración del Tesoro”, en la revista *120 años de la Procuración del Tesoro 1863-1983*, p. 34; ÁLVAREZ, Fernando D., “La cuestión del control de constitucionalidad por la Administración pública”, en COMADIRA, Julio Pablo e IVANEGA, Miriam M., *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 20/21; CASSAGNE, Ezequiel, “El dictamen de los servicios jurídicos de la Administración”, LL 2012-D, 1340; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 3 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La Administración pública frente a la ley inconstitucional o inconvencional en el procedimiento administrativo”, en POZO GOWLAND - HALPERÍN - AGUILAR VALDEZ - LIMA - CANOSA (Directores), *Procedimiento administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 833/858; VILLARRUEL, María Susana, “La posición de la Administración frente a la ley inconstitucional”, en *El Derecho Administrativo Hoy, 16 años después*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2013, p. 415/421; SOLA, Juan V., *Control de Constitucionalidad*, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, 2002, p. 238/241, entre otros.

En contra de aquella posibilidad puede verse, entre otros: GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. VII-16, nota 41 (no obstante la actual postura del autor citado, es dable destacar que en un comienzo aquel se pronunciaba a favor del apartamiento por parte del Poder Ejecutivo de la ley inconstitucional si aquella incompatibilidad estaba razonablemente demostrada –GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2009, 10ª edición, Tomo I, g. VII-14/15, en especial nota 39); LINARES, Juan F., *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 142; GELLI, María A., *Constitución de la Nación*

Es que, en definitiva si, por un lado, la finalidad mediata e inmediata de la Administración Pública en el ejercicio de la función administrativa es, como vimos, la consecución de directa e inmediata del interés público comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad y, por otra parte, la Constitución nacional establece que ésta es superior a todas las leyes (art. 31), siendo obligación del Presidente de la Nación observarla y hacerla observar (art. 93), resulta más que razonable que, ante una norma que conculca la Constitución, el Poder Ejecutivo la declare inconstitucional o inconvencional.

Si el Poder Judicial es quien tiene reservado para sí ejercer el control de constitucionalidad en “última instancia”<sup>848</sup>, no encontramos razones suficientes para privar de aquel control a anteriores instancias, como ser, en el caso, la administrativa, entendiéndose, claro está, que la revisión final de esa decisión la tendrá el Poder Judicial<sup>849</sup>.

---

*Argentina. Comentada y concordada.* 4ª edición ampliada y actualizada, La ley, Buenos Aires, 2009, Tomo 2, p. 361 y ss.; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, “La jefatura administrativa del presidente de la Nación”, en PÉREZ GUILHOU y otros, *Atribuciones del presidente argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 233; SORIA, Daniel F., “Las vías administrativas previas en el contencioso federal”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho procesal administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, Tomo 1, p. 836; RENNELLA, María Paula, “Facultades del Poder Ejecutivo ante una ley inconstitucional: vigencia de la doctrina de la Procuración del Tesoro”, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Elementos de Derecho Administrativo*, Colección de Análisis Jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 45; entre muchos otros.

La Procuración del Tesoro de la Nación, por su parte, originariamente entendía que el Poder Ejecutivo debía cumplir con la ley, aun en el caso de que aquella contrariara la Constitución nacional (Dictámenes 72:137; 64:100; 67:189; 70:118; 156:450). Sin embargo, posteriormente, el Máximo Órgano Asesor cambió su postura y, por tanto, aceptó la posibilidad de que la Administración declarara la inconstitucionalidad de las normas cuando la ley fuera manifiestamente inconstitucional, hubiesen sentencias de la Corte Suprema declarando la inconstitucionalidad de la norma legal, la norma analizada resultase violatoria de facultades propias del Poder Ejecutivo, mediase una tendencia jurisprudencial emanada de tribunales inferiores contraria a la validez constitucional de la ley (ver, entre otros asesoramientos, los Dictámenes: 84:102; 101:87; 114:45; 159:83; 168:282; 176:116; 186:140; 242:626; 251:339 y, más recientemente, Dictámenes 309:253).

<sup>848</sup> C.S.J.N., 08/11/1967, “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal, S.A. c/ provincia de Salta”, Fallos: 269:243, especialmente considerando N° 6 donde expresamente se dijo que “...el Poder Judicial es, en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo...”.

<sup>849</sup> Al respecto, cabe señalar que el Poder Ejecutivo no sería el único órgano estatal que, además del Poder Judicial, podría ejercer un control de constitucionalidad de las normas.

Como bien han señalado CASTRO VIDELA, ALFONSO SANTIAGO y VERAMENDI, pareciera ser que el Poder Legislativo también ejercería aquel control cuando, por ejemplo, en el marco de la Ley N° 26.122 a la que nos referiremos más adelante, se expide sobre la validez de un reglamento delegado, de necesidad y urgencia o un decreto de promulgación parcial de leyes. Es que, como señalan aquellos autores, “*corresponde afirmar que tal como ha quedado diseñado por esa ley complementaria, lo que realizan ambas Cámaras del Congreso, contando con el dictamen previo de la Comisión Bicameral Permanente, es, en buena medida, un control de constitucionalidad de la legitimidad de origen de algunos actos*”.

Parecería poco prudente pretender que el Poder Ejecutivo sea un simple aparato de ejecución automática de las normas y, por ello, sostenemos que ante una norma intrínsecamente inconstitucional o inconvencional, el poder administrador está jurídicamente legitimado y obligado a declarar su inconstitucionalidad –o, lo que es lo mismo, inaplicarla por aquella razón–, toda vez que, en definitiva, con ello no se hace más que cumplir con la Constitución nacional y con los derechos y garantías que de allí emergen.

En nuestra opinión, y al igual que lo ha sostenido la doctrina, para que la declaración de inconstitucionalidad o inconvencionalidad sea viable, creemos que la decisión de “declarar” o “inaplicar” la ley presuntamente inconstitucional o inconvencional debería emanar de la máxima autoridad del Poder Ejecutivo o, al menos, contar con su autorización expresa quien, además, coherentemente con la gravedad institucional de la medida autorizada o adoptada, debería remitir al Poder Legislativo el correspondiente proyecto derogatorio<sup>850</sup>.

Asimismo, y aun para el hipotético caso en el que la inconstitucionalidad hubiera sido declarada previamente por la CSJN o resulte de una reiterada doctrina judicial sentada por instancias anteriores, consideramos prudente que, previo al dictado del acto administrativo respectivo, tome intervención la PTN para que, en su carácter de máximo órgano asesor, se expida sobre la constitucionalidad o inconvencionalidad de la norma cuestionada<sup>851</sup>.

*Por ello, en definitiva, y teniendo en consideración que, como dijimos, el Derecho Administrativo es Derecho Constitucional y Convencional concretizado, entendemos que el Poder Ejecutivo debe efectuar un control de constitucionalidad o convencionalidad y, en consecuencia, ante una norma que vulnera la Constitución o la Convención Americana de los Derechos Humanos, declararla inconstitucional (o inconvencional) o, en su caso, inaplicarla, en los términos expuestos*

---

*normativos del presidente”* (SANTIAGO, Alfonso (h)– VERAMENDI, Enrique – CASTRO VIDELA, Santiago M., *El control del Congreso...*, op. cit., p. 203).

<sup>850</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 172 y ss.

<sup>851</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 172 y ss.

#### 5.1.4.4.) Impugnación por vía de amparo. Remisión

Finalmente, cabe apuntar que tampoco sería exigible la interposición del reclamo impropio cuando estén dados los requisitos que habilitan acudir a la vía del amparo del art. 43 de la Constitución de la Nación.

En tal sentido, y toda vez que la impugnación de los actos administrativos de alcance general mediante aquel proceso será analizada en el Capítulo XIII del presente trabajo, allí nos remitimos.

#### 5.1.4.5.) Consecuencias derivadas de la articulación del reclamo innecesario, pero procedente

5.1.4.5.1.- De lo visto en los puntos que anteceden surge que la interposición del reclamo administrativo impropio podría ser: a) *innecesario, pero procedente*; b) *improcedente*.

La distinción, por cierto, no está desprovista de consecuencias prácticas pues, como bien ha recordado la doctrina autorizada en la materia, “*el empleo de un mecanismo de impugnación innecesario pero procedente tiene virtualidad interruptiva de los plazos para interponer la demanda judicial de nulidad; mientras que, por el contrario, la impugnación improcedente no surte ningún efecto en los plazos para acudir a la justicia, de modo que bien puede ocurrir que una vez rechazada la impugnación improcedente en la instancia administrativa, no sea factible el cuestionamiento judicial por haber operado el plazo de caducidad o prescripción, según corresponda*”<sup>852</sup>.

5.1.4.5.2.- Por nuestra parte, creemos que las conclusiones arribadas por la jurisprudencia en materia de reclamo administrativo previo, resultan de aplicación analógica al reclamo administrativo impropio.

---

<sup>852</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 299 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Impugnación administrativa...”, op. cit., p 89/90.

La jurisprudencia del fuero ha señalado que la interposición de un reclamo administrativo ante el órgano competente, aun cuando aquél fuese innecesario por aplicación de las disposiciones del art. 32 de la ley, pero no inoficioso por ser una articulación posible del administrado no prohibida por el ordenamiento procedimental, produce la suspensión de los plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción en los términos de la norma comentada, razón por la cual, en tanto las actuaciones administrativas –practicadas con intervención de autoridad competente– continúen, el plazo de la prescripción sigue suspendido<sup>853</sup>.

La CSJN, por su parte, en diversos pronunciamientos recientes parece haber adoptado, aunque no de manera tan explícita, el criterio sentado por la Cámara del fuero<sup>854</sup>.

Es que, en definitiva, y tal como recuerdo COMADIRA, “*si el particular tiene, pues, el derecho de peticionar y la Administración, el deber de resolver, ¿por qué, entonces, el ejercicio no irrazonable de ese derecho no habrá de generar el efecto suspensivo previsto por la norma?*”<sup>855</sup>.

#### *5.1.5.) Efectos de la decisión administrativa que acoge favorablemente el reclamo impropio*

Finalmente, cabe señalar que la doctrina ha entendido, en criterio que compartimos, que si la Administración hiciera lugar a la impugnación del acto administrativo general, ya sea por vía directa o indirecta y, en su caso, con fundamento en razones de ilegitimidad o de oportunidad, mérito o conveniencia, deberá extinguir –anular o revocar, respectivamente– el acto impugnado con efectos generales, es decir *erga omnes*,

---

<sup>853</sup> CNACAF, Sala IV, 17/11/1998, “Gallardo”; CNACAF, Sala I, 24/08/04, “Legumbres SACFIA”). Ampliar en: CANDA, Fabián, *La incidencia...*, op. cit., p. 103 y ss. Ver, también, GORDILLO, Agustín *Tratado...*, op. cit., Tomo 4, p. XII-25/26; COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1176 y ss.

<sup>854</sup> CSJN, 10/02/2015, “Formosa, Provincia de c. Tecnicagua S.A. y otros (Estado Nacional) y otros s/ cobro de sumas de dinero”, no publicado en *fallos*; CSJN, 10/02/2015, “Santiago del Estero, Provincia de c/ Estado Nacional y otros s/ Cobro de pesos”, no publicado en *fallos*; CSJN, 24/11/2015, “Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos 3381389. Un estudio profundo sobre la cuestión puede verse en: GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Influencia sobre el plazo de prescripción del sistema de habilitación de instancia en el contencioso administrativo”, LL 2016-F, 755.

<sup>855</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 96

derivados de la extinción del reglamento y no solo respecto del impugnante<sup>856</sup>.

### 5.2.) Legitimación: derecho subjetivo e interés legítimo. Derechos de incidencia colectiva

En el punto anterior hemos visto, por un lado, que los actos administrativos de alcance individual se impugnan a través de recursos y, por otra parte, que los de alcance general se pueden impugnar de dos maneras: directamente, por medio del reclamo impropio, indirectamente, por medio de recursos contra el acto individual que aplica el acto general.

Ahora bien, para poder impugnar actos administrativos particulares o generales es necesario que exista una afectación de lo que la LNPA y el RLNPA denominan “derechos subjetivos” o también, en algunos supuestos, “intereses legítimos”.

Determinar cuando existe una u otra categoría resulta de trascendental importancia pues, en definitiva, el tipo de afectación –legitimación– va a definir el grado de protección.

#### *5.2.1.) Derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple: Relevancia tradicional de la distinción, teorías para distinguir cada situación jurídica.*

Como dijimos antes, en el ámbito del procedimiento administrativo nacional el punto de arranque de la protección de los particulares se ha centrado en la tradicional distinción entre el “derecho subjetivo”, el “interés legítimo” y el “interés simple”.

---

<sup>856</sup> CANOSA, Armando N., *Procedimiento administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 314; GÜIDI, Graciela, “Impugnación de reglamentos”, op. cit., p. 134; SAMMARTINO, Patricio M. E., “Impugnación de actos...”, op. cit.; DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación...*, op. cit., p. 111; ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Acto administrativo*, Advocatus, Córdoba, 2008, p. 252; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “La impugnación de reglamentos en protección de derechos económicos, sociales y culturales”, en AA.VV., *El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo. A 200 años de la Declaración de la Independencia. En homenaje al Prof. Julio Rodolfo Comadira, 25 años del MDA*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2017, p. 134/135, entre otros.



Con el fin de delimitar y distinguir cada una de aquellas tres categorías, la doctrina expuso diversos criterios cuyo análisis en profundidad excedería sin duda los parámetros propuestos para el desarrollo de esta tesis, razón por la cual nos remitimos para su estudio a los diversos y enjundiosos estudios efectuados por quienes estudiaron en profundidad la cuestión<sup>857</sup>.

No obstante ello, y toda vez que, como se mencionó previamente, la discusión lejos está de ser una cuestión abstracta desprovista de consecuencias prácticas –más aún si se toma en cuenta cuáles eran las implicancias que tradicionalmente se derivaban de una y otra situación jurídica–, en esta ocasión solo hemos de mencionar, aunque muy someramente, cuál fue la relevancia tradicional de aquella distinción y las distintas posturas asumidas por la doctrina nacional para, luego de ello, dar nuestra opinión sobre el tema.

#### 5.2.1.1.) Concepción tradicional

Tradicionalmente, especialmente en el derecho italiano<sup>858</sup>, se decía que quien tenía un *derecho subjetivo* podía requerir su protección tanto en sede administrativa como judicial y requerir, además de la nulidad del acto, la indemnización de los daños y perjuicios experimentados.

Por otra parte, quienes ostentaban un *interés legítimo* solo tendrían protección en sede administrativa, pudiendo únicamente requerir la anulación del acto y estando

---

<sup>857</sup> Un pormenorizado análisis de los distintos criterios puede verse en: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 337 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La situación jurídica subjetiva de los oferentes, autoexcluidos y terceros en los procedimientos de selección contractual y durante la ejecución y extinción de los contratos”, en AA.VV., *Derechos, Garantías y Potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2014, p. 271. Ver, también, CANDA, Fabián Omar, “La legitimación en el procedimiento administrativo nacional”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Procedimiento y Proceso Administrativo*, LexisNexis Abeledo-Perrot UCA, Buenos Aires, 2005, p. 131 y ss.

<sup>858</sup> Como advierten los autores citados en la nota que antecede, el estudio más acabado acerca de la distinción entre el “derecho subjetivo”, “interés legítimo” e “interés simple”, fue realizado en el derecho italiano –de donde proviene– y obedece, en aquella realidad jurídica, a razones de orden práctico. En aquel derecho peninsular quien cuenta con un “derecho subjetivo” puede acceder a los *tribunales judiciales* mientras que, el que ostenta un “interés legítimo”, debe recurrir a los *tribunales administrativos*.

solamente habilitados para acceder a la justicia solo si una norma los autorizaba; pero en ningún caso solicitando indemnización.

Finalmente, el *interés simple* importa un interés vago, impreciso, que le asiste a todo administrado en el cumplimiento general de la legalidad y que se traduciría, en la práctica, en la imposibilidad de ser parte en un procedimiento administrativo, de modo tal que su actuación quedaría limitada a la posibilidad de formular denuncias.

#### 5.2.1.2.) Criterios de distinción

Como se ve, la concepción tradicional de las diferentes situaciones jurídicas de los administrados lejos está de ser baladí, pues, en definitiva, afirmar que un particular tiene derechos subjetivos importa, además de tener la posibilidad de impugnar el acto en sede administrativa, reconocerle también el derecho de acudir a la justicia mientras que, por el contrario, el titular de un interés legítimo solo podría impugnarlo, en principio, en sede administrativa.

Veamos, entonces, cuáles son los distintos criterios expuestos por la doctrina para diferenciar cuando se está ante una u otra categoría.

##### 5.2.1.2.1.) Teoría de la exclusividad y la concurrencia

La primera de las teorías, quizás la más arraigada en nuestro derecho, es aquella según la cual el administrado será titular de un *derecho subjetivo* cuando la conducta le es debida por la Administración en una situación de *exclusividad* respecto de otros particulares mientras que, si la misma conducta le es debida en *concurrencia* con otros, se está ante un *interés legítimo*.

Esta es la postura que actualmente pareciera seguir la PTN<sup>859</sup> y que también han

---

<sup>859</sup> Dictámenes 302:180, 201:179; 197:129, entre otros.

adoptado, entre otros autores, ESCOLA<sup>860</sup>, HUTCHINSON<sup>861</sup>, FIORINI<sup>862</sup>, PEARSON<sup>863</sup> y GORDILLO<sup>864</sup>, aunque, este último, en la edición más reciente de su obra pareciera dejar abierta la necesidad de rever aquella distinción<sup>865</sup>.

#### 5.2.1.2.2.) Teoría de las normas de acción y relación

Otra postura doctrinaria –como sería el caso de MARIENHOFF<sup>866</sup> en nuestro país, o GUICCIARDI en el derecho italiano–, entiende que las normas administrativas puedan clasificarse en *normas de acción* y *normas de relación*.

Las primeras son las que crean vínculos jurídicos entre la Administración y el particular y, por tanto, dan origen a un *derecho subjetivo*; las segundas, por su parte, al regular la conducta y actuación de la Administración y, por tanto, tutelar el interés público y generan un *interés simple*, salvo que el particular esté en una situación de especial sujeción de hecho respecto del acto administrativo, en cuyo caso tiene un *interés legítimo*.

#### 5.2.1.2.3.) Teoría del caso concreto

Una tercera alternativa surge de la doctrina de autores como MAIRAL, para quien se debe evaluar –aunque siguiendo la orientación de la teoría de las normas de acción y de relación– si es conveniente desde el punto de vista de los interés y valores en juego, en el

---

<sup>860</sup> ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado general...*, op. cit., p. 184.

<sup>861</sup> HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit. p. 219 y ss. Ampliar, del mismo autor, en: Ampliar en la obra del mismo autor: HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal...*, op. cit., Tomo II, p. 250 y ss.

<sup>862</sup> FIORINI, Bartolomé A., *¿Qué es el contencioso?*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 60.

<sup>863</sup> PEARSON, Marcelo M., *Manual...*, op. cit., p. 51/52.

<sup>864</sup> GORDILLO, Agustín, *Procedimiento y recursos administrativos*, 2ª edición corregida y aumentada, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1971, p. 107/108.

<sup>865</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del administrado*, Octava edición, Buenos Aires, 2006, Tomo 2, p. IV-1.

<sup>866</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, , cuarta edición actualizada, Buenos Aires, 1998, Tomo V, p. 2556.

caso concreto, que el particular pueda acceder a un tribunal judicial<sup>867</sup>.

#### 5.2.1.2.4.) Teoría de la utilidad sustancial y procesal o instrumental

Desde otro punto de vista, se distingue dentro del genérico marco de la legalidad administrativa, las normas que confieren una garantía de *utilidad sustancial* al sujeto titular, y aquellas que solo le otorgan una *utilidad meramente instrumental o procesal*<sup>868</sup>.

Así, cuando la norma garantiza una utilidad sustancial directa e inmediata, de modo que alguien pueda exigir no ser dañado por la Administración o reclamar un hacer de ésta, se tiene un *derecho subjetivo*; en cambio, si la norma asegura una utilidad instrumental o formal, su vulneración podría afectar un interés individual. Se está ante un *interés legítimo*.

#### 5.2.1.2.5.) Nuestra postura: teoría del derecho a qué

Por nuestra parte, ya antes<sup>869</sup> hemos señalado que somos de los que creen que aquella distinción debe superarse en el derecho argentino<sup>870</sup> y, por tanto, como señaló el profesor

---

<sup>867</sup> MAIRAL, Héctor, *Licitación pública. Protección jurídica de los oferentes*, Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 85 y ss.

<sup>868</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 222. Cabe señalar, no obstante, que, para este autor, los intereses legítimos también merecen ser tutelados judicialmente. Finalmente, el autor citado pareciera haber cambiado su criterio en su última obra *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 512 y ss.

GARCÍA PULLÉS, por su parte, también ha adherido al criterio material u objetivo para delimitar las funciones del Estado: GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 45 y ss.

<sup>869</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “Naturaleza jurídica de los contratos administrativos...”, op. cit., p. 66 y ss.

<sup>870</sup> Es que, como apuntamos en la nota N° 858, la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo puede tener razón de ser, eventualmente, en el derecho italiano donde, como dijimos, quien posee un derecho subjetivo tiene acceso a los tribunales judiciales y el que ostenta un interés legítimo a los tribunales administrativos.

Sin embargo, como señalamos en el texto, en Argentina aquella distinción debe superarse, pues la clasificación no solo es ajena a nuestro sistema jurídico sino, además, porque, en la práctica, deja desprotegidas situaciones que indudablemente merecen tutela judicial. En este punto, coincidimos con COVIELLO en cuanto señala, aunque refiriéndose a otro instituto pero cuyas conclusiones resultan de aplicación al caso, que “*estudiar y aplicar el derecho comparado tiene andamio en cuanto signifique buscar las soluciones foráneas que, ajustadas y adaptadas a nuestro derecho, y no simplemente ‘copiadas’*,”

Julio Rodolfo COMADIRA<sup>871</sup>, corresponde indagar en cada caso lo que calificada doctrina<sup>872</sup> denomina el *derecho a qué* del particular o la conducta jurídica que le es debida por la Administración, reconociéndole legitimación tanto en sede administrativa como judicial para reclamar la reparación o restablecimiento del derecho vulnerado o exigir la conducta obviada.

Así, destaca el profesor, Julio Rodolfo COMADIRA<sup>873</sup>, “...se debe reconocer legitimación toda vez que el administrado pueda exigir una determinada conducta de la Administración de dar, hacer o no hacer, sea que la conducta administrativa exigible lo sea en situación de exclusividad o de concurrencia, esté regulada por normas de acción o de relación o, en fin, se entienda que resulte de normas tuitivas de garantías sustanciales o instrumentales. Determinado un qué jurídicamente debido procede, entonces, su exigibilidad judicial”.

Es que, como bien se ha explicado, la distinción no solo ha sido concebida para sistemas jurídicos diferentes al argentino (como el italiano, en donde, como vimos recién, las diferentes situaciones jurídicas determinaban la jurisdicción competente –tribunales administrativos u ordinarios–) sino que, además, priva de protección administrativa y judicial a situaciones que indudablemente ameritan ser tuteladas.

*Por ello, en definitiva, en nuestra opinión se debería reconocer legitimación a todos aquellos que invoquen una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o*

---

*sirvan para afianzar la justicia y la paz jurídica”* (COVIELLO, Pedro J., “Dominio eminente y limitaciones a la propiedad en el derecho argentino y latinoamericano”, en AA.VV., *Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2012, p. 505 y ss., especialmente p. 522).

<sup>871</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 123. Antes en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 337 y ss., y COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 454 y ss. En igual sentido puede verse: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 337 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La situación jurídica subjetiva...”, op. cit.

<sup>872</sup> BARRA, Rodolfo C., *Principios...*, op. cit., p. 278 y, más recientemente, en BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 392 y ss.

<sup>873</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 123. Antes en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 337 y ss., y COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 454 y ss.

*intereses tutelados por el ordenamiento jurídico*<sup>874</sup>.

### 5.2.1.3.) La cuestión en el derecho positivo argentino y la jurisprudencia

5.2.1.3.1.- En línea con la postura a la que adherimos se ha englobado, además de diversos proyectos de normas regulatorias del proceso contencioso administrativo federal<sup>875</sup>, sendas normas nacionales.

Así, y a simple título ejemplificativo, a nivel nacional puede mencionarse el art. 73 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por Decreto N° 1030/2016<sup>876</sup> y el art. 66 del “Manual de procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional” aprobado por Disposición N° 62/2016<sup>877</sup>, entre otras).

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y provincial también es posible encontrar normas superadoras de las categorías antes mencionadas.

A modo de ejemplo, el art. 6° del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA dispone, en lo que aquí interesa, que “*pueden interponer la demanda quienes invoquen una afectación, lesión o desconocimiento de derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico*”.

---

<sup>874</sup> En similar sentido: MONTI, Laura, “El acceso a las actuaciones administrativas. La vista en el procedimiento administrativo” en TAWIL, Guido Santiago (Director), *Procedimiento Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 269/270.

<sup>875</sup> Ver, por ejemplo, art. 5 del *Código Contencioso Administrativo Federal* remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso en el año 1998 y que obtuviera, en 1999, la media sanción del Honorable Senado de la Nación, expresamente contemplaba que “*está legitimada para deducir las pretensiones previstas en la presente ley, toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico*”. En igual sentido se perfiló el art. 5 de la *Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo* para la Nación presentado en el año 2005 y, también, en el 2008, el cual tuvo media sanción en el Honorable Senado de la Nación y que, posteriormente, al haber perdido estado parlamentario, se lo volvió a presentar en el año 2011 y 2013. Aquella es, también, la línea que se sigue del art. 6° del proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo que tramita por Expediente S-1192/19.

<sup>876</sup> Según surge del artículo citado, en el marco de los procedimientos de selección en general, se reconoce legitimación para impugnar el dictamen de evaluación a quienes no fueron oferentes.

<sup>877</sup> De modo similar a lo expuesto en la nota que antecede, el artículo citado prevé que, en los procedimientos de etapa múltiple, los oferentes e interesados podrán impugnar el dictamen de preselección.

En igual sentido se perfila el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires<sup>878</sup> y la reciente Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza<sup>879</sup>.

5.2.1.3.2.- La jurisprudencia, por su parte, también pareciera seguir la postura a la que hemos adherido.

En el ámbito del Contencioso Administrativo Federal, por ejemplo, existen precedentes en donde se han otorgado medidas cautelares a pedido de *oferentes*<sup>880</sup> y *oferentes vencidos*<sup>881</sup> en el marco de una licitación pública o de una ejecución contractual, respectivamente.

Ciertamente, de haberse seguido otro criterio, como el de la exclusividad y concurrencia, las tutelas cautelares deberían haberse rechazado pues, como vimos, los oferentes vencidos estarían en una situación de *concurrentia* y, por tanto, impedidos de acudir a la justicia.

---

<sup>878</sup> El art. 13 del Código mencionado reconoce legitimación judicial a quien “*invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico*”.

<sup>879</sup> Según el art. 117 de la Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza (Ley N° 9003), “*el trámite administrativo podrá iniciarse de oficio o a petición de cualquier persona humana o jurídica, pública o privada, que invoque un interés jurídico en peticionar la actuación de la administración; quienes serán consideradas parte interesada en el procedimiento administrativo (...) tienen legitimación en el procedimiento administrativo las personas humanas o jurídicas, públicas o privadas, representantes de patrimonios de afectación o de cualquier otro sujeto o entidad que invoquen un interés jurídicamente protegido, pretendan la defensa de bienes colectivos o comunes o de intereses individuales homogéneos de incidencia colectiva*”. A diferencia de lo estipulado en el anterior art. 117 de ley de procedimientos de la provincia, donde se exigía invocar “*un derecho subjetivo o un interés legítimo*”, actualmente se exige la invocación de “*un interés jurídico en peticionar*”. Un análisis sobre la legitimación en el marco de la nueva ley de Mendoza puede verse en: SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., “*Algunos aspectos de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo de la provincia de Mendoza*”, ReDA 2019-125.

<sup>880</sup> Cfr.: CNACAF, Sala IV, 29/12/1999, “*Thompson c. EN s./Amparo ley 16.986*”. En el caso, la Cámara admitió la legitimación del accionante –oferente en una licitación pública nacional e internacional– y confirmó la medida cautelar acordada en primera instancia, por la cual se había ordenado al Ministerio de Defensa no firmar el contrato en la licitación pública convocada para el diseño, provisión de equipos, instalación, capacitación del personal y puesta en servicio y mantenimiento del Sistema Nacional de Radarización –Primera Etapa– para el Control y Seguridad del Tránsito Aéreo. Para así resolver, la Cámara tuvo en cuenta que no se habrían observado en el procedimiento licitatorio los principios de igualdad, concurrencia y razonabilidad.

<sup>881</sup> Cfr.: CNACAF, Sala IV, 20/03/2001, “*Liberman c. PEN*”. En el caso, la Cámara del fuero hizo lugar a una petición cautelar presentada por un oferente vencido, respecto de actos a dictarse en la etapa de ejecución del contrato respectivo, que pudieren significar la vulneración del principio de igualdad que rige en las contrataciones públicas.



Algo similar ocurrió en el ámbito de la CABA, donde la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativa y Tributaria de la CABA<sup>882</sup>, resolvió conceder a un *potencial oferente* legitimación para requerir la suspensión de los efectos del acto de apertura de los sobres de las ofertas.

#### 5.2.1.4.) Síntesis

A modo de síntesis es posible afirmar que si bien la LNPA y el RLNPA expresamente prevén que para poder impugnar actos administrativos –particulares o generales–, resulta necesario que exista una afectación de “derechos subjetivos” o, en algunos supuestos, “intereses legítimos”, lo cierto es que la tendencia legislativa y jurisprudencial pareciera inclinarse a eliminar definitivamente aquellas categorías y, por tanto, reconocer legitimación a todos aquellos que invoquen una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico.

#### *5.2.2.) Legitimación para impugnar actos administrativos de alcance particular*

En las páginas anteriores hemos visto que los actos administrativos de alcance individual se impugnan por vía de recursos –reconsideración y/o jerárquico–.

Ahora bien, según surge del art. 74 del RLNPA los recursos administrativos podrán ser deducidos por “*quienes aleguen un derecho subjetivo o interés legítimo*”.

---

<sup>882</sup> Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Vertrans S.A. c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)”, 5/03/2013. En el caso, donde el GCBA había convocado a una licitación pública nacional e internacional para la concesión de la prestación del servicio de Verificación Técnica Vehicular Obligatoria de los vehículos radicados en esa jurisdicción, el Juzgado admitió la legitimación de un oferente que, si bien había adquirido los pliegos, no había presentado su oferta. En ese marco, el actor interpuso una acción de amparo y solicitó una medida cautelar tendiente a obtener la suspensión de los efectos de aquella pues, a su entender, los pliegos contenían requisitos que vulneraban la concurrencia y libre competencia que deben regir en las contrataciones públicas.

Como se ve, el fallo sigue la postura de un sector de la doctrina –que compartimos– y que entiende que “*la posibilidad impugnatoria corresponde no sólo a los oferentes, en las condiciones indicadas en el punto anterior, sino, también, a quienes aun sin haber formulado ofertas y habiendo o no comprado los pliegos puedan demostrar su derecho a participar en el procedimiento de selección convocado por la Administración*” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación Pública...*, op. cit., p. 173 y ss.).

Como se ve, en el marco del RLNPA quienes ostenten un *derecho subjetivo* o *interés legítimo* podrán impugnar cualquier acto administrativo, sea de definitivo, equiparable a definitivo, interlocutorio o de mero trámite.

### 5.2.3.) *Legitimación para impugnar actos administrativos de alcance general*

En relación con la impugnación del acto administrativo de alcance general, ora normativos –reglamentos–, ora no normativos, hemos visto que pueden impugnarse de manera directa, mediante el reclamo impropio contemplado en el art. 24 inc. “a” de la LNPA, o de manera indirecta, impugnando por vía de recuso el acto de aplicación, regulada en el art. 24 inc. “b” de la LNPA.

Destacamos, a su vez, que mientras en la impugnación de un reglamento rigen las posibilidades impugnatorias amplias, en los actos de alcance general no normativo aquel principio no es predicable.

En cuanto a la legitimación para interponer un reclamo impropio, es decir, para impugnar de manera *directa* los actos administrativos de alcance general, la LNPA exige la afectación o posible afectación de un *derecho subjetivo*.

Como se ve, mientras que los actos administrativos de alcance individual<sup>883</sup> pueden ser impugnados tanto por quienes ostentan un derecho subjetivo como un interés legítimo, del texto el art. 24 inc. “a” de la LNPA parecería ser que se restringe la impugnación directa de los actos administrativos de alcance general a quienes posean un derecho subjetivo.

Sobre la cuestión, y sin perjuicio de que, como vimos, en nuestra opinión la categoría de derecho subjetivo e interés legítimo debe eliminarse y, por tanto, indagarse en cada caso el *derecho a qué* del administrado, lo cierto es que tanto la doctrina como la PTN han señalado que, en rigor, la impugnación directa de un acto de alcance general puede ser articulada por quienes ostentan un derecho subjetivo o un interés legítimo.

---

<sup>883</sup> Entre los que se incluye, naturalmente, los actos de aplicación del acto general que, como vimos, constituye una impugnación indirecta del acto general.

La mayoría de la doctrina señala que la legitimación para la impugnación de disposiciones reglamentarias debe ser amplia<sup>884</sup> y, sobre la cuestión, el profesor GARCÍA PULLÉS, primero en un artículo específico sobre el tema<sup>885</sup>, luego como Procurador del Tesoro de la Nación<sup>886</sup> y, finalmente, en su *Tratado de lo Contencioso Administrativo*<sup>887</sup>, sostuvo que en el art. 24 inc. “a” de la LNPA no se regula la legitimación para articular el reclamo impropio en sede administrativa sino, antes bien, la necesaria para acudir a la instancia judicial.

De ese modo, según aquel autor, la legitimación para interponer un reclamo impropio en sede administrativa debe ser extraída del art. 83 del RLNPA, en cuanto autoriza “a las partes” en el procedimiento administrativo a pedir la derogación del acto de alcance general y, en tal sentido, recuerda que según el art. 3° del RLNPA el carácter de “parte” se adquiere invocando la titularidad de un derecho subjetivo o interés legítimo.

Aquel criterio que, como se dijo, se plasmó en un Dictamen de la PTN<sup>888</sup>, fue luego compartido por un amplio sector de la doctrina<sup>889</sup>.

Es que, como señala GÜIDI, “la mayor amplitud que en punto a legitimación se otorgue para la impugnación directa de reglamentos, concluirá en una mayor protección del administrado frente al ejercicio de esta potestad ya que, empleando palabras de García de Enterría ... un ‘reglamento no es una simple amenaza potencial e incierta, sino una perfecta realidad actual, como actual su incidencia sobre las situaciones jurídicas individuales, aun antes de los actos singulares de aplicación, por el solo hecho de modificar el orden jurídico e imponer –o pretender– una obligación de

---

<sup>884</sup> GRECCO, Carlos, *Impugnación de disposiciones...*, op. cit., p. 68.

<sup>885</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “La impugnación de actos...”, op. cit.

<sup>886</sup> Dictámenes 210:137.

<sup>887</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, 455 y ss.

<sup>888</sup> Dictámenes 210:137.

<sup>889</sup> BARRAZA, Javier I., “La impugnación judicial de actos de alcance general”, en TAWIL, Guido Santiago (Director), *Derecho Procesal Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 393 y, posteriormente, en *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 437/438; DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación...*, op. cit., p. 68/69; AGUILAR VALDEZ, Oscar R. – STUPENENGO, Juan Antonio, “Impugnación judicial...”, op. cit., Tomo 1, p. 396; POLITI, Mariana Adela, “El reclamo...”, op. cit., p. 466; CANOSA, Armando, *Procedimiento Administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 366/367, entre otros.

*cumplimiento*”<sup>890</sup>.

En definitiva, entonces, si bien creemos que en el derecho administrativo argentino la categoría de *derecho subjetivo e interés legítimo* debe eliminarse, pues se debe indagar en cada caso el *derecho a qué* del administrado, entendemos que, aun de aceptarse la existencia de aquellas, una interpretación armoniosa de los arts. 3° y 83 del RLNPA hecha sobre la base del principio de la tutela administrativa efectiva, lleva a que necesariamente se reconozca una legitimación amplia para impugnar actos administrativos de alcance general: se debe reconocer legitimación a toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico.

#### 5.2.3.1.) Los derechos de incidencia colectiva

5.2.3.1.1.- Sin perjuicio de la discusión generada con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, lo cierto es que a partir de entonces se dio jerarquía a la tutela de los denominados derechos de *incidencia colectiva*, extinguiéndose la categoría de “intereses difusos”<sup>891</sup>.

En tal sentido, se destaca que el art. 43 de la Constitución nacional otorga una amplia legitimación para la tutela de los derechos de incidencia colectiva –ya sea los derivados de bienes colectivos o intereses individuales homogéneos–, pues se refiere al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines<sup>892</sup>.

Asimismo, cabe recordar que si bien el texto de la Constitución se refiere específicamente a la acción de amparo, la jurisprudencia entendió que aquella legitimación amplia debía autorizarse en los procesos de conocimiento<sup>893</sup>, acciones

---

<sup>890</sup> GÜIDI, Graciela, “Impugnación de reglamentos” ..., op. cit., p. 124 y ss.

<sup>891</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 796. En similar sentido, BARRA ha señalado que “lo que ha hecho el constituyente es, en todo caso, elevar los ‘intereses difusos’ –utilizando el termino en su sentido meramente literal; es decir, aquellos que se encuentran ‘difundidos’ en un conjunto– a la categoría de ‘derechos de incidencia colectiva’, confiando su defensa a una organización pública –el defensor del pueblo– o a organizaciones privadas que reúnan las condiciones establecidas por la ley, conforme con el texto del párr. segundo del art. 43 de la Const. nacional” (BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 414).

<sup>892</sup> SAMMARTINO, Patricio M. E., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo I, p. 562; CANOSA, Armando N., *Procedimiento administrativo...*, Tomo 2, p. 310.

<sup>893</sup> CSJN, 22/04/1997, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c. Provincia de Buenos Aires y otro s/ acción declarativa”, Fallos 320:690; C.N.A.C.A.F.,

declarativas, medidas cautelares, amparos por mora, etc.

5.2.3.1.2.- En ese orden de ideas, entonces, resulta razonable entender que si se reconoce legitimación amplia a la tutela de los derechos de incidencia colectiva en sede judicial, idéntica solución cabe proponer para su actuación en el procedimiento administrativo<sup>894</sup> y, en lo que aquí interesa, para la impugnación de actos de alcance general –normativos o no normativos– en sede administrativa<sup>895</sup>.

Es que, como señala CANDA, “*sería irrazonable que la legitimación reconocida en sede judicial pudiere ser retaceada en su amplitud en sede administrativa*”<sup>896</sup>.

Como veremos en el punto N° 2.2.1. del Capítulo XII, también deberá reconocérsele legitimación administrativa para impugnar actos de alcance general a las cámaras o asociaciones, cuando éstas se presenten en resguardo de sus propios intereses o en defensa de los de sus asociados, siempre que intervengan de acuerdo con sus disposiciones estatutarias y la decisión de impugnar se hubiese adoptado de acuerdo con sus respectivas normas internas<sup>897</sup>. Está en juego también, aquí, el derecho a asociarse con fines útiles<sup>898</sup>.

## **6.) Jerarquía: el principio de inderogabilidad singular del reglamento, o, más precisamente, la inderogabilidad no normativa del reglamento**

### **6.1.) Concepto**

Otra diferencia entre el reglamento y el acto administrativo individual es la prelación jerárquica que existe entre ellos.

---

Sala IV, 09/03/1998, “ADECUA”; Sala V, 09/05/1997, “Consumidores libres COOP.LTDA. y otro c/ Presidencia de la Nación”.

<sup>894</sup> CANDA, Fabián O., “La legitimación en el procedimiento administrativo nacional”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), *Procedimiento y Proceso Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis - AbeledoPerrot UCA, 2005, p. 131 y ss.;

<sup>895</sup> En igual sentido: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 279 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Impugnación administrativa...”, op. cit., p. 81 y ss.

<sup>896</sup> CANDA, Fabián O., “La legitimación...”, op. cit., p. 146.

<sup>897</sup> Dictámenes: 178:165; 168:292; entre otros.

<sup>898</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo II, 2012, p. 1242.

Aquella orden de prelación, que se traduce en el *principio de la inderogabilidad singular del reglamento*<sup>899</sup>, importa que el acto administrativo individual no puede violar lo dispuesto por un reglamento, aun cuando éste haya sido emitido por una autoridad jerarquía inferior, salvo que lo derogue, lo modifique o, en su caso, lo interprete de modo de sentar un antecedente que deberá ser obligatoriamente observado en situaciones similares futuras<sup>900</sup>.

Veámoslo con un ejemplo: el Rector de la Universidad Pública dicta un Reglamento (acto administrativo de alcance general normativo) en el que se prevé que los exámenes finales de todas las carreras universitarias serán en los meses de diciembre y febrero. Con posterioridad a aquel acto, y con motivo del pedido efectuado por un alumno, el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Pública dicta un acto por el que lo autoriza a rendir en el mes de octubre (acto administrativo de alcance individual). En este caso, como se ve, se estaría violando el *principio de la inderogabilidad singular del reglamento* pues, en definitiva, el acto administrativo individual viola lo previsto en el reglamento.

## 6.2.) Fundamento

El principio de la inderogabilidad singular del reglamento, cuyo origen se remonta al mismo derecho regio<sup>901</sup>, si bien no ha sido expresamente receptado en la legislación nacional, lo cierto es que diversos ordenamientos jurídicos provinciales (Mendoza<sup>902</sup>,

---

<sup>899</sup> Explican GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA que el término utilizado proviene de la doctrina italiana, “*lla inderogabilitá dei regolamenti*” (GARRIDO FALLA, Fernando – FERNÁNDEZ PASTRANA, José M, *Régimen Jurídico...*, op. cit., p. 91).

<sup>900</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 1, p. 394. Como recuerda USLENGHI, “*dado que el reglamento contiene normas de carácter general y el acto administrativo normas individuales o concretas, existe un orden de prelación que determina que el acto administrativo deba ser dictado conforme a las normas generales que contiene el reglamento*” (USLENGHI, Alejandro, “Régimen jurídico...”, op. cit., p. 487).

<sup>901</sup> VILLAR PALASÍ, José Luis, *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección Publicaciones, Madrid, 1968, p. 103.

<sup>902</sup> Según el art. 32 de la Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza (Ley N° 9003), “*El contenido del acto no podrá contravenir en el caso particular disposiciones constitucionales, legislativas, sentencias judiciales ni vulnerar el principio de la irrevocabilidad del acto administrativo. Tampoco podrá violar normas administrativas de carácter general dictadas por autoridad competente, sea que éstas provengan*

Salta<sup>903</sup>, Formosa<sup>904</sup>, La Rioja<sup>905</sup>, entre otras<sup>906</sup>) e internacionales (ej.: España<sup>907</sup>, Perú<sup>908</sup>, Venezuela<sup>909</sup> y Costa Rica<sup>910</sup>) lo han receptado.

---

*de una autoridad de igual, inferior o superior jerarquía o de la misma autoridad que dicta el acto, sin perjuicio de las atribuciones de éstas de derogar la norma general mediante otro acto general”*

<sup>903</sup> El art. 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo de Salta (Ley N° 5348) establece, al igual que la ley de Mendoza, que “*El contenido del acto no podrá contravenir en el caso particular disposiciones constitucionales, legislativas, sentencias judiciales ni vulnerar el principio de la irrevocabilidad del acto administrativo. Tampoco podrá violar normas administrativas de carácter general dictadas por autoridad competente, sea que éstas provengan de una autoridad de igual, inferior o superior jerarquía o de la misma autoridad que dicta el acto, sin perjuicio de las atribuciones de éstas de derogar la norma general mediante otro acto general”*

<sup>904</sup> De acuerdo con el art. 32 de la Ley de Procedimientos Administrativos de Formosa (Ley N° 971), “*el contenido del acto no podrá contravenir –por el principio de legalidad– disposiciones constitucionales o legislativas, ni afectar el principio de la irrevocabilidad del acto administrativo en la forma establecida por esta ley. Tampoco podrá violar normas administrativas de carácter general dictadas por autoridad competente, sea que éstas provengan de una autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, o de la misma autoridad que dicte el acto, sin perjuicio de las atribuciones de ésta de derogar la norma general mediante otro acto general”*.

<sup>905</sup> De acuerdo con el art. 29 de la Ley de Procedimientos Administrativos de La Rioja (Ley N° 4044), “*El contenido del acto no podrá contravenir en el caso particular disposiciones constitucionales, legislativas, sentencias judiciales, ni vulnerar el principio de la irrevocabilidad del acto administrativo. Tampoco podrá violar normas administrativas de carácter general dictadas por autoridad competente, sea que éstas provengan de una autoridad igual, inferior o superior jerarquía, o de la misma autoridad que dicte el acto, sin perjuicio de las atribuciones de éstas de derogar la norma general mediante otro acto general”*.

<sup>906</sup> Así, por ejemplo, provincias como Córdoba y Chubut establecen como causal de nulidad del acto administrativo la transgresión de normas legales o reglamentarias (cfr. art. 104 de la Ley de Procedimientos Administrativos de Córdoba –Ley N° 6658– y art. 33 inc. 2° de la Ley de Procedimientos del Chubut –Ley N° 920–).

<sup>907</sup> De conformidad con lo previsto en el art. 37 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de España (Ley N° 39/2015) “*Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas procedan de un órgano de igual o superior jerarquía al que dictó la disposición general”*.

<sup>908</sup> El art. 5.3. de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27.444/2001, prevé que el objeto o contenido del acto “*No podrá contravenir en el caso concreto disposiciones constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes; ni podrá infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto”*.

<sup>909</sup> Según reza el art. 13 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, “*Ningún acto administrativo podrá violar lo establecido en otro de superior jerarquía; ni los de carácter particular vulnerar lo establecido en una disposición administrativa de carácter general, aun cuando fueren dictados por autoridad igual o superior a la que dictó la disposición general”*.

<sup>910</sup> Según se desprende del art. 13 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, “*1. La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos. 2. La regla anterior se aplicará también en relación con los reglamentos, sea que éstos provengan de la misma autoridad, sea que provengan de otra superior o inferior competente”*. Ampliar en: JINESTA LOBO, Ernesto, “Reglamento, circulares e instrucciones: como fuente de derecho administrativo en Costa Rica”, en AA.VV. *El acto administrativo como fuente del derecho administrativo en Iberoamérica (Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo)*, Congrex S.A., Panamá, 2009, p. 287 y ss.



Asimismo, cabe señalar que este principio ha sido aplicado por la jurisprudencia<sup>911</sup>, la PTN<sup>912</sup> y la doctrina autorizada en la materia<sup>913</sup>.

### 6.2.1.) *La juridicidad y la igualdad como fundamento del principio de inderogabilidad del reglamento*

El principio de la inderogabilidad singular del reglamento se sustenta, por un lado, en el principio de juridicidad y, por otra parte, en el principio de igualdad.

Anteriormente hemos afirmado que quienes ejercen función administrativa deben sujetar todo su accionar al principio de juridicidad, lo que implica, como ya dijéramos, que aquella debe respetar, entre otras fuentes, los reglamentos que ella misma dicta.

---

<sup>911</sup> Ver, por ejemplo, el voto del juez San Martín en la causa “Promenade”, fallada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, sentencia del 02/06/1987.

<sup>912</sup> Dictámenes 34:201; 77:305; 81:236; 87:145; 97:241; 100:191; 102:213; 114:495; 154:473; 206:159; 221:161; 228:152; 239:196; 249:347, entre muchos otros. De la doctrina del Máximo Órgano Asesor de la Nación se desprende que el principio de la inderogabilidad singular del reglamento, “*que integra el concepto de Estado de Derecho*”, significa que “*el acto jurídico de alcance individual debe dictarse conforme al acto de alcance general, sin que pueda contrariar a este último, aunque emane de la misma autoridad*” y, que, por tanto, “*la pauta directriz apuntada veda, entonces, la posibilidad de que un acto administrativo de alcance particular colisione con un reglamento*”.

<sup>913</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 394; FIORINI, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 230; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 225; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. VII–24; COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación pública...*, op. cit., p. 160; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 550; BARRA, Rodolfo C., “Reglamentos administrativos”, LL, 1999–F, 1034 y, más recientemente, en BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 561; USLENGHI, Alejandro, “Régimen jurídico...”, op. cit.; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 233; FRANCAVILLA, Ricardo H., “La inderogabilidad singular del reglamento”, en AA.VV., *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 583; BIANCHI, Alberto B., “El caso ‘Promenade’ y la llamada inderogabilidad singular de reglamentos en un controvertido fallo”, REDA, año 1, Nros. 1 y 2, p. 377; MAIRAL, Héctor, A., *La doctrina de los actos propios y la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 97; LINARES, Juan F., *Derecho Administrativo...*, op. cit., 67; GRECCO, Carlos, *Impugnación...*, op. cit., p. 47; HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional...*, op. cit., Tomo 2, p. 381; HALPERÍN, David A., “Cuestiones vinculadas...”, op. cit.

El principio también ha sido aceptado en el derecho comparado. Ver, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 217 y ss.

Es que, en definitiva, si la Administración participa en la génesis del principio de juridicidad con el dictado de reglamentos, es más que razonable suponer que aquella debe respetar sus propias normas<sup>914</sup>.

De tal forma, entonces, el principio de juridicidad conlleva a que la Administración no pueda, en principio, mediante un acto administrativo individual, apartarse de lo dispuesto por un reglamento, pues ello implicaría una infracción al mismo ordenamiento jurídico que ha contribuido a crear<sup>915</sup>.

Por otra parte, precisamos que en el principio de la inderogabilidad singular del reglamento subyace también en el principio de la igualdad, pues aquel implica que la Administración debe dar igual tratamiento a los administrados.

Es que, como señala GONZÁLEZ NAVARRO, si la Administración pudiere excepcionar un reglamento para un supuesto individualizado, “*tendría en sus manos la potestad—a todas luces inaceptable—de establecer discriminaciones no justificadas*”<sup>916</sup>.

De cualquier manera, cabe tener presente que el principio de igualdad se ve comprometido cuando la Administración, en un caso singular, se aparta arbitrariamente de lo previsto en un reglamento pero no cuando, como podría suceder, aplica una excepción expresamente allí prevista.

En este supuesto, si bien la dispensa se traduce en una desigualdad de trato, lo cierto es que el principio de la inderogabilidad singular del reglamento no es violado pues, en definitiva, la Administración no se está apartando de lo dispuesto en el reglamento sino, antes bien, aplicándolo en su totalidad<sup>917</sup>.

---

<sup>914</sup> Como se ve, la vinculación de la Administración con los reglamentos que ella misma dicta no es más que una derivación del principio *legem patre quam ipse fecisti*. Sin embargo, el contenido del precepto va más allá, pues la prohibición alcanza, no solo a la autoridad autora del reglamento sino, también, a cualquier otra, aun de mayor jerarquía.

Como ha señalado la doctrina española, la Administración “*está sometida, como sujeto de Derecho que es, a todo el ordenamiento y, por lo tanto, también a sus propios Reglamentos*” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 220). Ver, también, GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. VII–21.

<sup>915</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 218/220.

<sup>916</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo Español...*, op. cit., Tomo 1, p. 430.

<sup>917</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 218/220; PARADA, Ramón, *Régimen jurídico...*, op. cit., p. 203; SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., *Principios...*, op. cit., Tomo II, p. 62. Un interesante análisis sobre las reservas de dispensación contenidas en los reglamentos

Naturalmente, el acto administrativo por el que se aplica la dispensa prevista en el reglamento podrá ser invocado por terceros como un precedente administrativo cuando, como vimos en el punto N° 2.4. de este Capítulo, en su seguimiento esté comprometida la garantía de la igualdad, lo que supone, desde luego, la legalidad de aquel.

Por el contrario, si la dispensa fuera utilizada en forma arbitrariamente discriminatoria, el acto administrativo de aplicación del reglamento, además de que no podrá ser invocado como un precedente administrativo vinculante, debería ser declarado nulo con efectos ejecutorios en sede administrativa o, en su defecto, solicitarse su nulidad judicial mediante el proceso de lesividad<sup>918</sup>.

#### 6.2.1.1.) Supuestos de improcedencia del principio de inderogabilidad singular del reglamento

Ahora bien, si, como vimos, el fundamento del principio que aquí estamos analizando es la juridicidad y la igualdad, no caben dudas que cuando el Reglamento es ilegítimo tal principio cede, pues no sería razonable suponer que la Administración deba dictar actos administrativos singulares de aplicación también ilegítimos.

En ese sentido, GORDILLO ha precisado que si el reglamento es ilegal la administración puede en un acto particular apartarse de lo ilegalmente dispuesto por aquél<sup>919</sup>.

Del mismo modo, el profesor Julio Rodolfo COMADIRA, tras brindar diversos argumentos para sostener que las sentencias que acogen la impugnación de un reglamento deben tener efectos *erga omnes*, señaló que aquella tesitura no violenta el principio de inderogabilidad de los reglamentos pues, a su entender, aquel “*supone la inaplicación ilegal o discriminatoria, en un caso concreto, de un reglamento válido; de modo que aun*

---

puede verse en: GONZÁLEZ SALINAS, Jesús, “Notas sobre algunos puntos de referencia entre ley, reglamento y acto administrativo”, Madrid, RAP 121:159, especialmente p. 180.

<sup>918</sup> Ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, op. cit.

<sup>919</sup> Ello, agrega el autor, “*siempre que la decisión individual se ajuste a lo que dispone la ley, la Constitución o las normas y principios del ordenamiento jurídico supranacional— y siempre que no se afecten derechos subjetivos adquiridos al amparo de la reglamentación anterior*” (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. VII–24–25).

*circumscripito el efecto anulatorio al caso concreto juzgado aquel principio no resultaría comprometido*”<sup>920</sup>.

Igual razonamiento fue seguido en un trabajo escrito por Julio Pablo COMADIRA, en coautoría con Fernando LAGARDE, pues, en lo que aquí interesa, precisaron que el principio de la inderogabilidad del reglamento supone, como presupuesto lógico, “*la legalidad del reglamento que la Administración pretendería derogar singularmente*”<sup>921</sup>.

Es que, como señalara FORSTHOFF, “*una vez establecida la irregularidad del reglamento, la consecuencia es su inaplicación*”<sup>922</sup>.

De esa manera, entonces, y teniendo en consideración, por un lado, que el principio general es que la Administración debe extinguir los actos administrativos ilegítimos<sup>923</sup> y, por otra parte, que la inderogabilidad singular del reglamento está fundada en la juridicidad e igualdad, es claro que ante un reglamento ilegítimo el principio en estudio no solo no es aplicable sino que, además, de dictarse un acto singular con base en aquel reglamento, la Administración **debería** anularlo por sí y ante sí o, en su defecto, solicitar su nulidad judicial mediante el proceso de lesividad<sup>924</sup>.

Al no ser aplicable el principio de la inderogabilidad singular del reglamento, tampoco podría válidamente sostenerse que si la Administración se aparta del reglamento inválido estaría violando la garantía de la igualdad, pues en modo alguno puede

---

<sup>920</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo 1, p. 472. En contra; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Efectos de la sentencia anulatoria de un Reglamento, perspectivas procesales, constitucionales y de derecho administrativo”, LL 2000-C, 1168. Ver, también, del mismo autor, “Los efectos de la sentencia anulatoria de un acto de alcance general. Algunas perspectivas procesales, constitucionales y de derecho administrativo”, ReDA N° 33/35, p. 163 y ss.

<sup>921</sup> COMADIRA, Julio Pablo - LAGARDE, Fernando M., “La cosa juzgada en el proceso...”, op. cit., p. 187.

<sup>922</sup> FORSTHOFF, Ernst, *Tratado...*, op. cit., p. 201.

También han señalado que la Administración la Administración debe abstenerse de aplicar el reglamento ilegal, entre otros: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 211 y ss.; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 129/130 y 442/443; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Desaplicación del reglamento ilegal”, AA.VV., *Activa Actividad Reglamentaria de la Administración*, Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Administrativo, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1989, p. 71.

<sup>923</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “Anulación del acto administrativo irregular...”, op. cit., p. 35 y ss.; COMADIRA, Julio Rodolfo, (ESCOLA, Héctor, Jorge y COMADIRA, Julio Pablo: coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 514. Ver, también, Dictámenes 183:275, 215:189, 220:44, 221:124, entre otros.

<sup>924</sup> Ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, op. cit.

pretenderse la reiteración de la ilegalidad, porque el precedente ilegal conduce, no a la igualdad ante la juridicidad, sino a la igualdad fuera de ella<sup>925</sup>.

Por ello, como hemos destacado anteriormente, bien ha señalado la PTN<sup>926</sup>, en línea con lo apuntado por doctrina calificada<sup>927</sup>, que el precedente administrativo integra el ordenamiento jurídico en tanto en su seguimiento esté comprometida la garantía de la igualdad, lo que supone, desde luego, la legalidad de aquel.

### 6.3.) La postura del Profesor Comadira: la inderogabilidad no normativa del reglamento

Hasta aquí hemos visto que, salvo las excepciones analizadas, un acto administrativo individual –singular– no puede violar lo dispuesto por un reglamento.

Ahora bien, y siguiendo el ejemplo dado anteriormente, ante la existencia de un Reglamento que prevé que los exámenes finales de todas las carreras universitarias serán en los meses de diciembre y febrero, ¿qué sucedería si el Decano de la Facultad de Derecho dictara un acto en el que estableciera que en el año 2016 el examen final de Derecho Administrativo sería en noviembre?

Pues bien, el principio de la *inderogabilidad singular del reglamento* parecería no ser aplicable a dicho supuesto pues, en rigor, el acto del Decano no es un acto singular sino, antes bien, un acto administrativo de alcance general no normativo (es decir, como vimos, un acto dirigido a sujetos indeterminados que se agota con su aplicación y no tiene vocación de permanencia). En otros términos: la relación que existe entre acto general no normativo y reglamento no traduce la vinculación tradicional del principio acto singular–reglamento.

---

<sup>925</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, (ESCOLA, Héctor, Jorge y COMADIRA, Julio Pablo: coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 77.

<sup>926</sup> Dictámenes 245:422; 245:443; 245:466; 245:459; 245:508; 248:364; 248:546; 253:38 y 253:45

<sup>927</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, (ESCOLA, Héctor, Jorge y COMADIRA, Julio Pablo: coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 77.

Sin embargo, y tal como hemos señalado en otra oportunidad<sup>928</sup>, creemos que, al igual que lo ha sostenido el profesor COMADIRA<sup>929</sup>, es evidente que la vigencia del principio de juridicidad y la igualdad también estaría comprometida si se admitiera la posibilidad de que los actos generales carentes de normatividad –equiparables, en este aspecto, a los actos particulares– pudieran excepcionarse de los reglamentos, sin exigir la concurrencia de los recaudos requeridos al efecto en el supuesto de los actos particulares.

Por consiguiente, siguiendo las enseñanzas del jurista citado, creemos que la situación apuntada permitiría reformular la denominación del principio, con el fin de explicitar su verdadero alcance, como *principio de inderogabilidad no normativo del reglamento*.

De tal manera, entonces, un reglamento (acto de alcance general normativo) no podría ser transgredido por un acto administrativo no normativo (sea general o particular), aun cuando este último sea dictado por el mismo órgano que emitió aquel o, incluso, por un órgano de superior jerarquía.

Finalmente, cabe preguntarse si un acto administrativo singular podría violentar lo dispuesto no ya por un reglamento, sino por un acto administrativo de alcance general no normativo.

Mientras un sector de la doctrina ha señalado que los actos generales no normativos toleran “derogaciones singulares”<sup>930</sup>, otra ha entendido que aquello no resulta procedente<sup>931</sup>.

Por nuestra parte adherimos a la última postura, pues entendemos que los fundamentos que dan origen al principio aquí estudiado –igualdad y juridicidad– también

---

<sup>928</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “Anulación del acto administrativo irregular...”, op. cit.

<sup>929</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 394; COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación pública...*, op. cit., p. 160; “Valiosos aportes...”, op. cit., p. 665.

En igual sentido puede verse: FRANCAVILLA, Ricardo H., “La inderogabilidad...”, op. cit. En contra: DE LA RIVA, Ignacio, “Apuntes sobre la licitación pública”, en A.A.V.V., *Tratado General de los Contratos Administrativos*, CASSAGNE, Juan Carlos, –Director–, La Ley, Buenos Aires, 2013, Tomo 2, p. 743 y ss.

<sup>930</sup> GRECCO, Carlos, *Impugnación...*, op. cit., p. 47; HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional...*, op. cit., Tomo 2, p. 563.

<sup>931</sup> DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación...*, op. cit., p. 58/59.

se verían conculcados de admitirse que actos particulares violen lo dispuesto por un acto general no normativo<sup>932</sup>.

Piénsese, por ejemplo, qué sucedería si mediante un acto administrativo particular la Administración autorizara a un oferente a apartarse de lo dispuesto en los pliegos de bases y condiciones particulares –típico acto administrativo de alcance general no normativo–, ¿no estaría violándose con ello la garantía de igualdad a la que tienen derecho todos los oferentes, incluso los autoexcluidos?<sup>933</sup>.

Por lo demás, aún de aceptarse que la hipótesis planteada fuera procedente, creemos que aquello debería considerarse una tácita derogación o modificación del llamado anterior y configuradora, por ende, de una nueva convocatoria, la cual, a su vez, tendría que satisfacer las formalidades inherentes a todo llamado<sup>934</sup>.

Por ello, en definitiva, no solo creemos que un acto administrativo no normativo –ora singular, ora general– no puede violar lo dispuesto por un reglamento, sino que, además, entendemos que un acto administrativo singular no podría conculcar lo establecido por un acto administrativo general no normativo, en la medida, claro está, que éste último no se hubiere consumido.

## **7.) Procedimiento de elaboración**

Por último, como se verá a continuación, también existen diferencias en relación con el procedimiento de formación o elaboración del acto administrativo de alcance particular y el de alcance general.

Y es que si bien la intervención de los terceros afectados por el acto administrativo en sentido estricto –es decir, el acto particular– se erige como un requisito esencial para su válida configuración, en la elaboración de los actos administrativos de alcance general aquella participación no siempre es exigida.

---

<sup>932</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “Régimen jurídico de la función administrativa reglamentaria”, op. cit., p. 486.

<sup>933</sup> Sobre el principio de igualdad y su impacto en la licitación pública ver: COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación pública...*, op. cit., p. 53 y ss., especialmente p. 84 ss.

<sup>934</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación* op. cit., p. 71; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo III–A, p. 212/213.



Si se entiende a la participación como la “acción y efecto de tomar parte en una cosa o asunto”, o más específicamente, como “tomar parte en el ejercicio de la función administrativa”<sup>935</sup>, bien puede aceptarse que los particulares –o administrados– pueden participar del ejercicio de la función administrativa de diversas maneras.

Si bien escapa el objeto de este trabajo analizar las diferentes formas en las que los particulares pueden participar del ejercicio de la función administrativa<sup>936</sup>, en esta ocasión solo diremos que, siguiendo la clasificación efectuada por el profesor COMADIRA<sup>937</sup>, podría darse una *participación procedimental defensiva* o una *participación procedimental no defensiva*.

La *participación procedimental defensiva* se configura cuando el particular participa defendiéndose frente a pretensiones administrativas represivas o de reproche (v.gr.: sanción disciplinaria) o, también, cuando procura la defensa de sus derechos en relación con pretensiones que se traducen en la afectación de aquellos pero que no revisten, sin embargo, naturaleza represiva (v.gr.: denegación de una habilitación).

La *participación procedimental no defensiva*, por su parte, se da cuando la participación de los administrados no supone, necesariamente, la defensa de aquellos

---

<sup>935</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1305.

<sup>936</sup> Ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1304 y ss. De conformidad con lo señalado por el citado jurista, la participación del administrado podría clasificarse en: *a– Participación tutelada o propiamente dicha*: se configura cuando el ordenamiento jurídico otorga al administrado un derecho exigible, tanto en sede administrativa como judicial, de tomar parte como colaborador en la función administrativa participando en el procedimiento previo a la emisión del acto –en sentido amplio–, ya sea mediante: a.1. Participación procedimental: es decir, sin integrarse a la estructura administrativa y que, a su vez, puede ser clasificada en: a.1.1. Participación procedimental defensiva: cuando el particular participa defendiéndose frente a pretensiones administrativas represivas o de reproche (v.gr.: sanción disciplinaria) o, también, cuando procura la defensa de sus derechos en relación con pretensiones que se traducen en la afectación de aquellos pero que no revisten, sin embargo, naturaleza represiva (v.gr.: denegación de una habilitación); a.1.2. Participación procedimental no defensiva: cuando la participación de los administrados no supone, necesariamente, la defensa de aquellos reproches o la afectación no represiva de derechos y que tiende, en cambio, a hacer sentir su influencia en la decisión a partir de la gestión de un derecho o interés o, simplemente, de una opinión (v.gr.: audiencias públicas); a.2.– Participación orgánica: esto es, insertándose, ocasional o permanentemente, en la estructura administrativa. *b– Participación no tutelada o de otorgamiento discrecional*, que se configuraría cuando el ordenamiento contempla la posibilidad del administrado de colaborar en la función administrativa, ya sea por participación procedimental u orgánica, pero solo como una alternativa de decisión discrecional para la autoridad administrativa y con la única obligación para la autoridad de fundar la negativa en caso de mediar una petición del particular.

<sup>937</sup> Ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1305.

reproches o la afectación no represiva de derechos y que tiende, en cambio, a hacer sentir su influencia en la decisión a partir de la gestión de un derecho o interés o, simplemente, de una opinión (v.gr.: audiencias públicas).

Mediante la participación de los administrados en el ejercicio de la función administrativo, estos actúan como colaboradores de la gestión administrativa, señalándose, incluso, que la *colaboración* se trata de un requisito fundamental del vínculo que debe existir entre la Administración y los particulares, que se constituye asimismo en presupuesto fundamental del procedimiento administrativo<sup>938</sup>.

En ese orden de ideas, la CSJN ha señalado que “*el recurrente concurre como colaborador en la elaboración de la decisión administrativa aun cuando defiende sus derechos subjetivos, por lo que predominan las reglas de informalismo y la impulsión de oficio*”<sup>939</sup>.

Por otra parte, si bien es cierto que en los procedimientos administrativos de reproche el carácter de colaborador pierde su “dogmática relevancia”, no menos cierto es que las consecuencias derivadas de aquel principio subsisten<sup>940</sup>.

Sentado lo expuesto, cabe analizar ahora cuáles son las diferencias que existen en el procedimiento de elaboración de los actos administrativos de alcance particular y los de alcance general.

### 7.1.) Debido procedimiento previo a la emisión de todo acto administrativo – particular o general–

Conforme surge del art. 7, inc. “d” de la LNPA, antes de la emisión del acto administrativo se “*deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales*

---

<sup>938</sup> TAWIL, Guido S., “Sobre el futuro del procedimiento administrativo”, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, POZO GOWLAND, Héctor M. – HALPERÍN, David – AGUILAR VALDEZ, Oscar – JUAN LIMA, Fernando – CANOSA, Armando, –Directores–, La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 6 y ss. En igual sentido: ECHAGUE, María Eugenia, “La participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos”, RAP 470:39

<sup>939</sup> CSJN, 26/12/1978, “Galián, Edgar c/ Provincia de Corrientes”, Fallos 300:1292; CSJN, 24/04/1986, “Durusse de Fernández, Graciela Belkis c/ Provincia de Santa Fe”, Fallos 308:633

<sup>940</sup> Ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1313.

*previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérese también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos”.*

De tal forma, entonces, para el dictado de un acto administrativo se debe respetar y cumplir con “el debido procedimiento previo” que incluye, por un lado, los procedimientos esenciales y sustanciales exigidos por el ordenamiento jurídico en forma previa a la emisión de cualquier acto (como ser, por ejemplo, la emisión del dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico<sup>941</sup>) y, por el otro, el debido proceso adjetivo como reglamentación procesal administrativa de la garantía del derecho de defensa consagrada por el art. 18 de la Constitución nacional<sup>942</sup> que, como bien ha señalado la Cámara del fuero, constituye “*un requisito basilar del procedimiento administrativo*”<sup>943</sup>.

---

<sup>941</sup> Si bien la LNPA estipula que **antes** de la emisión del acto administrativo será esencial “*el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos*”, creemos que aquel debe ser siempre exigido, incluso cuando éste sea favorable para los intereses individuales (tal como lo sostuvo la PTN en Dictámenes 236:91).

Asimismo, entendemos que la LNPA debió contemplar la exigencia del dictamen jurídico previo al dictado de actos administrativos no solo como mecanismo de protección de los intereses individuales de los administrados, sino, también, como garantía de salvaguarda del interés público. Por eso, estimamos que el dictamen jurídico previo debe especialmente ser requerido cuando con el dictado de un acto administrativo se incida en la hacienda pública (en igual sentido se ha expedido el Máximo Órgano Asesor en Dictámenes 236:91 y, en doctrina, COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 42; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo I, p. 340, nota 397; GOROSTEGUI, Beltrán, *El Dictamen Jurídico...*, op. cit., p. 44 y ss. En contra: CASSAGNE, Juan Carlos, *Inmutabilidad del acto administrativo dictado con prescindencia de dictamen jurídico en el procedimiento impositivo*, ED 70-376).

<sup>942</sup> La LNPA en su inc. “d”, art. 7°, establece que **antes** de la emisión del acto administrativo se deben cumplir los procedimientos esenciales y sustanciales previstos, y a los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico erigiendo, así, al requisito aquí analizado, como “esencial”. Si bien no se encuentran expresamente contemplados los procedimientos esenciales y sustanciales a los que refiere el citado inciso, entendemos que, tal como ha sido señalado por la doctrina autorizada en la materia, el debido proceso adjetivo, como reglamentación procedimental administrativa de defensa consagrada por el art. 18 de la Ley Fundamental, es “*una especie de procedimiento insoslayable cuando los derechos particulares puedan resultar afectados*” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 198/199). El autor citado explica que no debe confundirse el requisito esencial “procedimientos” del inc. “d”, art. 7° de la LNPA, con el “debido proceso adjetivo” regulado en el inc. “f” del art. 1° de la misma norma y, por tanto, sostiene que “*el concepto que corresponde afirmar en un Estado de Derecho es el de “debido procedimiento previo a todo acto administrativo” del cual el “debido proceso adjetivo” constituye sólo una manifestación especial*” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 62).

<sup>943</sup> CNACAF, Sala I, 31/03/2000, “Dima Juan Carlos c/ Comisión Nac. de Energía Atómica s/empleo público”.

No debe olvidarse que, como ha señalado la CSJN, el derecho de defensa es “*una de las más preciosas garantías consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional*”<sup>944</sup>.

Sin embargo, debe señalarse que el debido proceso adjetivo es solo una manifestación del debido procedimiento previo pues, en ciertas ocasiones, procedimientos de participación ciudadana como la audiencia pública o la licitación pública se erigen, también, en procedimientos esenciales y sustanciales exigidos por el ordenamiento jurídico.

#### *7.1.1.) La elaboración de los actos administrativos de alcance particular*

En líneas generales puede afirmarse que, en principio, el procedimiento de elaboración previa al dictado de un acto administrativo de alcance particular de gravamen consiste, según la clasificación antes enunciada, en una participación procedimental *defensiva* que, además, es *tutelada*, es decir, se erige como un derecho exigible.

Cuando mediante un acto administrativo de alcance particular la Administración le aplica una sanción a un administrado –pretensión administrativa de reproche– o lo excluye de una licitación pública –pretensión de naturaleza no represiva–, aquel se presentará en el procedimiento administrativo en defensa de sus derechos, cobrando especial relevancia el debido proceso adjetivo contemplado en el art. 1º, inc. “f” de la LNPA.

#### *7.1.2.) La elaboración de los actos administrativos de alcance general: audiencias públicas y documentos consulta*

En la elaboración de los actos administrativos de alcance general, en cambio, el principio general es que la participación procedimental es *no defensiva*, pudiendo ser tutelada o de otorgamiento discrecional.

---

<sup>944</sup> CSJN, 15/06/1982, “D’Ambra, Salvador Osvaldo c/ Nación Argentina. Cima S.C.A. c/ Nación Argentina”, Fallos 304:849; CSJN, 30/12/1986, “Espiro, Nicolás Alejo”, Fallos 308:2650; CSJN, 24/08/2004, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros –causa N° 259”, Fallos 327:3312, entre otros

Aquella participación procedimental suele llevarse a cabo mediante procedimientos tales como la audiencia pública, los documentos consulta, etc.

Es que, como bien se ha señalado, mientras en los actos administrativos de alcance particular la audiencia previa se instrumenta mediante el debido proceso, en los actos de alcance general se exterioriza en una audiencia pública<sup>945</sup>.

En este punto, y previo a que el Decreto N° 1883/1991 reformara el RLNPA, el art. 107 preveía un procedimiento de elaboración para los actos administrativos de alcance general y de proyectos de leyes a ser elevados por el Poder Ejecutivo nacional al Congreso de la Nación.

En lo que aquí importa, el citado artículo establecía que “*las iniciativas –de actos administrativos de alcance general y de proyectos de leyes– podrán ser sometidas a información pública cuando su naturaleza así lo justifique*”. Se trata, según la clasificación antes enunciada, de una participación procedimental no defensiva de otorgamiento discrecional.

La eliminación fue duramente criticada por HUTCHINSON<sup>946</sup> quien, además, señaló que aquello era un contrasentido toda vez que prácticamente en forma simultánea a la sanción del Decreto N° 1883/1991, se habían aprobado marcos regulatorios de servicios públicos donde se contemplaba la participación pública en forma previa a la toma de ciertas decisiones reglamentarias de los entes reguladores<sup>947</sup>.

En ciertos casos, aquellas audiencias pueden ser previas a la resolución de una controversia específica; en otros, en cambio, el recaudo aparece impuesto por la conveniencia de valorar, antes de la decisión o del dictado de un acto de alcance general, opiniones o intereses que pueden condicionar el contenido político administrativo de ésta<sup>948</sup>.

---

<sup>945</sup> PRITZ, Osvaldo A.F., “Acto de alcance general”, op. cit., p. 397.

<sup>946</sup> HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit. p. 264 y ss.

<sup>947</sup> Así, por ejemplo, realización de audiencias públicas con carácter previo a la toma de ciertas decisiones, como requisito obligatorio o discrecional, fue expresamente prevista en algunos de los marcos regulatorios de servicios públicos privatizados como en el Régimen de Energía Eléctrica (Ley N° 24.065), en el Marco Regulatorio del Gas Natural (Ley N° 24.076).

<sup>948</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1317.

Sin embargo, como señala COMADIRA, aquella contradicción pareciera haber encontrado una solución con el dictado del Decreto N° 1172/2003, donde se establece, entre otras cosas, un régimen general de elaboración participativa de normas, “*con un nivel de detalle en lo que al procedimiento se refiere del que, por cierto, carecía el antiguo art. 107, dec. 1759/1972*”<sup>949</sup>.

Asimismo, puede citarse como ejemplo para la elaboración de actos administrativos de alcance general –en el caso, no normativos–, lo dispuesto por el art. 8° del Decreto N° 1023/2001 –Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional– que prevé la posibilidad de que los oferentes formulen observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares<sup>950</sup>.

En el mismo sentido se perfila el art. 26 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por Decreto N° 1030/2016<sup>951</sup>.

La CNACAF ha señalado que la audiencia pública, como mecanismo de participación ciudadana en la elaboración de actos administrativos de alcance general, favorece: a) al interés público porque permite que no se dicten actos ilegítimos, b) al interés de los particulares, porque se les permite influir con sus argumentos y pruebas antes de la toma

---

<sup>949</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1328.

Un interesante análisis vinculado con la participación pública en la elaboración de actos administrativos de alcance general y su impacto en la “legitimidad democrática” de aquellos puede verse en: SACRISTÁN, Estela B., “La administración legisladora...”, op. cit., p. 391 y ss.

<sup>950</sup> El art. 8° establece: “*Observaciones al proyecto de pliego. Cuando la complejidad o el monto de la contratación lo justifique, a juicio de la autoridad competente, el llamado deberá prever un plazo previo a la publicación de la convocatoria, para que los interesados formulen observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares, conforme lo determine la reglamentación*”. Similar redacción contenía el anterior Reglamento de contrataciones aprobado por Decreto N° 436/2000.

Sobre la cuestión, la doctrina sostuvo que “*la consulta al ‘mercado’, con anterioridad a la aprobación de un pliego de bases y condiciones particulares, puede constituir un elemento muy valioso para permitir la participación de empresas que aporten sus sugerencias y/u observaciones para evitar la cartelización de una o más licitaciones, en beneficio de la propia competencia y, finalmente, del mismo Estado y del mercado proveedor de bienes o servicios*” (MURATORIO, Jorge I., “Licitación pública: competencia vs. colusión”, en REDA 71:83).

<sup>951</sup> El art. 26 estipula: “*Observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares. Cuando la complejidad o el monto del procedimiento de selección lo justifiquen, o en procedimientos en que no fuere conveniente preparar por anticipado las especificaciones técnicas o las cláusulas particulares completas, corresponderá que el titular de la unidad operativa de contrataciones autorice la apertura de una etapa previa a la convocatoria, para recibir observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares*”.

de una decisión y c) a la autoridad pública para disminuir el riesgo de error de hecho o de derecho<sup>952</sup>.

### 7.2.) La teoría de la subsanación en materia de audiencias públicas

7.2.1.- Como hemos visto en las páginas anteriores (Capítulo VII, punto N° 2), en el marco de la LNPA los actos administrativos –tanto de alcance particular como de alcance general–, deben cumplir, para ser plenamente válidos, con los distintos elementos esenciales enunciados en los arts. 7° y 8° de la LNPA.

Sin embargo, de la doctrina de la PTN y de la jurisprudencia judicial es posible advertir que, en ciertas ocasiones, los vicios graves en aquellos –ej.: forma– pueden ser subsanados con posterioridad, dando lugar, así, a lo que el profesor LINARES denominó “*teoría de la subsanación*”<sup>953</sup>.

7.2.2.- Con aquella teoría, los actos administrativos dictados sin el correspondiente dictamen jurídico o, incluso, sin la intervención previa del particular, no acarrear, necesariamente, la nulidad absoluta del acto, pues tal deficiencia puede ser subsanada con posterioridad.

En ese sentido, la CSJN sostuvo que la omisión del dictamen jurídico es subsanable si él se emite en el trámite del recurso de reconsideración<sup>954</sup> o, en su caso, en el correspondiente al recurso jerárquico<sup>955</sup>.

Asimismo, y según se desprende de la doctrina emanada de la PTN, la falta de dictamen jurídico previo al dictado de un acto administrativo es susceptible de subsanación en sede administrativa mediante el dictamen posterior, siempre que lo decidido guarde conformidad con el ordenamiento jurídico aplicable, es decir, que “*la*

---

<sup>952</sup> CNACAF, Sala II, 11/07/2000, “Metrogas S.A. c/Resol. Enargas 374/96 (ENARGAS)”.

<sup>953</sup> LINARES, Juan F., *La garantía de defensa ante la Administración*, LL 142-1137

<sup>954</sup> CSJN, 12/02/1987, “Soñes, Raúl Eduardo c/ Administración Nacional de Aduanas”, Fallos 310:172; CSJN, 23/11/1995, “Laboratorios Ricar S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/ daños y perjuicios”, Fallos 318:2311.

<sup>955</sup> CSJN, 25/10/1979, “Duperial S.A.I.C. c/ Nación”, Fallos 301:953



*cuestión resuelta estuviera arreglada a derecho*”<sup>956</sup>.

En relación con la violación del debido proceso adjetivo, la CSJN ha señalado que no haber sido oído no puede ser considerado como una violación de la garantía del derecho de defensa si el particular tuvo oportunidad de hacer valer sus defensas en alguna de las etapas del procedimiento.

Así, sostuvo que *“las omisiones observables a la tramitación administrativa, pueden ser salvadas en la instancia judicial (Fallos 253:229; 267:393; sus citas y otros), doctrina que se complementa con la inexistencia de la violación del art. 18, CN. si el recurrente no indica las defensas o pruebas de que se habría visto privado a consecuencia del trámite impreso a la causa”*<sup>957</sup>.

**7.2.3.- Por nuestra parte, antes de ahora hemos señalado que la ausencia del dictamen jurídico previo al dictado de un acto administrativo genera, sin más, la nulidad absoluta e insanable de aquel, no siendo ello subsanable en etapas posteriores. La LNPA es categóricamente clara al respecto: el dictamen de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico es esencial (inc. “d”, art. 7°) y la violación de las “formas esenciales” genera la nulidad absoluta e insanable del acto (inc. “b”, art. 14)<sup>958</sup>.**

---

<sup>956</sup> Dictámenes 242:252; 243:288; 248:192; 261:407; 262:548; 272:072, entre muchos otros. Al respecto, no puede dejar señalarse un reciente asesoramiento jurídico de la PTN en el que, si bien no cambió su postura en relación con la doctrina recién mencionada, expresamente sostuvo que *“aquella teoría resultaría aplicable cuando el vicio hubiese recaído en el elemento ‘procedimiento’, previsto en el artículo 7°, inciso d) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativo (la ‘LNPA’), esto es cuando no se ha emitido dictamen jurídico previo al dictado del acto administrativo en los casos que allí se determina”* pero que, en el caso analizado, *“no sólo no existe un dictamen de este Organismo Asesor, sino que el párrafo catorce del Considerando del Decreto de marras (refiriéndose al Decreto N° 885/2019), al contener una falsedad, hace que el vicio se traslade a los elementos causa y motivación del acto administrativo, los cuales mal podrían ser purgados por un ulterior pronunciamiento de esta Casa”* (Dictámenes 312:227).

<sup>957</sup> CSJN, 05/03/1969, “Universidad Bartolomé Mitre”, Fallos 273:134; en igual sentido: CSJN, 24/02/1987, “César y Antonio Karam SCICA”, Fallos 310:360 y, más cercano en el tiempo, CSJN, 16/12/2008, “Provincia de Formosa (Banco de la Provincia de Formosa) c. Dirección General Impositiva”, Fallos 331:2769).

En similar sentido se expidió la Procuración del Tesoro de la Nación al precisar que no se viola el derecho de defensa si éste es ejercido en el trámite de un recurso o proceso judicial posterior (Dictámenes 235:524; 241:391; 256:134; 262:548, entre muchos otros

<sup>958</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, op. cit., p. 199.

Así se ha expedido no solo la SCJBA<sup>959</sup>, sino, también, Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal<sup>960</sup> al señalar que *“el fin perseguido por el mencionado precepto (art. 7º, inc. d, ley 19.549) no es otro que el de juridizar la actividad de la Administración Pública y debe admitirse que concurre a ese fin la exigencia legal de exigir que antes de la emisión del acto se solicite la emisión de un dictamen jurídico. Es uno de los tantos supuestos en que el principio de legalidad contribuye a la juridización de la Administración Pública. Desde este punto de vista no resulta dudoso que el parecer previo de órganos técnicos de asesoramiento jurídico tiende a brindar protección a los derechos de los administrados en tanto se pretende dar una garantía del acierto y legitimidad de la decisión que posteriormente adopten las autoridades administrativas competentes (...) Constituyendo la omisión del dictamen jurídico, la ausencia de un requisito esencial obligatorio para la validez del acto administrativo y no concurriendo en la especie ninguna circunstancia que permita excluir la exigencia de aquel requisito o tenerlo por cumplido, no cabe sino concluir que debe declararse la nulidad del acto recurrido en los términos de los arts. 7º, inc. d) y 14 de la ley 19.549”*.

Asimismo, y siguiendo las enseñanzas del profesor COMADIRA, entendemos que con la teoría de la subsanación *“la clara imputación legal de la nulidad absoluta al vicio de indefensión en sede administrativa se vacía de contenido porque siempre quedará abierta, desde esta perspectiva, la posibilidad de la amplitud de prueba y debate en sede judicial. Con esta jurisprudencia, como bien advierte Gordillo, los jueces no cumplen con la función docente y ejemplificadora que también les compete; y a la vez, los funcionarios administrativos no encuentran en el accionar judicial una respuesta estimulante para el respeto del debido proceso adjetivo en su sede”*<sup>961</sup>.

En igual sentido se ha postulado CANDIA, para quien la doctrina de la subsanación, que marcha a contrapelo de la legalidad, *“conlleva implícitamente una vía libre para que la Administración se desapegue de la legalidad y vulnere u omita los procedimientos esenciales, con la certeza de que ello no suscitará la nulidad del acto, pues se lo tendrá*

---

<sup>959</sup> SCJBA, 04/09/2002, “Club Estudiantes de la Plata c. Municipalidad de La Plata s/amparo”, publicado en EDA 01/02-487

<sup>960</sup> CNACAF, Sala II, 04/05/2000, “American Airlines Inc. c. Secretaría de Comercio e Inversiones - DISP. DNCI 1085/99”, EDA 00/01-125

<sup>961</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 320.

*por subsanado en etapas posteriores*”<sup>962</sup>.

MAIRAL, por su parte, al referirse a la omisión del dictamen jurídico y la subsanación posterior, destacó que aquello “*equivale a eliminar el requisito, ya que si el particular no recurre en plazo, el acto queda firme y consentido, y si recurre, la Administración puede salvar el vicio cumpliendo el recaudo omitido en el trámite del recurso administrativo del particular o de la acción judicial ulterior que este interpone*”<sup>963</sup>.

Por ello, en nuestra opinión, el juez no puede lícitamente reconocer y aprobar, con su sentencia, un acto administrativo ilegítimo pues, de así proceder, se convertiría en cómplice de la ilegalidad.

**El derecho de defensa, inherente a la persona humana, es una cuestión de orden público indisponible para las partes e insusceptible de renuncia: él se erige como un principio fundamental y esencial de todo procedimiento administrativo y judicial justo**<sup>964</sup>.

Tal como recuerdan Sir. William WADE y Christopher FORSYTH al comentar el célebre caso inglés “*Dr. Bentley’s*” (1723), el derecho de defensa es un principio de “justicia natural” tan antiguo como la propia existencia del hombre: “*Hasta Dios mismo no sentenció a Adán antes de llamarlo a hacer su defensa. ¿Adán —dijo Dios— dónde estabas tú? ¿no has comido del árbol del que no debías hacerlo?*”<sup>965</sup>.

Por ello, como bien concluyen aquellos autores, “*la regla que exige una audiencia es de validez casi universal. Puede ser planteada sin incompatibilidad desde su nativo suelo judicial a cualquier parte del campo de la administración (...) esta regla abarca toda la*

---

<sup>962</sup> CANDA, Fabián O., “*El debido proceso adjetivo. La llamada “teoría de la subsanación”*”, en AA.VV. *Procedimiento Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 145 y ss.

<sup>963</sup> MAIRAL, Héctor A., “*Los plazos de caducidad en el Derecho administrativo argentino*”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho procesal administrativo*, obra en homenaje a Jesús González Pérez, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, Tomo 1, p. 902.

<sup>964</sup> El derecho de defensa es, en términos de la Corte, “*una de las más preciosas garantías consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional*” (CSJN, 15/06/1982, “*D’Ambra, Salvador Osvaldo c/ Nación Argentina. Cima S.C.A. c/ Nación Argentina*”, Fallos 304:849; CSJN, 30/12/1986, “*Espiro, Nicolás Alejo*”, Fallos 308:2650; CSJN, 24/08/2004, “*Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa N° 259*”, Fallos 327:3312, entre otros).

<sup>965</sup> WADE, William - FORSYTH, Christopher, *Administrative law*, Ninth Edition, Oxford University Press, 2004, p. 477.

*noción de procedimiento leal (fair procedure), o debido proceso y es apta de gran elaboración en detalle*<sup>966</sup>.

7.2.4.- Finalmente, resulta insoslayable señalar que, tal como la vaticinara el profesor COMADIRA<sup>967</sup>, afortunadamente la teoría de la subsanación en materia de audiencias públicas no ha tenido cabida en el ámbito judicial pues, como ha señalado tanto la Cámara<sup>968</sup> como la CSJN<sup>969</sup>, la omisión de la audiencia pública previa al dictado de un acto administrativo que así lo requiere, lo torna nulo de nulidad absoluta e insanable<sup>970</sup>.

## **8.) Retroactividad e irretroactividad**

Por último, resta analizar si el denominado principio de la irretroactividad opera de manera diferente en los actos administrativos de alcance particular y los de alcance general.

---

<sup>966</sup> WADE, William - FORSYTH, Christopher, *Administrative law*, op. cit., p. 477.

<sup>967</sup> Señalaba el profesor COMADIRA que el procedimiento de elaboración de ciertos actos administrativos de alcance general en el marco de los servicios públicos privatizados estaba llamado a adquirir sustantiva significación y que “*seguramente la exclusión de esa audiencia o su celebración con vicios graves escapará a la regla de la subsanación judicial*” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 324, especialmente nota 1254).

<sup>968</sup> Cfr.: CNACAF, Sala IV, 21/08/1998, “Youssefian, Martín c/ Secretaría de Comunicaciones”.

<sup>969</sup> CSJN, 21/10/2006, “Defensoría del pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones –Resol 2926/99 s/Amparo Ley N° 16.986”, Fallos 329:4542; CSJN, 21/05/2002, “Adidas Argentina y otros c/ E.N. – M°. de Economía –resol. 987/97, 512/98 y 1506/98 s/ amparo ley 16.986”, Fallos 325:1038. Más recientemente, puede verse: CSJN, 18/08/2016, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad –CEPIS– y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ Amparo Colectivo”, Fallos 339:1077.

<sup>970</sup> Muchos han sido los autores que han sostenido que la omisión de la audiencia pública, cuando esta es requerida, ocasiona la nulidad absoluta e insanable del acto: GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, p. IX–12; MURATORIO, Jorge I., “Situación jurídica del usuario del servicio público. Participación en el control. La tutela administrativa y judicial”, en AA.VV. *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Astrea Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004, p. 299 y ss.; USLENGHI, Alejandro, “Audiencias Públicas”, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1999, p. 295; COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 449 y ss.; entre muchos otros.

En otras palabras: la posibilidad excepcional de que los actos administrativos proyecten sus efectos jurídicos hacia el pasado, ¿varía según se trate de un acto administrativo de alcance particular o de alcance general?

Como se verá, la respuesta que se brinde sobre este punto resultará de vital importancia tanto para los administrados como para el sujeto emisor del acto pues, en definitiva, las consecuencias derivadas de la posición que se adopte habrán de repercutir en los derechos e intereses de los particulares e incluso del interés público.

Un sector de la doctrina entiende que mientras el acto administrativo de alcance general no puede tener efectos retroactivos, el de alcance particular, en ciertas ocasiones, sí<sup>971</sup>.

Sin embargo, en nuestra opinión, predicar de antemano que en ninguna circunstancia un acto administrativo de alcance general podría tener efectos retroactivos podría resultar irrazonable y, por consiguiente, injusto.

Ahora bien, para dar respuesta al interrogante planteado resulta necesario realizar algunas breves precisiones conceptuales.

### 8.1.) Precisiones conceptuales

#### *8.1.1.) Los efectos jurídicos de los actos administrativos. Remisión*

Tal como hemos visto en el punto N° 3.4. de este Capítulo, al que nos remitimos, la nota definitoria e inherente del acto administrativo propiamente dicho es la producción de efectos jurídicos directos sobre terceros ajenos a la Administración.

Asimismo, precisamos que aquella alteración unilateral de la situación jurídica del particular (autotutela declarativa) se da a partir del momento de la publicidad del acto.

Debe recordarse que el art. 11 de la LNPA establece que para que un acto administrativo “*de alcance particular adquiera eficacia debe ser objeto de notificación al interesado y el de alcance general, de publicación*” y precisamos, también, que el art.

---

<sup>971</sup> Ver, por todos: MARCER, Ernesto, *Demandas contra el Estado*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 128; MURATORIO, Jorge I., “Impugnación de reglamentos...”, op. cit., p. 378; ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Acto administrativo...*, op. cit., p. 213.

103 del RLNPA prevé que “*los actos administrativos de alcance general producirán efectos a partir de su publicación oficial y desde el día que en ellos se determine; si no designan tiempo, producirán efectos después de los OCHO (8) días, computados desde el siguiente al de su publicación oficial*”.

Con base en ello sostuvimos que si según el art. 11 de la LNPA los efectos jurídicos del acto solo se generan a partir de la publicidad de aquel (notificación en el caso de actos administrativos de alcance particular, publicación en los actos administrativos de alcance general), es posible inferir que sin publicidad —es decir, sin notificación o publicación— aquellos no existen jurídicamente.

En otros términos: si el acto administrativo propiamente dicho se caracteriza por producir efectos jurídicos directos e inmediatos respecto de terceros y, por otra parte, esos efectos jurídicos no se generan sino a partir de la publicidad de aquel, es posible inferir que hasta tanto no haya publicidad no existe, técnicamente, acto administrativo.

Por ello, como vimos en las páginas anteriores y lo hemos señalado en otras oportunidades<sup>972</sup>, la publicidad de los actos administrativos integraría el elemento esencial “forma” de aquéllos, constituyéndose, así, en un requisito esencial de su válida configuración<sup>973</sup>, tal como ha señalado la doctrina nacional y la CSJN<sup>974</sup>.

Sostuvimos que, en definitiva, con la publicidad nace el acto administrativo, pues es a partir de allí que se producen los efectos jurídicos directos respecto de terceros, favorables o desfavorables.

Si bien es claro que a partir de la publicidad del acto administrativo sus efectos jurídicos comienzan a producirse<sup>975</sup>, lo cierto es que aquellos definen una situación jurídica conformada por hechos, conductas y circunstancias anteriores a la fecha de su

---

<sup>972</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, Astrea–Rap, Buenos Aires, 2019, p. 65, nota N° 77 y, posteriormente, en COMADIRA, Fernando Gabriel, “Régimen jurídico...”, op. cit., p. 465/467; COMADIRA, Fernando Gabriel, “El reglamento administrativo...”, op. cit.

<sup>973</sup> Por ello, en nuestra opinión, sería incoherente sostener que la nota característica e inherente del acto administrativo es la producción de efectos jurídicos directos respecto de terceros y, al mismo tiempo, negar que la notificación sea un requisito esencial de su validez.

<sup>974</sup> Ampliar en el punto N° 3.4. del Capítulo VIII de esta tesis.

<sup>975</sup> Ello, sin perjuicio, claro está, de aquellos supuestos en los que, como puede suceder con los actos de alcance general, se establezca una fecha de vigencia posterior al de la publicación.

emisión y, por tanto, los actos administrativos son “*por principio ‘producto’ de la aplicación del derecho en relación con hechos pasados*”<sup>976</sup>.

Debemos tener presente que uno de los requisitos esenciales que debe reunir todo acto administrativo –sea de alcance particular, o de alcance general– es el elemento “causa” que, en el derecho administrativo, suele vinculárselo con los hechos y antecedentes del acto y al derecho aplicable, y su validez hace a la legalidad de la decisión.

En ese sentido, el inc. “b” del art. 7º de la LNPA dispone que el acto administrativo deberá sustentarse en hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable<sup>977</sup>.

Por consiguiente, si los actos administrativos son el producto de aplicar el derecho con relación a hechos pasados para definir una situación jurídica presente o futura, la pregunta que corresponde hacerse en este apartado es si resulta jurídicamente admisible que los efectos del acto administrativo –particular o general– se retrotraigan en el tiempo.

En otras palabras, ¿puede un acto administrativo disponer que sus efectos jurídicos se proyectarán sobre las situaciones jurídicas de los particulares consolidadas con anterioridad a su publicidad?

### 8.1.2.) *Concepto de retroactividad*

Hasta aquí queda claro que las conductas, hechos o situaciones jurídicas que justificaron la emisión de un acto administrativo se verán regladas a partir de la existencia de éste, es decir, desde su publicidad y hacia el futuro. Sin embargo, cuando los efectos jurídicos del acto administrativo se aplican hacia el pasado, se dice que habrá retroactividad.

En otros términos: si bien los actos administrativos regulan conductas, hechos o situaciones jurídicas ocurridas en el pasado, la retroactividad opera cuando sus efectos

---

<sup>976</sup> VERAMENDI, Enrique V., “La irretroactividad del acto administrativo”, en AA.VV. *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago – Director –, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 353 y ss.

<sup>977</sup> El elemento causa adquiere, así, la calidad de esencial y, en caso de estar ausente o gravemente viciado, por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados, el acto que integra deviene nulo de nulidad absoluta e insanable (art. 14, inc. b), LNPA) (ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 280).



jurídicos se proyectan hacia el pasado –*ex tunc*– y no exclusivamente hacia el futuro –*ex nunc*–<sup>978</sup>.

Por consiguiente, podemos decir que un acto administrativo será retroactivo cuando los efectos jurídicos que produce se proyectan hacia el pasado, aplicándose a las conductas, hechos o situaciones jurídicas que motivaron su emisión y quedaron consolidadas con anterioridad a su existencia, alterando derechos adquiridos o privándolos<sup>979</sup>.

Como se ve, la aplicación retroactiva de un acto administrativo requiere que los supuestos de hecho necesarios existan ya en la fecha en que se retrotraigan sus efectos jurídicos<sup>980</sup>.

---

<sup>978</sup> Es que, como precisara el profesor COMADIRA, “*no habrá retroactividad si la regulación de situaciones previas al dictado del acto no se traduce en una alteración de derechos consolidados con anterioridad*” (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 495).

En similar sentido, HUTCHINSON ha destacado que “*la retroactividad consiste en cambiar situaciones y consecuencias consumadas, y sustituirlas por otras simplemente para hacerlas desaparecer, en tanto la aplicación inmediata de los actos jurídicos a la realidad, cuyo origen es el pasado, es otra cosa. Entonces, no importante es precisar si una decisión administrativa propiamente está desconociendo situaciones consumadas para aplicar consecuencias futuras, lo que sería retroactividad, o por el contrario, si al regular consecuencias futuras de situaciones pasadas, sin alterar éstas, lo que está haciendo es darle efectos inmediatos a dicha decisión*” (HUTCHINSON, Tomás, “Acto administrativo” en AA.VV., *Tratado jurisprudencial y doctrinario*, HUTCHINSON, Tomás, - Director -, La Ley, Buenos Aires, 2010, Tomo 1, Vol. 1, p. 221).

Señala BOTASSI que “*un acto administrativo posee efectos retroactivos cuando, al proyectarse hacia el pasado: a) modifica una relación jurídica ya constituida, generando consecuencias que antes no tenía, y b) hace renacer una relación jurídica ya extinguida*” (BOTASSI, Carlos A., “Retroactividad del acto administrativo”, en A.A.V.V. “Acto administrativo y reglamento”, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 179 y ss.).

<sup>979</sup> Enseña COMADIRA que “*jurídicamente, un acto administrativo es retroactivo cuando al reglar hechos, conductas o situaciones anteriores a su vigencia, su aplicación afecta la órbita jurídica de los administrados, alterando sus derechos adquiridos o privándolos de ellos*” (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 494).

HUTCHINSON, por su parte, señala que “*la aplicación retroactiva del acto administrativo consiste en su aplicación a relaciones jurídicas ya consumadas antes de su eficacia. En otras palabras, hay retroactividad cuando los efectos jurídicos de un acto administrativo que se han producido antes de la eficacia del nuevo, se regulan por éste*” (HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 163). En igual sentido: KRAUSE, Bernardo R., “La retroactividad del acto administrativo”, LL 1978-C, 623.

<sup>980</sup> El art. 111 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Buenos Aires expresamente señala que “*excepcionalmente podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados y produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de terceros*” (énfasis agregado). Similar regulación se prevé en las leyes de

Ahora bien, como se verá a continuación, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que el principio general que rige en todas las ramas jurídicas, incluyendo al derecho administrativo, es el de la irretroactividad.

## 8.2.) La irretroactividad como principio general

### *8.2.1.) Fundamentos de la irretroactividad*

En el ámbito doctrinario<sup>981</sup> se ha señalado que los fundamentos por los que se niega efectos retroactivos a los actos administrativos son, por un lado, que la irretroactividad constituye un “principio general del derecho”<sup>982</sup> y, por otra parte, que la irretroactividad se sustenta en el art. 3° del Código Civil –actual art. 7° del CCCN– y en la prohibición de alterar “derechos adquiridos”<sup>983</sup>.

Sobre este último aspecto, hemos de señalar que a partir de la entrada en vigencia del CCCN, el concepto de derechos adquiridos debe ser reemplazado por el de “derechos amparados por garantías constitucionales”, según el texto del art. 7° de aquel Código.

Conviene recordar, siguiendo a LLAMBÍAS, que un derecho se adquiere “*cuando se reúnen todos los presupuestos exigidos por la norma para su imputación a favor del sujeto en calidad de prerrogativa individualizada*”<sup>984</sup>.

MARIENHOFF, por su parte, ha manifestado que el concepto de “derecho adquirido” debe ser interpretado con amplitud, comprendiendo la idea de ‘derecho a una situación’,

---

procedimiento administrativo de las provincias del Chubut (cfr. art. 32.1.), Río Negro (cfr. art. 16) y Chaco (cfr. art. 122).

<sup>981</sup> Ver, por todos, MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 390/392.

<sup>982</sup> Sobre la cuestión, recuerda BOTASSI que en Francia, el principio general de que las decisiones oficiales disponen hacia el futuro, llegó a tener tal entidad que el Consejo de Estado aludió a un “*vicio de retroactividad*” para invalidar actos administrativos que pretendían proyectar sus efectos hacia el pasado, “*aclarando que la regla de la no-retroactividad no era consecuencia de aplicar el Código Civil a un asunto administrativo, sino de fundar la decisión en principios generales*” (BOTASSI, Carlos A., “Retroactividad...”, op. cit., p. 179 y ss.). En igual sentido: GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Los Actos Administrativos...*, op. cit., p. 345.

<sup>983</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 495.

<sup>984</sup> LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte General*, 16° Edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, Tomo I, p. 136. En igual sentido se ha expedido la PTN en Dictámenes 311:212; 221:44, 219:167, entre muchos otros.

de ‘derecho a ser juzgado de acuerdo a determinada norma’ o de ‘ser sometido a determinada norma’, siempre y cuando el desconocimiento de estos criterios pudiere determinar o determinase un agravio efectivo y cierto a la garantía de inviolabilidad de la propiedad”<sup>985</sup>.

Nuestro Máximo Tribunal, a su vez, en más de una oportunidad ha señalado que para que exista derecho adquirido y, por tanto, se encuentre vedada la aplicación de la nueva ley –y, agregamos nosotros, un reglamento–, es necesario que su titular haya cumplido –bajo la vigencia de la norma derogada o modificada– todas las condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular del derecho de que se trata, aun cuando falte la declaración formal de una sentencia o acto administrativo<sup>986</sup>.

De tal forma, entonces, como bien ha destacado MONTI<sup>987</sup>, cabe concluir que:

a) la inexistencia de un acto administrativo o una sentencia que declaren que el derecho se ha adquirido no implica que éste no se halle consolidado en cabeza de su titular, por ello, una vez cumplidos los requisitos normativamente establecidos, ellos no pueden ser variados, en principio, en perjuicio de aquél por la sanción de nuevas leyes o reglamentos que alteren las anteriores;

b) el acto administrativo de alcance particular que finalmente reconozca la titularidad del derecho tiene efectos retroactivos al momento en que aquél fue adquirido, y no puede tener otro contenido ni referirse a la imposición al interesado de otras exigencias que las que las normas vigentes a aquel momento le requerían.

---

<sup>985</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 396/397.

<sup>986</sup> CSJN, 17/03/1998, “Banco Florencia S.A. c/ Modern Plastic S.A. s/ ejecución hipotecaria”, Fallos 321:330. En igual sentido: CSJN, 23/03/2010, “Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de General Pueyrredón s/repetición”, Fallos 333:255; CSJN, 17/06/1982, “Quinteros, Mariano Modesto c/ Demoliciones Centro”, Fallos 304:871; CSJN 11/08/1977, “Banco del Interior y Buenos Aires S.A. c/ Kupferberg de Olsak Rywka”, Fallos 298:472; CSJN, 05/09/1995, “Digier, Agustín Arturo c/ Caja Nacional de Previsión para Trabajadores Autónomos”, Fallos: 318:1700, entre otros.

<sup>987</sup> MONTI, Laura M., “Consideraciones sobre la retroactividad en el ámbito del derecho administrativo”, ED 176-739.

Finalmente, como bien ha precisado la doctrina<sup>988</sup>, hemos de señalar que la retroactividad no se halla vedada cuando lo que se destruye o modifica es un mero interés, una simple facultad<sup>989</sup> o un derecho en expectativa ya existente<sup>990</sup>.

### 8.2.2.) *La irretroactividad en el marco de la LNPA y el RLNPA*

Ahora bien, y sin perjuicio de la aplicación analógica que pueda hacerse de los preceptos contenidos en el CCCN<sup>991</sup> al derecho administrativo, lo cierto es que la LNPA y el RLNPA se refieren a la protección de los derechos adquiridos en dos disposiciones que, como veremos, resultan de vital importancia.

En primer lugar, el art. 13 de la LNPA establece que *“el acto administrativo podrá tener efectos retroactivos siempre que no se lesionaren derechos adquiridos cuando se dictare en sustitución de otro revocado o cuando favoreciere al administrado”*.

Por otra parte, el art. 83 del RLNPA estipula que *“los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte y aun mediante recurso en los casos en que éste fuere procedente. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos por los administrados”*.

Sobre la base de las normas citadas, la cámara del fuero ha señalado que en el campo del derecho administrativo la veda de la aplicación retroactiva de los actos administrativos

---

<sup>988</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 495; MONTI, Laura M., “Consideraciones...”, op. cit.; VERAMENDI, Enrique V., “La irretroactividad...”, op. cit., p. 353 y ss.

<sup>989</sup> Se ha sostenido que la “mera facultad” es el antecedente necesario del derecho adquirido, y se entiende como *“una posibilidad que abre la ley a favor de alguien, pero que hasta el ejercicio de esa potencia no es sino una eventualidad que no obsta al cumplimiento de la ley que modifique o aniquile esa perspectiva”* (LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 137).

<sup>990</sup> El derecho en expectativa, por su parte, es una noción contrapuesta a la de derecho adquirido y no es, en verdad, un derecho, sino *“una esperanza o posibilidad de que pase a serlo cuando se reúnan los presupuestos legales correspondientes, los que por ahora no son sino una mera eventualidad”* (LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 136).

<sup>991</sup> Así, por ejemplo, en reiteradas ocasiones la Corte Suprema señaló que la aplicación analógica del sistema de invalidez previsto para el derecho civil se aplica al derecho administrativo *“con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la substancia de esta última disciplina”* (CSJN, 30/06/1941, “Ganadera “Los Lagos” S.A. c/ Nación Argentina”, Fallos 190:142; CSJN, 18/08/1987, “Sosa de Basso, María Angélica y Basso María Cristina c/ Buenos Aires, Provincia de y Municipalidad de Junín”, Fallos 310:1578).

se halla en el art. 13 de la LNPA, entendido como reglamentación de las garantías constitucionales para los actos de alcance individual, norma coincidente —al igual que el art. 83 de la reglamentación de la LNPA— con el principio general del art. 3° del Código Civil<sup>992</sup>.

La PTN, por su parte, ha sostenido que el art. 13 de la LNPA no hace otra cosa que reafirmar el principio general establecido por el art. 3° del Código Civil —actual art. 7° del CCCN—, aplicable a todas las ramas del derecho<sup>993</sup>.

Pues bien, como podrá apreciarse de las normas transcritas, el dato común de ambas regulaciones es la protección de los derechos adquiridos de los administrativos.

Como ha establecido la jurisprudencia y doctrina aplicable al caso, los actos administrativos no pueden afectar derechos ya adquiridos e incorporados al patrimonio de las personas, ya que “...su retroactividad sería improcedente cuando ella aparejase el desconocimiento de derechos adquiridos por el administrado, pues entonces existiría un agravio a la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad, abarcando la idea de ‘derecho a una situación’, de modo tal, que el acto administrativo individual carece de efectos retroactivos, dado que ello sería lesivo para el derecho del administrado, pudiendo -excepcionalmente- tener efecto retroactivo cuando ello sea favorable para el administrado, pues en tal caso quedan superadas las razones que hacen improcedente dicha retroactividad”<sup>994</sup>.

Resulta insoslayable señalar que, como ha señalado la Corte Suprema, el derecho de propiedad protegido constitucionalmente “comprende todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos, a condición que su titular,

---

<sup>992</sup> CNACAF, Sala IV, 14/09/1995, “Nidera Argentina S.A. c/ E.N. (BCRA) s/ varios”. En relación concreta con el fundamento de la irretroactividad de los actos administrativos de alcance general normativo, es decir, los reglamentos, algunos autores han señalado que además de la garantía constitucional involucrada, resulta diverso según se trate de reglamentos de ejecución y autónomos, por un lado, o de reglamentos delegados y de necesidad y urgencia, por el otro, toda vez que la irretroactividad de estos últimos, por versar sobre materias propias del legislador —de sustancia legislativa—, podría hallar un sustento más directo que los primeros en el art. 3° del código civil (MONTI, Laura M., “Consideraciones...”, op. cit.; MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 392 y ss.).

<sup>993</sup> Dictámenes 154:344

<sup>994</sup> Conf. MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 386 y ss.

*disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, integra el concepto constitucional de propiedad*<sup>995</sup>.

**Por consiguiente, bien puede afirmarse que el principio general que rige en materia de aplicación temporal de actos administrativos –sea de alcance particular o general– es la irretroactividad<sup>996</sup> y, asimismo, que en el caso excepcional en que se establezca su retroactividad (lo cual debe ser establecido expresamente), ellos no pueden afectar derechos amparados por garantías constitucionales.**

Es que, además, cabe tener presente que la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal<sup>997</sup> y la CSJN<sup>998</sup> ha precisado que en el ámbito del Derecho Administrativo la retroactividad no se presume sino que, por el contrario, rige el principio opuesto.

### 8.3.) Algunos supuestos de aplicación retroactiva de los actos administrativos

Hemos visto que el principio general es el de la irretroactividad de los actos administrativos.

<sup>995</sup> CSJN, 16/12/1925, “Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital”, Fallos 145:307. La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en el caso “Ivcher Bronstein” que el derecho de propiedad privada contemplado en el Artículo 21.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende “*aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor*” (CIDH, 06/02/2001, caso “Ivcher Bronstein”, párrafo N° 122).

<sup>996</sup> HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 161; KRAUSE, Bernardo R., “La retroactividad...”, op. cit.; BOTASSI, Carlos A., “Retroactividad...”, op. cit., p. 179 y ss.; ESCOLA, Jorge, *Compendio...*, op. cit., Tomo 1, p. 513/514; VERAMENDI, Enrique V., “La irretroactividad...”, op. cit., p. 353 y ss.; ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Acto administrativo...*, op. cit., p. 73; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, p. II-36, entre muchos otros.

Apuntaba FIORINI que el art. 13 de la LNPA configura una mala técnica legislativa pues si bien aquel “*dispone como criterio la retroactividad y luego establece su excepción (...) en forma indirecta consagra el principio de la irretroactividad de los actos administrativos*”. De tal forma, sostenía el ilustre jurista que aquel artículo debía tener como título lógico y explicativo la siguiente frase “*Irretroactividad del acto administrativo, y en el texto del artículo establecerse aquellas situaciones que representan excepciones*” (FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo I, p. 453/455).

<sup>997</sup> CNACAF, Sala III, 05/02/1997, “Fernández, Raúl Evencio y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ proceso de conocimiento”

<sup>998</sup> CSJN, 14/02/1995, “Menzaghi, Darío y otro c/ Banco Central de la República Argentina s/ cobro”, Fallos: 318:63; CSJN, 15/10/1985, “Domínguez, Alberto Roberto c/ U.N.R. s/ recurso de amparo”, Fallos: 307:1964, entre muchos otros.

En ese marco, sostuvimos que solo excepcionalmente los efectos jurídicos de los actos administrativos podrían proyectarse hacia el pasado, aplicándose a las conductas, hechos o situaciones jurídicas que motivaron su emisión y quedaron consolidadas con anterioridad a su existencia y, por tanto, alterando derechos amparados por garantías constitucionales.

Ahora bien, y volviendo a las preguntas que originaron este breve análisis, ¿en qué casos podría un acto administrativo tener efectos retroactivos? ¿varía aquella posibilidad según se trate de un acto administrativo de alcance particular o de alcance general?

### 8.3.1.) *La retroactividad del acto administrativo de alcance particular*

Anteriormente hemos destacado que el art. 13 de la LNPA prevé que “*el acto administrativo podrá tener efectos retroactivos siempre que no se lesionaren derechos adquiridos cuando se dictare en sustitución de otro revocado o cuando favoreciere al administrado*”.

Si bien como hemos visto, la LNPA parece haber acogido un criterio amplio del concepto de acto administrativo, incluyendo, en lo que aquí interesa, no solo a los actos individuales, sino también a los generales, lo cierto es que un sector de la doctrina ha considerado que el art. 13 solo es aplicable a los actos administrativos de alcance particular, y no a los actos administrativos de alcance general.

Así, pues, se ha señalado que los dos supuestos contemplados por la norma se refieren, exclusivamente, al acto particular pues, en el primer caso –v.gr.: sustitución de un acto por otro– “*sería inadmisibles sentar por principio la retroactividad de un nuevo reglamento que sustituya otro revocado, en contra del señalado principio de irretroactividad de las normas generales*” y, en el segundo, porque la misma expresión de la LNPA “*indica también inequívocamente que se trata de un acto referido a persona determinada, por tanto acto administrativo en sentido estricto*”<sup>999</sup>.

---

<sup>999</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, Cap. IV–10. También han señalado que el art. 13 de la LNPA no es aplicable a los actos administrativos de alcance general: MONTI, Laura M., “Consideraciones...”, op. cit.; HALPERÍN, David A., “Cuestiones vinculadas...”, op. cit.

CASSAGNE, por su parte, al analizar las diferencias de régimen jurídico entre los actos administrativos de alcance particular y los de alcance general, sostenía que los últimos por principio eran



Sin embargo, en nuestra opinión, y como veremos luego, creemos que en ciertas ocasiones el art. 13 de la LNPA podría resultar aplicable a los actos administrativos de alcance general –especialmente a los reglamentos–.

#### 8.3.1.1.) Supuestos de procedencia de aplicación retroactiva de los actos administrativos

Ahora bien, en algunos supuestos admitidos por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, se admite la aplicación retroactiva de los actos administrativos.

El principio general para admitirla es, como hemos adelantado, que con ella no se lesionen derechos adquiridos o, en los términos del actual CCCN, “derechos amparados por garantías constitucionales”.

Sobre el punto, cabe señalar que se trata de una prevención innecesaria toda vez que si el legislador carece de atribuciones constitucionales para desconocer los derechos garantizados por la Constitución nacional, tampoco las tendría quien ejerza función administrativa<sup>1000</sup>.

Por último, hemos de señalar que si bien es cierto que el empleo de la locución “podrá” en el texto del art. 13 de la LNPA llevaría a sostener que el reconocimiento del carácter retroactivo al acto es discrecional para la Administración<sup>1001</sup>, si aquella facultad fuera utilizada en forma arbitrariamente discriminatoria, la actuación administrativa podría ser cuestionada<sup>1002</sup>.

---

irretroactivos y que, por tanto, el art. 13 de la LNPA no les era aplicable (CASSAGNE, Juan Carlos, “La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549”, ED 42:839; CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p 106 y nota N° 152). Sin embargo, posteriormente, pareciera haber cambiado de criterio pues quitó aquella diferencia en su *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 131 y ss.).

<sup>1000</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 495; MONTI, Laura M., “Consideraciones...”, op. cit.

<sup>1001</sup> Así lo ha entendido: BOTASSI, Carlos A., “Retroactividad...”, op. cit., p. 179 y ss.

<sup>1002</sup> En igual sentido: MONTI, Laura M., “Consideraciones...”, op. cit.

Es que, como vimos en el punto N° 2.4. de este Capítulo, el precedente administrativo podría ser fuente del derecho cuando en su seguimiento esté comprometida la garantía de la igualdad, lo que supone, desde luego, la legalidad de aquel.

Hechas las aclaraciones que anteceden, cabe enunciar, entonces, algunos de los supuestos admitidos de retroactividad:

8.3.1.1.1.- En forma genérica, se dice que la retroactividad del acto administrativo procede cuando favorece a los particulares.

Sin perjuicio de ello, debemos recordar que, como dijéramos en los párrafos que anteceden, aun cuando se pretenda otorgarle efectos retroactivos a un acto administrativo, es necesario, por un lado, que los supuestos de hecho necesarios existan ya en la fecha en que se retrotraigan sus efectos jurídicos y, por otra parte, que con ello no se lesionen derechos o intereses legítimos de terceros ni el interés público<sup>1003</sup>.

La necesaria existencia de los hechos al momento en que se retrotraigan los efectos jurídicos del acto obedece, en definitiva, a que entre los diversos elementos que todo acto administrativo debe reunir sin vicios para ser plenamente válido está el elemento “causa”, entendido como los antecedentes de hecho y de derecho que le deben servir de fundamento, que motivan su emisión y que, según la PTN, no puede ser “discrecional” porque debe hallarse referida a **circunstancias perfectamente verificables**<sup>1004</sup>, puesto que nuestro sistema se enrola en la concepción objetivista de la causa<sup>1005</sup>.

En otras palabras, *“los hechos objetivos deben existir en la realidad, como algo exigible por el agente que ve comprometido su derecho, y la Administración debe acreditarlos de algún modo, especialmente cuando el interesado cuestiona la existencia de tales hechos”*<sup>1006</sup> y, en consecuencia, el acto *“no puede consistir, exclusivamente, en*

---

<sup>1003</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Iustel, Madrid, 2011, Tomo IV, p. 100.

<sup>1004</sup> Dictámenes 114:376, cit. por COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 37.

<sup>1005</sup> Dictámenes 197:182 y COVIELLO, Pedro J. J., “La causa y el objeto del Acto Administrativo”, en la obra colectiva *Acto Administrativo y Reglamento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, p. 33 y ss.

<sup>1006</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 37.

*la voluntad del agente, siendo, por ende, siempre necesario que ella se sustente en factores objetivables”*<sup>1007</sup>.

De lo precedentemente expuesto se colige sin hesitación alguna que todo acto administrativo –incluyendo el que produzca efectos retroactivos– debe estar **siempre** respaldado en la efectiva concurrencia de los hechos descriptos por el presupuesto de hecho previsto por la norma aplicable<sup>1008</sup>, toda vez que si la causa del acto residiese en la voluntad del órgano emisor y no en razones concretas o, simplemente, en erróneas calificaciones jurídicas, el acto administrativo debe fulminarse con su expulsión del mundo jurídico.

Del mismo modo, se ha precisado que pueden acordarse efectos retroactivos a un acto administrativo, aun cuando no se beneficie a un particular, siempre que no se perjudique a un tercero ni se produzca daño alguno<sup>1009</sup>. En estos casos, se dice, la actuación de la Administración puede responder a razones de oportunidad que aquélla puede evaluar a los fines de mejor tutelar o gestionar el interés público<sup>1010</sup>.

Al analizar a procedencia de la retroactividad de los actos administrativos en beneficio de los particulares, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ han señalado que ello es procedente porque en muchas ocasiones la Administración tarda en reaccionar ante los acontecimientos y no es justo que los particulares tengan que soportar las consecuencias de ese retraso<sup>1011</sup>.

8.3.1.1.2.- El otro supuesto contemplado en la ley es el del acto dictado en sustitución de uno anterior extinguido por revocación. En este caso, y teniendo en consideración que la LNPA adopta un “criterio subjetivo” para calificar a las formas de extinción del acto

---

<sup>1007</sup> Idem, p. 38.

<sup>1008</sup> CSJN, 15/07/1970, “Hochbaum, Salomón I.”, Fallos: 277:205.

<sup>1009</sup> KRAUSE, Bernardo R., “La retroactividad...”, op. cit.; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 167. Señalan los autores citados que la falta de interés jurídico hace que el particular no pueda intentar impugnación alguna contra el acto y, al decir de HUTCHINSON, “*es la designada con el nombre de ‘retroactividad tolerada’*”.

<sup>1010</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 496; MONTI, Laura M., “Consideraciones...”, op. cit.

<sup>1011</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 614.

administrativo<sup>1012</sup>, cabe distinguir la revocación por ilegitimidad –para nosotros, anulación– de la revocación que es dispuesta por razones de oportunidad mérito o conveniencia.

a- Revocación por ilegitimidad: La revocación –anulación– de oficio del acto administrativo irregular en sede administrativa por ilegitimidad, es decir, la anulación con efectos ejecutorios del acto administrativo nulo de nulidad absoluta dispuesta en sede administrativa por razones de ilegitimidad, tendrá, en principio, efectos retroactivos.

En el caso de actos administrativos susceptibles de incluirse en la categoría menos grave de invalidez, si bien los efectos de la anulación en sede administrativa serían, en principio, los mismos, podría aceptarse que en ciertos supuestos, por razones de seguridad jurídica, la anulación tenga efectos *ex nunc*.

b- Revocación por oportunidad mérito y conveniencia: En este supuesto, donde el acto administrativo revocado es plenamente válido, es decir, no está afectado por ningún vicio, su extinción, al fundarse en la necesidad de adaptar el accionar de la Administración a las nuevas circunstancias de hecho –diferentes de las apreciadas originalmente–, a la nueva valoración de estas últimas, o a las actuales exigencias del interés público<sup>1013</sup>, solo puede tener efectos hacia el futuro, es decir, *ex nunc*.

Por último, cabe señalar, a su vez, que los supuestos de retroactividad aquí mencionados se refieren solo a la anulación con efectos ejecutorios de actos administrativos por *ilegitimidad originaria*, excluyéndose la extinción por *ilegitimidad sobreviniente* que, en principio, tendrá efectos irretroactivos.

---

<sup>1012</sup> Sin perjuicio de la terminología utilizada por la LNPA, por nuestra parte antes de ahora hemos adherido al denominado “criterio objetivo” para la clasificación conceptual de las formas de extinción del acto administrativo. De tal forma, en nuestra opinión, corresponde designar como “anulación” a toda extinción del acto administrativo dispuesta por la Administración Pública o la Justicia con fundamento en razones de ilegitimidad derivadas de vicios o defectos inherentes del acto y, como “revocación”, a la extinción del acto administrativo dispuesta por la Administración por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, derivadas de la inadecuación de la relación por él generada a las exigencias del interés público vigente en el momento de la extinción (ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, op. cit.).

<sup>1013</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 235; COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit. En igual sentido: CANDA, Fabián, “La revocación del acto administrativo regular”, en AA.VV. *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago – Director –, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 799 y ss.

Es que, como hemos mencionado en otra ocasión<sup>1014</sup>, los cambios posteriores del derecho objetivo no transforman en ilegítimo el acto inicialmente válido y, en consecuencia, si “*tal situación configura una visión del interés público distinta de la valorada al emitirse el acto (...) la extinción de éste a causa del cambio de derecho, se debería regir por los principios propios de la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Así, la extinción produce sus efectos sólo para el futuro, y genera, para el particular, el perteneciente derecho indemnizatorio*”<sup>1015</sup>.

8.3.1.1.3.- El saneamiento del acto administrativo a través de los mecanismos previstos en el art. 19 de la LNPA (ratificación y confirmación)<sup>1016</sup>. Es que, en definitiva, la misma norma establece la retroactividad de los efectos del acto de saneamiento al momento del dictado del acto ratificado o confirmado.

8.3.1.1.4.- Otro supuesto aceptado por la doctrina es el del acto administrativo de aprobación de uno anterior, respecto de este último<sup>1017</sup>. En estos casos, e

---

<sup>1014</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit.

<sup>1015</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 131; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 607.

Desde otra perspectiva se ha señalado que los efectos de la extinción de la revocación por cambio de derecho objetivo dependerán del grado de invalidez que ello genere en el acto (HUTCHINSON, Tomás, “Acto administrativo”, op. cit., p. 222) y, por tanto, si el nuevo ordenamiento genera su nulidad absoluta la revocación tendrá efectos retroactivos “*a la fecha en que el ordenamiento cambió (no, desde luego, al nacimiento del acto, sino al nacimiento de la nulidad del acto)*” (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, p. XIII–11). En similar sentido, CASSAGNE ha precisado que la revocación por cambio de derecho objetivo procede retroactivamente cuando el nuevo ordenamiento genera la nulidad absoluta del acto (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 792/793).

<sup>1016</sup> El art. 19 de la LNPA prevé que “*El acto administrativo anulable puede ser saneado mediante: Ratificación: a) Ratificación por el órgano superior, cuando el acto hubiere sido emitido con incompetencia en razón de grado y siempre que la avocación, delegación o sustitución fueren procedentes. Confirmación: b) Confirmación por el órgano que dictó el acto subsanando el vicio que lo afecte. Los efectos del saneamiento se retrotraerán a la fecha de emisión del acto objeto de ratificación o confirmación*”.

El saneamiento o convalidación es “*el efecto jurídico que se produce cuando la Administración, por medio de un acto expreso o tácito, le otorga plena validez a un acto administrativo afectado por un vicio determinante de su nulidad relativa. El saneamiento no procede, obviamente, respecto de los vicios generadores de nulidad absoluta*” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 131).

<sup>1017</sup> KRAUSE, Bernardo R., “La retroactividad...”, op. cit.; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 166.

independientemente de nuestra opinión sobre el tema, se entiende que la aprobación otorga ejecutoriedad a un acto que es válido desde su origen.

8.3.1.1.5.- Retroactividad acordada o pactada, siempre que ello no responda a un proceder ilegítimo, configurándose cláusulas abusivas e irrazonables.

Naturalmente, otro límite infranqueable para la validez de la retroactividad pactada, es que los antecedentes de hecho ya hayan existido en la fecha en que se retrotraigan sus efectos jurídicos.

8.3.1.1.6.- Cuando se tratare de actos declarativos, interpretativos o meramente aclaratorios.

Los actos declarativos son los que se limitan a acreditar relaciones o situaciones jurídicas, sin alterarlas (ej. el acto administrativo por el que se constata la defunción o nacimiento de una persona). Del mismo modo, el acto administrativo de la autoridad de aplicación que comprueba las circunstancias o recaudos legales para obtener la condición de jubilado, solo tiene efecto declarativo de un derecho consolidado con anterioridad y, por ello, efectos retroactivos<sup>1018</sup>.

En el caso de los actos interpretativos o meramente aclaratorios se ha sostenido que, en rigor, no existe retroactividad, toda vez que las relaciones jurídicas anteriores al dictado del acto interpretativo o aclaratorio se rigen por el primer acto, con el sentido, la determinación o la interpretación otorgados por el acto nuevo<sup>1019</sup>.

Finalmente, como bien se ha señalado, es requisito para la validez de aquellos últimos actos que no alteren la esencia del acto primigenio, pues se aplica el mismo principio relativo a las leyes interpretativas. Y, por supuesto que, para que sea válidamente

---

<sup>1018</sup> CSJN, 28/9/1993, “Marozzi, Eldo”, Fallos 316:2090; CSJN, 7/3/1995, “Ríos, Eugenio”, Fallos 318:273.

<sup>1019</sup> KRAUSE, Bernardo R., “La retroactividad...”, op. cit.; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 167; MONTI, Laura M., “Consideraciones...”, op. cit.; COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 498.

retroactivo el acto aclaratorio, debe ser realmente tal por su propio contenido, sin ser suficiente, para admitir su validez, que se autocalifique como tal<sup>1020</sup>.

8.3.1.1.7.- Cuando la retroactividad viene dada por una ley de orden público<sup>1021</sup>. Sin embargo, aún en estos supuestos, creemos que tampoco este tipo de normas podrían conculcar derechos amparados por garantías constitucionales<sup>1022</sup>.

8.3.1.1.8.- Los actos que corrigen errores materiales, toda vez que, como se ha destacado, no crean una situación jurídica nueva sino que, en rigor, reconocen la preexistencia de una situación determinada: “*el acto rectificatorio forma una unidad con el rectificado*”<sup>1023</sup>.

Finalmente, hemos de señalar que la mayoría de las excepciones enunciadas fueron reproducidas a la letra por la Ley de Procedimientos Administrativos de la provincia de Tierra del Fuego<sup>1024</sup>.

8.3.1.1.9.- Finalmente, también se ha señalado que en ciertas ocasiones el acto que concede la solicitud de prórroga de un plazo puede tener efectos retroactivos. Así, se ha señalado que si se tiene en cuenta que el principio general en materia de plazos es su prorrogabilidad<sup>1025</sup> y que, por tanto, la perentoriedad de aquellos debe concebirse en

---

<sup>1020</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 498.

<sup>1021</sup> HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 167.

<sup>1022</sup> En igual sentido: VERAMENDI, Enrique V., “La irretroactividad...”, op. cit., p. 369.

<sup>1023</sup> HUTCHINSON, Tomás, “Acto administrativo”, op. cit., p. 222/223.

<sup>1024</sup> El Art. 108 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la provincia de Tierra del Fuego prevé que “*el acto administrativo sólo podrá tener efectos retroactivos, y siempre que no se lesionaren derechos adquiridos, cuando: a) Se dictare en sustitución de otro revocado; b) Se dictare para sanear un acto anulable; c) Se dictare para aprobar el acto sometido a condición suspensiva de aprobación; d) Se trataren de actos declarativos, interpretativos o meramente aclaratorios; e) Se trataren de actos que favorecieren a particular y no produjeran daño alguno; f) Si así se dispusiere por ley de orden público*”.

<sup>1025</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 4, p. VIII-10.



forma restrictiva<sup>1026</sup>, siendo limitada la facultad de negar la prórroga solicitada<sup>1027</sup>, la concesión de la prórroga podrá hacerse con efectos retroactivos<sup>1028</sup>.

### 8.3.2.) *La retroactividad del acto administrativo de alcance general*

8.3.2.1.- Al comienzo del presente título señalamos que algunos autores sostienen que los actos administrativos de alcance general no pueden tener efectos retroactivos.

Destacamos, también, que un sector de la doctrina entiende que el art. 13 solo es aplicable a los actos administrativos de alcance particular, y no a los actos administrativos de alcance general.

Sin embargo, en nuestra opinión, y como veremos a continuación, creemos que resultaría irrazonable no solo predicar que en ninguna circunstancia los actos administrativos de alcance general podrían tener efectos retroactivos sino, también, que los principios generales consagrados en el art. 13 de la LNPA no son aplicables a dichos actos.

8.3.2.2.- Por ello, y en línea con lo sostenido por un calificado sector de la doctrina, creemos que, en ciertas ocasiones, los actos administrativos de alcance general, concretamente, los *normativos*, es decir, los reglamentos, podrían tener efectos retroactivos<sup>1029</sup>.

---

<sup>1026</sup> Se han señalado como excepciones a la no perentoriedad de los plazos la interposición de los recursos administrativos (art. 1º, Inc. e], ap. 6º) y la incomparecencia de los testigos a las dos audiencias (art. 50 RLNPA) (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 37; COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1185, respectivamente).

<sup>1027</sup> GORDILLO, Agustín (Director), *Procedimiento administrativo*, LexisNexis-Depalma, Buenos Aires, 2003, Serie Legislación Comentada, p. 28.

<sup>1028</sup> HALPERIN, David Andrés, “Los plazos en el procedimiento administrativo” en AA.VV. *Procedimiento Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago – Director –, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 253 y ss.; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, p. VIII-12.

<sup>1029</sup> HUTCHINSON, Tomás, “Acto administrativo”, op. cit., Tomo 1, Vol. 1, p. 223; HALPERÍN, David A., “La publicidad...”, op. cit., p. 279; PRITZ, Osvaldo A.F., “Acto de alcance general”, op. cit., p. 421; GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Los Actos Administrativos*, op. cit., p. 344, entre muchos otros.

En ese orden de ideas, entendemos que en modo alguno podría desprenderse de lo dispuesto por el art. 103 del RLNPA y el art. 7° del CCCN la prohibición de aplicar retroactivamente reglamentos y leyes, respectivamente.

Y es que si bien, como vimos, el principio general que debe seguirse es el de la irretroactividad de los actos administrativos –sean de alcance particular o general–, nada obsta a que excepcionalmente se establezca expresamente su retroactividad, en la medida, claro está, que no se afecten derechos amparados por garantías constitucionales.

Las únicas leyes cuya aplicación retroactiva está prohibida, por mandato del art. 18 de la Constitución nacional, son las leyes penales, desde que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en “*ley anterior al hecho del proceso*” (art. 18).

Ninguna disposición constitucional o legal establece, de manera explícita, que los efectos jurídicos de los reglamentos administrativos –o, en su caso, de las leyes– no puedan proyectarse hacia el pasado, aplicándose a las conductas, hechos o situaciones jurídicas que motivaron su emisión y quedaron consolidadas con anterioridad a su existencia, con las limitaciones señaladas.

Por otra parte, y teniendo en cuenta que la LNPA parece haber acogido un criterio amplio del concepto de acto administrativo –incluyendo, en lo que aquí interesa, no solo a los actos individuales, sino también a los generales–, sostenemos que los principios generales contenidos en el art. 13 de la LNPA resultan aplicables, al menos analógicamente, a los reglamentos<sup>1030</sup>.

De ese modo, sería jurídicamente impropio interpretar que la posibilidad prevista en el art. 13 de la LNPA de que un acto tenga efectos retroactivos sea solo aplicable al acto administrativo de alcance individual, negándose tal aptitud al acto de alcance general –concretamente, al reglamento–, máxime teniendo en cuenta la mayor jerarquía normativa de este último.

En esa línea de pensamiento, no es razonable sostener que las leyes y los actos administrativos de alcance individual puedan tener efectos retroactivos (art. 7° del CCCN y art. 13 de la LNPA, respectivamente), y a la vez afirmar que los actos de alcance general

---

<sup>1030</sup> En similar sentido: KRAUSE, Bernardo R., “La retroactividad...”, op. cit.

no pueden tener idéntico efecto. Solo una errónea interpretación de las normas aplicables –en concreto, en este caso, del art. 103 del RLNPA– podría llevar a tal conclusión.

8.3.2.3.- Por consiguiente, lo que ha de tenerse en cuenta al momento de analizar si un reglamento puede tener o no efectos retroactivos, es si con su retroactividad se lesionan derechos amparados por garantías constitucionales, entendiendo, según la jurisprudencia de la CSJN, que tales derechos se configuran cuando “...su titular haya cumplido –bajo la vigencia de la norma derogada o modificada– todas las condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular del derecho de que se trata”<sup>1031</sup>.

De tal forma, y utilizando como ejemplo un supuesto de procedencia de aplicación retroactiva de un acto administrativo de alcance particular, un reglamento que “favoreciere al administrado” (art. 13 *in fine* de la LNPA) podría tener efectos retroactivos cuando con su aplicación no se perjudique a terceros.

Un reglamento que corrige los errores técnicos en los que se incurrió al redactar un reglamento anterior –es decir, un reglamento rectificatorio–, es un claro ejemplo en el que, de favorecer a los administrados, debería tener efectos retroactivos.

Como bien dice HUTCHINSON “son por esencia, actos con efectos retroactivos (...) los actos que corrigen errores materiales. Tiene efecto retroactivo pues no crea una situación jurídica nueva, sino que reconoce la preexistencia de una situación determinada; el acto rectificatorio forma una unidad con el rectificado”<sup>1032</sup>.

En similar sentido, VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA tras señalar que en los reglamentos la regla general es la irretroactividad, excepcionalmente podrían producir efectos hacia el pasado en los supuestos de: a) disposiciones favorables a los particulares que amplían su esfera de derechos; b) disposiciones aclaratorias o interpretativas que producen efectos desde la fecha en que se dictó la norma aclarada argumentando para ello

---

<sup>1031</sup> CSJN, 17/03/1998, “Banco Florencia S.A. c/ Modern Plastic S.A. s/ ejecución hipotecaria”, Fallos 321:330. En igual sentido: CSJN, 23/03/2010, “Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de General Pueyrredón s/repetición”, Fallos 333:255; CSJN, 17/06/1982, “Quinteros, Mariano Modesto c/ Demoliciones Centro”, Fallos 304:871; CSJN 11/08/1977, “Banco del Interior y Buenos Aires S.A. c/ Kupferberg de Olsak Rywka”, Fallos 298:472; CSJN, 05/09/1995, “Digier, Agustín Arturo c/ Caja Nacional de Previsión para Trabajadores Autónomos”, Fallos: 318:1700, entre otros.

<sup>1032</sup> HUTCHINSON, Tomás, “Acto administrativo”, op. cit., p. 222/223.

que carecen de auténtico carácter innovador; c) eventualmente, los reglamentos que se refieren a la organización administrativa, salvo que pudiesen lesionar algún derecho adquirido<sup>1033</sup>.

Sobre la cuestión, la PTN tiene dicho que al tratarse de un acto de alcance general resulta aplicable el art. 3° del Código Civil –actual art. 7° del CCCN–, que permite la retroactividad de las leyes siempre que el texto de la norma lo disponga y no se afecten derechos adquiridos<sup>1034</sup>.

La solución que proponemos es, además, coherente con lo dispuesto en diversos ordenamientos provinciales donde se prevé que los actos administrativos de alcance general podrán tener efectos retroactivos en tanto no afecten el derecho de los administrados<sup>1035</sup>.

Por todo lo hasta aquí expuesto consideramos encomiable lo previsto en el art. 91 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la provincia de Neuquén, en tanto expresamente señala que *“los reglamentos no tienen efectos retroactivos, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por reglamento en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales”*.

#### 8.4.) Síntesis

A modo de síntesis podemos señalar que un acto administrativo será retroactivo cuando los efectos jurídicos que produce se proyectan hacia el pasado, aplicándose a las conductas, hechos o situaciones jurídicas que motivaron su emisión y quedaron

---

<sup>1033</sup> VILLAR PALASÍ, JOSÉ L. - VILLAR EZCURRA, JOSÉ L., *Principios de derecho administrativo*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección Publicaciones, Madrid, 1992, Tomo 1, p. 239/241.

Sobre la cuestión, GARRIDO FALLA sostuvo que si bien algún sector doctrinal ha intentado prohibir de manera absoluta la posibilidad de que los reglamentos se autodeclararan retroactivos, la realidad muestra que *“los Reglamentos suelen dictarse con inclusión de una cláusula de respeto para los «derechos adquiridos», que vienen así a convertirse en el auténtico límite de su retroactividad”* (GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado...*, op. cit., Volumen 1, p. 526/527).

<sup>1034</sup> Dictámenes 259:362, 241:79, 236:315, entre muchos otros.

<sup>1035</sup> Cfr. arts. 41 y 60 de la Ley de Procedimientos Administrativos de las provincias de Formosa y La Pampa, respectivamente.

consolidadas con anterioridad a su existencia y, por tanto, alterando derechos adquiridos o privándolos.

Por otra parte, si bien el principio general que rige en materia de aplicación temporal de actos administrativos –sea de alcance particular o general– es la irretroactividad, lo cierto es que, excepcionalmente, podría establecerse de manera expresa su retroactividad en la medida en que no se lesionan derechos amparados por garantías constitucionales, entendiendo, según la jurisprudencia de la CSJN, que tales derechos se configuran cuando su titular haya cumplido –bajo la vigencia de la norma derogada o modificada– todas las condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular del derecho de que se trata.



## CUARTA PARTE

CLASES DE REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS EN RELACIÓN CON LA  
CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES

## CAPÍTULO IX

## CLASES DE REGLAMENTOS

**1.) Introducción**

1.1.- Hasta aquí hemos visto que todos los reglamentos (v.gr.: reglamentos autónomos, ejecutivos, delegados y de necesidad y urgencia), son una especie del género acto administrativo pues, en rigor, son producto de la función administrativa (por oposición a legislativa).

Por otra parte, como hemos adelantado, y en línea con lo expuesto por el profesor COMADIRA, si se considera que la *potestad reglamentaria* de la Administración Pública – en el caso, del Poder Ejecutivo– consiste en la posibilidad de dictar actos de alcance general y obligatorio, reguladores, por tanto, de situaciones objetivas e impersonales, corresponderá entender que todas las especies de reglamentos (v.gr.: reglamentos autónomos, ejecutivos, delegados y de necesidad y urgencia) deben incluirse como una emanación de ella, ejercida, además, por derecho propio<sup>1036</sup>.

1.2.- En virtud de la relación o vínculo que los reglamentos tienen con las leyes y la Constitución nacional, aquellos suelen clasificarse y denominarse: *a)* reglamentos de ejecución o ejecutivos; *b)* reglamentos autónomos –también llamados independientes o constitucionales–; *c)* reglamentos de necesidad y urgencia –es decir, los comúnmente denominados Decretos de Necesidad y Urgencia– y, finalmente; *d)* reglamentos

---

<sup>1036</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, (ESCOLA, Héctor, Jorge y COMADIRA, Julio Pablo: coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 61. En relación específica con los reglamentos de necesidad y urgencia, el citado jurista señala que, “*así concebida la potestad reglamentaria, es coherente concluir en que la circunstancia de que la materia sobre la que recae el accionar normativo del Poder Ejecutivo pertenezca normalmente a la esfera de competencia del Poder Legislativo, e incluso la eventual exigencia de que la norma de urgencia deba aprobarse por este último, no privan al acto de su carácter reglamentario*”.



delegados –también llamados habilitados o de integración–.

1.3.- Sin embargo, cabe tener presente que no siempre las distintas clases de reglamentos se presentan en forma claramente identificable. Es más, en ciertas ocasiones, se suele invocar como fundamento de un mismo reglamento diversas cláusulas constitucionales; se trata, como señala la doctrina, de reglamentos “múltiples”, “bifrontes” o “colectivos”<sup>1037</sup>.

En nuestra opinión, aquellos reglamentos, que bien podrían ser denominados “reglamentos esquizofrénicos” o de “personalidad múltiple”, generan inseguridad jurídica e indefensión pues, como veremos a continuación, la validez de uno u otro reglamento está condicionada a requisitos constitucionales diferentes<sup>1038</sup>.

En tal sentido, resulta paradigmático lo resuelto por la Corte en el caso “Colegio Público de Abogados”, donde resaltó la incoherencia en los argumentos esgrimidos por el Estado para defender la constitucionalidad del Decreto N° 1204/2001: por un lado, se sostuvo que el decreto impugnado fue dictado con base en el art. 99, inc. 1° de la Constitución –v.gr.: reglamento autónomo– y, por otra parte, que se dictó en el uso de atribuciones legislativas en el marco del art. 76 de la Ley Suprema –v.gr.: reglamento delegado–.

---

<sup>1037</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Oposición entre un decreto de necesidad y urgencia y una ley de delegación legislativa”, JA 2003-II-1313; SANTIAGO, Alfonso – VERAMENDI, Enrique, “Una norma decisiva en la configuración de nuestro sistema jurídico e institucional. Comentarios iniciales a la ley 26122. El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo”, JA 2006-IV-1358; BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 462).

<sup>1038</sup> Los problemas vinculados con la categorización de los decretos no se limitan, únicamente, a los “decretos esquizofrénicos” o de “personalidad múltiple” que invocan simultáneamente la facultad constitucional del art. 76 (decretos delegados) o del art. 99, inc. 3° (decretos de necesidad y urgencia).

Así, podría darse el caso en el que el Poder Ejecutivo de la Nación dicte un decreto invocando el art. 99, inc. 1° (decretos autónomos) o, incluso, el art. 99, inc. 2° (decretos reglamentos) pero que, en rigor, tienen un evidente contenido propio de un decreto delegado o de necesidad y urgencia.

Ciertamente, la situación mencionada no resulta un tema menor pues, en definitiva, cabría preguntarse si el Congreso, a pesar de la denominación formal que el Poder Ejecutivo asignó al decreto, podría abocarse a su tratamiento en los términos de la Ley N° 26.122 o si, por el contrario, debería ser el Poder Judicial el encargado de analizar su validez.

Si bien la cuestión resulta por demás interesante, analizarla en esta oportunidad excedería con holgura el objeto propuesto para esta tesis. Por consiguiente, y sin perjuicio de nuestra opinión sobre el tema, remitimos para su estudio al trabajo efectuado por: SANTIAGO, Alfonso (h)– VERAMENDI, Enrique – CASTRO VIDELA, Santiago M., *El control del Congreso...*, op. cit., p. 52 y ss.

Sobre este punto, el Máximo Tribunal destacó que “*se trata de argumentos encontrados en cuanto al carácter propio o delegado de la competencia ejercida por el Presidente al dictar el decreto 1204/01, inconsistencia que adquiere especial relevancia al tomarse en cuenta que el ejercicio de uno y otro tipo de atribución está sujeto por la Constitución Nacional a diferentes condiciones de validez*”<sup>1039</sup>.

1.4.- Un estudio exhaustivo de cada uno de los reglamentos enunciados excedería notoriamente la razonable extensión que aspiramos lograr para fundamentar nuestra tesis y, por tanto, en esta oportunidad nos limitaremos a realizar una descripción general de aquellos.

## **2.) Los reglamentos de ejecución**<sup>1040</sup>

### **2.1.) Concepto**

En virtud de todo lo hasta aquí expuesto, podemos conceptualizar a los reglamentos ejecutivos como aquellos actos administrativos de alcance general normativo que emite el Poder Ejecutivo para hacer posible, o más conveniente, la aplicación o ejecución de las leyes, llenando o previendo detalles omitidos en éstas<sup>1041</sup>.

---

<sup>1039</sup> CSJN, 04/11/2008, “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN–PEN – Ley N° 25.414 – Decreto N° 1.204/2001 s/amparo”, Fallos: 331:2406.

Una enumeración análisis de los decretos a los que hemos denominado “decretos esquizofrénicos” o de “personalidad múltiple” puede verse en: SANTIAGO, Alfonso (h)– VERAMENDI, Enrique – CASTRO VIDELA, Santiago M., *El control del Congreso...*, op. cit., p. 48 y ss.

<sup>1040</sup> Para un análisis profundo sobre los reglamentos ejecutivos nos remitimos al meticoloso estudio realizado en SANTIAGO, Alfonso “Régimen constitucional...”, op. cit.

<sup>1041</sup> Desde otro punto de vista, BARRA, e independientemente de su postura originaria sobre la cuestión –la que si bien ha sido especialmente analizada en el punto N° 3.2 del Capítulo I de esta tesis pero que, por su trascendencia, reiteraremos a renglón seguido–, actualmente sostiene que “*sería muy erróneo calificar a los decretos ejecutivos como reglamentos administrativos, o menos aún, actos administrativos de alcance general*”. Más aún, el citado autor entiende que “*los decretos de promulgación, total o parcial, de proyectos de ley, los decretos de necesidad y urgencia, los decretos de legislación delegada y los decretos ejecutivos, integran el ámbito de competencia perteneciente a la ‘función presidencial’; no corresponden a la ‘función administrativa’.* Por esta razón, ninguno de aquellos actos normativos puede ser calificados como reglamentos administrativos, categoría que debe quedar circunscripta a los denominados ‘reglamentos autónomos’ y al resto de normas generales y abstractas emanadas de las autoridades administrativas con contenido obligacional para el resto de la estructura orgánica que se le subordina, como es el caso de las instrucciones, circulares, órdenes generales, etc.”. (BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 574).

## 2.2.) Fundamento

Los reglamentos ejecutivos, que como ha dicho la CSJN, son tan obligatorios como la ley que reglamentan<sup>1042</sup>, encuentran su fundamento constitucional en el art. 99 inc. 2°

---

En tal sentido, cabe recordar que, tal como lo hemos señalado a lo largo de este trabajo (especialmente al analizar la evolución del pensamiento del Dr. BARRA en el punto antes mencionado) si bien en un comienzo BARRA entendía que los decretos delegados, ejecutivos y de necesidad y urgencia, a pesar de ser “materia” legislativa, eran producto de la función administrativa y, por consiguiente, regidos por el derecho administrativo, actualmente sostiene que como aquellos son producto del ejercicio de la “función presidencial” o “función de jefatura o conducción superior de Gobierno”, no están regulados por el derecho administrativo sino por el derecho constitucional, razón por la cual no están sujetos a las exigencias de la LNPA, tanto en lo que refiere a los requisitos esenciales como a los procedimientos previos y de impugnación.

Por consiguiente, y tal como destaca el autor en las obras citadas, los únicos reglamentos que merecen ser clasificados como “administrativos” y, por tanto, sujetos a los requisitos esenciales exigidos por la LNPA, son los reglamentos autónomos (que pueden ser emitidos por cualquier órgano o ente administrativo –como también por los órganos o, eventualmente, entes, de los Poderes Legislativo y Judicial–) y los “reglamentos de aplicación” emitidos por los entes descentralizados (BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 260, p. 270/273 y Tomo 2, p. 404 y ss., p. 549/554 y, antes, en BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 249/250, p. 377, p. 565 y p. 574/575).

No obstante, desde nuestro punto de vista, si bien nos hemos encargado de rebatir los argumentos expuestos por el citado jurista en el punto N° 3.4. del Capítulo I, aquí solo queremos recordar, a lo que quedó dicho entonces, algunas breves conclusiones.

Y es que, de acuerdo con el criterio mixto para delimitar las funciones jurídicas del Estado al que hemos adherido en el punto N° 2.3.3. del Capítulo I, toda la actividad que desarrolla el Poder Ejecutivo –excepto los actos institucionales y los regidos parcialmente por el derecho privado– constituye función administrativa, razón por la cual, entonces, los DNU y los reglamentos delegados, al igual que los reglamentos autónomos y los ejecutivos, son una manifestación de esa función administrativa del Poder Ejecutivo y, por ende, actos administrativos en sentido amplio.

Sobre la cuestión, cabe recordar que, como mencionáramos en más de una oportunidad a lo largo de los argumentos que sustentan nuestra tesis, e independientemente de la actual postura de la PTN que vimos anteriormente –especialmente el punto N° 5.1.4.2. del Capítulo VIII–, el Máximo Órgano Asesor sostuvo en varias ocasiones que los Reglamentos de Necesidad y Urgencia “*son actos emanados del Poder Ejecutivo de jure y en virtud de ello no es una ley porque el Poder Ejecutivo no dicta leyes; constituye un mero reglamento (acto administrativo) de contenido legislativo*” (Dictámenes 207:272; 198:124; 86:221; 121:93, entre otros).

<sup>1042</sup> En tal sentido, en reiteradas oportunidades la CSJN ha precisado que los reglamentos ejecutivos “*tienen fuerza imperativa equivalente a la de la ley misma*”, (CSJN, 21/07/1981, “Gómez, Alberto s/ jubilación”, Fallos 303:1006; CSJN, 20/12/1994, “Inmar S. A. c. Provincia de Entre Ríos y otros”, Fallos 317:1826, CSJN, 04/05/1995, “Zuteco S.A. v. Sociedad Mixta Siderúrgica Argentina”, Fallos 318:838, entre muchos otros).

de la Constitución nacional<sup>1043</sup> y, al ser una atribución propia del Poder Ejecutivo<sup>1044</sup>, bien se ha señalado que para su dictado aquel no necesita de reconocimiento legal para su ejercicio.

En consecuencia, no solo serán irrelevantes aquellas cláusulas legales que contengan esa autorización, sino que, además, las que expresamente atribuyan a otros órganos u entes distintos del Poder Ejecutivo la competencia para reglamentarlas deben ser consideradas, en principio, ilegítimas.

Ello sin perjuicio, claro está, de la facultad presidencial de delegar sus atribuciones reglamentarias –con arreglo a los criterios admisibles en la materia– y siempre que tal atribución se considere delegable<sup>1045</sup>, como lo ha hecho la PTN<sup>1046</sup>.

Por lo demás, amén de la ilegitimidad que, en principio, cabe predicar de las cláusulas legales por las que se atribuyen potestades reglamentarias directamente a órganos u entes distintos del Poder Ejecutivo, cabe señalar que éste podría asumir la competencia que les propia y, en ejercicio de la atribución prevista en el ya citado art. 99, inc. 2º, dictar el reglamento ejecutivo pertinente o, en su caso, derogarlo o modificarlo<sup>1047</sup>.

De todos modos, lo cierto es que la propia CSJN ha admitido la viabilidad de facultades reglamentarias en órganos o entes distintos del Poder Ejecutivo<sup>1048</sup>.

---

<sup>1043</sup> Art. 99, inc. 2º: El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: “*Expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias*”.

<sup>1044</sup> La PTN ha señalado que “*no puede merecer dudas que es atribución exclusiva del Poder Ejecutivo Nacional la de expedir los reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, de conformidad con lo establecido por el art. 99, inc. 2º, de la Constitución Nacional*” (Dictámenes 225:46; 212:410; 207:155).

<sup>1045</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 124; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 462 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La potestad normativa de los entes reguladores”, en RAP 405:161; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo II, p. 193.

<sup>1046</sup> Dictámenes 259:388; 172:52.

<sup>1047</sup> Según ha señalado la PTN, en caso de que el Poder Legislativo hubiera conferido la facultad reglamentaria a otro órgano de la Administración, el Presidente podría avocarse en esa competencia y dictar la reglamentación respectiva (cfr.: Dictámenes 259:388). En igual sentido: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 462 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La potestad normativa...”, op. cit.

<sup>1048</sup> CSJN, 29/06/1989, “Estado Nacional Mrio. de Economía Sec. de Intereses Marítimos c/ Arenera ‘El Libertador S.R.L.’ y/u otro s/ cobro de pesos”, Fallos: 312:1098; CSJN, 23/02/1995, “Czerniecki, Julio Héctor s/ apela multa”, Fallos: 318:137, entre otros.

### 2.3.) Límites

2.3.1.- En relación con los límites al dictado de reglamentos ejecutivos, la Constitución nacional expresamente veda alterar el espíritu de la ley con excepciones reglamentarias<sup>1049</sup>.

Ello no obsta a que, como ha señalado la CSJN, los reglamentos ejecutivos puedan contener apartamientos literales que no comprometan la sustancia de la ley reglamentada<sup>1050</sup>; disposiciones que se aparten de aquélla en la medida en que no haya incompatibilidad entre ambas<sup>1051</sup> o, en su caso, condiciones, requisitos, limitaciones o distinciones que, aun cuando no hayan sido contemplados por el legislador de una manera expresa, si se ajustan al espíritu de la norma reglamentada o sirven, razonablemente, a la finalidad esencial que ella persigue, son parte de la ley reglamentada y tienen la misma validez y eficacia que aquella<sup>1052</sup>.

2.3.2.- Hemos precisado, también, que si una ley prohibiera al Poder Ejecutivo el ejercicio de su reglamentación dicha norma sería, en principio, inconstitucional.

Destacamos y enfatizamos que la norma sería inconstitucional *en principio* y no en toda ocasión pues, en rigor, no todas las leyes pueden ser reglamentadas por el Poder

---

<sup>1049</sup> En tal sentido, nuestro Máximo Tribunal de la Nación ha señalado en reiteradas ocasiones que si un reglamento ejecutivo “*desconoce o restringe irrazonablemente derechos que la ley reglamentada otorga, o de cualquier modo subvierte su espíritu y finalidad, ello contraría el principio de jerarquía normativa y configura un exceso en el ejercicio de las atribuciones que la Constitución Nacional concede al Poder Ejecutivo*” (CSJN, 16/11/2004, “Cha Huen S.A. Minera y otros c/ Y.P.F. Soc. del Estado s/ juicios de conocimientos”, Fallos: 327:4932, del dictamen del Procurador General al que adhirió la Corte; CSJN, 30/06/1999, “Tantucci, Oscar Ricardo c/ EN. - M° de Educación y Justicia empleo público”, Fallos 322:1318, entre muchos otros).

<sup>1050</sup> CSJN, 12/09/1995, “Barrose, Luis Alejandro c/ Ministerio del Interior – art. 3° ley 24.043”, Fallos 318:1707; CSJN, 19/05/1999, “AADI – CAPIF Asociación Civil Recaudadora c/ LU6 Radio Atlántica”, Fallos 322:775.

<sup>1051</sup> CSJN, 27/10/1964, “Lopardo, Miguel”, Fallos 264:206; CSJN, 18/10/1967, “Cía. Argentina de Electricidad, S.A. c/ Nación”, Fallos 269:120; CSJN, 30/10/1973, “Sociedad Máquinas Hoffman Limitada c/ Dirección General Impositiva”, Fallos 287:150.

<sup>1052</sup> CSJN, 21/11/2018, “González Victorica, Matías y otros c/ EN - AFIP DGI - dto. 1313/93 s/ proceso de conocimiento”, Fallos 341:1625; CSJN, 16/04/2002, “Cámara de Comercio, Industria y Producción c/ Administración Federal de Ingresos Públicos s/ amparo”, Fallos 325:645.

Ejecutivo.

Las únicas normas posibles de reglamentación por el Poder Ejecutivo son las que deben ser aplicadas por éste y no por otro órgano del Estado.

Así, si bien será el Poder Ejecutivo quien deba reglamentar, por ejemplo, el Régimen de Contrataciones del Estado Nacional, como lo ha hecho con el dictado del Decreto N° 1030/2016, no podrá reglamentar aquellas normas cuya materia deba ser aplicada por el Poder Legislativo (como ocurre por ejemplo con el art. 136, segundo párrafo de la Ley N° 24.156) o el Poder Judicial (como ocurrió con el dictado de la Acordada N° 4/2007 en materia de Recurso Extraordinario).

De igual manera, las normas de derecho privado –como el CCCN–, al ser aplicadas directamente por los particulares, serán reglamentadas por aquellos (ej.: la figura del contrato de compraventa de bienes inmuebles será reglamentada al momento de celebrarse el respectivo contrato) y el Poder Ejecutivo, por su parte, solo podrá reglamentar los aspectos donde su aplicación le ha sido encomendada (inscripciones de operaciones inmobiliarias o de actos registrables en general, etc.)<sup>1053</sup>.

En tal sentido, la PTN señaló que *“solo pueden reglamentarse aquellas leyes cuya aplicación corresponde al Poder Ejecutivo; las normas de derecho privado son directamente aplicadas por los particulares, correspondiendo su aplicación en caso de controversia a los tribunales federales, nacionales o provinciales; en consecuencia, el Poder Ejecutivo carece de competencia para reglamentar las disposiciones de los Códigos Civil y Comercial, con excepción de los aspectos donde su aplicación le ha sido recomendada”*<sup>1054</sup>.

---

<sup>1053</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 42; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 137; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. VII–43; COVIELLO, Pedro J. J., “Los límites de la potestad reglamentaria”, en AA.VV., Fuentes y Procedimiento Administrativo, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Rap, Buenos Aires, 2019, p. 42.

<sup>1054</sup> Dictámenes 223:11.

#### 2.4.) La ultraactividad del reglamento

Cabe analizar, ahora, qué ha de suceder con los reglamentos ejecutivos cuando una ley posterior deroga o modifica, implícita o explícitamente, la ley por él reglamentada.

Al respecto, tanto la CSJN<sup>1055</sup> como la doctrina han señalado, en criterio que compartimos, que la derogación de una ley reglamentada no genera la pérdida automática de vigencia de su reglamento ejecutivo; más aún, éste se podría llegar a emplear para tornar aplicable la nueva ley, operando, así, con ultraactividad, cuando sus disposiciones no resulten incompatibles con ésta<sup>1056</sup>.

#### 2.5.) La omisión reglamentaria

2.5.1.- Un aspecto interesante que cabe mencionar en relación con el régimen de los reglamentos ejecutivos es aquel que se vincula con la omisión reglamentaria del Poder Ejecutivo, es decir, aquellos supuestos en los que una ley del Poder Legislativo no puede ponerse en práctica por cuanto la Administración Pública omite reglamentarla.

La inercia por parte del Poder Ejecutivo en reglamentar una ley del Congreso podría determinar, en ciertos casos, la configuración de una inconstitucionalidad por omisión, siendo el Poder Judicial, en definitiva, el encargado de resolver el conflicto constitucional planteado.

Es que, como se ha dicho, “*la omisión reglamentaria por parte del Poder Ejecutivo*

---

<sup>1055</sup> En el caso “Radio Suipacha”, donde se discutía si un reglamento que había sido emitido durante el imperio de la Ley 19.508 continuaba vigente con la sanción de la nueva Ley N° 20.680, destacó que “*que para declarar la inconstitucionalidad del decreto 130/74 no basta señalar que mantuvo normas reglamentarias integradoras de la ley 19.508, derogada por la 20.680. Es necesario además examinar si tales normas son verdaderamente incompatibles o no con el sistema de la nueva ley, pues sólo en el primer supuesto se produciría la insubsistencia de las reglamentaciones que tenían su razón de ser en la antigua*” (CSJN, 28/03/1978, “Radio Suipacha S.A.C.I.F. s/recurso de apelación”, Fallos 300:271). En similar sentido, ya con anterioridad había resuelto en la causa “Santoro” que *la modificación del régimen legal no supone la cancelación de su reglamentación sino en cuanto ésta sea incompatible con las disposiciones de la nueva ley*” (CSJN, 22/07/1959, “Santoro, Nicolás c. Favaro, Orestes”, Fallos 244:219).

<sup>1056</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 43. Un interesante análisis de la cuestión puede verse en: STORTONI, Gabriela A., “Ultraactividad del reglamento”, en AA.VV., *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 181 y ss., especialmente p. 415.



*puede ser controlada judicialmente y originar, incluso, un mandato judicial en ese sentido, porque la discrecionalidad se torna, en este caso, arbitrariedad cuando la inercia administrativa conduce a enervar la aplicación de la ley y, con ello, a desconocer el mandato del legislador”<sup>1057</sup>.*

2.5.2.- Pero no solo desde la doctrina se ha reconocido la figura de la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria, sino que, además, en la jurisprudencia se ha hecho lugar a planteos orientados a superar la inercia constitucional.

Tanto la CSJN como la SCJBA y otros tribunales han condenado al Estado a actuar en un plazo cierto y determinado.

Así, en primer lugar, y simple título ejemplificativo, puede hacerse referencia a lo resuelto por la SCJBA en el caso “Fernández” donde, tras declarar la inconstitucionalidad del art. 19 inc. “b” del Decreto N° 7881/84, reglamentario de la ley provincial N° 6982 que organiza el IOMA, ordenó al Poder Ejecutivo provincial que *“en un plazo no mayor a ciento cincuenta días, revise, derogue o modifique dicha disposición, arbitrando los medios necesarios para poner fin a las situaciones de discriminación entre los afiliados directos originadas en la norma controvertida y toda otra análoga o concordante a ella”*<sup>1058</sup>.

Asimismo, no puede dejar mencionarse la reciente sentencia dictada el 14/02/2017 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *in re* “Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ E.N. s/ Amparo Ley 19.986”, Expediente N°

---

<sup>1057</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 43. Ver, también, SANTIAGO, Alfonso “Régimen constitucional...”, op. cit.

<sup>1058</sup> SCBA, 23/12/2003, “Fernández, Viviana B. y otro c. Provincia de Buenos Aires”, LL 2004-C, 1086.

Cabe destacar, además, que la SCJB en otra ocasión ya había condenado al Poder Ejecutivo provincial a actuar en un plazo concreto y determinado en el conocido caso “Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires s/ Amparo” (SCBA, 19/03/2003, “Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires s/ Amparo”). Allí, la Suprema Corte local había condenado a la Provincia de Buenos Aires a poner en funcionamiento el fuero contencioso-administrativo en un plazo de seis meses (el fallo, de fecha 19/03/2003, condenó a cumplir con la sentencia antes del 01/09/2003, es decir, poco menos de seis meses).

Situación similar se dio en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con la sanción de la ley de comunas. Ver fallo de primera y segunda instancia en autos “García Elorrio, Javier María c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)”, Expediente N° 3586/0 (Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 1 y CCAyT., Sala 1°, del 15/11/2001 y 19/05/2003, respectivamente).

49.220/2015.

En aquellas actuaciones, donde había tramitado a una acción de amparo articulada tendiente a obtener que se declare la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria del artículo 179 de la ley de contrato de trabajo (Ley N° 20.744), la Cámara, tras revocar la sentencia de primera instancia, ordenó “*al Poder Ejecutivo Nacional a que, en el plazo de noventa días hábiles, cumpla con la reglamentación del art. 179 de la ley de contrato de trabajo*”, con costas en ambas instancias.

Finalmente, la CSJN en el caso “Mignone” ordenó al Poder Legislativo y al Ejecutivo que en el plazo de seis meses las autoridades competentes adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados<sup>1059</sup>.

2.5.3.- Asimismo, en ciertas constituciones provinciales, expresamente se prevé que, ante la inercia del Poder Ejecutivo, el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación puede fijar un plazo para que se subsane la omisión y, como sucede en la Constitución de la Provincia de Río Negro, en caso de incumplimiento, que el Poder Judicial integre “*el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite*” (art. 207).

## 2.6.) El control del Congreso

2.6.1.- Finalmente, si bien como veremos más adelante, la Constitución de la Nación expresamente prevé que los reglamentos delegados y los de necesidad y urgencia han de estar sometidos al control de una Comisión Bicameral Permanente y del Congreso, lo cierto es que la Ley Suprema nada dice en relación con el control legislativo de los reglamentos de ejecución.

2.6.2.- De tal forma, entonces, en el ámbito doctrinario y jurisprudencial se han planteado, básicamente, dos interrogantes: ¿puede el Congreso sancionar una ley que

---

<sup>1059</sup> CSJN, 09/04/2002, “Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo”, Fallos 325:524.

derogue un reglamento ejecutivo? ¿podría, mediante una ley formal, sanear los vicios de origen que pudiera contener un reglamento ejecutivo?

2.6.2.1.- En relación con la primera cuestión, desde la doctrina se han esgrimido dos posturas: una que admite la facultad del Congreso de sancionar una ley derogando un reglamento ejecutivo y otra que, lisa y llanamente, niega que se pueda ejercer aquella prerrogativa.

SAGÜÉS, por su parte, ha señalado que *“aunque, en principio las leyes sólo derogan leyes, es de suponer que si el Congreso ha reputado que un decreto no ejecutó o reglamentó adecuadamente una ley, bien puede dejarlo sin efecto (sea porque el decreto ha incurrido en desnaturalización de la ley, la ha reglamentado en exceso, o simplemente lo ha hecho de modo inconveniente). Si no se admite esa alternativa resultaría que la ley, a la postre, quedaría sometida a la voluntad del Poder Ejecutivo, salvo que el Poder Judicial reputase inconstitucional al decreto”*<sup>1060</sup>.

En similar sentido, BARRA señaló que los *“decretos ejecutivos pueden ser derogados expresamente por una ley posterior, destinada a tal fin, o por cualquier ley posterior que torne la existencia del decreto en incompatible con el contenido de esa ley”*<sup>1061</sup>.

Del mismo modo, BARRAZA, al diferenciar los reglamentos autónomos de los ejecutivos, señaló que *“el reglamento de ejecución desarrolla una ley preexistente, en tanto y en cuanto sea necesario para ejecutarla. Esa subordinación del reglamento a la ley habilita al Congreso Nacional, si estima que tal reglamento viola el espíritu de la norma, a derogar el reglamento. Esto no ocurre con el reglamento autónomo, que regula una materia de competencia exclusiva de la Administración, por lo que no puede ser modificado, ni derogado por una ley formal, pues importaría una violación al principio de separación de funciones del poder”*<sup>1062</sup>.

En una posición diferente pareciera inscribirse BIDART CAMPOS<sup>1063</sup> quien, luego de

---

<sup>1060</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Constitucional*, op. cit., Tomo 2, p. 388.

<sup>1061</sup> BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 573.

<sup>1062</sup> BARRAZA, Javier I., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 322.

<sup>1063</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *Manual...*, op. cit., Tomo III, p. 244.

analizar si un decreto reglamentario debe considerarse vigente a pesar de que la ley que reglamenta hubiese sido derogada, sostuvo que lo más ortodoxo “*es que el poder ejecutivo derogue el decreto reglamentario de una ley derogada, el que por el paralelismo de las competencias no podía ser derogado por el congreso que deroga a la ley*”.

En similar sentido, SANTIAGO<sup>1064</sup> ha señalado que aceptar que el Congreso pueda dejar sin efecto un reglamento dictado por el Poder Ejecutivo atentaría contra el principio de división de poderes y del paralelismo de las competencias.

SAYAGUES LASO, por su parte, precisó que “*la derogación o revocación de los reglamentos puede ser expresa o tácita. Esta última tiene lugar cuando la nueva norma reglamentaria es incompatible con la anterior. Pero en ambos casos la revocación debe emanar del mismo órgano*”<sup>1065</sup>.

En nuestra opinión, y teniendo en cuenta que, por un lado, los reglamentos ejecutivos son una atribución propia del Poder Ejecutivo cuyo fundamento radica en el art. 99 inc. 2° de la Constitución nacional y, por otra parte, que ni derogándose la ley reglamentada se genera la pérdida automática de vigencia de su reglamento ejecutivo –operando, así, la ultraactividad de las disposiciones reglamentarias cuando sus disposiciones no resulten incompatibles con ésta–, entendemos que, en principio, el Congreso no podría dictar una ley cuya única finalidad sea dejar sin efecto un reglamento ejecutivo pues, de lo contrario, se violaría la división de poderes y el principio del paralelismo de las competencias.

En todo caso, si lo que el Congreso pretende es evitar que el reglamento dictado por el Poder Ejecutivo continúe vigente, incluso luego de la derogación de la ley reglamentada, no existe impedimento alguno para que aquel, sin otro límite que el de la razonabilidad, dicte una nueva ley de cuyo texto se desprenda con meridiana claridad la incompatibilidad de las disposiciones reglamentarias.

Sin embargo, la práctica legislativa muestra que, muchas veces, la propia ley derogatoria de una ley anterior explícitamente deja sin efecto a su reglamento ejecutivo<sup>1066</sup>.

---

<sup>1064</sup> SANTIAGO, Alfonso “Régimen constitucional...”, op. cit., p. 325.

<sup>1065</sup> SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 140.

<sup>1066</sup> Así, y a simple título ejemplificativo, puede mencionarse el art. 1° de la Ley N° 27.249 en virtud del cual se derogaron “*las leyes 26.017, 26.547, 26.886, 26.984 y sus normas reglamentarias y*

2.6.2.2.- Por último, y en cuanto la posibilidad de que el Congreso subsane los vicios de origen de un reglamento ejecutivo, la CSJN ha señalado que *“los decretos que en su origen se hallan viciados de inconstitucionalidad por haber sido dictados por el Poder Ejecutivo con exceso de sus facultades reglamentarias no son susceptibles de purga o subsanación mediante la ratificación parlamentaria posterior. Ello es así porque la Constitución impide a ese poder ejercer funciones legislativas sin contar con base legal previa y suficiente, y la oportuna observancia de tal requisito no depende de la gracia del Congreso. Por expresa previsión constitucional, sólo en el excepcionalísimo supuesto de los decretos de necesidad y urgencia la ratificación ulterior podría tener la virtualidad convalidatoria que impropiaemente, se pretende extender al caso”*<sup>1067</sup>.

### **3.) Los reglamentos autónomos**

#### **3.1.) Concepto y fundamento**

3.1.1.- Los reglamentos autónomos cabe definirlos como aquellos actos administrativos de alcance general normativo que dicta un órgano estatal o un ente no estatal, en ejercicio de la función administrativa, en el ámbito de materias correspondientes a su “zona de reserva de administración” cuando aplica e interpreta directamente la Constitución nacional<sup>1068</sup>.

3.1.2.- Al respecto, MARIENHOFF ha señalado que así como hay una “zona de reserva de ley” consagrada constitucionalmente a favor del Poder Legislativo, también existe una “zona de reserva de la Administración” a favor del Poder Ejecutivo<sup>1069</sup> –y, agregamos

---

*complementarias, como así también toda otra ley, decreto o norma que sea contraria o incompatible con las disposiciones de la presente ley”;* el art. 1º de la Ley N° 25.877 en virtud del cual se derogó “la ley 25.250 y sus normas reglamentarias”, etc.

<sup>1067</sup> CSJN, 19/08/1999, “Franco, Rubén O. y otros c. Ministerio de Defensa”, Fallos 322:1868.

<sup>1068</sup> Para un análisis profundo sobre la denominada “zona de reserva” puede verse: COVIELLO, Pedro J. J., “La denominada ‘zona de reserva de la administración’ y el principio de legalidad administrativa”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1998, p. 193.

<sup>1069</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 260.

nosotros, de cualquier sujeto que ejerza función administrativa—. Los reglamentos autónomos serían, entonces, los que se dictan en el ejercicio de esa última zona de reserva.

A ellos se refiere la Constitución de la Nación, por ejemplo, en los arts. 99, inc. 1° (para el caso del Poder Ejecutivo); art. 100, inc. 2° (para el Jefe de Gabinete); art. 66 (para el Poder Legislativo), art. 113 (para el Poder Judicial).

Se suelen mencionar como ejemplos a las normas que hacen a la organización interna de la Administración, al sistema de recursos administrativos, a la relación con sus agentes —incluyendo el régimen disciplinario—, a sus actos y a sus relaciones interorgánicas<sup>1070</sup>.

Más recientemente, como recuerda GARCÍA PULLÉS, la CSJN admitió la constitucionalidad del Decreto N° 894/2001, que —con carácter de reglamento autónomo— estableciera un nuevo sistema de incompatibilidades para el ingreso o permanencia en la función pública, suprimiendo la facultad de acumular beneficios previsionales —que otras leyes autorizaban— al derecho a percibir el salario por la función pública, dando clara muestra de la posibilidad de trascender el ámbito de mera organización administrativa que ordinariamente se adjudica a estos reglamentos<sup>1071</sup>.

Según ha señalado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, en los autos caratulados “Jaskelson, Raquel c. Gobierno nacional”, *“zona de reserva de la Administración, es una expresión sintética con la que se alude al principio de origen constitucional que reconoce la existencia de ciertas materias respecto de las cuales el Poder Ejecutivo posee competencia exclusiva, respecto de ellas ejerce facultades privativas”*<sup>1072</sup>.

De igual manera, en el caso “Pazos”, la CSJN se refirió a la “zona de reserva de la Administración” para hacer referencia a la actividad desplegada por el Poder Ejecutivo

---

<sup>1070</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 44; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 458 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La potestad normativa...”, op. cit.; CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, “Los reglamentos del Poder Ejecutivo. Propuesta de guía para su estudio y el análisis de casos (primera parte)”, en *Temas de Derecho Administrativo*, Erreius, Noviembre 2020, p. 1096/1097.

<sup>1071</sup> CSJN, 14/02/2006, “Saralegui, Francisco c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo”, Fallos 329:123, citado en: GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 183/184. Una opinión crítica sobre lo resuelto por la CSJN puede verse en: COVIELLO, Pedro J. J., “Los límites de la potestad reglamentaria...”, op. cit., p. 51.

<sup>1072</sup> CNACAF, Sala II, 02/10/1980, “Jaskelson, Raquel c. Gobierno nacional”.

que, jurídicamente ejercida en la esfera de sus potestades constitucionales y, salvo arbitrariedad o irrazonabilidad manifiesta, aseguraba que no habría interferencia del Poder Judicial<sup>1073</sup>.

Si bien un amplio sector de la doctrina admite la “zona de reserva de la administración” (MARIENHOFF<sup>1074</sup>, CASSAGNE<sup>1075</sup>, BIDART CAMPOS<sup>1076</sup>, COVIELLO<sup>1077</sup>), autores como GORDILLO han sostenido que “*la ‘zona de reserva de la administración’ carece de todo fundamento constitucional, mucho menos en la Constitución de 1994*”<sup>1078</sup>.

### 3.2.) Límites

Por nuestra parte, coincidimos con quienes sostienen que en el marco de los artículos 14<sup>1079</sup> y 19<sup>1080</sup> de la Constitución nacional, sumado a la prohibición que, como regla, imponen al Poder Ejecutivo los artículos 76 y 99, inc. 3°, de emitir disposiciones de carácter legislativo, no es fácil aceptar su constitucionalidad cuando se pretenda con ellos incidir en la esfera de los derechos individuales<sup>1081</sup>.

---

<sup>1073</sup> CSJN, 20/04/1995, “Pazos, Eliana B. c. Consejo Nac. de Educ. Técnica —CONET—”, Fallos 318:554

<sup>1074</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 260.

<sup>1075</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 138/140.

<sup>1076</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *Manual...*, op. cit., Tomo III, p. 246

<sup>1077</sup> COVIELLO, Pedro J. J., “La denominada ‘zona de reserva de la administración’...”, op. cit., p. 193.

<sup>1078</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. VII–9. También han negado la existencia de una zona de reserva de la Administración, entre otros: DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 104/110; FIORINI, Bartolomé A., “Inexistencia de las reservas del poder administrador”, LL 152-964; BALBÍN, Carlos F., *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 308 y ss.

<sup>1079</sup> Dice el Artículo 14, en lo pertinente: “*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio*”.

<sup>1080</sup> Art. 19: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”.

<sup>1081</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 44; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 458 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La potestad normativa...”, op. cit.



### 3.3.) El control del Congreso

3.3.1.- Por último, cabe analizar si los reglamentos autónomos están sujetos a algún control por parte del Poder Legislativo pues, al igual que lo apuntado al analizar los reglamentos ejecutivos, si bien la Constitución de la Nación expresamente prevé que los reglamentos delegados y los de necesidad y urgencia han de estar sometidos al control de una Comisión Bicameral Permanente y del Congreso, lo cierto es que el Texto Fundamental nada dice en relación con el control legislativo de los reglamentos autónomos.

3.3.2.- En ese orden de ideas, MARIENHOFF ha señalado que *“por la misma razón en cuyo mérito el Poder Ejecutivo no puede constitucionalmente dejar sin efecto una ley formal vigente, el Poder Legislativo carece de imperio para dejar sin efecto un decreto del Ejecutivo, dictado por éste en ejercicio de potestades constitucionales”* agregando, además, que *“contrariamente a lo que consideran algunos tratadistas, no siempre una ley tendrá preeminencia respecto a un reglamento administrativo; todo depende de que la materia regulada sea propia del Ejecutivo o del Legislativo”*<sup>1082</sup>.

Del mismo modo, y como se vio en el punto N° 2.6 de este Capítulo, BARRAZA, al diferenciar los reglamentos autónomos de los ejecutivos, señaló que *“el reglamento de ejecución desarrolla una ley preexistente, en tanto y en cuanto sea necesario para ejecutarla. Esa subordinación del reglamento a la ley habilita al Congreso Nacional, si estima que tal reglamento viola el espíritu de la norma, a derogar el reglamento. Esto no ocurre con el reglamento autónomo, que regula una materia de competencia exclusiva de la Administración, por lo que no puede ser modificado, ni derogado por una ley*

---

<sup>1082</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 261. En tal sentido, cabe recordar que, como dijéramos en el punto N° 3.4.2. del Capítulo I, el citado jurista considera que *“cuando dentro del ámbito de la Administración Pública sea menester reglamentar el ejercicio de derechos administrativos stricto sensu, tal reglamentación –por referirse a cuestiones comprendidas en la ‘zona de reserva de la Administración’– le corresponde inexcusablemente al Poder Ejecutivo, quien la efectúa a través del instrumento jurídico con que expresa su voluntad, o sea mediante decreto o reglamento (...) en la especie trátase del reglamento ‘autónomo’, en el que se estatuye sobre materias absolutamente ajenas a la competencia del legislador y exclusivamente reservadas a la competencia del Poder Ejecutivo (...) tal reglamentación sólo puede efectuarse mediante ‘reglamento’ del Poder Ejecutivo, o sea mediante ley ‘material’, y de ningún modo mediante ley ‘formal’”* (ídem, p. 220), razón por la cual sostiene que *“si una ley formal estatuyere sobre una materia que, constitucionalmente, es propia y exclusiva del órgano Ejecutivo, dicha ley debe ceder ante un reglamento del Ejecutivo que preceptúe en forma distinta sobre dicha materia”* (ídem, p. 254).

*formal, pues importaría una violación al principio de separación de funciones del poder*”<sup>1083</sup> (énfasis agregado).

MIDÓN, por su parte, destacó que “*cuando los funcionarios habilitados (presidente y jefe de gabinete) dictan un reglamento autónomo, dentro del ámbito de sus atributos y congruente con la Constitución, ese acto fundado en la Ley Suprema desplaza en prelación a una ley que, hallándose vigente, sea incompatible con la ley mayor. A contrario sensu, si ese acto es incongruente con la ley mayor, tiene prevalencia la o las normas a las que ese acto quiere desplazar (...) ni siquiera la ley formal puede derogar un decreto autónomo concebido con arreglo a Derecho, pues es una regla elemental de nuestro Derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el Gobierno de la Nación aplica e interpreta la Constitución por sí mismo cuando ejercita las facultades que ella le confiere*”<sup>1084</sup>.

Desde otra perspectiva, GORDILLO quien, como vimos, rechaza que exista una zona de reserva de la Administración, ha precisado que “*es franca y ostensiblemente inconstitucional la tesis de que la administración pudiera tener facultades o actividades exentas de regulación legislativa: de allí la necesidad de advertir expresamente acerca del punto y recordar que todo lo que es materia administrativa puede ser regulado por el Congreso, con la única salvedad de que tal regulación no sea irrazonable*”<sup>1085</sup>.

En igual sentido, HUTCHINSON sostuvo que “*en principio, el Congreso posee competencia para derogar o modificar reglamentos autónomos emitidos por el Ejecutivo; en ejercicio de sus atribuciones explícitas o implícitas. Ello es así cuando el Congreso, en ejercicio de sus funciones según el art. 75 de la Constitución –y si no existiese cláusula específica, bastaría el inc. 32 de dicho artículo sancione una ley organizativa de carácter general, sobre un tema ya legislado por el reglamento*”<sup>1086</sup>.

LINARES, por su parte, si bien no niega de manera contundente la existencia de

---

<sup>1083</sup> BARRAZA, Javier I., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 322. En igual sentido: TORICELLI, Maximiliano, “Formas de funcionamiento del Poder Ejecutivo Nacional”, en *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020-1, *Poder Ejecutivo*, p. 283 y ss.).

<sup>1084</sup> MIDÓN, Mario A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia...*, op. cit., p. 25, criterio luego ratificado en la 2ª edición corregida y actualizada de su obra, Hammurabi, 2012, p. 62, entre otros.

<sup>1085</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. VII-9.

<sup>1086</sup> HUTCHINSON, Tomás, “Los actos de alcance general”, op. cit., Tomo 1, Vol. 1, p. 448.

reglamentos autónomos, en tanto y en cuanto estén referidos exclusivamente a la organización y funcionamiento interno de la administración, sostiene que si el Congreso legislara sobre instituciones que, según la teoría de MARIENHOFF, únicamente lo podría hacer el órgano ejecutivo, el reglamento autónomo podría perder validez.

El citado jurista tras señalar que el principio general es que “*el Congreso carece de competencia para derogar o modificar reglamentos autónomos dictados por el Ejecutivo, en ejercicio de sus atribuciones expresas e implícitas (...) debe hacerse la excepción cuando el Congreso, en ejercicio de sus funciones según el art. 67 –actual art. 75– de la Constitución, dicte una ley organizativa de carácter general, sobre un tema ya legislado por reglamento*”<sup>1087</sup>.

#### **4.) Los reglamentos de necesidad y urgencia**<sup>1088</sup>

##### 4.1.) Concepto

4.1.1.- Como hemos visto *ut supra*, los reglamentos, como producto de la función administrativa –por oposición a la función legislativa–, constituyen, en la especie, actos administrativos de alcance general normativo y, en tal sentido, los hemos definido como una declaración unilateral emitida por un órgano estatal, o un ente no estatal, en ejercicio de función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, creadora de normas

---

<sup>1087</sup> LINARES, Juan F., “Los reglamentos autónomos en el orden federal”, LL 1981-D, 1217. De ese modo, el autor citado utiliza como ejemplo “*cuando vigente un decreto general sobre recursos administrativos o sobre el empleo público, se dicta una ley que estatuya acerca de la misma materia que ya recibió una regulación por reglamento autónomo. Así opinamos porque una ley del Congreso puede establecer ciertas obligaciones para el administrado, que por decreto autónomo serían inválidas, tales como caducidades de plazos y derechos, afectación a la propiedad y a la libertad en general. Hasta la mera reproducción del reglamento traería al sistema una mayor estabilidad. De esta manera consideramos que es de la esfera de competencia del legislador implantar por ley formal o formal-material ciertos sistemas orgánicos legislativos razonables que de no dictarse esa ley podrían ser regulados por reglamento autónomo, si bien con carácter menos estable y completo que si lo fueran por leyes del legislador. Si no existieran cláusulas constitucionales específicas para la materia legislada en el orden nacional, el inciso 16 del art. 67 sería lo expreso para fundar las atribuciones legislativas implícitas que incidieran sobre las implícitas del Poder Ejecutivo. Para que pierda vigencia y validez el reglamento autónomo, debe ser incompatible con la ley, o de lo contrario derogado por la ley posterior*”. Ver, también, lo expuesto en su obra: *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 72.

<sup>1088</sup> Un pormenorizado análisis de los reglamentos de necesidad y urgencia puede verse en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 219 y, también, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, cap. II, punto IV.

jurídicas generales con vocación de permanencia y, por tanto, los de “*necesidad y urgencia*” –al igual que los autónomos, los de ejecución y los delegados– deberían denominarse “reglamentos de necesidad y urgencia”<sup>1089</sup>.

De ese modo, en una primera aproximación sobre la cuestión, se podrían definir a los Reglamentos de Necesidad y Urgencia como aquellos actos administrativos de alcance general normativo dictados por el Poder Ejecutivo en los casos autorizados por la Constitución nacional sin que medie autorización o habilitación legislativa previa, que si bien le corresponderían al legislador, por circunstancias excepcionales no pueden ser afrontadas con los procedimientos normales de sanción de leyes<sup>1090</sup>.

Tal como lo hemos mencionado en más de una oportunidad a lo largo de los argumentos que fundamentan nuestra tesis –e independientemente de la actual postura de la PTN que vimos antes, especialmente en el punto N° 5.1.4.2. del Capítulo VIII–, es posible encontrar diversos precedentes en donde ese Máximo Órgano Asesor sostuvo que los Reglamentos de Necesidad y Urgencia “*son actos emanados del Poder Ejecutivo de jure y en virtud de ello no es una ley porque el Poder Ejecutivo no dicta leyes; constituye un mero reglamento (acto administrativo) de contenido legislativo*”<sup>1091</sup> (énfasis agregado).

4.1.2.- Por otra parte, sin perjuicio de lo expuesto y teniendo en cuenta que en nuestro sistema constitucional el único órgano habilitado para dictar esta clase de reglamentos es el Poder Ejecutivo de la Nación<sup>1092</sup> y, asimismo, que sus actos se denominan “decretos”

---

<sup>1089</sup> La PTN también ha señalado que los reglamentos de necesidad y urgencia son actos administrativos en Dictámenes 177:76; 225:209, entre muchos otros.

<sup>1090</sup> En sentido similar se los ha definido como “*los reglamentos de necesidad y urgencia son los que dicta el Poder Ejecutivo en los casos autorizados por la Constitución Nacional, sin que medie autorización o habilitación legislativa, para regular materias que son propias del legislador*” (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 55).

<sup>1091</sup> Dictámenes 207:272; 198:124; 86:221; 121:93, entre otros.

<sup>1092</sup> También han sostenido que el único que podría dictar esta clase de reglamentos es el Poder Ejecutivo: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 233, nota 656; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 475 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La potestad...”, op. cit.; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, Cap. VII–29; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. VII–29; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 159; BARRA, Rodolfo C., “Reglamentos administrativos”, LL, 1999–F, 1034; IVANEGA, Miriam M., “Consideraciones generales acerca de los reglamentos administrativos...”, op. cit., p. 285; MIDÓN, Mario A. R., *Decretos de Necesidad*

(sean de alcance particular o general), bien podría hablarse de “*decretos de necesidad y urgencia*”.

Además, si se tiene en consideración que, en ciertas circunstancias, el Poder Ejecutivo también podría dictar *actos administrativos de alcance particular* de necesidad y urgencia, parecería más adecuado utilizar el término “decretos de necesidad y urgencia” pues, así, se estarían abarcando tanto a los *reglamentos* (actos administrativos de alcance general normativo) como a los *actos individuales* (actos administrativos de alcance particular)<sup>1093</sup>.

4.1.3.- En definitiva, entonces, podemos definir a los decretos de necesidad y urgencia como aquellos *actos administrativos –en sentido amplio– dictados por el Poder Ejecutivo en el ejercicio de su competencia inherente, sin que medie autorización o habilitación legislativa previa y en los supuestos autorizados por la Constitución nacional –en caso de que estuvieran allí previstos–, para regular materias que si bien le corresponderían al legislador, por circunstancias excepcionales no pueden ser afrontadas con los procedimientos normales de sanción de leyes.*

---

y *Urgencia...*, op. cit., p. 132/133, criterio luego ratificado en la 2° edición corregida y actualizada de su obra, Hammurabi, 2012, p. 202, entre otros.

Desde otra perspectiva, BALBÍN sostiene que el Presidente podría delegar en el Jefe de Gabinete la potestad de dictar reglamentos de necesidad y urgencia (BALBÍN, Carlos F., *Reglamentos Delegados y de Necesidad y Urgencia*, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 347/349 y, más recientemente, en BALBÍN, Carlos F., *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 425/426).

Por nuestra parte, como dijimos en el texto, creemos que la emisión de decretos de necesidad y urgencia es una potestad inherente, propia y originaria del Presidente de la Nación que, además, como bien señaló la doctrina, es indelegable (en igual sentido: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 444 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La delegación de facultades...”, op. cit., p. 84; TAWIL, Guido S., “Recepción constitucional de los reglamentos de necesidad y urgencia. Análisis del texto constitucional”, RAP 194:77).

<sup>1093</sup> En igual sentido: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 238; LINARES, Juan Francisco, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 112. El último autor citado mencionaba que “*los efectos de estos decretos individuales de urgencia son los mismos que los de los reglamentos de esa índole, salvo su carácter singular*”.

A simple título ejemplificativo podrían enunciarse aquellos supuestos en los que las designaciones propuestas por el Poder Ejecutivo para la cobertura de determinados cargos requiere el acuerdo del Senado. Algunos ejemplos de las designaciones propuestas por el Poder Ejecutivo que requieren el acuerdo del senado puede verse: LAGARDE, Fernando M., “Manifestaciones del control legislativo...”, op. cit., p. 160 y ss.

## 4.2.) Fundamento

### *4.2.1.) Los decretos de necesidad y urgencia como potestad inherente del*

#### *Poder Ejecutivo*

4.2.1.1.- Si bien a partir de la reforma constitucional de 1994 la facultad de dictar DNU fue expresamente reconocida en el art. 99. inc. 3° de nuestra Carta Magna, lo cierto es que la mera observación de la realidad nos muestra que su dictado existe antes de aquella fecha<sup>1094</sup>.

Ello se debe a que, en rigor, tal como ha señalado el profesor COMADIRA<sup>1095</sup>, a quien sigue la PTN<sup>1096</sup> y la Procuración General del Gobierno de la Ciudad Autónoma de

---

<sup>1094</sup> Algunos se remontan al siglo pasado (Fallos 2:88; 14:257). Más aún, en la versión taquigráfica de la reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales de Diputados (Versión taquigráfica de la reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales de Diputados por el proyecto –con media sanción del Senado–; exposición del Diputado Pinedo, p. 18) por el proyecto (con media sanción del Senado) que luego dio origen a la Ley N° 26.122 (Régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes) se mencionó que desde 1853 hasta 1983 se firmaron 25 decretos de necesidad y urgencia; que durante el gobierno de Carlos Menem se dictaron alrededor de 545 DNU; con De la Rúa 73; con Duhalde 173 y, un estudio efectuado por el diario La Nación, estableció que durante los tres primeros años de la presidencia de Néstor Kirchner, se dictaron 176 DNU (ZOMMER, Laura, “*Política Decretos: ni necesarios ni urgentes*”, La Nación, 06/08/2006). Para un análisis del creciente uso de los DNU desde el año 1984 (presidencia de Raúl Ricardo Alfonsín) hasta el año 2003 (comienzos de la presidencia de Néstor Carlos Kirchner), véase: PALAZZO, Eugenio L., “*Las Fuentes del Derecho en el Desconcerto de Juristas y Ciudadanos*”, Buenos Aires, FECIC, 2004, p. 18. A su vez, un informe efectuado por la Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en agosto de 2010 precisó que, durante la presidencia de Néstor Kirchner, se dictaron 270 DNU y, durante los primeros 28 meses del primer mandato presidencial de Cristina Fernández de Kirchner, esto es, desde el 10/12/2007 al 01/03/2010, 9 DNU (Corte Suprema de Justicia, “*Decretos de necesidad y urgencia*”, Secretaria de Jurisprudencia, 1° Edición, Buenos Aires, 2010, p. 9; disponible <https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=dnu>, consultado por última vez el 04/03/2021).

Finalmente, en un reciente trabajo se ha señalado que desde el año 1983 hasta el 31/12/2018, se dictaron un total de 1.139 decretos de necesidad y urgencia (SANTIAGO, Alfonso (h)– VERAMENDI, Enrique – CASTRO VIDELA, Santiago M., *El control del Congreso...*, op. cit., p. 12 y ss.).

<sup>1095</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad...*, op. cit., p. 19, nota 33, criterio luego ratificado y ampliado en: COMADIRA, Julio Rodolfo, “Los criterios para delimitar el alcance de la competencia de los órganos y los entes del Estado”, en *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2005, p. 41 y, posteriormente, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 27.

En igual sentido: COMADIRA, Julio Pablo, “Principio de juridicidad, competencia administrativa y responsabilidad del Estado por omisión”, en COMADIRA, Julio Pablo e IVANEGA, Miriam Mabel (Coordinadores), *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 1219 y ss.

<sup>1096</sup> Dictámenes 270:169; 274:64; 279:297.



Buenos Aires<sup>1097</sup>, la competencia de un órgano o ente administrativo puede surgir:

**A)** del texto expreso de la norma atributiva de competencia, “*sin dejar de tomar en cuenta que cuando se trata de normas infraconstitucionales es inexcusable el examen de su constitucionalidad*”<sup>1098</sup>;

**B)** de los componentes razonablemente implícitos los que, además, pueden resultar de b.1.) una atribución expresa, generadora del poder “expresamente implícito” o bien, b.2.) simplemente implícitos, determinantes de la competencia “implícita propiamente dicha”<sup>1099</sup>;

**C)** los poderes inherentes, entendidos éstos como los que resultan de la *naturaleza o esencia* del órgano, es decir, las potestades *propias y originarias* de éste, que, por ende, no requieren una expresa enunciación normativa<sup>1100</sup>.

A su vez, el contenido tanto de los poderes implícitos como de los inherentes, se deben determinar en el marco del principio de especialidad<sup>1101</sup>.

Si se tiene en cuenta lo apuntado por LINARES QUINTANA, en cuanto a que “*toda enumeración, por más minuciosa y provisoria que sea, en manera alguna puede*

---

<sup>1097</sup> Ver IF-2020-21020799-GCABA-PG del 01/09/2020 emitido en el marco del expediente electrónico N° 19004734-SSAYPM-2020.

<sup>1098</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, “Los criterios...”, op. cit., p. 41.

<sup>1099</sup> Como ejemplos del primer supuesto (“expresamente implícito”), se menciona, además del art. 75 inc. 32 de la Constitución nacional (Art. 75: Corresponde al Congreso: “...32. *Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina*”), por ejemplo, las cláusulas de los marcos regulatorios de la electricidad y el gas que atribuyen a los entes reguladores (ENRE y ENARGAS), entre otras facultades, “*las de realizar todos los actos que sean necesarios para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de la ley y su reglamentación*” (Arts. 56, inc. s] de la Ley N° 24.065, y 52 inc. x], de la Ley N° 24.076, respectivamente). Del segundo caso (competencia “implícita propiamente dicha”), se alude, con cita de Waline (WALINE, Jean, *Précis de Droit Administratif*, Éditions Montchrestein, París, 1969, Tomo 1, p. 330), a las hipótesis en que la competencia para dictar un acto entraña, de plano, la de signo contrario (v. gr. la de nombrar un funcionario implica la de removerlo), o los que se expresan en la idea del principio del *paralelismo de las formas*, utilizado (ahora con cita de Laubadere; LAUBADERE, André de; VENEZIA, Jean Claude; GAUDEMET, Ives, *Traité de Droit Administratif*, T I, París, 1996, 14° edición, LGDJ, p. 666), en un *arret* del Consejo de Estado Francés del 10 de abril de 1959, en el que se asignó el poder revocatorio o modificatorio de un acto a su autoridad emisora (COMADIRA, Julio Rodolfo, “Los criterios...”, op. cit., p. 41).

<sup>1100</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, “Los criterios...”, op. cit. p. 42, con cita de AJA ESPIL, Jorge A., *Constitución y Poder...*, op. cit., p. 159/160. El primero de los autores citados menciona como ejemplo de poder inherente la anulación de oficio de un acto administrativo ilegítimo. Se puede ampliar este último tema en COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, op. cit., p. 63 y ss.

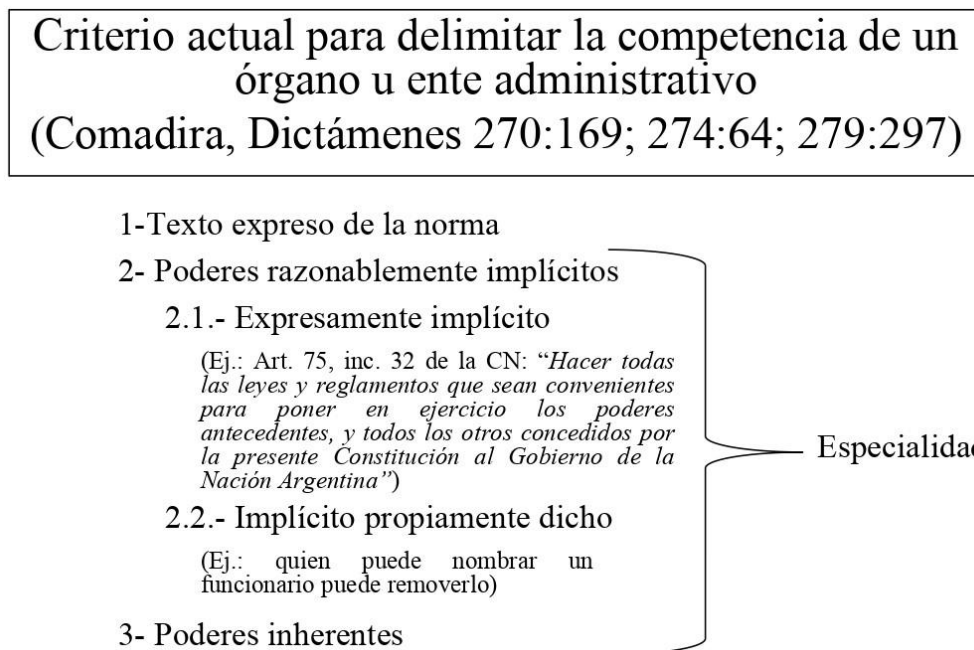
<sup>1101</sup> Superando, de esta forma, la oposición que se formulaba entre la teoría del principio de especialidad y la de la permisión expresa junto con lo razonablemente implícito.



*pretender ser exhaustiva, agotando la mención expresa de todas las materias a que se refiere”<sup>1102</sup>, es claro que la previsión absoluta de todo tipo de circunstancias es literalmente imposible, en parte por la incapacidad técnica del legislador y en parte por la inabarcabilidad de la casuística.*

*En resumidas palabras, entonces, para determinar el alcance de la competencia de los órganos se debe estar, en primer lugar, al **texto expreso** de la norma que la regula; en segundo término, al **contenido razonablemente implícito** inferible del texto expreso y, por último, a los **poderes inherentes** derivables de la naturaleza o esencia del órgano o ente de que se trate, interpretados, los dos últimos elementos, a la luz del criterio de la especialidad.*

Lo expuesto surge con mayor claridad en el siguiente gráfico:



*De ese modo, si el Poder Ejecutivo, como titular de la función administrativa, debe satisfacer de manera directa e inmediata el interés público, es claro que la emisión de decretos de necesidad y urgencia constituye un poder inherente a su función de*

<sup>1102</sup> LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, Tomo IX, p. 513. En similar sentido, VILLAR PALASÍ sostuvo que “*resulta absolutamente imposible que la norma jurídica -por esencia de carácter abstracto- determine en todos sus extremos todas y cada una de las actuaciones administrativas*” (VILLAR PALASÍ, José Luis, *Apuntes de Derecho Administrativo. Parte General*, Universidad a Distancia, Madrid, 1997, p. 174).

*administrar, es decir, una condición sustancial inseparable de su misma esencia*<sup>1103</sup>.

Si el art. 99, inc. 1° de nuestra Constitución nacional establece que el Presidente de la Nación “*es el jefe supremo de la Nación, jefe de gobierno y responsable político de la administración del país*”, resulta más que razonable concluir que aquel tiene a su cargo el concreto aseguramiento de la seguridad, la paz, el orden social<sup>1104</sup> y la salud pública y que, por tanto, la previsión de cualquier tipo de situación –o su eventual superación– susceptible de poner en grave riesgo a la sociedad y que no pueda ser afrontada con los procedimientos normales de sanción de leyes, es una exigencia esencial de un Estado Constitucional de Derecho<sup>1105</sup>.

<sup>1103</sup> Ciertamente, el análisis vinculado a las potestades inherentes, por su extensión y alto grado de complejidad y discutibilidad jurídica, excede con holgura el análisis pretendido en este trabajo, razón por la cual nos remitimos para ello a quienes han estudiado en profundidad la cuestión: AJA ESPIL, Jorge A., *Constitución y Poder...*, op. cit., p. 151 y ss., en especial p. 159/160; COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, op. cit. y, también, en COMADIRA Rodolfo, “Los criterios...”, op. cit., p. 31 y ss.

En tal sentido, el primero de los autores recién citados ha señalado que los “*poderes inherentes*” – o aquellos que en la traducción literal de la terminología constitucional norteamericana se conocen comúnmente con el nombre de “*poderes resultantes*” (resulting powers)– son “*las potestades propias de la naturaleza de un órgano o institución determinada*” es decir, “*potestades que son propias y originarias de cada uno de los órganos que crea un determinado sistema constitucional*”, porque –agregaba el autor citando a DEL VECCHIO– “*aun siendo la Constitución el punto ideal de convergencia de todas las determinantes jurídicas que pertenecen a un sistema, no todas esas determinantes están enunciadas normativamente. Más bien, son emanaciones de las homogeneidades del sistema (...) los poderes inherentes o resultantes emergen de la naturaleza misma de la forma federal y de cada uno de los tres Poderes del Estado*” (AJA ESPIL, Jorge A., *Constitución y poder...*, op. cit., p. 159/162).

Sobre la cuestión resulta de trascendental importancia la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en el caso “*Youngstown Sheet & Tube Co vs. Sawyer*” que mencionáramos en el punto N° 4.9. del Capítulo I (especialmente punto N° 4.9.5.) de esta tesis y a donde nos remitimos en honor a la brevedad.

<sup>1104</sup> CSJN, 27/12/1990, “*Peralta, Luis Arcenio y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía, Banco Central s/amparo*”, Fallos 313: 1513.

<sup>1105</sup> Antes de la reforma constitucional del año 1994 el Presidente de la Nación era, según se desprendía del art. 86 inc. 1 de la Constitución nacional, el Jefe de Estado y tenía a su cargo, además, la administración general del país, es decir, la función administrativa. Durante la vigencia de aquella Constitución, COMADIRA señaló que como la función administrativa suponía “*necesariamente, la subsistencia del Estado y que ella guardaba una relación de estricta inmediatez con el interés público*”, se comprendía “*que el titular del Poder Ejecutivo estuviera facultado constitucionalmente para atender a la gestión directa e inmediata de ese interés cuando él resultaba comprometido a raíz de situaciones públicas y notorias de grave riesgo social*” (COMADIRA, Julio Rodolfo, “Los reglamentos de necesidad y urgencia (Fundamento. Su posible regulación legislativa)”, LL 1993-D, 750).

Si bien uno de los principales objetivos que guiaron la reforma constitucional era atenuar el sistema presidencialista, lo cierto es que ello no significó la sustitución de la Jefatura de la Administración en cabeza del Presidente por su atribución al Jefe de Gabinete, porque aquél sigue reteniendo la titularidad de dicha función, asistiendo al Jefe de Gabinete solo su ejercicio, razón por la cual con la redacción actual sigue siendo posible relacionar la potestad de urgencia con aquella Jefatura (en igual sentido: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 637 y ss.).

Por ello, ante una pública y notoria situación excepcional de grave perturbación económica, social, política o de la salud pública, que representa el máximo peligro para el país, en un Estado democrático el Poder Ejecutivo tiene el imperioso deber de ejercer su competencia inherente de emitir decretos de necesidad y urgencia para, así, normalizar y normativizar la situación por la que la misma sociedad se ve amenazada<sup>1106</sup>.

Es que, en definitiva, el lento procedimiento previsto por la Constitución nacional para que el Congreso sancione una ley (función legislativa) destruiría y dejaría estéril la finalidad propia del Poder Ejecutivo, es decir, la gestión o administración (“servir a”) directa e inmediata del interés público (función administrativa).

En tal sentido, resulta oportuno recordar, como lo hiciéramos en el punto N° 2.3. del Capítulo I, las palabras de DONOSO CORTÉS, citado por GARCÍA PELAYO, cuando expresaba que *“el legislador que en tiempos de disturbios y trastornos aspira a gobernar con las leyes comunes es un imbécil, el que aun en tiempos de disturbios y trastornos aspira a gobernar sin ley es temerario. El Derecho común es la regla ordinaria de los hombres en tiempos de bonanza. El derecho excepcional es su regla común en circunstancias excepcionales (...) Mas como lo excepcional rechaza por su propia esencia la generalidad de la ley, es claro que una gran parte de derecho excepcional no solo ha tenido lugar, en ocasiones, al margen de la ley, sino incluso contra la ley (...) a tales medidas pertenecen, por ejemplo, los decretos de necesidad y urgencia”*<sup>1107</sup>.

Es que, como destacaba BIDART CAMPOS, *“la gravedad de esta emergencia, que es la que constituye circunstancia excepcional, debe requerir una medida inmediata, y es la emergencia y la inmediatez de la medida la que hace imposible que el congreso legisle, porque el trámite ordinario, por acelerado que pueda ser en el caso, no proporciona la*

---

<sup>1106</sup> También han sostenido que la emisión de decretos de necesidad y urgencia constituye una potestad inherente del Poder Ejecutivo, entre otros: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 232 y, más recientemente, COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 61 y ss.; MOSSO GIANNINI, César A., “Legislación delegada y de necesidad y urgencia en la provincia de Mendoza”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo VIII*, Ediciones Dike, Buenos Aires, 2003, p. 279 y ss., especialmente p. 304.

Adrián VENTURA, por su parte, en línea con lo apuntado por el profesor COMADIRA (ver nota N° 1036), señaló que la emisión de DNU es una *“atribución propia”* del Poder Ejecutivo (VENTURA, Adrián, “Los decretos de necesidad y urgencia...”, op. cit., p. 164).

<sup>1107</sup> GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, op. cit., p. 163/164.

*solución urgente*”<sup>1108</sup>.

4.2.1.2.- El profesor COMADIRA ha destacado que *“el Estado de derecho debe poseer sus propios mecanismos de autopreservación, de modo que en su misma dinámica constitucional hallen respuesta las situaciones que por sus características no puedan resolverse eficazmente por medio de los procedimientos normales”*<sup>1109</sup>.

BIANCHI, por su parte, tras señalar que la materia de los reglamentos de necesidad y urgencia competen, en principio, al Poder Legislativo, sostuvo que son emitidos por el Poder Ejecutivo *“para remediar una situación de catástrofe que exigía soluciones inmediatas, las cuales sólo podían ser atendidas por la rapidez de decisiones que otorga la unipersonalidad del Poder Ejecutivo en contraste con la lentitud natural del parlamento, quien debe respetar el mecanismo de sanción en ambas Cámaras, que prevén los arts. 68 a 73 de la Constitución Nacional”*<sup>1110</sup>.

En similar sentido, la CSJN ha sostenido que *“cuando se configura una situación de grave perturbación económica, social o política, que representa el máximo peligro para el país, el estado democrático tiene la potestad y aún el imperioso deber de poner en vigencia un derecho excepcional, o sea, un conjunto de ‘remedios extraordinarios’, destinados a asegurar la autodefensa de la comunidad y el restablecimiento de la normalidad social que el sistema político de la Constitución requiere. Para enfrentar conflictos de esa especie el Estado puede valerse lícitamente de todos los medios que le permitan combatirlos con éxito y vencerlos”*<sup>1111</sup>.

En esa línea se inscribe VANOSI, para quien el Estado no se desentiende de las crisis políticas, económicas o sociales, sino que, por el contrario, *“es en tales circunstancias que surge un derecho a la autopreservación del Estado como órgano político de la sociedad, es como si entrara a jugar una suerte de ‘instinto de conservación’ de la comunidad”* y, como señala el autor, una de las características de esa potestad del Estado

---

<sup>1108</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *Manual...*, op. cit., Tomo III, p. 253.

<sup>1109</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Tomo 1, p. 59

<sup>1110</sup> BIANCHI, Alberto B., “El control de los reglamentos...”, op. cit.

<sup>1111</sup> CSJN 02/08/2000, “Risolia de Ocampo, María J. c. Rojas, Julio C. y otros.”, Fallos 323:2059.

para la autopreservación es que “*los poderes de emergencia no están fuera del Derecho ni contra el Derecho, sino que también pertenecen al Derecho*”<sup>1112</sup>.

4.2.1.3.- En síntesis: sostenemos que el dictado de decretos de necesidad y urgencia es una potestad inherente del Poder Ejecutivo toda vez que si aquel, en el ejercicio de la función administrativa que le es propia, debe satisfacer de manera directa e inmediata el interés público, es claro que una condición sustancial inseparable de su misma esencia consiste en contar con herramientas necesarias para adoptar –ante una pública y notoria situación excepcional de grave riesgo social, económico, política o de la salud pública que ponga en peligro el interés público, el funcionamiento de las instituciones y la seguridad de sus habitantes y que, además, no pueden ser afrontadas con los procedimientos ordinarios previstos para la sanción de las leyes–, medidas inmediatas e idóneas para restaurar la estabilidad social, es decir, normalizar y normativizar la situación por la que la misma sociedad se ve en peligro<sup>1113</sup>.

---

<sup>1112</sup> VANOSI, Jorge R., “Los Reglamentos de Necesidad y Urgencia”, JA, 1987–IV–885 (énfasis agregado).

<sup>1113</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “Decretos de Necesidad y Urgencia: ¿Facultad inherente del Poder Ejecutivo?”, Carta de Noticias N° 6 de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires, Julio, 2013.

De tal forma, entonces, si bien muchas de las provincias (Chaco, Chubut, La Rioja, Río Negro, Salta, San Juan, Santiago del Estero y Tucumán) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al igual que la Nación, prevén el dictado de reglamentos de necesidad y urgencia, lo cierto es que en aquellas otras donde tal potestad no esté expresamente reconocida (v.gr.: Provincia de Buenos Aires, Jujuy, Entre Ríos, Misiones, etc.), nada obsta a que el Poder Ejecutivo local, en el ejercicio de sus competencias inherentes, dicte reglamentos de necesidad y urgencia. Aquella es, además, la postura que han seguido diversos tribunales superiores como, por ejemplo, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia Jujuy (STJJ, 13/10/1998, “Vázquez, Pedro Emilio v. Municipalidad de El Talar”) y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA, 01/12/04, “Iberargen S.A. c/Instituto Provincial de Lotería y Casino s/Amparo”). Un análisis de los reglamentos de necesidad y urgencia en la Provincia de Buenos Aires puede verse en: OROZ, Miguel H.E., “DNU y decretos delegados en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires. El quebrantamiento de la legalidad y la renuncia a su control”, en Suplemento de Derecho Administrativo de La Ley, agosto 2010, p. 181. Asimismo, un análisis general del régimen constitucional provincial de esta clase de reglamentos puede verse en: PRITZ, Osvaldo A.F., “Una óptica provincial sobre los decretos de necesidad y urgencia”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo VIII*, Ediciones Dike, Buenos Aires, 2003, p. 225 y ss.; CHIACCHIERA CASTRO, Paulina R. – CALDERÓN, Maximiliano R., “Los decretos de necesidad y urgencia en las provincias”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Público*, ALONSO REGUEIRA, Enrique –Director–, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2013, p. 433 y ss.

Es que, como agudamente señalaba QUIROGA LAVIÉ al comentar la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “*disponer que el Poder Ejecutivo no puede tomar las medidas legislativas necesarias para dar solución a dicha situación, lejos de dar satisfacción al bien público y tutelar los intereses generales de la sociedad, obligación primordial de todo gobierno, se abren dos posibilidades: o el Gobierno reconoce públicamente su impotencia, lo cual deslegitima el sistema democrático, o no tendrá*

4.2.1.4.- Ahora bien, afirmar que la emisión de decretos de necesidad y urgencia constituyen una potestad inherente a la función administrativa, en modo alguno impide que aquella potestad sea ajena al principio de juridicidad, razón por la cual entendemos que el Congreso podría reglamentarla sin otro límite que el de la razonabilidad, aquel no podría prohibirle su ejercicio en toda circunstancia<sup>1114</sup>.

4.3.) Los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución nacional: el art. 99, inc. 3°

Como ya dijéramos, a partir de la reforma constitucional de 1994 los decretos de necesidad y urgencia encontraron su expreso reconocimiento en el art. 99, inc. 3° de la Ley Suprema que, al referirse a las atribuciones del Poder Ejecutivo, establece:

*“Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.*

*El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e*

---

*más remedio que incumplir la Constitución, con lo cual se desprestigia el sentido normativo de la Ley Fundamental”* (QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Comentada*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1996, p. 289/290).

En contra de que el Poder Ejecutivo provincial pueda dictar decretos de necesidad y urgencia cuando la Constitución provincial no lo autoriza: MIDÓN, Mario A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia...*, op. cit., p. 198 y ss., criterio luego ratificado en la 2° edición corregida y actualizada de su obra, Hammurabi, 2012, p. 308 y ss.; PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia. Límites y control. En la doctrina, en la jurisprudencia y en la reforma constitucional*, Depalma, 1995, Buenos Aires, p. 88 y ss. BIDART CAMPOS, por su parte, sostiene que los ordenamientos constitucionales pueden prever el dictado de DNU, pero si la Constitución provincial carece de una regulación específica, no puede aplicarse ninguna analogía fundada en las normas nacionales (BIDART CAMPOS, Germán “La intervención por decreto de urgencia a un Concejo Deliberante en La Rioja”, ED 162:550).

<sup>1114</sup> En tal sentido, con anterioridad a la sanción de la Ley N° 26.122 que regula el trámite legislativo de los DNU (entre otros), el profesor COMADIRA sostenía que el Congreso “no hubiera podido prohibir su dictado o implementar una limitación que implicara su prohibición” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 235, nota N° 664).

Del mismo modo, refiriéndose a la potestad disciplinaria como poder inherente de la Administración, precisó que aquel “*debe estar sujeto, desde luego, a los condicionamientos jurídicos formales y sustanciales que para su ejercicio imponga, en cada caso, el ordenamiento jurídico. Empero, la reglamentación legislativa no lo podrá vaciar de contenido, sin incurrir en irrazonabilidad*” (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1048).



*insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.*

*Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.*

*El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.*

De la cláusula constitucional en comentario, y en lo que aquí interesa, es posible distinguir la consideración de diversos preceptos (v.gr.: el principio general en la cuestión, el presupuesto habilitante, el procedimiento de elaboración, los límites materiales, el control parlamentario, etc.).

#### *4.3.1.) Principio general*

El texto constitucional establece el principio general prohibitivo en virtud del cual el Poder Ejecutivo no puede, en ningún caso, y bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

#### *4.3.2.) Presupuesto habilitante y límites constitucionales*

Sin perjuicio del principio general prohibitivo, la Constitución estipula cuáles han de ser los presupuestos habilitantes para habilitar excepciones al mentado principio, estableciendo, a tal efecto, que el Poder Ejecutivo solamente podrá dictar normas de carácter legislativo –en el caso, DNU– únicamente cuando las “*circunstancias*



*excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”.*

Asimismo, la Constitución se encarga de determinar cuáles son los límites materiales a aquellos decretos, vedando su empleo en materia penal, tributaria<sup>1115</sup>, electoral o el régimen de los partidos políticos<sup>1116</sup>.

---

<sup>1115</sup> No resulta ocioso recordar lo resuelto por la CSJN en la causa “Zofracor”, donde, por mayoría, declaró la nulidad de un decreto de necesidad y urgencia toda vez que *“los beneficios que se han establecido en el dec. 285/99 comportan, en su gran mayoría, el ejercicio de facultades de carácter tributario –aduaneras, impositivas o vinculadas con el Régimen Nacional de la Seguridad Social–, las que son competencia exclusiva del Poder Legislativo –arts. 4º, 17 y 75, incs. 1º y 2º, Constitución Nacional– y cuyo ejercicio está vedado al Poder Ejecutivo Nacional, aun en las condiciones excepcionales que podrían justificar el dictado de decretos de necesidad y urgencia, en atención a la explícita exclusión de tales materias que efectúa la Constitución Nacional”* (CSJN, 20/09/2002, “Zofracor S.A. c. Estado Nacional”, Fallos 325:2394).

El caso citado ha sido un valioso aporte jurisprudencial no solo por cuanto dejó en claro que la Constitución nacional no consagra excepción alguna a la prohibición de dictar DNU en materia tributaria sino, también, porque estableció que la eventual aprobación por parte del Congreso no podría sanear con efectos retroactivos los vicios constitucionales que los DNU pudieran haber tenido en su origen. Tal como lo ha señalado la Corte Suprema, el art. 86 de la ley de presupuesto N° 25.237 para el ejercicio del año 2000, mediante el que se ratificaba el DNU 285/99, *“carece de efectos retroactivos en virtud de la insanable inconstitucionalidad original. Sin embargo, esa norma revela que la intención del Poder Legislativo ha sido la de conferir rango legal a los contenidos que fueron plasmados en el decreto”* (considerando N° 7), razón por la cual, como agudamente destacara Petracchi, la ratificación legislativa *“debe ser reconocida a partir del dictado de la ley, con una virtualidad exclusiva hacia el futuro (efecto ex nunc). En este sentido, ha de juzgarse que, a partir de la sanción y promulgación de la ley, rige una normativa como la que intentaba plasmar el decreto nulo”* (voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi, considerando N° 6). En igual sentido se había expedido el Tribunal Cimero *in re*, CSJN, 17/03/1998, “Kupchik, Luisa Spak de y Kupchik, Alberto Mario c/ B.C.R.A. y Estado Nacional (M.E.) s/ varios”, Fallos 312:366.

De esa manera, entonces, el Máximo Tribunal de la Nación se apartó de la poco feliz doctrina sentada en el conocido caso “Franco”, donde había precisado que si bien los reglamentos de ejecución *“que en su origen se hallan viciados de inconstitucionalidad por haber sido dictados por el Poder Ejecutivo con exceso de sus facultades reglamentarias no son susceptibles de purga o subsanación mediante la ratificación parlamentaria posterior (...) sólo en el excepcionalísimo supuesto de los decretos de necesidad y urgencia la ratificación ulterior podría tener la virtualidad convalidatoria”* (CSJN, 19/08/1999, “Franco, Rubén O. y otros c. Ministerio de Defensa”, Fallos 322:1868, énfasis agregado). En sentido similar puede verse: CANDA, Fabián O., “Decretos legislativos...”, op. cit., p. 181 y ss., especialmente p. 187.

<sup>1116</sup> Al respecto, se ha señalado que también deberían quedar fuera del ámbito de aquellos reglamentos las cuestiones inherentes a la propia integración del Poder Ejecutivo, temas vinculados con la soberanía nacional, la integridad territorial del Estado e incluso temas relacionas con los derechos, declaraciones y garantías contenidos en la parte dogmática de la Constitución nacional toda vez que, de lo contrario, se estaría violando lo establecido en el Art. 7º de la ley N° 24.309 en cuanto establecía que la convención constituyente no podía introducir ninguna modificación respecto de ellos (Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 143 y ss.). Por otra parte, también se ha sostenido que *“tampoco es viable la emisión de decretos de necesidad y urgencia cuando recae sobre cuestiones que sólo pueden ser reguladas legislativamente por mayorías especiales, o en aquellos casos en que la Constitución le asigna a una de las Cámaras del Congreso la calidad de Cámara originaria. Así, no se podrá emitir decretos de necesidad y urgencia para reglamentar la iniciativa y la consulta popular, ni la Auditoría General de la Nación, ni el Consejo de la Magistratura...”* (BADENI, Gregorio, *Tratado...*, op. cit., Tomo III, p. 661).

#### 4.3.2.1.) Control judicial de los requisitos de los DNU: algunos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El principal problema que suscita el mencionado artículo es establecer qué ha de interpretarse por “*circunstancias excepcionales*” y cuál es, a su vez, el significado que cabe atribuirle a los vocablos “*necesidad y urgencia*”.

Tanto la CSJN como la doctrina autorizada han intentado arduamente establecer cuándo se configuraría aquella circunstancia excepcional que autoriza al Poder Ejecutivo a dictar este tipo de decretos.

La Corte, haciendo uso de sus atribuciones, comenzó a verificar y controlar no solo la existencia de las circunstancias necesarias y urgentes alegadas por el Poder Ejecutivo, sino, también, la razonabilidad de los decretos<sup>1117</sup>.

Muchos han sido los pronunciamientos de la CSJN intentado establecer los requisitos

---

Por nuestra parte, además de coincidir con las limitaciones expuestas por los citados juristas, creemos que el Poder Ejecutivo tampoco podría dictar decretos de necesidad y urgencia en materia expropiatoria. Aquel pareciera ser el criterio expuesto no solo por la doctrina (COMADIRA, Julio Rodolfo, “Los reglamentos de necesidad y urgencia (Fundamento. Su posible regulación legislativa)”, LL 1993-D, 750; TAWIL, Guido S., “Recepción constitucional de los reglamentos de necesidad y urgencia. Análisis del texto constitucional”, RAP 194:77; MIDÓN, Mario A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia...*, op. cit., p. 107, criterio luego ratificado en la 2° edición corregida y actualizada de su obra, Hammurabi, 2012, p. 169) sino, también, por el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Jujuy al concluir que “*En materia de expropiación siendo el pago de la indemnización debida al expropiado materia que tiene raigambre constitucional, pues está directamente contemplada por la CN, no puede aceptarse la existencia de ley que, de manera explícita o implícita, atente contra su letra o espíritu. Siendo así, los decretos de necesidad y urgencia resultan inconstitucionales en materia de expropiación porque vulneran directamente a la CN*” (STJJ, 23/09/1993, “Vargas, Cristóbal c/ Estado Provincial s/ Recurso de Casación e inconstitucionalidad).

En similar sentido entendemos que se ha pronunciado BIDART CAMPOS pues, al analizar el instituto de la expropiación, enfatizó que para la calificación de utilidad pública del objeto expropiable la Constitución exige una “*ley formal como requisito indispensable*” y, según el autor, ley formal es “*es todo acto al que el congreso le asigna el carácter y la denominación de ley, cualquiera sea su contenido material*” (cfr. BIDART CAMPOS, Germán, *Manual...*, op. cit., Tomo II, p. 135 y Tomo III, p. 141, respectivamente).

<sup>1117</sup> En este sentido, PÉREZ HUALDE explica el doble sentido del control judicial de los DNU, destacando, por un lado, que la Corte debía pronunciarse respecto de la validez o constitucionalidad y la razonabilidad de los decretos y, por otra parte, y en lo que a constitucionalidad concierne, entendía que el Poder Judicial debía verificar “*que la norma en cuestión no violente la ley fundamental y respete los límites que ella impone*” siendo, de esa manera, un deber del juez determinar “*si se han sobrepasado los límites o si se ha incurrido en exceso*”. Con relación a la razonabilidad de los decretos, sostiene el autor, citando a LINARES, que la labor del juez era verificar que “*el medio elegido sea uno de los posibles y él tenga una cierta proporcionalidad con el fin, o sea: razonabilidad técnico-social*” (PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia...*, op. cit., p. 273 y ss.).

que debían cumplir los DNU para que su dictado y aplicación fueran válidos<sup>1118</sup> y, no obstante las posturas zigzagueantes que fue adoptando, entendemos que, con sus sentencias, los presupuestos de habilitación que surgen del texto constitucional y los aportados por la doctrina de los autores, se pueden establecer como requisitos esenciales para la procedencia de un DNU, entre otros, los siguientes:

- 1- La necesidad urgente que justifique el ejercicio de las “facultades legislativas” por parte del Poder Ejecutivo debe ser la de *“preservar la vida misma de la Nación y del Estado”*<sup>1119</sup>;
- 2- Se debe estar frente a situaciones que pongan en peligro la subsistencia misma de la organización social<sup>1120</sup>;
- 3- Debe existir una pública y notoria situación de grave riesgo social<sup>1121</sup>;
- 4- La pública y notoria situación de grave riesgo debe comprometer a la sociedad en su conjunto y no solo a un determinado sector<sup>1122</sup>;

---

<sup>1118</sup> Ver, entre otros fallos recaídos sobre el tema: CSJN, 27/12/1990, “Peralta, Luis Arcenio y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía, Banco Central s/amparo, Fallos 313:1513; CSJN 06/06/1995, “Video Club Dreams c. Instituto Nacional de Cinematografía”, Fallos 318:1154; CSJN, 17/12/1997, “Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c. Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 320:2851; CSJN, 18/08/1999, “Verrocchi, Ezio D. c. Administración Nac. de Aduanas”, Fallos 322:1726; CSJN, 02/06/2000, “Guida, Liliana c. Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 323:1566; CSJN, 02/08/2000, “Risolia de Ocampo, María J. c. Rojas, Julio C. y otros.”, Fallos 232:1934; CSJN, 01/02/2002, “Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita interv. urgente en: Smith, Carlos A. con P.E.N. s/sumarísimo”, Fallos 325:28; CSJN, 22/08/2002, “Tobar, Leónidas c. Contaduría General del Ejército”, Fallos 326:2059; CSJN, 19/05/2010, “Consumidores Argentinos c/EN – PEN – Dto. 558/02 – SS – ley 20.091 s/amparo ley 16.986”, Fallos 333:633; CSJN, 28/11/2011, “Aceval Pollacchi, Julio César c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ despido”, Fallos 334:799.

<sup>1119</sup> CSJN, 24/11/1998, “Della Blanca, Luis E. y otro c. Industria Metalúrgica Pescarmona S.A.”, Fallos 321:3123, considerando 23.

<sup>1120</sup> CSJN 02/08/2000, “Risolia de Ocampo, María J. c. Rojas, Julio C. y otros.”, Fallos 323:2059.

<sup>1121</sup> CSJN, 27/12/1990, “Peralta, Luis Arcenio y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía, Banco Central s/amparo”, Fallos 313: 1513

<sup>1122</sup> Así fue sostenido *in re* CSJN, 07/12/2004, “Leguizamón, Romero, Abel y otra c/ I.S.S.J. y P. s/ ordinario”, Fallos 327:5559 donde expresamente sostuvo *“situación de crisis del instituto demandado y la afirmación de que es necesario tomar drásticas medidas, por crítica que sea, no deja de ser la crisis de un sector, por lo que en modo alguno justifica que el Poder Ejecutivo Nacional ejerza una facultad extraordinaria y cuyo fundamento de hecho está dado por una situación de necesidad y emergencia que comprometa a la sociedad en su conjunto”*. Similar postura había adoptado el juez Belluscio en CSJN, 02/08/2000, “Risolia de Ocampo, María J. c. Rojas, Julio C. y otros.”, Fallos 232:1934, considerando 7°.

Como destaca COMADIRA, el precedente citado es significativo porque sienta como principio que el ejercicio de la facultad extraordinaria que posee el Poder Ejecutivo para dictar decretos de necesidad y urgencia no se justifica para resolver la crisis de un sector, por muy grave que ella sea –se trataba de atender la crisis financiera del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados–, pues el

- 5- Los DNU no deben tratar materia tributaria, penal, electoral o el régimen de los partidos políticos<sup>1123</sup>;
- 6- Las circunstancias excepcionales del caso deben tornar imposible dictar una ley mediante el trámite ordinario previsto en la Constitución, ya sea porque<sup>1124</sup>:
  - a. el plazo del trámite normal de sanción de leyes no es compatible con el requerido para solucionar, en forma inmediata, la circunstancia excepcional<sup>1125</sup> o;

---

fundamento de hecho que lo legitima, sostuvo la Corte, debe estar dado por una situación de necesidad y emergencia que comprometa la sociedad en su conjunto (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 65, nota 41).

Desde nuestro punto de vista creemos la doctrina que emana de los fallos citados podría ser, en ciertas ocasiones, discutible. Si la crisis social u económica que atraviesa un determinado sector de la sociedad no puede ser normalizada mediante el sistema previsto por la Constitución por medio del trámite ordinario previsto para la sanción de las leyes, no encontramos ninguna razón lógico-jurídica para vedar el dictado de un DNU que normalice dicha situación. Es que, en definitiva, los sectores sociales (ej.: jubilados en el caso “Leguizamón”) no necesariamente constituyen compartimientos estancos, sino que, por el contrario, las decisiones que en definitiva se adopten en relación con ellos sin duda alguna afectarán a la totalidad de la sociedad.

A mayor abundamiento cabe tener en cuenta, además, que, como vimos en el punto N° 4.1. de este Capítulo, en ciertas circunstancias, el Poder Ejecutivo también podría dictar decretos de necesidad y urgencia de *alcance particular*.

<sup>1123</sup> CSJN, 28/11/2011, “Aceval Pollacchi, Julio César c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ despido”, Fallos 334:799; CSJN, 19/05/2010, “Consumidores Argentinos c/EN – PEN – Dto. 558/02 – SS – ley 20.091 s/amparo ley 16.986”, Fallos 333:633, entre muchos otros.

<sup>1124</sup> CSJN, 18/08/1999, “Verrocchi, Ezio D. c. Administración Nac. de Aduanas”, Fallos 322:1726 y, posteriormente, en los casos “Consumidores Argentinos” y “Aceval Pollacchi” (CSJN, 19/05/2010, “Consumidores Argentinos c/EN – PEN – Dto. 558/02 – SS – ley 20.091 s/amparo ley 16.986”, CSJN, 28/11/2011, “Aceval Pollacchi, Julio César c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ despido”, Fallos 334:799).

<sup>1125</sup> Así, por ejemplo, en el conocido caso “Peralta”, la CSJN reconoció la validez del Decreto N° 36/1990 argumentando, entre otras cosas, que había mediado una situación de grave riesgo social frente a la cual existía la necesidad de adoptar “medidas súbitas (...) cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados” (CSJN, 27/12/1990, “Peralta, Luis Arcenio y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía, Banco Central s/amparo”, Fallos 313: 1513, especialmente considerando N° 24).

Un claro ejemplo de este supuesto estaría dado por el DNU N° 924/1999 del 23 de agosto del año 1999. La cláusula Transitoria Octava de la Constitución nacional reformada de 1994 estableció que la legislación delegante preexistente a aquella reforma “que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley”. Así, el plazo de cinco años allí establecido vencía el 25 de agosto de 1994, razón por la cual el legislador sancionó la Ley N° 25.148 por la que, por un lado, ratificó en el Poder Ejecutivo, por el plazo de tres años, “la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública, emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento” y, por otra parte, aprobó “la totalidad de la legislación delegada, dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994”. No obstante, la referida ley no precisó el momento a partir del cual

b. las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por razones de fuerza mayor, como sucedería en casos de acciones bélicas o desastres naturales “*que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal*”<sup>1126</sup>;

7- Deben descartarse “*criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto*”<sup>1127</sup>.

8- Debe existir una razonabilidad en las medidas dispuestas por el decreto en términos de relación entre los medios elegidos y los fines de aquel<sup>1128</sup>.

---

aquella iba a tener vigencia, por lo que ello ocurriría, conforme el art. 2° del Código Civil, a partir del octavo día de su publicación en el Boletín Oficial. Por consiguiente, la ratificación allí dispuesta iba a tener un efecto nulo, por cuanto la totalidad de la legislación delegada preexistente a la reforma constitucional caducaría, por imperio constitucional, antes de la entrada en vigencia de la norma, lo que podría ocasionar, entre otras cosas, un grave daño a la seguridad jurídica. Así las cosas, el dictado de una nueva ley que estableciera una fecha de vigencia de la Ley N° 25.148 anterior a la generada por aplicación del art. 2° del Código Civil resultaba improcedente. En consecuencia, ante la excepcional necesidad y urgencia de resolver la cuestión vinculada exclusivamente con el apuro, y ante la imposibilidad de solucionar la cuestión por medio del trámite normal de sanción de leyes, el Poder Ejecutivo dictó el de DNU N° 924/1999 estableciendo en su art. 1° que la Ley N° 25.148 “*entrará en vigencia el día de su publicación en el Boletín Oficial*” y, a la vez, que dicho decreto “*entrará en vigencia el día de su publicación en el Boletín Oficial*” (cfr. BARRA, Rodolfo C., “Reglamentos administrativos”, op. cit.).

<sup>1126</sup> Según un sector de la doctrina, “*la palabra ‘imposible’ utilizada por el artículo es incorrecta. Debió haberse dicho ‘ineficaz’, pues entiendo que la intención de la Constitución para habilitar el decreto de necesidad y urgencia no es el que el Congreso se halle en la ‘imposibilidad’ de actuar sino que su obrar no sea lo suficientemente efectivo o eficaz para resolver el problema. Si interpretáramos literalmente la palabra ‘imposible’, prácticamente ningún decreto de necesidad y urgencia podría ser dictado*” (BIANCHI, Alberto B., “Constitución y Administración (una relación tensa y compleja)”, ED 208–990).

<sup>1127</sup> CSJN, 19/08/1999, “Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo”, Fallos: 322:1726, considerando 9°.

<sup>1128</sup> CSJN, 28/11/2011, “Aceval Pollacchi, Julio César c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ despido”, Fallos 334:799; CSJN, 19/05/2010, “Consumidores Argentinos c/EN – PEN – Dto. 558/02 – SS – ley 20.091 s/amparo ley 16.986”, Fallos 333:633.

Razonabilidad que, como bien apuntara ALEXY, debe ser analizada desde sus tres dimensiones: adecuación (el medio elegido debe ser idóneo para el cumplimiento del fin perseguido), necesidad (entre los medios idóneos para el logro del fin, la “*alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos*”) y razonabilidad o proporcionalidad en *stricto sensu* (establecer si aquella guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar (ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos...”, op. cit., 139/151). Para un estudio pormenorizado del principio de razonabilidad recomendamos la lectura de: CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad...*, op. cit.

En se orden de ideas, la CSJN, mediante Acordada N° 17/2019, tras señalar que “*la circunstancias y razones que validan la irrupción en el ámbito privado de los individuos deben estar previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad*”, destacó que ese *test* de razonabilidad es, además, un principio rector que deben observar “*todos los órganos judiciales en los procesos y procedimiento involucrados en la interceptación y captación de*



9- La admisión del ejercicio de las “facultades legislativas” por parte del Poder Ejecutivo se hace “*bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad*”<sup>1129</sup>.

A partir de la breve reseña jurisprudencial efectuada es posible advertir, entonces, que a diferencia de la doctrina sentada en la causa “Rodríguez”<sup>1130</sup>, a partir del caso

---

*comunicaciones*”.

<sup>1129</sup> CSJN, 19/05/2010, “Consumidores Argentinos v. EN – PEN – Dto. 558 /02 – SS – ley 2 0.091 s/amparo ley 16.986”, Fallos 333:633; CSJN, 01/09/2003, “Cooperativa de Trabajo Fast Limitada v. Estado nacional – Poder Ejecutivo de la Nación – dec. 1002/1999”, Fallos 326 :3180; CSJN, 18/08/1999, “Verrocchi, Ezio D. c. Administración Nac. de Aduanas”, Fallos 322:1726, entre muchos otros.

En ese orden de ideas, en un caso reciente, el Juez Maqueda sostuvo, en su voto en disidencia, que la emisión de decretos de necesidad y urgencia “*lleva insito en su naturaleza la excepcionalidad*” (CSJN, 21/08/2020, “S.R.L. Colombres Hnos. c/ AFIP / DGI s/ impugnación de acto administrativo”, no publicado en *Fallos*).

<sup>1130</sup> CSJN, 17/12/1997, “Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c. Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 320:2851. Sin perjuicio de las diversas cuestiones tratadas por la Corte en el caso citado, en lo que aquí interesa, solo diremos que allí, a través del voto mayoritario, el Máximo Tribunal negó la posibilidad de ejercer un control judicial amplio sobre los DNU, dado que el control según la Constitución establecía el control congresual.

Aquella decisión fue duramente criticada por la doctrina: BIDART CAMPOS, Germán J., “Los decretos de necesidad y urgencia y el control constitucional”, LL 1998-B, 287; CANDA, Fabián O., “El control de los reglamentos de necesidad y urgencia...”, op. cit.; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “La sentencia de la Corte Suprema en la causa de los aeropuertos. Clave para entender el desequilibrio institucional de los argentinos”, LL 1998-B, 987; PÉREZ HUALDE, Alejandro, “La Comisión Bicameral Permanente y el Sistema de Control de la ‘Legislación del Poder Ejecutivo’”, en A.A.V.V., *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 841; COVIELLO, Pedro J. J., “Los límites de la potestad reglamentaria...”, op. cit., p. 67, especialmente nota N° 74; GELLI, María A., *Constitución...*, op. cit., Tomo 2, p. 371/376, entre muchos otros.

Al analizar la cuestión, BIDART CAMPOS señaló que “*una de las más retrógradas que en materia de control judicial de constitucionalidad podemos registrar en la jurisprudencia de los últimos años. Lo lamentamos sobremanera, porque la Corte es y debe ser -según su propia definición- el tribunal de garantías constitucionales. Esta vez se ha eclipsado el protagonismo que como tal le es irrenunciable*”.

CANDA, por su parte, destacó que lo decisión del Máximo Tribunal es “*contraria a la letra de la Constitución –que impuso como requisito de legitimidad de estos decretos la previa existencia de circunstancias excepcionales justificativas de su dictado– como a su espíritu –que, claramente, fue el de encorsetar el accionar del Ejecutivo y su propensión a hacer de estas normas una herramienta ordinaria de gobierno. Por lo demás, implica un retroceso harto significativo respecto de su propia jurisprudencia, pues reduce la intensidad del control judicial hasta límites liliputienses históricamente desconocidos*”.

Asimismo, PÉREZ HUALDE, siguiendo lo apuntado por QUIROGA LAVIÉ, destacó que la sentencia dictada por la CSJN en la causa “Rodríguez” dio “*vuelta ‘como un guante’ el sentido jurídico del art. 99 inc. 3 CN y convirtiendo en ordinario lo previsto expresamente como estrictamente excepcional y prohibido por regla general*”.

GELLI, tras señalar que lo resuelto por la Corte “*produjo verdadera conmoción desde que varios de sus considerandos tocaron el nervio vivo del control de constitucionalidad*” y apuntar que “*la Corte Suprema había diluido hasta casi hacer desaparecer el control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia*”, recordó que un grupo de profesores de derecho constitucional publicó una solicitada en un diario de circulación nacional criticando el fallo.

“Verrocchi”<sup>1131</sup>, “Consumidores Argentinos”<sup>1132</sup> y “Aceval Pollacchi”<sup>1133</sup>, la CSJN pareciera haber sentado el criterio según el cual el control judicial de los DNU debe ser amplio, abarcando no solo el estudio de los presupuestos fácticos sino, también, los requisitos sustantivos.

Finalmente, teniendo en consideración que la CSJN adopta un criterio restrictivo en relación con la admisibilidad de los decretos de necesidad y urgencia<sup>1134</sup>, destacamos que la enumeración efectuada en modo alguno puede ser considerada taxativa.

#### 4.3.2.1.1.) Nuestra postura: alcance del control judicial

##### 4.3.2.1.1.1.) Control judicial pleno y/o amplio

En relación con el control judicial de los DNU, si bien su tratamiento excede el objeto de esta tesis, aquí solo hemos de señalar por un lado, que, en nuestra opinión<sup>1135</sup>, los

---

Una posición diferente puede verse, como ya dijimos, en: BARRA, Rodolfo C., “Decretos de necesidad y urgencia. El caso ‘Rodríguez’”, LL 1998-B, 1362. Allí, el citado jurista sostuvo que “*la solución dada por la Corte se ajusta al texto constitucional y al sentido común. Regulado el instituto por la Constitución de la manera en que ya lo hemos analizado, éste genera (además de su introducción en el ordenamiento jurídico) una relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, que es de naturaleza institucional y por definición, no justiciable. Que exista necesidad y urgencia en enfrentar normativamente una situación de la vida comunitaria, y que ésta, por razones excepcionales no pueda cumplirse a través de los procedimientos ordinarios, es una cuestión estrictamente política, sometida al debate democrático que el Congreso, de acuerdo con el 99.3, necesariamente debe realizar. No puede el Congreso ser sustituido, en este cometido, por el Poder Judicial*”. Aquella postura fue recientemente ratificada en su obra: BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 433 y ss. Un criterio similar fue seguido por: SARAVIA FRÍAS, Bernardo, “Los decretos de necesidad y urgencia”, LL 2018-B, 990.

<sup>1131</sup> CSJN, 18/08/1999, “Verrocchi, Ezio D. c. Administración Nac. de Aduanas”, Fallos 322:1726.

<sup>1132</sup> CSJN, 19/05/2010, “Consumidores Argentinos c/EN – PEN – Dto. 558/02 – SS – ley 20.091 s/amparo ley 16.986”

<sup>1133</sup> CSJN, 28/11/2011, “Aceval Pollacchi, Julio César c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ despido”, Fallos 334:799.

<sup>1134</sup> CSJN, 19/05/2010, “Consumidores Argentinos v. EN – PEN – Dto. 558 /02 – SS – ley 20.091 s/amparo ley 16.986”, Fallos 333:633; CSJN, 01/09/2003, “Cooperativa de Trabajo Fast Limitada v. Estado nacional – Poder Ejecutivo de la Nación – dec. 1002/1999”, Fallos 326 :3180; CSJN, 18/08/1999, “Verrocchi, Ezio D. c. Administración Nac. de Aduanas”, Fallos 322:1726, entre muchos otros.

<sup>1135</sup> En igual sentido: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 253 y, luego, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 70; BALBÍN, Carlos F., *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 413/414; GELLI, María A., *Constitución...*, op. cit., Tomo 2, p. 378; PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia...*, op. cit., p. 273 y ss.; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 590; CANDA, Fabián O., “Decretos legislativos...”, op. cit., p. 181 y ss. y, antes, en CANDA, Fabián O., “El control de los reglamentos de necesidad y urgencia por la Corte Suprema, a través de ciertos



jueces poseen atribución constitucional no solo para efectuar un control *pleno o amplio*<sup>1136</sup>, esto es, controlar y verificar las circunstancias fácticas de *necesidad y urgencia* alegadas por el Poder Ejecutivo sino, también, para analizar la validez del trámite de elaboración y, ciertamente, la razonabilidad de la medida adoptada<sup>1137</sup>.

Aquella es, además, la postura que sigue la jurisprudencia francesa al momento de juzgar las medidas adoptadas por el Presidente ante circunstancias excepcionales en los términos del art. 16 de la Constitución de Francia<sup>1138</sup>.

#### 4.3.2.1.1.2.) Control judicial luego de aprobado el

#### DNU por el Poder Legislativo

4.3.2.1.1.2.1.- En este punto, cabe analizar si corresponde efectuar alguna modulación en cuanto a la amplitud del control judicial en aquellos supuestos en los que el Congreso ya hubiere convalidado el DNU judicializado.

4.3.2.1.1.2.2.- Sobre la cuestión, la CSJN, antes de la sanción de la Ley N° 26.122,

---

precedentes paradigmáticos”, ED 186:631; COVIELLO, Pedro J. J., “Los límites de la potestad reglamentaria...”, op. cit., p. 68; HUTCHINSON, Tomás, “Los procedimientos de urgencia...”, op. cit., p. 304 y, más recientemente, en HUTCHINSON, Tomás, “Los actos de alcance general”, op. cit., Tomo 1, Vol. 1, p. 451; EMILI, Eduardo O., “Los decretos de necesidad y urgencia a partir de la reforma constitucional preadjudicación”, en AA.VV., *La reforma constitucional reformada*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo (IEDA), Buenos Aires, 1995, p. 419; BIDART CAMPOS, Germán, *Manual...*, op. cit., Tomo III, p. 253/254, entre muchos otros.

En contra parecería postularse BARRA pues, conforme señala el citado jurista, el “*criterio jurisprudencial de revisar la ‘necesidad y urgencia’, como una cuestión fáctica, no condice con la rapidez con que el Congreso debe revisar el mérito del mecanismo utilizado por el presidente. Por lo demás, va de suyo que la vía del amparo nunca sería idónea para controlar la constitucionalidad de los DNU (por tal razón fáctica), a poco que se repare que la confirmación del Congreso, o simplemente la no declaración de nulidad, tornará abstracto cualquier planteo. ¿Cómo se podrá dar lugar a una medida judicial estando en curso el trámite parlamentario de la ley 26.122, sin que pueda interpretarse que tal intervención judicial se encuentra destinada a influir sobre la decisión de los legisladores?*” (BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 434 y ss. y, antes, en BARRA, Rodolfo C., - LICHT, Miguel N., “Decretos de necesidad y urgencia”, LL 2016-B, 660, especialmente nota N° 12).

<sup>1136</sup> Ver lo apuntado en la Nota N° 1324.

<sup>1137</sup> Ver, al respecto, lo señalado en la Nota N° 1128.

<sup>1138</sup> Ver lo expuesto en el punto N° 4.8. del Capítulo I, especialmente punto N° 4.8.5.

había señalado en el ya citado caso “Guida”<sup>1139</sup> que la ratificación legislativa implicaba un argumento de peso al momento de analizar la validez de los DNU.

Posteriormente, en el caso “Consumidores Argentinos”<sup>1140</sup> antes mencionado, el Máximo Tribunal también dejó entrever algunas directrices sobre el tema, pues si bien la mayoría sostuvo que la Corte tiene atribuciones para “*evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales características*”, en el voto de la Dra. Highton de Nolasco es posible advertir el especial énfasis que hizo en cuanto a que en el caso aún no se había efectuado el control legislativo previsto en la norma constitucional<sup>1141</sup>.

Maqueda, por su parte, con cita de BIDART CAMPOS, destacó que las excepciones contempladas en el art. 99, inc. 3° de la Constitución nacional “*han de recibir una interpretación sumamente estricta para no desvirtuar el principio general prohibitivo. Ello nos da pie, a la vez, para afianzar la necesidad de que los controles políticos y el control judicial de constitucionalidad no se inhiban sino que, al contrario, se ejerzan en plenitud e intensamente, a efecto de que las excepciones no se utilicen para burlar las prohibiciones*”<sup>1142</sup>.

---

<sup>1139</sup> En el caso, el Máximo Tribunal, por mayoría, entendió que “*la ratificación del decreto de necesidad y urgencia 290/95 mediante el dictado de la ley 24.624 traduce, por parte del Poder Legislativo, el reconocimiento de la situación de emergencia invocada por el Poder Ejecutivo para su sanción, a la vez que importa un concreto pronunciamiento del órgano legislativo en favor de la regularidad de dicha norma. Ese acto legislativo es expresión del control que –en uso de facultades privativas– compete al Congreso de la Nación conforme al art. 99, inc. 3°, de la Constitución de la Nación, pues la sanción de la ley 24.624 demuestra que el tema fue considerado por ambas cámaras, como lo exige el precepto constitucional, las que se pronunciaron en forma totalmente coincidente con lo dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional al enfrentar la crisis*” (CSJN, 02/06/2000, “Guida, Liliana c. Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 323:1566).

<sup>1140</sup> CSJN,19/05/2010, “Consumidores Argentinos c/EN – PEN – Dto. 558/02 – SS – ley 20.091 s/amparo ley 16.986”

<sup>1141</sup> Conforme surge del considerando N° 14 de su voto, “*la norma cuestionada fue dictada con anterioridad a la creación de la Comisión Bicameral Permanente a la que hace referencia el art. 99, inc. 3, CN. Esta circunstancia, habilita a este Tribunal –ante la inexistencia del debido control legislativo exigido por la Ley Fundamental–, a evaluar el presupuesto fáctico -la configuración de un estado de necesidad y urgencia- que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales presupuestos*” (CSJN,19/05/2010, “Consumidores Argentinos c/EN – PEN – Dto. 558/02 – SS – ley 20.091 s/amparo ley 16.986”, Fallos 333:633).

<sup>1142</sup> CSJN,19/05/2010, “Consumidores Argentinos c/EN – PEN – Dto. 558/02 – SS – ley 20.091 s/amparo ley 16.986”, Fallos 333:633, considerando 17 del voto del juez Maqueda.

Recientemente, en el caso “Colombres”<sup>1143</sup>, si bien la CSJN rechazó tratar la cuestión por aplicación del art. 280 del CPCCN<sup>1144</sup>, Rosenkrantz enfatizó que, en el caso, los tribunales inferiores habían declarado la inconstitucionalidad del art. 9° del DNU N° 135/2006 sin haber considerado la Resolución Conjunta del Senado y la Cámara de Diputados S/N-15/2007 que había declarado la validez de aquel decreto, omisión que “*podía resultar conducente para la correcta decisión de la causa y debía ser aplicada con independencia de su invocación por las partes, en virtud del principio iuria novit curia*”, razón por la cual, a su entender, se estaba ante una sentencia arbitraria pues no constituía “*una derivación razonada del derecho vigente, aplicado a las circunstancias de la causa y debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido*”<sup>1145</sup>.

En similar sentido, Maqueda destacó que “*el a quo no tomó en consideración el hecho de que el decreto cuya inconstitucionalidad declaró fue convalidado por el Congreso de la Nación (B.O. 23/5/07), circunstancia relevante que puede sellar con una suerte diversa la cuestión debatida en el caso*” y que, por consiguiente, “*la omisión de tratamiento por parte del a quo de la incidencia que pudiera tener la ratificación legislativa del decreto de necesidad y urgencia justifica la invalidación del pronunciamiento a fin de que la cuestión sea expresamente considerada*”<sup>1146</sup>.

**4.3.2.1.1.2.3.- En nuestra opinión, el control pleno o amplio por parte del Poder Judicial puede y debe ser ejercido más allá del lapso que tenga el Congreso para pronunciarse<sup>1147</sup>, esto es, antes y/o después del pronunciamiento legislativo.**

<sup>1143</sup> CSJN, 21/08/2020, “S.R.L. Colombres Hnos. c/ AFIP / DGI s/ impugnación de acto administrativo”, no publicado en *Fallos*.

<sup>1144</sup> El art. 280 del CPCCN establece, en lo que aquí interesa, que “*cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia*”.

<sup>1145</sup> Ver considerando N° 3 del voto del Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz del fallo citado en la nota anterior.

<sup>1146</sup> Ver considerandos N° 5° y 9° del voto del Dr. Juan Carlos Maqueda en el fallo citado en la nota N° 1143.

<sup>1147</sup> También han señalado que el control judicial es viable antes y después del pronunciamiento legislativo, entre otros: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 251 y, luego, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 70; BIANCHI, Alberto, “La Corte Suprema ha establecido...”, op. cit., especialmente punto VI, d; DE LA RIVA, Ignacio M., “El control de los decretos legislativos en el marco de

la Ley N° 26.122”, en AA.VV., *Fuentes y Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Rap, Buenos Aires, 2019, p. 519/520; YLARRI, Juan S., *La emergencia económica. El control de constitucionalidad de la situación de emergencia económica y su declaración normativa*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2020, p. 322; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 591; PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia...*, op. cit., p. 291 y, más recientemente, en PÉREZ HUALDE, Alejandro, “La declaración legislativa de ‘nulidad absoluta e insanable’ del DNU y la jurisprudencia de la Corte Suprema”, Sup. Adm. 2010 (agosto), 161; MIDÓN, Mario A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia...*, op. cit., p. 191, criterio luego ratificado en la 2° edición corregida y actualizada de su obra, Hammurabi, 2012, p. 286; VENTURA, Adrián, “Los decretos de necesidad y urgencia...”, op. cit., p. 211 y ss.; CANDA, Fabián O., “Decretos legislativos...”, op. cit., p. 184 y ss. y, antes, en CANDA, Fabián O., “El control de los reglamentos de necesidad y urgencia...”, op. cit., entre muchos otros.

Una postura contraria ha esbozado BARRA quien, tras señalar “*que no hay norma constitucional alguna que obligue a motivar el decreto de necesidad y urgencia*”, apuntó, como vimos anteriormente, que el “*criterio jurisprudencial de revisar la ‘necesidad y urgencia’, como una cuestión fáctica, no condice con la rapidez con que el Congreso debe revisar el mérito del mecanismo utilizado por el presidente. Por lo demás, va de suyo que la vía del amparo nunca sería idónea para controlar la constitucionalidad de los DNU (por tal razón fáctica), a poco que se repare que la confirmación del Congreso, o simplemente la no declaración de nulidad, tornará abstracto cualquier planteo. ¿Cómo se podrá dar lugar a una medida judicial estando en curso el trámite parlamentario de la ley 26.122, sin que pueda interpretarse que tal intervención judicial se encuentra destinada a influir sobre la decisión de los legisladores?*” (BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 433/435 y, antes, en BARRA, Rodolfo C., - LICHT, Miguel N., “Decretos de necesidad y urgencia”, LL 2016-B, 660, especialmente nota N° 12).

Al respecto, e independientemente del respeto que merece la calificada opinión del citado jurista, creemos que el deber de motivar el DNU no solo surge de la naturaleza jurídica que aquel tiene (es decir, la de acto administrativo que, como tal, debe reunir todos los elementos esenciales requeridos por la LNPA para su válida configuración, entre los que está la motivación – art. 7, inc. e, de la LNPA–) sino que, además, es un deber de comportamiento ético público impuesto por la Ley de Ética Pública N° 25.188 cuyo art. 2°, inc. “e”, dispone, en lo que aquí interesa, la obligación de quienes están comprendidos en la ley –entre ellos el Poder Ejecutivo– de “*fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin ocultar información a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan*” (ampliar en el punto N° 2.3. del Capítulo VII).

Por otra parte, cabe tener especialmente en cuenta que, si como lo ha dicho la CSJN, frente a las leyes de emergencia procede la verificación de los presupuestos fácticos que justifican su dictado, “*con mayor razón debe ejercer idéntica evaluación respecto de las circunstancias de excepción cuando ellas son invocadas unilateralmente por el Presidente de la Nación*” cuando emita un DNU (CSJN, 19/05/2010, “Consumidores Argentinos v. EN – PEN – Dto. 558 /02 – SS – ley 2 0.091 s/amparo ley 16.986”, Fallos 333:633, considerando N° 11).

Asimismo, y como bien señala CANDA, “*la llave que abre la jurisdicción judicial es la existencia de un ‘caso’, poco importará que éste se presente en la Justicia antes de que el Congreso resuelva la viabilidad del decreto, en el momento en que lo trata o después de ello. El factor determinante de la jurisdicción judicial ha de ser la presencia de una auténtica controversia sobre intereses jurídicamente tutelados*” (CANDA, Fabián O., “El control de los reglamentos de necesidad y urgencia...”, op. cit., punto 2.3.5.).

Por último, y como se ha visto a lo largo de este trabajo, no resulta ocioso recordar que la convalidación de un DNU se produce sobre una norma unilateralmente emitida por el Poder Ejecutivo que desde su dictado tiene vigencia, se la presume legítima y sobre la cual en su elaboración no solo no intervino el Congreso sino que, además, tampoco estuvo precedida de un procedimiento de participación pública.

Es por ello que, en definitiva, como precisamos en el texto, en nuestra opinión los jueces poseen atribución constitucional no solo para efectuar un control pleno o amplio del DNU sino, también, para

De ese modo, creemos que aun cuando el control judicial del DNU tuviera lugar luego de que el Congreso lo hubiera aprobado, ello en modo alguno debería traducirse en un obstáculo para la verificación por parte de los tribunales de la configuración efectiva de la necesidad y urgencia<sup>1148</sup>, pues podría suceder que el Poder Ejecutivo emita un decreto alegando “necesidad y urgencia”, el Congreso lo convalide pero, en rigor, aquellas circunstancias excepcionales no existan.

Cabe recordar que el DNU, independientemente de su validez o no, produce efectos jurídicos desde su publicación oficial<sup>1149</sup> y, asimismo, no solo que la Ley N 26.122 prevé en el art. 24 que su rechazo por parte del Congreso tiene efectos *ex nunc*, es decir, hacia el futuro, sino, también, que, en alguna ocasión, la CSJN sostuvo, amén de su encomiable postura actual, que la eventual convalidación del decreto por parte del Poder Legislativo podría sanear con efectos retroactivos los vicios constitucionales de origen<sup>1150</sup>.

De ese modo, si se negara la posibilidad de que el Poder Judicial controle las circunstancias fácticas en las que fue dictado un DNU aprobado por el Congreso, se

---

analizar la validez del trámite de elaboración y la razonabilidad de la medida adoptada, antes o después de la aprobación legislativa.

<sup>1148</sup> En igual sentido: YLARRI, Juan S., *La emergencia económica...*, op. cit., p. 322/323.

SANTIAGO y VERAMENDI, por su parte, han destacado que, a su entender, “*parece razonable reconocer que la intensidad del control judicial sobre la existencia de ‘necesidad y urgencia’ deberá ser sustancialmente menor si ha mediado una intervención aprobatoria del Poder Legislativo*” pero, no obstante, sostienen que no debería llegarse a considerar una cuestión política no justiciable. Asimismo, y con base en lo dispuesto en el art. 24 de la Ley N° 26.122, sostienen que no merecería el mismo grado de deferencia en sede judicial el pronunciamiento aprobatorio emitido por una sola de las Cámaras (cfr.: SANTIAGO, Alfonso – VERAMENDI, Enrique, “Valiosas y oportunas definiciones de la Corte Suprema sobre el control judicial de los DNU”, ED 236:66). Aquella postura fue ratificada, posteriormente, en: SANTIAGO, Alfonso (h)– VERAMENDI, Enrique – CASTRO VIDELA, Santiago M., *El control del Congreso...*, op. cit., p. 188 y ss. En igual sentido puede verse: MONTEQUÍN, Marina Ávila, “El control judicial de los reglamentos de necesidad y urgencia y reglamentos delegados”, en TAWIL, Guido Santiago (Director), *Derecho Procesal Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 651 y ss., especialmente p. 664.

<sup>1149</sup> Ver, no obstante, lo expuesto en el punto N° 4 del Capítulo X de esta tesis.

<sup>1150</sup> Ver lo apuntado en la nota N° 1115. Como allí señaláramos, el Máximo Tribunal de la Nación en el caso “Franco” precisó, a modo de *obiter dictum*, que los reglamentos de ejecución “*que en su origen se hallan viciados de inconstitucionalidad por haber sido dictados por el Poder Ejecutivo con exceso de sus facultades reglamentarias no son susceptibles de purga o subsanación mediante la ratificación parlamentaria posterior (...) sólo en el excepcionalísimo supuesto de los decretos de necesidad y urgencia la ratificación ulterior podría tener la virtualidad convalidatoria*” (CSJN, 19/08/1999, “Franco, Rubén O. y otros c. Ministerio de Defensa”, Fallos 322:1868, énfasis agregado).

De todos modos, cabe recordar que, como también allí lo mencionáramos y lo enfatizaremos en el punto 3.4. del Capítulo X, actualmente la CSJN entiende que la eventual aprobación por parte del Congreso no podría sanear con efectos retroactivos los vicios constitucionales que los DNU pudieran haber tenido en su origen.

podría dar el supuesto en el que por la mera ratificación legislativa se puedan purgar la ausencia de las causales constitucionales que habilitantes su emisión.

*Por ello, aun cuando el Congreso hubiera aprobado el DNU sometido a su consideración, entendemos que el control judicial debe ser pleno o amplio, pues de esa manera se garantiza que no puedan sanearse con efectos retroactivos los vicios constitucionales que los DNUs pudieran haber tenido en su origen.*

En ese orden de ideas, en España, uno de los países que hemos analizado en el punto N° 4 del Capítulo I de esta tesis, Javier SALAS precisó que *“por muy importante que pueda ser el control encomendado al Congreso sobre los Decretos-leyes dictados por el Gobierno, no se obtiene necesariamente con él la plena garantía de que éste ha respetado la Constitución y, en concreto, los límites a la facultad de utilización de tal técnica legislativa. En efecto, si el Gobierno cuenta con una mayoría suficiente que le apoye en la citada Cámara, puede ocurrir perfectamente que ésta convalide un Decreto-ley en el que no se dan los presupuestos de hecho habilitantes o, que, incluso, incurra en otro vicio (...). la emanación de Decretos-leyes, afectados de vicios como los enunciados, podría quedar completamente a cubierto con sólo obtener la convalidación de los mismos por parte del Congreso”*<sup>1151</sup>.

4.3.2.1.1.3.) El control judicial amplio y/o pleno  
como consecuencia de la naturaleza jurídica de los  
DNU

4.3.2.1.1.3.1.- La circunstancia de que el Poder Judicial pueda ejercer un control pleno de los reglamentos de necesidad y urgencia que incluye, entre otros aspectos, verificar la validez del trámite de elaboración, no hace más que reforzar nuestra tesis en cuanto a que los DNU son resultado del ejercicio de la *función administrativa*, por oposición a la *función legislativa*, pues, de ser producto de esta última, los jueces, en principio, no podrían controlar el procedimiento de elaboración.

---

<sup>1151</sup> SALAS, Javier, “Los decretos-leyes en la teoría y en la práctica constitucional”, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Cívitas, 1991, p. 312/313.



Destacamos que el procedimiento legislativo es “en principio” ajeno al control judicial pues, independientemente de las distintas posturas esbozadas por la doctrina y la heterogeneidad de los precedentes de la CSJN, lo cierto es que el Máximo Tribunal de la Nación pareciera haber sentado la regla según la cual si bien el Poder Judicial tiene facultades para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, no las tiene para resolver sobre la forma en cómo ellas han llegado a ser aprobadas por el Congreso –es decir, para analizar la validez del procedimiento legislativo–, salvo en aquellos supuestos en los que “*se ha demostrado fehacientemente la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley*”<sup>1152</sup>.

**En otras palabras: si ante un DNU la Corte puede controlar y verificar, entre otros aspectos, su procedimiento de elaboración pero, ante una Ley, debe abstenerse de examinar el procedimiento adoptado para su formación y sanción –salvo que faltaren los requisitos mínimos e indispensables–, solo cabe concluir que esa “deferencia judicial”<sup>1153</sup> obedece a que el DNU es producto de la función administrativa y no de la función legislativa, como lo es la Ley emanada del Congreso.**

4.3.2.1.1.3.2.- Por otra parte, entendemos que aquel control judicial puede ser efectuado ya sea a través de un proceso ordinario o en el marco de un amparo<sup>1154</sup>, en cuyo

---

<sup>1152</sup> CSJN, 24/04/2020, “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”, Fallos 343:195; CSJN, 04/06/2019, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, CSJ 140/2011 (47-B) / CS1; CSJN, 29/08/2000, “Famyl S.A. c/ Estado Nacional s/ acción de amparo”, Fallos 323:2256, CSJN, 15/12/1998, “Nobleza Piccardo SAIC. y F. c/ Estado Nacional - Dirección General Impositiva s/ repetición DGI”, Fallos 321:3487; CSJN, 20/09/1963, “Soria de Guerrero, Juana Ana c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.”, Fallos 256:556, entre muchos otros.

Un análisis sobre la evolución de la Corte en materia de control del proceso de formación y sanción de las leyes puede verse en: BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, op. cit., Tomo 2, p. 199 y ss.

<sup>1153</sup> Ver lo apuntado en la nota N° 163.

<sup>1154</sup> En igual sentido: SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Constitucional*, op. cit., Tomo III, p. 153; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 160; BASTERRA, Marcela I., *El Proceso Constitucional de Amparo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 19; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 592 y ss.; MIDÓN, Mario A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia...*, op. cit., p. 171 y ss., criterio luego ratificado en la 2ª edición corregida y actualizada de su obra, Hammurabi, 2012, p. 263 y ss.; PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia...*, op. cit., p. 280; SALGADO, Alí J. y VERDAGUER, Alejandro C., *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 71; QUIROGA LAVIÉ, Humberto – BENEDETTI, Miguel Ángel – CENICACELAYA, María de las Nieves, *Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 1125, entre otros.



caso, como lo hemos adelantado en el punto N° 5.1.4.2.4. del Capítulo VIII y será profundizado en el Capítulo XIII de esta tesis, el agotamiento de la vía administrativa no resulta exigible.

#### 4.3.3.) Procedimiento de elaboración

4.3.3.1.- En lo que hace al procedimiento de elaboración, hemos de señalar que, según la Constitución nacional, el DNU debe ser decidido en acuerdo general de ministros, quienes lo deberán refrendar juntamente con el Jefe de Gabinete el cual, a su vez, personalmente y dentro de los diez días, debe someter la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente<sup>1155</sup>.

---

En contra puede verse la postura de Barra que hemos explicado en la nota N° 1135 (BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 434 y ss.).

<sup>1155</sup> Por nuestra parte creemos que el incumplimiento de la obligación constitucional por parte del Jefe de Gabinete de someter el decreto a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, personalmente y dentro de los diez días, amén de la eventual responsabilidad política o de otra índole que pueda corresponderle a aquel, incide directamente sobre la validez del decreto, el que adolecerá, en el caso, de nulidad absoluta.

En igual sentido, aunque con anterioridad al dictado de la Ley N° 26.122, puede verse, entre otros: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 245; MIDÓN, Mario A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia...*, op. cit., p. 39 y 136, GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 3° edición ampliada y actualizada, La ley, Buenos Aires, 2005, p. 837.

Asimismo, ya con la entrada en vigencia de la Ley N° 26.122, también han compartido la postura expuesta: GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, Cap. VII-31; GELLI, María A., *Constitución...*, op. cit., Tomo 2, p. 369. MIDÓN, por su parte, si bien como vimos en el párrafo anterior entendía que el incumplimiento por parte del Jefe de Gabinete de someter el decreto a consideración de la Comisión Bicameral Permanente generaba su nulidad, con posterioridad a la sanción de la Ley N° 26.122 pareciera haber ratificado su postura, pues señaló que “*la legislación ordinaria ha previsto, como remedio, el inmediato abocamiento por parte de la Comisión Bicameral Permanente. De ese modo, la previsión legal permite que, no obstante no contar con el acto emanado del Ejecutivo, el minicuerpo con competencia para dictaminar sobre él quede habilitado de pleno derecho para examinarlo. Pensamos que frente al desinterés que refleja una omisión de la magnitud señalada, la ley debió sancionar ese gesto como inequívoco reflejo de que el Poder Ejecutivo ha desistido de sus propósitos, considerándose que la norma nunca hubiere existido*” (MIDÓN, Mario A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia. En la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales*, 2° edición corregida y actualizada, Hammurabi, 2012, p. 206). Del mismo modo, aunque refiriéndose a la regulación prevista en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: SAMMARTINO, Patricio M. E., “Los reglamentos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en AA.VV., *Acto administrativo y Reglamento*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 674.

BARRA, por su parte, tanto antes de la sanción de la Ley N° 26.122 como con posterioridad a su vigencia, señaló que la exigencia de que el Jefe de Gabinete someta personalmente la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente “*no debería quedar librada a la voluntad de los legisladores, sino que debería ser un requisito ineludible establecido en la ley reglamentaria de los DNU que debe sancionar el Congreso, tal como lo exige el art. 99, inc. 3, de la Const. nacional.*” (BARRA,

La cláusula constitucional en comentario ha generado algunas discrepancias doctrinarias sobre diversos temas.

4.3.3.2.- Así, por un lado, se discute si el plazo de 10 días en el que el Jefe de Gabinete debe someter el decreto a la Comisión Bicameral Permanente debe contarse en días hábiles administrativos, hábiles parlamentarios o, en su defecto, en días corridos.

Mientras un calificado sector de la doctrina<sup>1156</sup> –y, también, diversos ordenamientos

---

Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 437 y, luego, en BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 453)

Por consiguiente, en nuestra opinión, la primera parte del art. 18 de la Ley N° 26.122 resulta inconstitucional toda vez que contraría lo expresamente previsto por la Carta Magna. La Constitución es clara: el jefe de gabinete debe someter la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente personalmente y dentro de los diez días; asimismo, la ley especial –en el caso, la Ley N° 26.122–, debe regular “*el trámite y los alcances de la intervención del Congreso*”. La remisión del DNU por parte del Jefe de Gabinete a la Comisión Bicameral Permanente, según surge del art. 99 inc. 3°, no debería haber sido regulada por el Congreso pues, como dijimos, aquél solo debía regular *el trámite y los alcances* de su intervención. La inconstitucionalidad, en el caso, estaría dada por tratarse de una cuestión federal compleja directa, es decir, aquellas que presuponen un conflicto directo entre la Constitución federal, por una parte, y por la otra una norma o acto infraconstitucional, ya sea nacional o provincial.

Aquel también parecería ser el criterio seguido en el ámbito de la Comisión Bicameral Permanente (ver el relevamiento de dictámenes efectuado por SANTIAGO, Alfonso (h)– VERAMENDI, Enrique – CASTRO VIDELA, Santiago M., *El control del Congreso...*, op. cit., p. 101).

Desde otra mirada, ya con la entrada en vigencia de la Ley N° 26.122, algunos autores han señalado que el incumplimiento de la obligación del Jefe de Gabinete de elevar el decreto no es causal de invalidez (BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 453, nota al pie N° 42; BALBÍN, Carlos F., *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 427 y, antes de la sanción de la citada Ley, en BALBÍN, Carlos F., *Reglamentos Delegados y de Necesidad y Urgencia...*, op. cit., p. 350).

En tal sentido, SANTIAGO y VERAMENDI han señalado que si bien la falta de refrendo de alguno de los ministros o del propio Jefe de Gabinete podría implicar la nulidad del decreto, “*la falta de elevación a la Comisión Bicameral en el plazo de diez días no debería generar esa consecuencia, sin perjuicio de la eventual responsabilidad política o de otra índole que le corresponda al jefe de Gabinete por esa omisión*” puesto que “*el art. 18 ley 26122 prevé que en caso de que el jefe de Gabinete no remita el decreto, la Comisión se abocará de oficio a su tratamiento*”. Una vez cumplido este paso, nos parece que resultaría un exceso de rigor formal que la Comisión se pronunciase por el rechazo del decreto por no haber sido oportunamente elevado (SANTIAGO, Alfonso – VERAMENDI, Enrique, “Una norma decisiva...”, op. cit.).

<sup>1156</sup> MIDÓN, Mario A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia...*, op. cit., p. 136, criterio luego ratificado en la 2° edición corregida y actualizada de su obra, Hammurabi, 2012, p. 206; PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia...*, op. cit., p. 225 y, más recientemente, en PÉREZ HUALDE, Alejandro, “La Comisión Bicameral Permanente...”, op. cit., p. 836; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Segunda edición actualizada, Zavalía, Buenos Aires, 1997, p. 593; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 538; QUIROGA LAVIÉ, Humberto – BENEDETTI, Miguel Ángel – CENICACELAYA, María de las Nieves, *Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 1127; BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 559.

jurídicos provinciales y la CABA<sup>1157</sup>— entiende que el plazo debe computarse en días corridos, algunos consideran que se trata de días hábiles administrativos<sup>1158</sup> y otros hábiles parlamentarios<sup>1159</sup>.

Por nuestra parte, compartimos la postura de quienes entienden que se trata de un plazo que debe computarse en días corridos.

Ello así toda vez que si entendemos, como postulamos a lo largo de este trabajo, que ante circunstancias excepcionales que requieren de respuestas urgentes no susceptibles de ser afrontadas mediante el trámite previsto por la CN para la sanción de las leyes, la emisión de un DNU constituye una facultad *propia, originaria e inherente* del Poder Ejecutivo, lo cierto es que, no obstante, al regularse materias que competen al órgano constitucional que tiene a cargo el ejercicio normal de la función legislativa (v.gr.: Congreso), es más que razonable sostener que el DNU deba ser sometido a su consideración lo más prontamente posible y ello se logra, precisamente, interpretando que el plazo de 10 días debe computarse como días corridos<sup>1160</sup>.

*En otras palabras: si bien el dictado de decretos de necesidad y urgencia es una potestad inherente del Poder Ejecutivo, lo cierto es que al tratarse de una potestad de uso excepcional —que, además, según la CSJN debe admitirse con carácter*

---

<sup>1157</sup> Constituciones como la del Chubut (art. 156) y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 103) expresamente prevén que el DNU debe ser sometido al Órgano Legislativo en un plazo computado en días corridos desde la fecha de su dictado (5 y 10 días, respetivamente).

<sup>1158</sup> BALBÍN, Carlos F., *Reglamentos Delegados y de Necesidad y Urgencia...*, op. cit., p. 349; LONIGRO, Félix V., “La potestad reglamentaria del presidente”, op. cit.

<sup>1159</sup> FANELLI EVANS, Guillermo, “Los decretos de necesidad y urgencia y la reforma de la constitución nacional”, en AA.VV. *Estudios sobre la reforma constitucional*, CASSAGNE, Juan Carlos -Director-, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 216.

<sup>1160</sup> Veámoslo con un ejemplo, utilizando, para ello, el calendario del año 2015: el día 23/12/2015 se dicta un DNU. Los días 24 y 31 de diciembre de ese año fueron decretados días inhábiles. Si se sostuviera que el plazo de 10 días debe ser contado en días hábiles, el plazo para remitir el decreto a consideración de la Comisión Bicameral Permanente vencería el 11 de enero del 2016. Si, por el contrario, el plazo se computara como días corridos, el plazo vencería el 01 de enero del 2016. Como puede apreciarse del ejemplo dado, la diferencia entre una y otra postura está marcada por 10 días; si se está, como debería estarlo, ante una circunstancia excepcional de necesidad y urgencia, mal podría interpretarse que esos días son indiferentes para que el Poder Legislativo trate la medida.

QUIROGA LAVIÉ, quien, como vimos en las notas que anteceden, también sostiene que se trata de días corridos, entiende que ellos es así “*porque cada vez que la Constitución, en el trámite legislativo, quiso contabilizar los días como útiles (hábiles), lo estableció en forma expresa (caso de la promulgación parcial de leyes)*” (QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina...*, op. cit., p. 593).

*restrictivo<sup>1161</sup>—, resulta más que razonable sostener que el plazo de diez días que tiene el Jefe de Gabinete para someterlos a consideración de la CBP debe computarse en días corridos, pues esta interpretación es la que mejor se ajusta a las necesidades de la emergencia.*

4.3.3.3.- Por otra parte, se ha debatido si para la validez del decreto debe existir unanimidad o si, por el contrario, basta con la mayoría absoluta de miembros presentes dentro del cuerpo colegiado gabinete de ministros.

Mientras algunos consideran que se requiere unanimidad<sup>1162</sup>, otros, en cambio, señalan que al no preverse de modo expreso qué mayoría debe concurrir para la decisión, aquella puede adoptarse con la mayoría absoluta de los miembros presentes del cuerpo colegiado gabinete de ministros<sup>1163</sup>, criterio este que, en definitiva, pareciere haberse seguido en la Comisión Bicameral Permanente<sup>1164</sup>.

#### *4.3.4.) El control del Congreso: la Ley N° 26.122. Remisión*

4.3.4.1.- El procedimiento de control ante la Comisión Bicameral Permanente y el Congreso fue regulado por la Ley N° 26.122, a la que nos referiremos en el Capítulo X de esta tesis. Por tanto, allí nos remitimos.

4.3.4.2.- De todos modos, aquí solo hemos de recordar lo expuesto en el punto N° 5.1.4.2.4.4. del Capítulo VIII, en cuanto a que sostener que los DNU, por estar sometidos al control legislativo –al igual que lo están, como se verá, los reglamentos delegados–,

---

<sup>1161</sup> CSJN, 19/05/2010, “Consumidores Argentinos v. EN – PEN – Dto. 558 /02 – SS – ley 2 0.091 s/amparo ley 16.986”, Fallos 333:633; CSJN, 01/09/2003, “Cooperativa de Trabajo Fast Limitada v. Estado nacional – Poder Ejecutivo de la Nación – dec. 1002/1999”, Fallos 326 :3180; CSJN, 18/08/1999, “Verrocchi, Ezio D. c. Administración Nac. de Aduanas”, Fallos 322:1726, entre muchos otros.

<sup>1162</sup> MIDÓN, Mario A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia...*, op. cit., p. 134, criterio luego ratificado en la 2° edición corregida y actualizada de su obra, Hammurabi, 2012, p. 203; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 538.

<sup>1163</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 241.

<sup>1164</sup> Así surge del relevamiento de dictámenes efectuado por SANTIAGO, Alfonso (h)– VERAMENDI, Enrique – CASTRO VIDELA, Santiago M., *El control del Congreso...*, op. cit., p. 99 y ss.

constituyen una norma con sustancia legislativa y, por consiguiente, producto de la *función legislativa*, no resulta acertado.

Ello así toda vez que, como antes dijimos, ante circunstancias excepcionales que requieren de respuestas urgentes no susceptibles de ser afrontadas mediante el trámite previsto por la Constitución nacional para la sanción de las leyes, el dictado de un decreto de necesidad y urgencia constituye una facultad *propia, originaria* y, por ende, *inherente* al Poder Ejecutivo, razón por la cual el control posterior del Congreso sobre esa potestad que le es propia al Poder Ejecutivo –al menos *inicialmente*–, en modo alguno puede alterar su naturaleza *administrativa* y, por tanto, su derivación del ejercicio de la *función administrativa*.

De esa manera, entonces, es claro que el art. 99, inc. 3° de la Constitución de la Nación y la Ley N° 26.122 –que regula, en lo que aquí interesa, el régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia y de delegación legislativa–, no hicieron más que reglamentar una competencia propia del Poder Ejecutivo.

## **5.) Los reglamentos delegados**<sup>1165</sup>

### 5.1.) Concepto

5.1.1.- Los reglamentos delegados serán, entonces, actos administrativos de alcance general normativo dictados por un órgano estatal o ente no estatal, en ejercicio de la función administrativa, sobre materias propias de la competencia del Congreso, con base en la autorización previamente acordada por éste mediante una ley<sup>1166</sup>.

5.1.2.- Tal como destaca el profesor COMADIRA, el elemento esencial para la determinación del concepto de delegación legislativa y, consiguientemente, de reglamento delegado, es la existencia, o no, de la transferencia del ejercicio de la

---

<sup>1165</sup> Un pormenorizado análisis de los reglamentos de necesidad y urgencia puede verse en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 257 y, también, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 44 y ss.

<sup>1166</sup> En similar sentido: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 45.

competencia legislativa, sea ella total, lisa, llana o incondicionada; sea, en cambio, limitada o circumscripta por límites de diverso alcance. Agrega, además, que si hay transferencia del ejercicio de la competencia legislativa existe, pues, delegación, sin que corresponda distinguir dentro del concepto, por ejemplo, entre sus especies propia e impropia<sup>1167</sup>.

5.1.3.- Si bien no pretendemos en esta oportunidad agotar el estudio de los reglamentos delegados pues, como hemos mencionado, el análisis que aquí efectuaremos será general, estimamos pertinente realizar algunas breves consideraciones conceptuales.

Así, en primer lugar, al hablar de delegación legislativa resulta necesario distinguir, por un lado, entre “*legislación delegante*” esto es, la ley que emite el Congreso por la que transfiere al Poder Ejecutivo el ejercicio de la competencia legislativa, y “*legislación delegada*”, es decir, el reglamento administrativo que nace como consecuencia de aquella ley delegante.

Por otra parte, no se debe confundir la delegación legislativa con aquellas leyes que encomiendan al Poder Ejecutivo la reglamentación ejecutiva de una ley, toda vez que, en aquellas, no existe transferencia alguna de competencias sino, en definitiva, una autorización –irrelevante, pues, como vimos en el punto N° 2.2. de este Capítulo, el dictado de reglamentos ejecutivos es una atribución propia del Poder Ejecutivo que no necesita de reconocimiento legal para su ejercicio–, para hacer posible, o más conveniente, la aplicación o ejecución de esa ley, llenando o previendo detalles omitidos en aquella.

## 5.2.) Fundamentos. Los reglamentos delegados en la Constitución nacional

Sin perjuicio de la polémica generada por la “*insinceridad jurídica*”<sup>1168</sup> en que incurrió nuestra Corte Suprema en casos como “Delfino”<sup>1169</sup>, “Mouviel”<sup>1170</sup> y

---

<sup>1167</sup> Ibidem.

<sup>1168</sup> Ibidem.

<sup>1169</sup> CSJN, 20/6/1927, “A. M. Delfino y Cía.”, Fallos 148:430.

<sup>1170</sup> CSJN, 17/5/1957, “Raúl O. Mouviel y otros”, Fallos 237:636.

“Cocchia”<sup>1171</sup>, lo cierto es que, con la reforma constitucional de 1994, la Constitución de la Nación fijó expresamente las reglas en materia de delegación legislativa al prever en su artículo N° 76 que:

*“Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.*

*La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa”.*

Asimismo, en la cláusula transitoria octava se reguló lo relativo a la delegación legislativa preexistente a la reforma constitucional, señalando que *“la legislación delegada preexistente [debe entenderse ‘legislación delegante’]<sup>1172</sup> que no contenga un plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley”.*

Como se ve, uno de los límites que ha fijado el art. 76 de la Constitución para la delegación legislativa es que las leyes delegantes contengan un plazo su ejercicio y, en tal orden de ideas, la cláusula transitoria octava se encargó de fijarle uno a todas aquellas que, con anterioridad a la reforma constitucional, carecían de uno.

La situación actual de la legislación delegante efectuada antes de la reforma constitucional de 1994 será analizada *infra*, pero, no obstante, adelantamos que a partir del 24 de agosto de 2010 aquellas no están vigentes y que, por tanto, el Poder Ejecutivo carece de competencia para dictar reglamentos delegados con fundamento en ellas.

---

<sup>1171</sup> CSJN, 2/12/1993, “Cocchia, Jorge v. Estado nacional”, Fallos 316:2624.

<sup>1172</sup> Señalamos que debe entenderse “legislación delegante” pues, como bien ha precisado la doctrina, *“la misma cláusula inmediatamente después se refiere a la legislación que no contenga un plazo establecido para su ejercicio y, precisamente, es en aquella –la delegante– en la que se establece el plazo durante el cual el Poder Ejecutivo podrá ejercer las facultades delegadas dando origen a la legislación delegada. Además, es la interpretación que otorga coherencia y sentido al plexo normativo y brinda mayor seguridad jurídica”* (COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 464, especialmente nota N° 48 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La potestad normativa...”, op. cit.).



### 5.2.1.) Principio general

De conformidad con lo previsto en el ya citado art. 76 de la Constitución nacional, el principio general es la prohibición de la delegación de facultades legislativas del Congreso en el Poder Ejecutivo.

El mandato constitucional guarda coherencia con la prohibición contenida en el art. 99, inc. 3°, CN, a tenor de cuyo párr. 2° el Poder Ejecutivo no puede, en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

### 5.2.2.) Presupuesto habilitante. Límites

Sin perjuicio del principio general prohibitivo, lo cierto es que la Constitución prescribe que la delegación legislativa será procedente en dos supuestos: cuando concierna a materias *determinadas de administrativas* o de *emergencia pública*.

#### 5.2.2.1.) Materias determinadas de administración

En relación con la primera excepción, es decir, las *materias de determinada administración*, se ha entendido que hace referencia a materias que si bien son propias del Poder Ejecutivo, requieren, sin embargo, para su desarrollo, de sustento normativo legal formal.

De esa manera, entonces, materias que afectan derechos individuales o bien han sido específicamente asignadas por la Constitución al Congreso, podrían ser delegadas al Poder Ejecutivo para que éste, *per se* y con arreglo a los límites que la propia cláusula constitucional fija, las regule.

Como señalaba COMADIRA al referirse a esta cuestión, “*la delegación legislativa es procedente respecto de la regulación de actividades que aun siendo propias del Poder Ejecutivo deben, sin embargo, disciplinarse por ley formal en tanto afectan derechos individuales o bien corresponden a materias específicamente asignadas por la*

*Constitución al Congreso”<sup>1173</sup>.*

Asimismo, cabe señalar que debe considerarse comprendida en las materias de administración las enumeradas en el art. 2° de la Ley N° 25.148, mantenido por las leyes N° 25.645, 25.918, 26.135 y 26.519.

El art. 2° de la Ley N° 25.148 enumera como materias determinadas de administración aquellas que se vinculen con “a) *La creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y toda otra entidad que por disposición constitucional le compete al Poder Legislativo crear, organizar y fijar sus atribuciones. Quedan incluidos en el presente inciso, el correo, los bancos oficiales, entes impositivos y aduaneros, entes educacionales de instrucción general y universitaria, así como las entidades vinculadas con el transporte y la colonización; b) La fijación de las fuerzas armadas y el dictado de las normas para su organización y gobierno; c) La organización y atribuciones de la Jefatura de Gabinete y de los Ministerios; d) La creación, organización y atribuciones de un organismo fiscal federal, a cargo del control y fiscalización de la ejecución del régimen de coparticipación federal; e) La legislación en materia de servicios públicos, en lo que compete al Congreso de la Nación; f) Toda otra materia asignada por la Constitución Nacional al Poder Legislativo, que se relacione con la administración del país”.*

#### 5.2.2.2.) Emergencia pública

En cuanto a la *emergencia pública*, cabe señalar que se trata de un concepto que ha sido reiteradamente analizado por nuestra Corte Suprema, concretamente, al referirse a las denominadas leyes de emergencia.

En cuanto a las características que deben presentar aquellas para ser consideradas constitucionales pueden mencionarse, siguiendo la síntesis y sistematización de la

---

<sup>1173</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 267 y, más recientemente, COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 50. En igual sentido: MATA, Ismael, “Facultades reglamentarias de las autoridades reguladoras...”, op. cit., p. 97; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 548, especialmente nota N° 1195; SANTIAGO, Alfonso (h.) – CORNEJO, Valentín Thury, *Tratado...*, op. cit., p. 385; IVANEGA, Miriam M., “Consideraciones generales acerca de los reglamentos administrativos...”, op. cit., p. 289; CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *La delegación legislativa y el Estado regulatorio...*, op. cit., p. 92, entre otros.

jurisprudencia de la Corte Suprema elaboradas por MONTI, las siguientes: a) debe configurarse, en los hechos, una verdadera situación de emergencia; b) la declaración de emergencia debe ser realizada por el Congreso de la Nación o por las legislaturas provinciales, en su caso; c) los medios elegidos por el legislador para superar la emergencia deben ser proporcionados al fin perseguido –razonabilidad–; d) las medidas adoptadas deben proteger a la comunidad en su conjunto o a amplios sectores de ella y no a determinados individuos; e) las medidas deben ser de carácter temporal, como la emergencia cuyos efectos están destinadas a atemperar; f) las normas dictadas no deben alterar la sustancia de los derechos, los que solo pueden ser suspendidos o limitados de manera razonable, en aras del bien general de la comunidad<sup>1174</sup>.

Aquellas pautas, como se ve, no fueron ignoradas por el constituyente pues, en definitiva, la emergencia, como presupuesto habilitante para el dictado de reglamentos delegados, requiere de una ley que establezca las bases y el plazo para su ejercicio, tal como lo exigió la corte en la síntesis antes enunciada.

#### 5.2.2.2.1.) ¿existen límites materiales a la delegación legislativa en situaciones de emergencia pública?

Como ya dijéramos, la Constitución establece, como principio, la prohibición de la delegación legislativa, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública.

Ahora bien, teniendo en consideración que la emergencia pública no es una materia, sino, en rigor, una situación, cabe preguntarse si existen límites materiales a la delegación legislativa fundada en ella.

---

<sup>1174</sup> MONTI, Laura M., “Emergencia y contratos administrativos”, en Sup. Esp. *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, 2004 (mayo), 06/05/2004, 64.

5.2.2.2.1.1.) Inviabilidad jurídica de trasladar los límites previstos en el art. 99, inc. 3° de la Constitución a los reglamentos delegados

5.2.2.2.1.1.1.- En relación con el interrogante planteado anteriormente, cabe destacar que si bien el texto constitucional habilita una respuesta negativa, lo cierto es que la doctrina no es pacífica.

5.2.2.2.1.1.2.- Así, mientras algunos autores, invocando el principio de interpretación sistemática de la Constitución, sostienen que a la delegación legislativa le serían aplicables los mismos límites que condicionan el dictado de los reglamentos de necesidad y urgencia<sup>1175</sup>, otros entienden que “*tal criterio hermenéutico importaría, en el caso, presumir la omisión normativa del constituyente y, con ello, su error o deficiencia técnica, lo que es inaceptable como pauta interpretativa*”<sup>1176</sup>.

5.2.2.2.1.1.3.- Por nuestra parte adherimos al criterio de los últimos autores pues, por un lado, como en reiteradas ocasiones ha señalado la Corte Suprema, la inconsecuencia, imprevisión o error en el constituyente no debe presumirse<sup>1177</sup> y, por otra parte, porque

---

<sup>1175</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. VII-38; PERRINO, Pablo E., “La delegación legislativa”, en obra colectiva *El Derecho Administrativo Argentino, Hoy*. Editorial Ciencias de la Administración, Bs. As, 1996, p. 122 y ss.; BADENI, Gregorio, *Tratado...*, op. cit., Tomo III, p. 377; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina...*, op. cit., p. 512 y 591.

<sup>1176</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 52. En igual sentido puede verse: CANDA, Fabián O., “Decretos legislativos...”, op. cit., p. 187; SANTIAGO, Alfonso (h.) – CORNEJO, Valentín Thury, *Tratado...*, op. cit., p. 403; CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *La delegación...*, op. cit., p. 263/264; BIANCHI, Alberto B., “Dimensión actual de la delegación legislativa”, REDA 42:723; GARCÍA LEMA, Alberto M., “Un nuevo caso de delegación legislativa. La ley 25414”, *El Derecho Constitucional*, 2001/2002-275; RENNELLA, María Paula, “Control parlamentario de los derechos de necesidad y urgencia y decretos delegados”, en AA.VV. *Control de la Administración Pública*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, p. 651 y ss.; MONTEQUÍN, Marina Ávila, “El control judicial de los reglamentos...”, op. cit., p. 651 y ss.; HUTCHINSON, Tomás, “Los actos de alcance general”, op. cit., Tomo 1, Vol. 1, p. 444, nota N° 24, entre muchos otros.

<sup>1177</sup> CSJN, 10/05/2005, “Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición”, Fallos 328:1268; CSJN, 29/09/1998, “Cancela, Omar Jesús c/ Artear SAI. y otros”, Fallos 321:2637; CSJN, 26/12/1996, “Monges, Analía M. c/ UBA. – resol. 2314/95”, Fallos 319:3148, entre muchos otros.

no existen motivos para que el art. 76 de la Constitución sea interpretado de modo distinto al que en las diversas materias ya había consagrado la Corte, especialmente en materia penal y tributaria, en las que había determinado las precisiones que la norma delegante debía contener: “*el principio general prohibitivo de la delegación y su procedencia excepcional justifican, a nuestro modo de ver, esta ultraactividad de la interpretación jurisprudencial*”<sup>1178</sup>.

5.2.2.2.1.4.- Más aún, y como veremos a continuación, en un caso reciente la Corte se ha encargado de analizar si bajo el sintagma *emergencia pública* el Congreso podría delegar materias tributarias y, antes, se expidió en relación con la viabilidad jurídica de las delegaciones legislativas vinculadas con temas penales.

5.2.2.2.1.2.) La jurisprudencia de la CSJN sobre las delegaciones legislativas en materia tributaria y penal

5.2.2.2.1.2.1.- En el caso “Camaronera Patagónica” del año 15/04/2014 la Corte Suprema señaló: a– los derechos de exportación son tributos sometidos al principio de legalidad tributaria; b– el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad para determinar los elementos sustanciales de un tributo, incluso en situaciones de emergencia pública; pero c– sí puede atribuirle facultades para determinar el “*aspecto cuantitativo de la obligación tributaria*”, esto es, “*elevantar o disminuir alícuotas aplicables*”, siempre que haya fijado “*pautas y límites precisos mediante una clara política legislativa*” estableciendo baremos máximos y mínimos al efecto”<sup>1179</sup>.

El precedente citado resulta relevante, además, por cuanto brindó claridad a lo sentenciado más de diez años antes por la Corte en el caso “Selcro”, donde sostuvo que “*no pueden haber dudas en cuanto a que los aspectos sustanciales del derecho tributario*

---

<sup>1178</sup> Ibidem.

<sup>1179</sup> CSJN, 15/04/2014, “Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/amparo”, Fallos 337:388.

*no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (art. 76), autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo”<sup>1180</sup>.*

Como se ve, y bien ha señalado la doctrina al analizar la cuestión<sup>1181</sup>, lo resuelto en la causa “Selcro” resultaba ambiguo, pues si bien quedaba claro que los elementos sustanciales del tributo no encuadran en las “materias determinadas de administración”, quedaba abierta la posibilidad de interpretar que sí podrían delegarse ante situaciones de “emergencia pública”<sup>1182</sup>.

Actualmente, entonces, y con base en el fallo “Camaronera Patagónica” antes mencionado, es posible concluir que para la CSJN el Congreso no puede, en ningún caso, delegar en el Poder Ejecutivo los elementos sustanciales de un tributo: no solo por cuanto aquello no encuadra en las “materias determinadas de administración” enunciadas en el art. 76 de la Constitución de la Nación sino, además, porque tal delegación tampoco resulta procedente en situaciones de “emergencia pública”.

5.2.2.2.1.2.2.- En cuanto a la materia penal, en el caso “Federación de Empresarios de Combustibles de la República Argentina”, donde se discutía la validez de una resolución de la Secretaría de Energía de la Nación que establecía un régimen sancionatorio para quienes infringieran las normas vigentes en materia de seguridad y/o medio ambiente y calidad de combustibles, el procurador general –a cuyo dictamen

---

<sup>1180</sup> CSJN, 21/10/2003, “Selcro S.A. c/ Jefatura Gabinete Mos. deci. 55/00 (dto. 360/95 y 67/96) s/ amparo ley 16.986”, Fallos: 326:4251, énfasis agregado

<sup>1181</sup> CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *La delegación...*, op. cit., p. 140, nota N° 82

<sup>1182</sup> En tal sentido, inicialmente BARRA sostenía que, a diferencia de los supuestos de “materias determinadas de Administración” (art. 76 de la Constitución nacional) que restringen el espacio de las materias delegables, “*la delegación por emergencia puede alcanzar cualquiera de las competencias legislativas del Congreso. Así, inclusive, las expresamente vedadas para los DNU: tributaria, penal, electoral y de partidos políticos, ya que si el constituyente las hubiera querido excluir, debería, por los principios de coherencia y congruencia, haberlo indicado también en el artículo 76*” (BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 492).

Sin embargo, en sus últimas publicaciones, el citado autor pareciera haber matizado su postura pues, en rigor, postula “*que diferencia de los supuestos de ‘materias determinadas de administración’, que restringen el espacio de las materias delegables, la delegación por emergencia puede alcanzar a cualquiera de las competencias legislativas del Congreso, con excepción de las materias tributaria y penal, aun cuando no se encuentren expresamente vedadas para los DLD*” (BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 497).

adhirió la Corte— consideró que como la norma ostentaba igual naturaleza que las normas del Código Penal —pues se trataba de normas de policía—, la ausencia de delegación expresa en la Secretaria de Energía obligaba a declarar su inconstitucionalidad<sup>1183</sup>.

Según el dictamen, si bien la garantía de “ley anterior” consagrada por el art. 18 de la Constitución y el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, exige que los hechos punibles y las penas a aplicar solo puedan ser establecidos por ley, ello no obsta a que “*el legislador deje a los órganos ejecutivos la reglamentación de las circunstancias o condiciones concretas de las acciones reprimidas y los montos de las penas dentro de un mínimo y un máximo*”.

### 5.2.3.) *Requisitos*

El art. 76 de la Constitución nacional establece, básicamente, dos requisitos que condicionan la constitucionalidad tanto de la “*legislación delegante*” —esto es, la ley que emite el Congreso por la que transfiere al Poder Ejecutivo el ejercicio de la competencia legislativa— como la “*legislación delegada*” —v.gr.: reglamento administrativo—.

Según surge del citado artículo, la validez constitucional de la delegación estará condicionada, por un lado, a la fijación de un *plazo* para su ejercicio y, por otra parte, a que se establezcan las *bases* de la delegación, esto es, lo que comúnmente se denomina “la política legislativa”<sup>1184</sup>.

#### 5.2.3.1.) El “plazo de ejercicio”

5.2.3.1.1.- De tal forma, y en relación con el límite temporal que fija la Constitución, cabe concluir que luego de la reforma constitucional de 1994 así como una ley delegante carente de plazo habrá de ser considerada inconstitucional, un reglamento dictado con posterioridad al plazo fijado en la ley delegante será nulo de nulidad absoluta e insanable

---

<sup>1183</sup> CSJN, 19/04/2005, “Federación de Empresarios de Combustibles”, Fallos 328:940.

<sup>1184</sup> CSJN, 21/10/2003, “Selcro S.A. c/ Jefatura Gabinete Mos. deci. 55/00 (dto. 360/95 y 67/96) s/ amparo ley 16.986”, Fallos: 326:4251, entre muchos otros.



por padecer de un vicio en la competencia en razón del tiempo<sup>1185</sup>.

En cuanto a la validez constitucional de las leyes delegantes dictadas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, y que, por tanto, no estaban condicionadas a la fijación de un plazo para su ejercicio, la cláusula transitoria octava se encargó de fijarles un plazo de cinco años.

No obstante, ante el vencimiento del plazo en 1999, el Congreso sancionó la ya citada Ley N° 25.148 por la que ratificó en el Poder Ejecutivo, por el plazo de tres años, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública, emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento. A la vez, aprobó la totalidad de la legislación delegada dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994.

Del mismo modo, en el año 2002, mediante la Ley N° 25.645, en similares términos a los recién descriptos, volvió ratificar la delegación legislativa por dos años más y aprobó la totalidad de la legislación delegada dictada en ese período. Análogo criterio adoptó, ante el nuevo vencimiento en el año 2004, prorrogando por la Ley N° 25.918 la delegación por dos años adicionales y aprobando la legislación delegada. Idéntico temperamento

---

<sup>1185</sup> Es que, como se ha señalado, la competencia en razón del tiempo “*responde al hecho de que el ejercicio de la aptitud legal del órgano o ente estatal, en algunas ocasiones, puede estar condicionado por el tiempo, sea para el comienzo de su desenvolvimiento o bien para su cese*” y, en consecuencia, “*el dictado de un acto fuera del plazo previsto para ello debe provocar su nulidad absoluta, excepto que de él no deriven perjuicios para terceros ni para el interés público, supuesto en el cual la invalidez debe ser considerada simplemente relativa*” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 155 y 300). Del mismo modo, apunta GORDILLO que “*si el plazo constituye un límite al ejercicio de potestades administrativas, su transgresión vicia el acto*” (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, Cap. II-35).

La CSJN, por su parte, estimó que si un acto administrativo fue dictado con un vicio de incompetencia en razón del tiempo, la decisión es nula de nulidad absoluta e insanable, según lo establecido por el art. 14 de la LNPA (CSJN, 26/02/87, “Bodegas y Viñedos Giol EEI y C.”, Fallos: 310:380).

En ese orden de ideas, y volviendo con el ejemplo dado en el punto N° 2.1.1.1.1. del Capítulo VI (especialmente punto N° 2.1.1.1.1.3.), cabe preguntarse qué sucedería si el Poder Ejecutivo dictara un reglamento delegado dentro del plazo de ejercicio estipulado en la ley delegante, pero, no obstante, el reglamento fuera publicado luego de vencido aquel.

Teniendo en consideración que según nuestra postura y el criterio actual de la CSJN la publicidad de los actos administrativos (notificación en el caso de actos administrativos de alcance particular, publicación en los actos administrativos de alcance general) integra el elemento esencial “forma” de aquéllos, constituyéndose, así, en un requisito esencial de su válida configuración, no cabe más que concluir que el reglamento delegado será nulo de nulidad absoluta e insanable (ampliar en el punto recién mencionado).

siguió en el año 2006 con la Ley N° 26.135, cuando ratificó por tres años la delegación legislativa aprobó la totalidad de la legislación delegada dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994, desde el 24 de agosto de 2004 hasta la fecha de entrada en vigencia de esta ley.

En el año 2009, a través de la Ley N° 26.519, se volvió a ratificar por un año y con arreglo a las bases oportunamente fijadas por el Poder Legislativo, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento.

Cabe destacar, como recuerda la doctrina<sup>1186</sup>, que, en esta última oportunidad, no se aprobó la totalidad de la legislación delegada pues, a la fecha de sanción de la ley, ya se había dictado la Ley N° 26.122 que regula el funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente prevista en el Artículo 99, inc. 3°, de la Constitución nacional, y el trámite para la aprobación por el Congreso de los reglamentos delegados –ver Capítulo X de esta obra–.

Por último, el 24 de agosto de 2010 se produjo el vencimiento de la última ratificación y el Congreso no dictó ninguna ley prorrogando la delegación legislativa anterior a la reforma constitucional de 1994.

5.2.3.1.2.- En consecuencia, como adelantáramos en los puntos que anteceden, cabe concluir que la situación actual de la legislación delegante efectuada antes de la reforma constitucional de 1994 será analizada *infra*, pero, no obstante, adelantamos que a partir del 24 de agosto de 2010 aquellas no están vigentes y que, por tanto, el Poder Ejecutivo carece de competencia para dictar reglamentos delegados con fundamento en ellas.

#### 5.2.3.2.) Las bases de la delegación

5.2.3.2.1.- Otro de los límites que fija la Constitución para la validez constitucional

---

<sup>1186</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 465 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La potestad normativa...”, op. cit. Ver, también, el análisis realizado en: LAGARDE, Fernando M., “Manifestaciones del control legislativo...”, op. cit., p. 156 y ss.

de la delegación legislativa es que la ley delegante establezca “las bases de la delegación”.

El fundamento de aquella exigencia, que algunos autores atribuyen al art. 82 de la Constitución española<sup>1187</sup>, se asimila al “estándar inteligible” de la delegación elaborado en la jurisprudencia norteamericana y que consiste, en resumidas palabras, en la “*determinación de objetivos que debe ejecutar el poder administrador*”<sup>1188</sup>.

En definitiva, entonces, las bases de la delegación no son más que las pautas que debe fijar el legislador para guiar al órgano estatal o ente no estatal, en ejercicio de función administrativa, en la concreción de la política legislativa buscada por el Congreso<sup>1189</sup>.

5.2.3.2.2.- Sobre la cuestión, el Máximo Tribunal recientemente<sup>1190</sup> reiteró la doctrina sentada en el caso “Colegio Público de Abogados de Capital Federal”<sup>1191</sup> según la cual “*a partir del sentido que se buscó asignar al texto constitucional argentino y de las características del modelo seguido, se desprende que 1) la delegación sin bases está prohibida y 2) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate*”.

Es que, como allí se señalara, la delegación sin bases está prohibida precisamente porque “*bloquea la posibilidad de controlar la conexión entre la delegación del Congreso y la actividad desplegada por la autoridad administrativa. Así, por ser amplia e imprecisa, la delegación no confiere atribuciones más extensas, sino, al revés, a mayor*

---

<sup>1187</sup> VERAMENDI, Enrique, “La delegación legislativa en las Constituciones italiana y española ¿Verdaderas fuentes del art. 76 de la Constitución Nacional?, REDA 52-393, *passim*; CASTRO VIDELA, Santiago M. y MAQUEDA FOURCADE, Santiago en: *La delegación legislativa y el Estado regulatorio...*, op. cit., p. 100.

<sup>1188</sup> SANTIAGO, Alfonso (h.) – CORNEJO, Valentín Thury, *Tratado...*, op. cit., p. 415.

<sup>1189</sup> Señala GARCÍA PULLÉS que “*las bases legislativas circunscriben el objeto material del decreto delegado y, a su vez, definen cómo el Poder Ejecutivo debe regular ese objeto*” (GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 194).

<sup>1190</sup> CSJN, 24/11/2015, “Santa Fe, Provincia de c/ Estado nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, Fallos 338:1389.

<sup>1191</sup> CSJN, 04/11/2008, “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN–PEN – Ley N° 25.414 – Decreto N° 1.204/2001 s/amparo”, Fallos: 331:2406.

*imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente”.*

5.2.4.) *La delegación legislativa a favor de órganos y entes distintos del Poder Ejecutivo: la delegación de segundo grado*

5.2.4.1.- La Corte Suprema en el *leadind case* “Delfino” aceptó que el Congreso confiera cierta “*autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo*”<sup>1192</sup> pero, no obstante, como vimos, el actual art. 76 de la Constitución nacional solo indica como autoridad delegada al Poder Ejecutivo.

De tal forma, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial se ha generado un interesante debate en relación con la posibilidad de que la delegación legislativa sea efectuada a favor de órganos subordinados al Poder Ejecutivo o, incluso, en entes actuantes en su jurisdicción.

Se trata, entonces, de lo que en doctrina se ha dado en llamar “delegación de segundo grado”<sup>1193</sup>, es decir, “*la transferencia del ejercicio de facultades legislativas que hace el Congreso directamente en un sujeto –sea un órgano o un ente– distinto del Presidente, pero que guarda con éste algún tipo de relación –jerárquica o de tutela–*”<sup>1194</sup>.

5.2.4.2.- Si bien un análisis pormenorizado de aquella cuestión excedería sin dudas el marco meramente aproximativo que en esta ocasión aspiramos lograr<sup>1195</sup>, creemos que, en principio, y en líneas con las enseñanzas del profesor COMADIRA, cuando la delegación es viable –en las materias y en la situación ya consideradas– ella procede no solo a favor del Poder Ejecutivo sino, también, de los entes jurídicamente descentralizados creados por ley del Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales, “*sea que éstas se*

---

<sup>1192</sup> CSJN, 20/6/1927, “A. M. Delfino y Cía.”, Fallos 148:430.

<sup>1193</sup> SANTIAGO, Alfonso (h.) – CORNEJO, Valentín Thury, *Tratado...*, op. cit., p. 425.

<sup>1194</sup> CASTRO VIDELA, Santiago M. y MAQUEDA FOURCADE, Santiago en: *La delegación legislativa y el Estado regulatorio...*, op. cit., p. 78.

<sup>1195</sup> Remitimos, para ello, al profundo estudio efectuado por CASTRO VIDELA, Santiago M. y MAQUEDA FOURCADE, Santiago en: *La delegación legislativa y el Estado regulatorio...*, op. cit., Capítulo III.

*justifiquen en razón de la materia administrativa específicamente asignada por la Constitución al Congreso o bien por involucrar la reglamentación de derechos individuales*”<sup>1196</sup>.

<sup>1196</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 52/53. En igual sentido: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 469 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La potestad normativa...”, op. cit.; SANTIAGO, Alfonso (h.) – CORNEJO, Valentín Thury, *Tratado...*, op. cit., p. 439; PADILLA, Miguel M., “La delegación legislativa en la reforma constitucional”, en LL 1997-D, 914; CASTRO VIDELA, Santiago M. y MAQUEDA FOURCADE, Santiago en: *La delegación legislativa y el Estado regulatorio...*, op. cit., *passim* y, actualmente, BIANCHI.

En tal sentido, cabe recordar que si bien el profesor BIANCHI en alguna oportunidad sostuvo que el concepto de Poder Ejecutivo en el art. 76 debía limitarse a “Presidente de la Nación” (BIANCHI, Alberto B., “Horizontes de la delegación legislativa luego de la reforma de la Constitución”, REDA N° 17, p. 379 y ss.) en un trabajo posterior precisó que parecería “*que el art. 76 no aludiría solamente al presidente de la Nación sino también a otros órganos y entes integrantes de la Administración Pública*”, razón por la cual actualmente sostiene que no debe extremarse “*la rigidez interpretativa de esta norma, pues el resultado inevitable de ello es aumentar innecesariamente la carga de tareas del presidente, lo que supone dar mayor poder reglamentario a las oficinas técnicas dependientes de aquél, quienes en definitiva terminarán subdelegando en los que poseen competencia específica. Más aconsejable entonces -al menos por el tiempo que ello ahorra- es que el Congreso delegue directamente en el órgano o ente que debe ejercer la delegación en función de su competencia en la materia delegada*” (BIANCHI, Alberto B., “Dimensión actual de la...”, op. cit.).

GORDILLO, por su parte, admite la delegación a favor de entes distintos del Poder Ejecutivo, pero, sin embargo, lo hace con fundamento en el art. 42 de la Constitución nacional y, por ello, entiende que no debería sujetarse a los límites del art. 76 (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, Cap. VII–38).

En contra de la posibilidad de una delegación de segundo grado pueden verse, entre otros, CANDA, Fabián O., “Perfiles constitucionales de la delegación administrativa (materias y sujeto pasivo de la delegación en un fallo de la sala I del Fuero Contencioso-administrativo”, EDA 2001/2002-139; BALBÍN, Carlos F., *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 377 y ss.; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 201/203 y, actualmente, CASSAGNE.

En relación con la postura actual de CASSAGNE, cabe destacar que si bien en un momento afirmó que “*tanto la reserva legal (o prohibición) genérica que preceptúa el artículo 76 de la Constitución nacional como sus excepciones tienen por destinatarios al Poder Ejecutivo en sentido amplio, es decir, que comprende la cabeza de la Administración y los diferentes órganos y entes sometidos a las potestades jerárquicas y de tutela*” (CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo I, p. 151), lo cierto es que con posterioridad cambió su criterio y sostuvo que “*las excepciones que admiten la delegación de facultades legislativas están dirigidas al presidente y no a otros entes de la Administración, como los entes reguladores, que carecen de potestades normativas originarias, porque no se puede concebir que estos últimos ejerzan las facultades legislativas sin control alguno por parte del Congreso ni del Ejecutivo, en cuyo caso tendrían más poder que el propio presidente como jefe de la Administración*” (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 147).

SAGÜÉS, por su parte, tras señalar que la delegación de segundo grado resulta improcedente, agregó que “*después de la ley 26.122, que establece la remisión a la Comisión Bicameral del Congreso de los decretos delegados, y nada habla de las otras nomas (resoluciones, ordenanzas, etc.) que podrían emitirse en virtud de la delegación de segundo grado, esta última deviene jurídicamente inadmisibile. Esto se afirma en virtud del nuevo art. 100, inc. 12 de la Constitución, que prevé el control de los decretos del presidente (refrendados por el jefe de gabinete) que ejercen facultades delegadas, por parte de la Referida Comisión Bicameral, sin mencionar otro tipo de sujetos que podrían emitir normas delegadas. De consentirse la delegación de segundo grado se produciría la paradoja de que organismos no previstos constitucionalmente para ejercer delegaciones legislativas (pero habilitados por ley para esas tareas), estarían además exentos del control parlamentario de sus actos delegados. No obstante, estos absurdos no*

No se nos escapa que, como se verá *infra*, el art. 100, inc. 12 de la Constitución de la Nación exige el refrendo<sup>1197</sup> del Jefe de Gabinete de Ministros de los *decretos* que se emitan con motivo de las facultades delegadas por el Congreso y, asimismo, que, como dijimos en el punto anterior al analizar los DNU, el término *decreto* es utilizado para hacer referencia a los actos emitidos por el Poder Ejecutivo de la Nación.

Sin embargo, entendemos que aquella previsión constitucional solo implica que cuando la delegación se realiza a favor del Poder Ejecutivo, y éste la ejerce, el decreto pertinente debe ser refrendado por el Jefe de Gabinete, pero en modo alguno significa que el *decreto* deba ser la única fuente posible de normas delegadas<sup>1198</sup>.

De esa manera, y teniendo en consideración que, como apuntamos en el punto N° 3.1. del Capítulo V, dentro del término “reglamentos” (actos administrativos de alcance general normativo) se incluyen no solo a los *decretos* de aquella especie que dicta el Poder Ejecutivo nacional sino, también, a los actos que, con igual alcance, emite el Jefe de Gabinete de Ministros (v.gr.: decisiones administrativas), los Ministros (v.gr.: resoluciones) o los órganos jefes de los entes descentralizados<sup>1199</sup>, es posible concluir que podrán existir *reglamentos delegados* dictados tanto por el Presidente de la Nación como por sus órganos subordinados e, incluso, de entes actuantes en su jurisdicción.

---

*son raros en una realidad incoherente y contradictoria”* (SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Constitucional*, op. cit., Tomo 2, p. 399).

<sup>1197</sup> En relación con la naturaleza jurídica del “refrendo”, cabe destacar que según lo señalara el profesor Julio Rodolfo COMADIRA en ocasión de emitir un dictamen cuando se desempeñó como Jefe del Gabinete de Asesores del Ministerio de Justicia de la Nación en el año 1997, aquel “*implica, jurídicamente, legalización y certificación de la legalidad del acto emitido por la autoridad refrendada, más, de modo alguno, significa que el acto ha sido dictado, conjuntamente, por el refrendante y el refrendatario. El acto pertenece a la autoridad que lo emite, el inferior participa en él a través del refrendo, que garantiza la autenticidad de la firma y legalidad del contenido. Pero debe quedar en claro que el acto objeto de refrendo, parte de una voluntad unitaria, pues no se trata de actos que, por su carácter colegiado, requieran de deliberación y votación*” (Cfr. Dictamen del 28/11/1997 publicado en RAP 234:33).

Para un análisis pormenorizado de la naturaleza jurídica del refrendo, la estructura del acto refrendado y la responsabilidad ministerial puede verse: BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, p. 146 y ss.

<sup>1198</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 52/53.

<sup>1199</sup> En tal sentido cabe recordar que, como ya se dijo, el término “decreto”, “decisión administrativa” y/o “resolución” no ha de identificarse, necesariamente, con el concepto de “reglamento” toda vez que, en rigor, podrían existir decretos, decisiones administrativas y resoluciones ministeriales de alcance particular (como la designación de un funcionario), de alcance general normativo (cuando se dicta un reglamento autónomo, por ejemplo) o, también, general no normativo (cuando se convoca a licitación pública).



Ahora bien, si el *reglamento delegado* no fuera emitido por el Presidente de la Nación, parecería ser que las exigencias del citado art. 100, inc. 12 de la Constitución nacional y de la Ley N° 26.122 a la que luego haremos referencia, no le resultan aplicables.

Ello así pues, como vimos, la Constitución de la Nación solo exige al Jefe de Gabinete refrendar los *decretos* que ejercen facultades delegadas por el Congreso y, como ya se dijo, el término *decreto* refiere únicamente a los actos emitidos por el Presidente de la Nación<sup>1200</sup>.

Por otra parte, la inaplicabilidad de la Ley N° 26.122 –al menos en su redacción actual– resulta de lo dispuesto en el art. 1° de aquella norma, que expresamente establece que su objeto es “*regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos que dicta el Poder Ejecutivo*”.

Estos últimos aspectos serán analizados en el punto N° 1 del Capítulo X de esta tesis.

#### 5.2.5.) La subdelegación

En relación con la subdelegación, es decir, la viabilidad jurídica de que el Poder Ejecutivo delegue en otro órgano o ente dependiente de él o actuantes en su esfera, el ejercicio de las atribuciones delegadas, creemos que aquella solo sería posible en la medida en que la ley delegante lo autorizada expresamente<sup>1201</sup>.

El Máximo Tribunal de la Nación en reiteradas ocasiones aceptó la viabilidad jurídica de que las atribuciones especiales que el Congreso otorgue al Poder Ejecutivo para dictar reglamentos delegados puedan ser subdelegadas por éste en otros órganos o entes de la

---

<sup>1200</sup> Lo expuesto se confirma, además, con la primera parte de la redacción del art. 100 de nuestra Constitución, que expresamente establece que el ministro del área o el Jefe de Gabinete, según corresponda, refrendarán y legalizarán los actos “*del Presidente*”, sin hacer referencia a sus órganos subordinados ni a los entes descentralizados (En igual sentido: CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *La delegación legislativa y el Estado regulatorio...*, op. cit., p. 225 y ss.).

<sup>1201</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 52/53; SANTIAGO, Alfonso (h.) – CORNEJO, Valentín Thury, *Tratado...*, op. cit., p. 455; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 465 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La potestad normativa...”, op. cit. En contra puede verse: BALBÍN, Carlos F., *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 379 y ss.; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 201/203; URRUTIGOITY, Javier, “Comentario sobre la delegación legislativa en la reforma constitucional”, en AA.VV., *La reforma constitucional interpretada*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 367 y ss., especialmente p. 391; PERRINO, Pablo E., “La delegación legislativa”, en obra colectiva *El Derecho Administrativo Argentino, Hoy*. Editorial Ciencias de la Administración, Bs. As, 1996, p. 122 y ss.



Administración pública, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida<sup>1202</sup>.

Por último, y a diferencia del supuesto mencionado en las páginas anteriores, cabe destacar que, en estos casos, como la subdelegación al órgano o ente dependiente del Poder Ejecutivo ha sido efectuada por parte del Presidente de la Nación, al estarse frente a un *decreto*, este debe ser refrendado por el Jefe de Gabinete y enviado a la Comisión Bicameral Permanente.

#### 5.2.6.) *Procedimiento de elaboración*

5.2.6.1.- Finalmente, y en relación con el procedimiento de elaboración de los reglamentos delegados, hemos visto que según el art. 100, primer párrafo y 100, inc. 12 de la Constitución nacional, aquellos deben ser refrendados por el ministro del área, el Jefe de Gabinete y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente.

Es claro que a partir de la reforma constitucional de 1994 los decretos delegados emitidos por el Poder Ejecutivo de la Nación, luego ser refrendados tanto por el Ministro del área como por el Jefe de Gabinete, deben ser remitidos a la CBP<sup>1203</sup>.

Ahora bien, y a diferencia de lo que ocurre con los DNU, donde, como vimos, la Constitución nacional establece que el Jefe de Gabinete debe someterlos a consideración de la Comisión en el plazo de diez días (art. 99, inc. 3°), en el caso de los decretos delegados nuestra Carta Magna solo dispone que “*estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente*”, sin identificar al responsable de su efectiva elevación ni el plazo en que debe remitirlos.

Sin embargo, y como se verá en el próximo Capítulo de esta tesis, aquella omisión ha sido subsanada por la Ley N° 26.122, pues allí se prevé que “*el Poder Ejecutivo, dentro*

---

<sup>1202</sup> CSJN, 03/07/2012, “YPF S.E. c/ ESSO S.A.P.A. y otros s/ Proceso de conocimiento”, Fallos 335:1227; CSJN, 24/04/2007, “Comisión Nacional de Valores c/ Establecimiento Modelo Terrabusi S.A. s/ transferencia paquete accionario a Nabisco”, Fallos: 330:1855; CSJN, 23/02/1995, “Czerniecki, Julio Héctor s/ apela multa”, Fallos: 318:137; entre otros.

<sup>1203</sup> En igual sentido: BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 507. En tal sentido, el autor citado señala que “*el refrendo por parte del Jefe de Gabinete no excluye la correspondiente intervención –y refrendo– del ministro del área*”.

*de los diez días de dictado un decreto de delegación legislativa lo someterá a consideración de la Comisión Bicameral Permanente” (art. 12).*

Por otra parte, así como la Constitución nacional no precisó si los diez días que tiene el Jefe de Gabinete para remitir el DNU a consideración de la CBP deben computarse en días hábiles administrativos o, en su defecto, en días corridos (aunque, como dijimos, desde nuestro punto de vista debería interpretarse que son días corridos), el citado art. 12 de la Ley N° 26.122 tampoco aclaró cómo deben computarse los diez días para que el Poder Ejecutivo someta a consideración de la Comisión los decretos delegados.

En nuestra opinión, entendemos que aquel plazo también debe computarse en días corridos pues, de haberse querido establecer lo contrario, el legislador así lo habría dispuesto, tal como expresamente lo hizo en el art. 19 al señalar que la CBP *“tiene un plazo de diez días hábiles (...) para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración y elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras”*<sup>1204</sup>.

Creemos que resulta de aplicación al caso la inveterada doctrina de la CSJN según la cual la inconsecuencia, imprevisión o error del legislador no debe presumirse<sup>1205</sup>.

A mayor abundamiento, cabe señalar que el criterio expuesto se ve especialmente reforzado en aquellas delegaciones que se efectúen con motivo de una “emergencia pública”, pues, como dijimos al analizar cómo debe computarse el plazo para que el Jefe de Gabinete remita los DNU a la CBP, ante una situación de emergencia resulta más que razonable que el Poder Legislativo intervenga lo más prontamente posible, lo que se logra, precisamente, entendiendo que el plazo de 10 días debe computarse en días corridos, pues esta interpretación es la que mejor se ajusta a las necesidades de la emergencia.

*Cabe concluir, entonces, que los decretos delegados que emita el Poder Ejecutivo, luego ser refrendados tanto por el Ministro del área como por el Jefe de Gabinete, deben ser remitidos por el Presidente de la Nación a la CBP dentro del plazo de diez días que, a nuestro entender, deben computarse en días corridos.*

---

<sup>1204</sup> En igual sentido: BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 560, nota al pie N° 30.

<sup>1205</sup> CSJN, 10/05/2005, “Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición”, Fallos 328:1268; CSJN, 29/09/1998, “Cancela, Omar Jesús c/ Artear SAI. y otros”, Fallos 321:2637; CSJN, 26/12/1996, “Monges, Analía M. c/ UBA. – resol. 2314/95”, Fallos 319:3148, entre muchos otros.

5.2.6.2.- Por otra parte, en caso de aceptarse la delegación legislativa a favor de órganos y entes distintos del Poder Ejecutivo –es decir, lo que se denomina delegación de segundo grado– parecería ser que, al no tratarse de *decretos* –pues, insistimos, aquella denominación se limita exclusivamente a los actos emitidos por el PEN–, el refrendo del Jefe de Gabinete y el posterior control de la CBP no serían, en principio, necesarios.

Distinto sería el caso en el que la delegación legislativa fuera realizada en el Presidente de la Nación y este, a su vez, efectuara una *subdelegación* a favor de un órgano subordinado e, incluso, de algún ente actuante en su jurisdicción pues, en tal supuesto, como la norma delegada-subdelegante se instrumenta por medio un *decreto*, este debe ser refrendado por el Jefe de Gabinete y enviado a la Comisión Bicameral Permanente.

#### 5.2.7.) *El control del Congreso: la Ley N° 26.122. Remisión*

5.2.7.1.- El procedimiento de control ante la Comisión Bicameral Permanente y el Congreso fue regulado por la Ley N° 26.122, a la que nos referiremos en el Capítulo X de esta tesis. Por tanto, allí nos remitimos.

5.2.7.2.- Sin perjuicio de ello, y al igual que lo hemos señalado en el punto N° 4.3.4. de este Capítulo para los DNU, cabe destacar que si bien podría sostenerse que como los reglamentos delegados están sometidos al control legislativo, se trata de una norma con sustancia legislativa y, por consiguiente, producto de la *función legislativa*, lo cierto es que ello no resulta acertado.

Es que, teniendo en consideración los conceptos de función legislativa, administrativa y judicial que hemos brindado al adherir al criterio mixto para delimitar las funciones jurídicas del Estado (ver punto N° 2.3. del Capítulo I), debe concluirse que los *reglamentos delegados* son producto de la *función administrativa* pues, en definitiva, con su dictado el Poder Ejecutivo regula *per se* y con arreglo a los límites constitucionales previstos en el art. 76, actividades que le son *propias* pero que, sin embargo, por incidir sobre la esfera jurídica de los administrados requieren, para su desarrollo, de sustento

normativo legal<sup>1206</sup>.

Así, pues, el art. 76 de la Constitución de la Nación y la Ley N° 26.122 –que regula, en lo que aquí interesa, el régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia y de delegación legislativa–, no hicieron más que reglamentar una competencia propia del Poder Ejecutivo pero que “*deben, sin embargo, disciplinarse por ley formal en tanto afectan derechos individuales o bien corresponden a materias específicamente asignadas por la Constitución al Congreso*”<sup>1207</sup>.

---

<sup>1206</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 267 y, más recientemente, COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 50.

<sup>1207</sup> Ibidem. En igual sentido: MATA, Ismael, “Facultades reglamentarias de las autoridades reguladoras...”, op. cit., p. 97; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 548, especialmente nota N° 1195; IVANEGA, Miriam M., “Consideraciones generales acerca de los reglamentos administrativos...”, op. cit., p. 289, entre otros.

## QUINTA PARTE

## LOS REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS Y LA LEY N° 26.122

## CAPÍTULO X

LA LEY 26.122 Y SU IMPACTO EN LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD Y  
URGENCIA Y LOS REGLAMENTOS DELEGADOS**1.) Introducción**

1.1.- En el Capítulo anterior hemos visto que, a diferencia de lo que sucede con los reglamentos de ejecución y los autónomos, la Constitución de la Nación expresamente prevé que los decretos delegados y los de necesidad y urgencia han de estar sometidos al control de una Comisión Bicameral Permanente y del Congreso.

En relación con los DNU, destacamos que, según surge de la Constitución nacional (art. 99, inc. 3°), aquel debe ser decidido en acuerdo general de ministros, los que deben refrendarlo juntamente con el Jefe de Gabinete quien, a su vez, personalmente y dentro de los diez días (que, en nuestra opinión, deben computarse como días corridos, hábiles e inhábiles), debe someterlo a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.

Por otra parte, en el caso de los decretos delegados (e independientemente de la viabilidad jurídica de aceptar o no la posibilidad de que la ley delegante transfiera la competencia materialmente legislativa a un órgano diferente del Poder Ejecutivo – delegación de segundo grado– o, en su caso, que el PEN subdelegue aquella potestad, lo que se analizó en los puntos N° 5.2.4. y 5.2.5. del Capítulo IX, respectivamente), precisamos que, según el art. 100, primera parte y 100, inc. 12 de la Constitución nacional, aquellos deben ser refrendados por el Ministro del área, por el Jefe de Gabinete y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente.

Asimismo, anticipamos que si bien en materia de decretos delegados la Constitución de la Nación no identifica quién ha de ser el que debe elevarlos a la CBP ni en qué plazo, la Ley N° 26.122 que aquí analizaremos establece que el responsable de su remisión es el Poder Ejecutivo y dentro del plazo de los diez días de su emisión (cfr. art. 12), término que, a nuestro entender, debe computarse en días corridos.

1.2.- Pues bien, la Ley N° 26.122 a la que hemos hecho referencia en varias oportunidades a lo largo de esta tesis –sancionada el 20/7/2006 y promulgada el 27/7/2006, es decir, doce años después de la reforma constitucional de 1994– aprobó el régimen legal de los *decretos* de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes<sup>1208</sup>.

Tal como precisaran SANTIAGO y VERAMENDI, se trata de una norma que impacta en todas las disciplinas del derecho, puesto que precisa los mecanismos de creación legislativa aplicable a gran parte de nuestro ordenamiento jurídico y, a su vez, porque regula las relaciones del Poder Ejecutivo con el Congreso en materia de potestades materialmente legislativas, juzgando la legitimidad de estas<sup>1209</sup>.

Como lo hemos anticipado en el Capítulo anterior, la Ley N° 26.122 se refiere únicamente a los *decretos*, es decir, a los actos administrativos –de alcance general o particular– emitidos por el Poder Ejecutivo de la Nación.

De ese modo, si bien todo DNU necesariamente estará sometido al control Congresual previsto en la Ley N° 26.122 (pues, como vimos, en nuestro sistema constitucional el único órgano habilitado para dictar esta clase de decretos es el Presidente la Nación), lo cierto es que el procedimiento previsto en la citada Ley no será de aplicación a todas aquellas otras normas que son producto de la delegación directa de facultades en órganos o entes distintos del Presidente (esto es, en los supuestos de delegaciones de segundo grado), pues se estará en presencia de “decisiones administrativas”, “resoluciones”, etc., y no ante *decretos*.

Asimismo, si bien la Ley N° 26.122 será de aplicación para los *decretos* que emita el Poder Ejecutivo *subdelegando* el ejercicio de las atribuciones que le fueron delegadas por el Congreso a otro órgano o ente dependiente de él (pues la norma delegada-subdelegante se instrumenta por medio un *decreto*), lo cierto es que las normas que aquellos órganos o entes emitan como consecuencia de aquella subdelegación estarán, al menos en el

---

<sup>1208</sup> Como se ve, los decretos autónomos y ejecutivos no están alcanzados por el control legislativo regulado en la Ley N° 26.122.

<sup>1209</sup> SANTIAGO, Alfonso – VERAMENDI, Enrique, “Una norma decisiva...”, op. cit.

régimen jurídico actual— exentas del control previsto en la mencionada Ley<sup>1210</sup>.

Lo anteriormente expuesto nos lleva a sostener que, eventualmente, en caso de modificarse la norma en comentario, sería necesario adecuar el texto legal a las situaciones antes descriptas, de modo tal que aquellas no queden exentas del control Congresual<sup>1211</sup>.

1.3.- El hecho de que, como dijimos, la Ley N° 26.122 haya sido sancionada doce años después de la reforma constitucional de 1994, llevó a que parte de la doctrina<sup>1212</sup> y algunos ministros de la CSJN consideren que los DNU dictados hasta aquella fecha debían ser reputados como nulos y de nulidad absoluta.

En ese sentido, en uno de los votos en disidencia recaídos en la causa “Rodríguez” se sostuvo que, *“la validez y vigencia de las disposiciones legislativas emitidas por el Poder Ejecutivo está condicionada a su contralor por el Congreso. De tal modo, sin la ley especial que lo regule ni la Comisión Bicameral que lo recepte y dictamine sobre su procedencia, el acto del Poder Ejecutivo carece de fuerza normativa”*<sup>1213</sup>.

Por su parte, el ministro Petracchi ha sostenido que mientras no se cumpliera con la *“subetapa legislativa”* en la cual interviene la Comisión Bicameral Permanente (a la que compete formular despacho y elevarlo al plenario de cada cámara), y se dictara la *“ley especial”* que solucionara las cuestiones *“formales y sustanciales”* atinentes al trámite y alcances de la intervención del Congreso, todos los DNU que el Poder Ejecutivo dictara

---

<sup>1210</sup> En igual sentido: SANTIAGO, Alfonso – VERAMENDI, Enrique, “Una norma decisiva...”, op. cit.; SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Constitucional*, op. cit., Tomo 2, p. 399; CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *La delegación legislativa y el Estado regulatorio...*, op. cit., p. 104 y 229/231; SANTIAGO, Alfonso (h)– VERAMENDI, Enrique – CASTRO VIDELA, Santiago M., *El control del Congreso...*, op. cit., p. 125, entre otros.

<sup>1211</sup> En igual sentido: SANTIAGO, Alfonso – VERAMENDI, Enrique, “Una norma decisiva...”, op. cit.; CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *La delegación legislativa y el Estado regulatorio...*, op. cit., p. 296 y ss.

<sup>1212</sup> En esa línea de pensamiento, BIDART CAMPOS argumentaba que al ser inconstitucional saltar las etapas previas a la intervención final del Congreso (refiriéndose a la intervención de la Comisión Bicameral Permanente), también debía serlo el dictar DNU (BIDART CAMPOS, Germán, “Los decretos de necesidad y urgencia”, LL 2001–A, 1114, acápite 5). En igual sentido VIDAL QUERA, Gastón en *“Decretos de necesidad y urgencia y decretos dictados en uso de facultades delegadas: ¿y el control de la Comisión Bicameral Permanente?”*, ED 206–949.

<sup>1213</sup> CSJN, 17/12/1997, “Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c. Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 320:2851, voto en disidencia del ministro Fayt, considerando 20.



debían considerarse inválidos<sup>1214</sup>.

1.3.1.- En nuestra opinión, creemos que al igual que lo ha entendido la CSJN, la omisión por parte del Poder Legislativo en cumplir con el precepto constitucional no podía en modo alguno impedir que el Poder Ejecutivo dictara DNU.

Entendemos que una interpretación en contrario importaría privarle al Poder Ejecutivo el ejercicio de una potestad inherente expresamente reconocida en el texto constitucional y, con ello, lograr restaurar el interés público comprometido durante circunstancias “*excepcionales*”, “*necesarias y urgentes*”.

En la referenciada causa “Rodríguez”, la propia CSJN estableció que si bien es cierto que el artículo 99, inc. 3° de la Constitución nacional prevé un control parlamentario para el dictado de un DNU, aquél “*no se encuentra subordinado en su operatividad a la sanción de la ley (...) ni a la creación de la Comisión Bicameral Permanente pues, de lo contrario, la mera omisión legislativa importaría privar “sine die” al titular del Poder Ejecutivo Nacional de una facultad conferida por el constituyente*”<sup>1215</sup>.

En definitiva, si uno de los rasgos característicos de nuestro derecho es el reconocimiento de que la Constitución está dotada de *fuerza normativa* y de *eficacia vinculante*, debemos concluir que aquella es una norma jurídica con fuerza vinculante inmediata que no requiere de la interposición de ningún otro acto jurídico –v.gr., Ley– para producir efectos directos<sup>1216</sup>.

---

<sup>1214</sup> CSJN, 19/08/1999, “Verrocchi, Ezio D. c. Administración Nac. de Aduanas”, Fallos 322:1726, voto del ministro Petracchi, considerando 12 y ss. En este sentido, Petracchi fue siempre fiel a su postura (cfr. CSJN, 02/06/2000, “Guida, Liliana c. Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 323:1566, voto en disidencia del ministro Petracchi, considerando 7 en donde se remite a lo resuelto en la causa “Verrocchi”; Ver, también, CSJN, 02/08/2000, “Risolia de Ocampo, María J. c. Rojas, Julio C. y otros.”, Fallos 323:1934, donde el ministro Petracchi se remite, nuevamente, a lo resuelto en la causa “Verrocchi”).

<sup>1215</sup> CSJN, 17/12/1997, “Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c. Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 320:2851, considerando 13.

<sup>1216</sup> Así, se sostuvo que fuerza de aplicabilidad inmediata y directa quiere decir que la Constitución no supedita su cumplimiento a la intermediación indispensable de los órganos de poder. Si la Constitución es norma y tiene fuerza normativa todos los órganos de poder quedan exigidos a aplicarla, cumplirla, no violarla, cada uno en el área de su propia competencia (BIDART CAMPOS, Germán, *La Constitución y su fuerza normativa*, EDIAR, Buenos Aires, 1995, p. 59).

Sobre la cuestión, resulta por demás interesante lo resuelto por la CSJN en un caso reciente en el tiempo, donde señaló, con cita de BIDART CAMPOS, que “*la Constitución Nacional ´asume el carácter de una norma jurídica que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no*

1.4.- La Ley N° 26.122, que ha sido objeto de duras críticas por parte de la doctrina<sup>1217</sup> y causado una grave preocupación en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires<sup>1218</sup>, está dividida en cuatro (4) títulos y consta de un total de veintiocho (28) artículos.

En el título primero, art. 1° se precisa que su objeto es “*regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos que dicta el Poder Ejecutivo: a) De necesidad y urgencia; b) Por delegación legislativa; c) De promulgación de leyes*”.

Conforme surge del precitado artículo, la Ley N° 26.122 se encarga de regular los alcances y límites del Congreso respecto de los decretos dictados por el Poder Ejecutivo nacional por delegación legislativa –contenidos en el artículo 76 de la Constitución –, la promulgación (parcial) de las leyes –consagrada en el artículo 80 de la Constitución– y, finalmente, la emisión de los decretos de necesidad y urgencia contenidos en el artículo 99, inc. 3 de la Constitución.

El título segundo de la ley dedica nueve artículos a la Comisión Bicameral Permanente (en adelante, CBP) en donde regula, entre otras cosas, cuál va a ser su régimen jurídico, cuánto tiempo van a durar en el cargo las autoridades que la integran y cómo va a ser su funcionamiento.

Por su parte, el artículo 10 (Título III, Capítulo I) versa sobre el dictamen de la CBP y, el Capítulo IV, dedica doce artículos al trámite parlamentario que se aplicará tanto a los DNUs como a la promulgación parcial de leyes y a la delegación legislativa (art. 16).

---

*ilusorios, sobre todo cuando [...] se encuentra en debate un derecho humano. (Fallos: 327:3677, considerando 8°). En consecuencia, la Constitución obliga y vincula porque tiene vigor normativo” (CSJN, 26/12/2019, “P., S. M. y otro s/ homicidio simple”, Fallos 342:2389).*

<sup>1217</sup> PÉREZ SAMMARTINO, Osvaldo A, “La reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia. Un remedio peor que la enfermedad”, La Ley, Sup. Act. 17/08/2006; LON, Félix V., “Peor el remedio que la enfermedad”, La Nación, 14/09/2006.

<sup>1218</sup> ED, 219–1039; Columna de Opiniones y Documentos.

## **2.) La Comisión Bicameral Permanente**

Liminarmente debemos señalar que la Comisión Bicameral Permanente fue formalmente creada por la Constitución de la Nación en 1994 y que la Ley N° 26.122, al referirse a ella en su título II, regula todo lo relacionado con la CBP a la que aluden los arts. 99, inc. 3°, y 100, incs. 12 y 13 de la Constitución nacional.

### **2.1.) Ámbito temporal de actuación**

2.1.1.- Uno de los interrogantes que se han planteado en relación con la actuación de la CBP es si debe limitar su actuación a los decretos dictados a partir de la sanción de la ley o si, por el contrario, debe expedirse respecto de aquellos que han sido emitidos con anterioridad.

2.1.2.- Sin perjuicio de que la ley no contiene una regulación específica sobre la cuestión, SANTIAGO y VERAMENDI, han señalado que todos aquellos que fueron “*dictados desde la entrada en vigencia de la reforma de 1994, que no hayan sido objeto de ratificación o rechazo por parte del Congreso, resultan alcanzados por el nuevo régimen de control legislativo*”<sup>1219</sup>.

Según aquellos autores, la falta de reglamentación de la CBP no es argumento válido suficiente para excluir a los decretos del control legislativo previsto en la ley N° 26122 en cumplimiento del mandato constitucional, pero, no obstante, reconocen que sería “*poco realista imponerle a la Comisión que emita dictamen sobre todos esos decretos en el plazo de diez días establecido en el art. 18 de la ley*”.

2.1.3.- Por nuestra parte creemos que, al igual que lo han sostenido los precitados juristas, la demora incurrida por parte del poder legislativo para poner en marcha la Comisión no es óbice suficiente para excluir a los DNU dictados con anterioridad a su integración del control previsto por nuestra Carta Magna.

---

<sup>1219</sup> SANTIAGO, Alfonso – VERAMENDI, Enrique, “Una norma decisiva...”, op. cit.

En esa inteligencia, y toda vez que sería materialmente imposible que la CBP se expida acerca de todos los DNU dictados con anterioridad a la Ley N° 26.122 en el plazo de diez días estipulado en su art. 18, estimamos necesario que se adopten los mecanismos pertinentes para lograr aquel objetivo, ora modificando la ley, ora complementándola, puesto que esta alternativa brinda mayor seguridad jurídica a que el “*Congreso resuelva disponer una aprobación genérica o ‘en bloque’ de todos los decretos de necesidad y urgencia, delegados y de promulgación parcial de leyes dictados desde 1994 hasta la promulgación de la ley 26122*”<sup>1220</sup>.

## 2.2.) Integración y régimen jurídico

2.2.1.- En relación con la integración de la CBP, cabe recordar que, conforme lo exige el artículo 99, inc. 3° de la Constitución, aquella debe estar conformada de manera tal que respete “*la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara*” lo que importa, como apuntaba GELLI tanto antes<sup>1221</sup> como después de la sanción de la Ley N° 26.122<sup>1222</sup>, que tendría que estar integrada por un 50% de miembros de la Cámara de Diputados y otro 50% por miembros de la Cámara de Senadores.

La ley dispone que la CBP estará integrada por ocho diputados y ocho senadores designados por el presidente de sus respectivas cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios, respetando la proporción de las representaciones políticas (art. 3°), los que duran en el ejercicio de sus funciones hasta la siguiente renovación de la cámara a la que pertenecen, pudiendo ser reelectos (art. 4°). La comisión debe elegir anualmente un presidente, un vicepresidente y un secretario, los que también pueden ser reelectos, siendo la presidencia alternativa y correspondiendo un año a cada cámara (art. 5°).

2.2.2.- Al analizar la cantidad de miembros de la CBP, algunos autores sostuvieron que el total de 16 legisladores –esto es, ocho diputados y ocho senadores–, no es lo

---

<sup>1220</sup> Idem.

<sup>1221</sup> GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 3° edición ampliada y actualizada, La ley, Buenos Aires, 2005, p. 836.

<sup>1222</sup> GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 4° edición ampliada y actualizada, La ley, Buenos Aires, 2009, Tomo 2, p. 384.

suficientemente elevado como para respetar las proporciones políticas de cada Cámara, dando lugar a la intervención de los partidos políticos minoritarios<sup>1223</sup>.

2.2.3.- Creemos que resultaría desacertado interpretar el texto constitucional como una *garantía de respeto absoluto* de las proporciones de todas las minorías, toda vez que sería prácticamente imposible conformar una CBP compuesta con por lo menos un representante de cada partido político y que sea, al mismo tiempo, lo suficientemente eficiente como para expedir su dictamen con la celeridad y agilidad que, por ejemplo, las circunstancias excepcionales alegadas en un DNU requieren.

La dilatada multiplicidad de opiniones generaría largos debates en la Comisión que atenderían, sin duda, con la celeridad que el trámite de ciertos decretos requiere –v.gr.: DNUs–.

Entendemos que lo verdaderamente importante es la representación de las principales minorías y, en ese sentido, estimamos que, en principio, la cifra de 16 legisladores resulta razonable, lo que no quita que éste pueda aumentarse en un número tal que no perjudique la pronta emisión del dictamen<sup>1224</sup>.

2.2.4.- En relación con su funcionamiento interno, la ley dispone que la comisión debe dictarse su reglamento de acuerdo con las disposiciones de aquella<sup>1225</sup> y, ante una falta de

---

<sup>1223</sup> BAEZA, Carlos R., “República y división de poderes. A propósito de las leyes reglamentarias de los decretos de necesidad y urgencia; delegación legislativa y Consejo de la Magistratura”, El Dial – DC9A8, Publicado el: 18/09/2006. En similar sentido, LOÑ, Félix R., “El debate sobre la reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia”, El Dial – DC921, Publicado el: 03/07/2006; GENTILE, Horacio J., “El Poder Ejecutivo como legislador”, LNC 2008-7-768.

<sup>1224</sup> Por su parte, SANTIAGO – VERAMENDI han señalado que “un número mayor de integrantes habría asegurado la presencia, en la Comisión, de representantes de distintas fuerzas políticas, lo cual contribuiría a una perspectiva más plural y abarcativa de los diferentes sectores de la sociedad” agregando, también, “el nivel de fragmentación de la representación política de las Cámaras es una variable que se modifica de acuerdo con criterios que trascienden la regulación jurídica. Así como una Comisión de treinta miembros se presenta, en el escenario actual, como más susceptible de representar a las distintas fuerzas existentes en las Cámaras que una de dieciséis integrantes, no es posible descartar que en un futuro pudiere argüirse que ni siquiera con una Comisión de treinta legisladores se garantizaría esa representatividad” (SANTIAGO, Alfonso – VERAMENDI, “Una norma decisiva...”, op. cit.).

<sup>1225</sup> El reglamento interno fue dictado el 1º de noviembre de 2006 y está disponible en el sitio oficial de la Comisión Bicameral Permanente: [https://www.diputados.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbtlegislativo/Reglamento\\_Bicameral\\_Permanente\\_de\\_Trxmite\\_Legislativo\\_Ley\\_26.122-convertido.pdf](https://www.diputados.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbtlegislativo/Reglamento_Bicameral_Permanente_de_Trxmite_Legislativo_Ley_26.122-convertido.pdf), consultado por última vez el 04/03/2021.

previsión y en todo aquello que sea procedente, serán de aplicación supletoria los reglamentos de las Cámaras de Senadores y Diputados, prevaleciendo el reglamento del cuerpo que ejerza la presidencia durante el año en que es requerida la aplicación subsidiaria (art. 9°).

Paralelamente, la norma en comentario prevé que la comisión sesiona cuando cuenta con la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros y que cumple funciones aun durante el receso del Congreso de la Nación (art. 6°).

En cuanto a los dictámenes que debe emitir, éstos se conforman con la firma de la mayoría absoluta de sus miembros y, en caso de que haya más de un dictamen con igual número de firmas, el dictamen de mayoría es el que lleva la firma del presidente (art. 8°).

### 2.3.) Plazo para que la Comisión Bicameral Permanente se expida

2.3.1.- Como hemos visto al comienzo de este Capítulo y en los puntos N° 4.3.4. y 5.2.7. del Capítulo IX de esta tesis, en el caso de los DNU, según el art. 99. inc. 3° de la Constitución nacional, el Jefe de Gabinete tiene diez días (que, reiteramos, en nuestra opinión de computarse como días corridos) para remitirlos a consideración de la CBP y, en el caso de los decretos delegados, si bien la Constitución no ha identificado quién ha de ser el que debe elevarlos a la CBP ni en qué plazo, el art. 12 de la Ley N° 26.122 estableció que el responsable de su remisión es el Poder Ejecutivo y dentro del plazo de los diez días de su emisión (término que, a nuestro entender, también debe computarse en días corridos).

A su vez, según el art. 18 de la Ley N° 26.122 si el Jefe de Gabinete (o, agregamos nosotros, el Poder Ejecutivo para el caso de los decretos delegados) no remitiere los decretos en aquel plazo, la CBP “*se abocará de oficio a su tratamiento*”.

2.3.2.- Pues bien, la Ley N° 26.122, en línea con lo previsto en el texto constitucional para los DNU, reiteró que la CBP debe emitir su dictamen en el plazo de diez días y elevarlo al plenario de cada una de las Cámaras (art. 19).

Al respecto, es dable destacar, en primer lugar, que los diez días que tiene la CBP

para expedirse se computan, por expreso imperativo legal, en días *hábiles* y, en segundo término, que aquel plazo comenzará a correr “*desde la presentación efectuada por el Jefe de Gabinete*” (o, agregamos nosotros, por el Poder Ejecutivo para el caso de los decretos delegados).

Finalmente, en aquellos supuestos en los que el Jefe de Gabinete o el Poder Ejecutivo no hubieren remitido los decretos a consideración de la CBP en el plazo correspondiente (es decir, dentro de los diez días *corridos* de su dictado), el cómputo de los diez días *hábiles* para que la CBP se expida “*se contará a partir del vencimiento del término establecido para la presentación del jefe de gabinete*” (o, en su caso, del Poder Ejecutivo para el caso de los decretos delegados).

#### 2.4.) Alcance del Dictamen de la Comisión Bicameral Permanente

2.4.1.- Tanto para los DNU como para los decretos delegados, la ley dispone que la CBP debe expedirse “*acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento*” contemplando, a su vez, la posibilidad de que la comisión, para poder emitir su dictamen, consulte a las comisiones permanentes competentes en función de la materia (art. 10 y 13, respectivamente).

Asimismo, en los citados artículos se establece, para el caso de los DNU, que “*el dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado*” y, para los decretos delegados, que “*el dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la procedencia formal y la adecuación del decreto a la materia y a las bases de la delegación, y al plazo fijado para su ejercicio*”.

De tal forma, según se desprende de la literalidad de la ley, la comisión solo puede pronunciarse sobre la “*validez o invalidez del decreto*”, de modo que, en esta inteligencia, quedarían fuera de examen las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por el Poder Ejecutivo para el dictado del decreto<sup>1226</sup>.

---

<sup>1226</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 73. En similar sentido: SANTIAGO, Alfonso – VERAMENDI, Enrique, “Una norma decisiva...”, op. cit. y, luego, en SANTIAGO, Alfonso (h)– VERAMENDI, Enrique – CASTRO VIDELA, Santiago M., *El control del Congreso...*, op. cit., p. 132. Cabe destacar, no obstante, que



2.4.2.- Sin perjuicio de la opinión que puedan merecer estas últimas apreciaciones en el ámbito doctrinario, lo cierto es que debido a que el dictamen expedido por la CBP no posee fuerza vinculante respecto del Congreso, en el sentido de que no lo obliga a pronunciarse de igual manera<sup>1227</sup>, estimamos que resulta de mayor trascendencia detenerse a realizar el mismo análisis pero con relación a las resoluciones emitidas por el Congreso, habida cuenta de que éste es quien tiene, en el ámbito del Poder Legislativo, la última palabra respecto de la validez o invalidez de los decretos.

### **3.) El control a cargo de las Cámaras del Congreso**

#### **3.1.) Alcance del control de las Cámaras del Congreso**

3.1.1.- Aun cuando la Ley N° 26.122 no establece expresamente si el Congreso está facultado para resolver respecto de la oportunidad y conveniencia del DNU o del decreto delegado, entendemos que, de realizarse una interpretación netamente exegética, teniendo en cuenta la estructura funcional de la ley, lo establecido en relación con el dictamen de la CBP y lo dispuesto en el art. 23<sup>1228</sup> de la ley, podría interpretarse que el Congreso también estaría limitado al control de legalidad de los decretos.

3.1.2.- Sobre la cuestión, haciendo referencia a los DNU, diversos autores han

---

según estos últimos autores “*la exclusión del control de oportunidad puede no ser absoluta o plena en el caso los decretos delegados, en cuanto se trate de determinar su adecuación a las ‘bases’ fijadas en la ley de delegación. Este examen, en principio formal, puede aproximarse bastante a un control de mérito cuando las ‘bases’ de la delegación remiten a criterios extrajurídicos (por ejemplo, económicos), como con frecuencia ocurre*”.

<sup>1227</sup> BADENI, Gregorio, *Tratado...*, op. cit., Tomo III, p. 444; GELLI, María A., *Constitución...*, op. cit., Tomo 2, p. 369; DE LA RIVA, Ignacio M., “El control de los decretos legislativos...”, op. cit., p. 513; SANTIAGO, Alfonso – VERAMENDI, Enrique, “Una norma decisiva...”, op. cit. y, luego, en SANTIAGO, Alfonso (h) – VERAMENDI, Enrique – CASTRO VIDELA, Santiago M., *El control del Congreso...*, op. cit., p. 84; ROSATTI, Horacio, *Tratado de derecho constitucional*, 2° Edición ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, Tomo II, p. 421. El último autor citado sostiene que “*no siendo el dictamen de la CBP vinculante, cada Cámara puede apartarse de lo por aquella resuelto, y uno de los motivos del apartamiento puede consistir en la ponderación de factores no considerados por la CBP, tales como el mérito o la conveniencia del dictado del decisorio*”

<sup>1228</sup> Según el art. 23 de la Ley N° 26.122, “*las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes*”.

sostenido que el Congreso no debe limitarse –como lo hace la CBP– a evaluar si aquel fue dictado conforme a los requisitos formales y sustanciales impuestos por el texto constitucional sino que, además, “*debe examinar la oportunidad, mérito y conveniencia de las medidas adoptadas, aprobando o reprobando la actuación del Poder Ejecutivo*”<sup>1229</sup> habida cuenta de que, como señala BADENI<sup>1230</sup>, “*al Congreso, como titular constitucional de la labor legisferante, no sólo le interesa el cumplimiento de los recaudos formales por un decreto de necesidad y urgencia o un acto de legislación delegada, sino también el contenido del documento jurídico en orden a su oportunidad y conveniencia*”.

Del mismo modo, ROSATTI precisó que, a su entender, “*el pleno de cada Cámara, al analizar el pronunciamiento de la CBP, puede ingresar en la consideración de todos los aspectos que crea necesarios, incluyendo –desde ya– los vinculados con la oportunidad, mérito o conveniencia de la decisión tomada por el Ejecutivo. No siendo el dictamen de la CBP vinculante, cada Cámara puede apartarse de lo por aquélla resuelto, y uno de los motivos del apartamiento puede consistir en la ponderación de factores no considerados por la CBP, tales como el mérito o la conveniencia del dictado del decisorio*”<sup>1231</sup>.

Por otra parte, si bien en un comienzo autores como SANTIAGO y VERAMENDI habían sostenido que el control de la oportunidad, mérito y conveniencia no resultaba procedente para los casos de los decretos delegados y si para los DNU<sup>1232</sup>, posteriormente en una

---

<sup>1229</sup> Así lo sostuvo GELLI tanto antes como después de la sanción de la Ley N° 26122 (ver GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 3° edición ampliada y actualizada, La ley, Buenos Aires, 2005, p. 837 y GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 4° edición ampliada y actualizada, La ley, Buenos Aires, 2009, Tomo 2, p. 369, respectivamente).

<sup>1230</sup> BADENI, Gregorio, *Tratado...*, op. cit., Tomo III, p. 393.

<sup>1231</sup> ROSATTI, Horacio, *Tratado de derecho...*, op. cit., Tomo II, p. 421.

<sup>1232</sup> Los autores citados habían entendido, como destacamos en el texto, que el control de la oportunidad, mérito y conveniencia no procede en los casos de los decretos de promulgación parcial de leyes y los decretos delegados. En el primer caso, por cuanto “*el Congreso ya intervino previamente al sancionar el proyecto parcialmente promulgado por el Poder Ejecutivo –y– la Constitución lo faculta a insistir con el proyecto originario, para lo cual deberá reunir las mayorías especiales requeridas*” y, en el supuesto de los decretos delegados, porque “*el propio Congreso ha delegado previamente su potestad de regulación en el Poder Ejecutivo (...) Si el Congreso no comparte el criterio del presidente deberá derogar el decreto mediante el dictado de una ley, e Incluso retomar las facultades delegadas*”. No obstante, sí admiten aquel control para el caso de los DNU, por cuanto éstos contienen “*una regulación dispuesta por el presidente a título propio, sin otras limitaciones que las que prevé la propia Constitución*” (SANTIAGO, Alfonso – VERAMENDI, Enrique, “Una norma decisiva...”, op. cit.).

obra conjunta con CASTRO VIDELA, precisaron que “*no existen limitaciones de orden constitucional o legal que impidan que las Cámaras del Congreso lleven adelante un control de oportunidad, mérito o conveniencia en relación con las distintas categorías de decretos sometidos al control legislativo*” y que, por tanto, “*no es posible postular que, en caso de ingresar las Cámaras en un control de esa naturaleza en relación con decretos de promulgación parcial de leyes o con decretos delegados, y decidir con ese fundamento el rechazo del decreto respectivo, habría una actuación inconstitucional o ilegal que pueda dar lugar a la anulación de la resolución así dictada, más allá de la funcionalidad que esa práctica pueda tener en la relación entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo*”<sup>1233</sup>.

3.1.3.- A nuestro juicio, adhiriendo a la posición sustentada por los referidos autores, estimamos que tanto en el caso de los DNU como de los decretos delegados, el Congreso no solo debería expedirse respecto del cumplimiento de los requisitos constitucionales sino que, también, puede –y debe– evaluar el mérito, la oportunidad o la conveniencia del decreto emitido por el Poder Ejecutivo.

A mayor abundamiento, en el caso de los DNU, cabe señalar que si bien es cierto que ante circunstancias excepcionales que requieren de respuestas urgentes no susceptibles de ser afrontadas mediante el trámite previsto por la Constitución nacional para la sanción de las leyes, el dictado de un decreto de necesidad y urgencia constituye una facultad *propia, originaria* y, por ende, *inherente* al Poder Ejecutivo que la Constitución le *reconoce* en el art. 99 inc. 3°, lo cierto es que aquella potestad le es *propia inicialmente*, razón por la cual el Congreso, una vez que ha tomado intervención, debería, en nuestra opinión, ejercer un control pleno de la norma.

### 3.2.) Prohibición de introducir enmiendas, agregados o supresiones

3.2.1.- Por lo demás, el artículo 23 mediante el cual se le prohíbe a las Cámaras del Congreso introducir enmiendas, agregados o supresiones a los decretos emitidos por el

---

<sup>1233</sup> SANTIAGO, Alfonso (h)– VERAMENDI, Enrique – CASTRO VIDELA, Santiago M., *El control del Congreso...*, op. cit., p. 144 y ss.

Poder Ejecutivo nos merece algunas breves reflexiones.

Si se tiene en cuenta que el art. 80 de la Constitución nacional le otorga al Poder Ejecutivo la facultad de promulgar parcialmente una ley que el Congreso sometió a su examen, podríamos preguntarnos por qué, en caso inverso, el Congreso debe aceptar o rechazar el texto enviado por el Poder Ejecutivo *in totum*.

Es que, como vimos en el punto anterior para el caso de los DNU, si bien es cierto que ante circunstancias excepcionales que requieren de respuestas urgentes no susceptibles de ser afrontadas mediante el trámite previsto por la CN para la sanción de las leyes, su dictado constituye una facultad *inherente, propia y originaria* del Poder Ejecutivo que la Constitución le *reconoce* en el art. 99 inc. 3º, lo cierto es que aquella potestad le es *propia inicialmente*, motivo por el cual creemos que como con su emisión se regulan materias que competen al órgano constitucional que tiene a su cargo el ejercicio normal de la función legislativa (v.gr.: Congreso), al momento de tratarlo, debería poder modificarlo<sup>1234</sup>, tal como expresamente se prevé en la Constitución de la República del Perú<sup>1235</sup>.

Aquella fue, además, la solución adoptada por el Máximo Tribunal en el caso “Peralta”, donde expresamente sostuvo que el Congreso nacional podría “*alterar o coincidir con lo resuelto*”<sup>1236</sup> por el Poder Ejecutivo mediante un decreto de necesidad y

---

<sup>1234</sup> En igual sentido: PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia...*, op. cit., p. 251 y ss.; VENTURA, Adrián, “Los decretos de necesidad y urgencia...”, op. cit., p. 198/199.

En contra puede verse: MIDÓN, Mario A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia...*, op. cit., p. 142 quien, además, ratificó su postura luego de sancionada la Ley N° 26.122 al destacar, entre otros aspectos, que “*la solución –aunque opinable– puede reputarse ajustada, porque al cerrar la posibilidad que el Congreso introduzca nuevas disposiciones al decreto que debe controlar, evitará engorrosas consecuencias como pasamos a demostrarlo*” (MIDÓN, Mario A. R., “DNU: Una ley más próxima al desencanto que a la ilusión”, en AA.VV., *El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina*, Compilador Jorge Horacio GENTILE, Fundación Konrad Adenauer, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Montevideo, 2008, p. 959 y ss.). Aquel criterio fue luego plasmado en la 2º edición corregida y actualizada de su clásica obra (MIDÓN, Mario A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia. En la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales*, 2º edición corregida y actualizada, Hammurabi, 2012, p. 215/216).

<sup>1235</sup> En efecto, y tal como mencionáramos en el punto N° 4.5. del Capítulo I, la Constitución de la República del Perú prevé en el art. 118, inc. 19, que el Presidente puede “*dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia*” (énfasis agregado).

<sup>1236</sup> CSJN, 27/12/1990, “Peralta, Luis Arcenio y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía, Banco Central s/amparo”, Fallos 313: 1513, considerando 29.

urgencia.

3.2.2.- Sin embargo, e independientemente de lo expuesto, lo cierto es que la prohibición contenida en la Ley N° 26.122 es una consecuencia lógica derivada de la modalidad en que las Cámaras del Congreso se expiden pues, como se verá en las páginas que siguen, “*las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones*”.

De todos modos, ello no obsta, claro está, a que independientemente del trámite previsto en la Ley N° 26.122, el Congreso modifique o derogue los decretos de acuerdo con el procedimiento previsto por la Constitución nacional para la sanción de las leyes<sup>1237</sup>.

Cabe tener en consideración que el art. 25 de la Ley N° 26.122 expresamente establece que “*las disposiciones de esta ley y el curso de los procedimientos en ella establecidos, no obstan al ejercicio de las potestades ordinarias del Congreso relativas a la derogación de normas de carácter legislativo emitidas por el Poder Ejecutivo*”<sup>1238</sup>.

### 3.3.) Modalidad del pronunciamiento de las Cámaras

#### *3.3.1.) La cuestión en la Ley N° 26.122*

3.3.1.- Hasta aquí hemos visto, por un lado, que ante un DNU, el Jefe de Gabinete debe, personalmente y dentro de los diez días (que, en nuestra opinión, reiteramos, deben computarse como días *corridos*), someterlo a consideración de la CBP.

Por otra parte, en el caso de los decretos delegados precisamos que del art. 100, inc. 12 de la Constitución nacional y 12 de la Ley N° 26.122, se concluye que aquellos deben ser remitidos por el Poder Ejecutivo también dentro del plazo de diez días (que, a su vez,

---

<sup>1237</sup> En igual sentido: BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 435 y 456; DE LA RIVA, Ignacio M., “El control de los decretos legislativos...”, op. cit., 514; SANTIAGO, Alfonso (h)– VERAMENDI, Enrique – CASTRO VIDELA, Santiago M., *El control del Congreso...*, op. cit., p. 140/141. Una visión crítica de lo previsto en el art. 23 puede verse en: GENTILE, Horacio J., “El Poder Ejecutivo...”, op. cit.

<sup>1238</sup> Al respecto, cabe señalar que al analizar la cláusula legal citada en el texto, un calificado sector de la doctrina sostuvo que “*aunque ese precepto solo se refiere a las potestades de ‘derogación’, a fortiori deben considerarse comprendidas las potestades de ‘modificación’ o ‘sustitución’ normativa por parte del Poder Legislativo*” (SANTIAGO, Alfonso (h)– VERAMENDI, Enrique – CASTRO VIDELA, Santiago M., *El control del Congreso...*, op. cit., p. 141).

entendemos deben computarse como días *corridos*) a la CBP.

Precisamos, también, que desde la presentación efectuada por el Jefe de Gabinete (para el supuesto de los DNU) o del Poder Ejecutivo (para el caso de los decretos delegados) la Comisión Bicameral Permanente debe emitir su dictamen en el plazo de diez días *hábiles* y elevarlo al plenario de cada una de las Cámaras (art. 19).

3.3.2.- Ahora bien, una vez que la CBP elevó el dictamen al plenario de ambas Cámaras, el art. 21 de la Ley N° 26.122 establece que estas deben darle inmediato y expreso tratamiento.

Asimismo, la Ley prevé que en aquellos casos en los que la CBP no hubiere elevado el correspondiente despacho en el plazo antes mencionado, las Cámaras deben abocarse de oficio al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate (art. 20).

Si bien tanto del texto constitucional como de la Ley N° 26.122 se extrae que las Cámaras deben proceder al inmediato y expreso tratamiento de los decretos (cfr. art. 99, inc. 3° de la Constitución y arts. 20, 21 y 22 de la Ley N° 26122), es posible advertir que<sup>1239</sup>, a diferencia de lo dispuesto en diversos ordenamientos jurídicos provinciales<sup>1240</sup>, en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>1241</sup>, en el derecho comparado<sup>1242</sup> e, incluso, en anteriores proyectos de reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente<sup>1243</sup>, la Ley no prevé el plazo dentro del cual deben pronunciarse las cámaras. Como dijimos, solo alude a que le otorgarán “*expreso e inmediato tratamiento*”.

---

<sup>1239</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 74.

<sup>1240</sup> V.gr.: San Juan (art. 157 de la Constitución), La Rioja (art. 123 inc. 12 de la Constitución), Rio Negro (art. 181 inc. 6 de la Constitución), Tucumán (art. 101 de la Constitución) y Salta (art. 145 de la Constitución), Chubut (art. 156 de la Constitución)

<sup>1241</sup> Ver art. 91 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (o, más precisamente, del “Estatuto Organizativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”).

<sup>1242</sup> Cfr.: el art. 86, inc. 2° de la Constitución española; art. 62 de la Constitución brasilera y art. 177 de la Constitución italiana.

<sup>1243</sup> Ver, por ejemplo, el proyecto de Ley N° 6876-D-00.

3.3.3.- Sí se contempla, en cambio, que las Cámaras se deben pronunciar mediante sendas resoluciones –las que serán comunicadas por su presidente al Poder Ejecutivo para su inmediata publicación en el Boletín Oficial– y que el rechazo o la aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el art. 82, CN, debiendo comunicar cada Cámara a la otra su pronunciamiento también de forma inmediata (art. 22).

3.3.4.- A su vez, como ya lo hemos mencionado, la Ley veda a las Cámaras la posibilidad de introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o el rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes (art. 23).

Si ambas Cámaras rechazan el decreto de que se trate, ello implica, como profundizaremos *infra*, su derogación de acuerdo con lo establecido en el art. 2º, Código Civil –actual art. 5º del CCCN–, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia (art. 24).

De tal forma, según el texto de la ley, únicamente sería derogado el decreto en cuestión si ambas cámaras se pronuncian expresamente rechazándolo.

*Así las cosas, entonces, cabría interpretar, siguiendo la literalidad de la norma, no solo que los decretos regulados en la Ley N° 26.122 producen efectos jurídicos desde su publicación, el día que aquel determine o, en su defecto, a partir del octavo día de su publicación<sup>1244</sup> sino, también, que la falta de pronunciamiento de las cámaras o, incluso, el silencio de una y el rechazo de la otra, o bien la negativa de una y la aprobación de la otra, no obstan a la vigencia del decreto<sup>1245</sup>.*

---

<sup>1244</sup> Ver lo expuesto en el punto N° 4 de este Capítulo.

<sup>1245</sup> Un reciente estudio refleja que desde la sanción de la Ley N° 26.122 no han existido casos en los que ambas Cámaras del Congreso de la Nación hayan coincidido en el rechazo de uno de los decretos sometidos al trámite del control legislativo. En otras palabras: desde la entrada en vigencia de la Ley N° 26.122, ningún DNU “*fue dejado sin efecto por el control del Congreso*” (SANTIAGO, Alfonso (h)– VERAMENDI, Enrique – CASTRO VIDELA, Santiago M., *El control del Congreso...*, op. cit., p. 262)



### 3.3.2.) *Los efectos del silencio de Congressional*

Como se vio en el punto anterior, la única manera de que un DNU o un decreto delegado sea “derogado” es con el rechazo *expreso* de ambas Cámaras y, por tanto, el silencio del Congreso (sea de una de las Cámaras o de ambas) no obsta a que los decretos sigan produciendo los efectos que le son propios.

De esa manera, parecería ser que al sancionarse la Ley N° 26.122, el legislador adoptó la postura de un calificado sector de la doctrina que sostenía que ante el silencio del Congreso, los decretos debían mantenerse vigentes. Veamos.

#### 3.3.2.1.) La opinión de los autores

Previo a la sanción de la Ley N° 26.122, e incluso antes de la reforma constitucional de 1994 –donde, como vimos, se *reconoció* expresamente la potestad por parte del Poder Ejecutivo de dictar DNUs–, existía un interesante debate doctrinario en relación con el efecto que debía atribuírsele al silencio del Congreso cuando, por ejemplo, frente a un DNU, aquel no se pronunciaba.

A continuación pasaremos revista, entonces, de algunas de las posturas esbozadas por la doctrina en relación con cuál debía ser el efecto del silencio congressional frente a un DNU emitido antes de la reforma constitucional de 1994 (DNUs de “*primera generación*”), como las opiniones emitidas sobre el mismo tema luego de aquella reforma (DNUs de “*segunda generación*”) y, en su caso, con posterioridad a la sanción de la Ley N° 26.122 (DNUs de “*tercera generación*”)<sup>1246</sup>.

---

<sup>1246</sup> La clasificación efectuada de los DNU la tomamos del trabajo propuesto por ARBALLO, quien distingue: a) los DNU de “primera generación” es decir, los dictados antes de la reforma constitucional de 1994; ) los DNU de “segunda generación”, esto es, los emitidos luego de la reforma constitucional pero antes de la sanción de la Ley N° 26.122 y, finalmente, c) los DNU de “tercera generación”, que son aquellos dictados después de la citada norma legal (cfr. ARBALLO, Gustavo, “‘Consumidores Argentinos’, la Corte y los DNU de segunda generación”, en <http://www.saberderecho.com/2010/05/consumidores-argentinos-la-corte-y-los.html>, consultada por última vez el 26/08/2020). En igual sentido: SANTIAGO, Alfonso (h)– VERAMENDI, Enrique – CASTRO VIDELA, Santiago M., *El control del Congreso...*, op. cit., p. 228.

### 3.3.2.1.1.) Posturas que otorgan efectos negativos al silencio del Congreso

3.3.2.1.1.1.- Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 GORDILLO había reconocido la posibilidad de que el Poder Ejecutivo emita DNUs pero, no obstante, nada sostuvo en relación con los efectos del silencio congresual<sup>1247</sup>.

Sin embargo, tanto después de aquella reforma<sup>1248</sup> como luego de sancionada la Ley N° 26.122, sostuvo que *“a falta de tratamiento y resolución legislativa, cabe entender que la decisión parlamentaria es no sostenerlo: no existe en el texto de esa norma constitucional aprobación tácita del reglamento de necesidad y urgencia (...) Antes bien y al contrario, es de clara aplicación el principio general del art. 82, pensado específica y principalmente para este supuesto”*<sup>1249</sup>.

3.3.2.1.1.2.- María Angélica GELLI, por su parte, antes de la sanción de la Ley N° 26.122 señaló que *“el silencio de las Cámaras en un plazo que se fijará breve, o el rechazo de alguna de ellas, implicará la caducidad del decreto. Como ya se dijo, el silencio del Congreso no posee efecto convalidatorio. Ello así, pues es el criterio de la Constitución acerca del proceso de sanción de leyes y, aunque en el caso de los decretos de urgencia se trata de una atribución de control por parte del Congreso, lo es en el proceso de convalidación de normas con efecto legal”*<sup>1250</sup>.

Asimismo, luego de sancionada la ley, tras ratificar el criterio antes expuesto, cuestionó la norma y señaló que *“según lo exige una interpretación razonable de los artículos 82 y 99, inc. 3° de la Constitución Nacional, se requiere que las dos Cámaras se expidan expresamente de forma inmediata acerca de la validez constitucional de los tres tipos de decretos. De resultas de esas normas constitucionales la finalidad de control*

---

<sup>1247</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1974, Tomo 1, Cap. V–38/40 y 48/49.

<sup>1248</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo. Parte General*, 3° edición, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1995, Tomo 1, Cap. VII–50/51.

<sup>1249</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, Cap. VII–33.

<sup>1250</sup> GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 3° edición ampliada y actualizada, La ley, Buenos Aires, 2005, p. 837.

–y el eventual rechazo de esos decretos– se cumple con la manifestación de desaprobación de cualquiera de las Cámaras del Congreso o con el silencio de ambas o una sola, en un plazo que necesariamente debería ser breve”<sup>1251</sup>.

3.3.2.1.1.3.- Al analizar la cuestión antes de la reforma constitucional, BADENI, tras destacar que *“la solución, por vía analógica, es la que prevé la Disposición transitoria 8 que, con referencia a los casos de delegación legislativa (art. 76 C.N.), le asigna una validez de cinco años a menos que el Congreso lo ratifique expresamente”*, apuntó que *“de todas maneras, la falta de tratamiento de la medida por el Congreso o su demora en hacerlo, jamás podría ser interpretada como una aceptación o sanción tácita”*<sup>1252</sup>.

Antes de la sanción de la Ley N° 26.122, al publicar la segunda edición de su Tratado de Derecho Constitucional, el autor recién mencionado ratificó aquella postura<sup>1253</sup> y, una vez sancionada aquella norma, se alzó en contra de la reglamentación.

En efecto, en su tercera edición del Tratado (2010), BADENI destacó que *“la ley debería prever un plazo para la manifestación expresa del Congreso y que su silencio no importa la convalidación de la norma. Ella quedaría derogada pues, como versa sobre una materia legislativa, no cabe interpretar de otro modo el silencio del Congreso. Sin embargo, el art. 22 de la ley 26.122 dispone que el rechazo o la aprobación de las Cámaras debe ser expreso. No compartimos esta solución legal porque importa mantener las prácticas vigentes donde, como el Congreso no se expide en forma inmediata, la norma dictada por el Poder Ejecutivo mantiene su vigencia. Si la legislación delegada está expresamente prohibida con las excepciones resultantes del art. 76 de la Ley Fundamental y otro tanto los decretos de necesidad y urgencia con la salvedad establecida en el art. 99, inc. 3°, de la Constitución, la falta de convalidación por el Congreso debe ser entendida como un rechazo a la norma en cuestión. Está claro que la ratificación o rectificación de la norma debe ser dispuesta por ambas Cámaras. El silencio de una de ellas o la disparidad de decisiones debe acarrear la derogación del*

---

<sup>1251</sup> GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 4° edición ampliada y actualizada, La ley, Buenos Aires, 2009, Tomo 2, p. 369 y 384/385.

<sup>1252</sup> BADENI, Gregorio, *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Ad-Hoc, 1994, p. 399.

<sup>1253</sup> BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Ley, Buenos Aires, 2004, Tomo II, p. 1261.

*decreto emitido por el presidente*”<sup>1254</sup>.

3.3.2.1.1.4.- Un análisis interesante efectuó PÉREZ HUALDE, uno de los autores nacionales que con mayor profundidad analizó la cuestión.

En su clásica obra “Decretos de necesidad y urgencia”, al analizar en profundidad los DNU de *segunda generación* –es decir, los emitidos luego de la reforma constitucional pero antes de la sanción de la Ley N° 26.122– tras señalar que “*mientras el Congreso no se pronuncia (no tiene plazo) el decreto de necesidad y urgencia está vigente y produciendo efectos jurídicos*”<sup>1255</sup>, apuntó que con la reforma constitucional de 1994, y la inclusión del art. 82, “*forzosamente debe estarse a que el silencio Legislativo se interpreta en sentido negativo y de rechazo del derecho de necesidad y urgencia*”<sup>1256</sup>.

El citado administrativista sostuvo que “*existe una gran posibilidad de que el Congreso, mediante la ‘ley especial’ que dictará sobre los decretos de necesidad y urgencia, termine de encuadrar con claridad nuestra Constitución en el mismo marco republicado de las constituciones de Italia, Brasil, España, en el sentido de imponer normativamente un plazo dentro del cual debe pronunciarse el Legislativo bajo apercibimiento de que, vencido ese plazo sin respuesta, el decreto habrá caducado automáticamente*”<sup>1257</sup>.

No obstante, continúa explicando el jurista mendocino, “*en nuestro derecho no existe tal plazo, por lo cual consideramos que el Legislativo debe pronunciarse expresamente en su primera reunión con quórum posterior a la crisis (ya sea que haya sido convocado o que se haya autoconvocado). Si no se pronuncia en forma expresa ratificándolo, con o sin modificaciones, el decreto de necesidad y urgencia, éste habrá caducado expresamente. Esto es así porque habrá desaparecido el requisito constitucional de que*

---

<sup>1254</sup> BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 3° Edición Actualizada y Ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2010, Tomo III, p. 391. En sentido similar: ROSATTI, Horacio, *Tratado de derecho...*, op. cit., Tomo II, p. 424 y ss.

<sup>1255</sup> PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia...*, op. cit., p. 232. Vale aclarar, además, que aquella obra fue elaborada sobre la base de la tesis doctoral presentada en la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza.

<sup>1256</sup> Idem, p. 244.

<sup>1257</sup> Idem, p. 244/245.

*sea imposible el empleo de los trámites ordinarios de sanción de las leyes*”<sup>1258</sup>, criterio que reiteró pocos meses después en un trabajo en el que analizó pormenorizadamente el instituto silencio del Congreso en una obra colectiva<sup>1259</sup>.

Ahora bien, luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 26.122, PÉREZ HUALDE ratificó su postura y apuntó que aquella norma “*no ha receptado la solución propuesta por las Constituciones italiana y brasileña, que imponen un plazo de noventa días; vencido éste, el decreto ley, similar a nuestro DNU, cae fulminado*” y que, por consiguiente, a su modo de ver, “*viola directamente el Artículo 82 de la Constitución Nacional que establece que ‘la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta’. Pues supone fictamente –como lo hiciera la Corte Suprema en ‘Peralta’– que, mientras no manifieste lo contrario, sea cual fuere el tiempo transcurrido y los hechos sobrevinientes, el Congreso aprueba la norma de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo*”<sup>1260</sup>.

Por último, señaló PÉREZ HUALDE que “*la ausencia de pronunciamiento por un tiempo determinado debería ser considerada como un rechazo*” y, ratificando su tradicional postura, destacó que “*dicha presunción de rechazo del DNU debe producirse desde el momento en que el Congreso se reúna con posterioridad a la medida excepcional y no se pronuncie expresamente en sentido positivo por la vigencia de la norma, pues así queda demostraba la inexistencia de la imposibilidad efectiva, la inexistencia práctica, de la posibilidad de empleo del método ordinario de elaboración de las leyes que habilitó*

---

<sup>1258</sup> Idem, p. 245. En otras palabras, para el citado jurista el plazo para expedirse está dado por la primera reunión con quórum que, si bien es un plazo indeterminado, es perfectamente determinable. En igual sentido: VENTURA, Adrián, “Los decretos de necesidad y urgencia...”, op. cit., p. 197; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina...*, op. cit., p. 593. MARIENHOFF, por su parte, como veremos luego, también había señalado que el Congreso debía ratificar o aprobar los DNU al reanudar sus sesiones, si estuviere en funcionamiento, o en el próximo período legislativo, si al momento de su dictado hubiere estado en receso pero, no obstante, entiende que si el Congreso, pudiendo rechazar el reglamento no lo hace, su actitud debe interpretarse como una aprobación virtual (ver lo expuesto en el punto N° 3.3.2.1.2.7. de este Capítulo).

<sup>1259</sup> PÉREZ HUALDE, Alejandro, “El silencio del Congreso”, en A.A.V.V., *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, en AA.VV., PÉREZ GUILHOU – SEISDEDOS – ÁBALOS DE MOSSO – BUJ MONTERO – CASTORINA DE TARQUINI – GÓMEZ SANCHÍS – KEMELMAJER DE CARLUCCI – LIVELLARA – LUNA – MARTÍNEZ – MARTÍNEZ PERONI – MORALES – PÉREZ HUALDE (A) – PÉREZ HUALDE (D. J.) – SEGOVIA (G) – SEGOVIA (J. F.), Depalma, Mendoza, 1995, p. 447 ss., especialmente p. 530.

<sup>1260</sup> PÉREZ HUALDE, Alejandro, “La Comisión Bicameral Permanente...”, op. cit., p. 838/839.

*la viabilidad constitucional de su dictado*<sup>1261</sup>.

3.3.2.1.1.5.- De modo similar, QUIROGA LAVIÉ, tanto antes<sup>1262</sup> como después de la reforma constitucional de 1994 (es decir, en relación con los DNU de *primera y segunda generación*), expresamente sostuvo que *“el silencio del Congreso o el no tratamiento implican, en consecuencia, rechazo, por directa aplicación del art. 82”* y, en línea con el pensamiento de PÉREZ HUALDE, destacó que si *“el Congreso no definiera el plazo dentro del cual deben las Cámaras tratar el decreto de necesidad y urgencia despachado por la Comisión Bicameral, hay que considerar que ello deberá producirse en la primera reunión a las cuales ellas fueron convocadas, quórum mediante, para ser tratado el tema como cuestión de preferencia”*<sup>1263</sup>.

Asimismo, cabe señalar que su postura con relación a los efectos negativos del silencio congresual fue reiterado pocos años después en una obra en conjunto con BENEDETTI y CENICACELAYA, donde enfatizó que, por aplicación del art. 82 de la Constitución nacional, *“la ausencia de pronunciamiento por el Congreso debe interpretarse como rechazo implícito, habida cuenta de que la norma recién citada sólo se refiere a la sanción como aprobación tácita o ficta. Entonces, el efecto del silencio (retardo u omisión) del Legislativo es negativo y nunca positivo o generador de efectos convalidantes (tesis llamada de la caducidad)”*<sup>1264</sup>.

3.3.2.1.1.6.- CASSAGNE, por su parte, si bien en un comienzo entendió que el silencio congresual debía ser interpretado de manera negativa, lo cierto es que con posterioridad cambió su criterio, razón por la cual analizaremos su postura en el punto que sigue.

3.3.2.1.1.7.- Conforme surge de lo expuesto, es posible advertir, en líneas generales,

---

<sup>1261</sup> Idem, p. 840.

<sup>1262</sup> QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional*, 3º edición actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 832

<sup>1263</sup> QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina...*, op. cit., p. 593.

<sup>1264</sup> QUIROGA LAVIÉ, Humberto – BENEDETTI, Miguel Ángel – CENICACELAYA, María de las Nieves, *Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 1129.

que los autores citados, a merced de una interpretación literal del art. 82 de la Constitución, entendían que como la voluntad de las Cámaras debe ser expresa, de su silencio no podría, en ningún caso, derivarse una aceptación tácita.

### 3.3.2.1.2.) Posturas que otorgan efectos positivos al silencio del Congreso

3.3.2.1.2.1.- Desde otra perspectiva, autores como COMADIRA, BARRA, CASSAGNE – en sus últimas ediciones, como ya adelantamos–, TAWIL, LINARES, VANOSSI y MARIENHOFF, entre otros, han estimado que el silencio congresual debía derivar en la aprobación tácita del DNU.

3.3.2.1.2.2.- En relación con los DNU de primera generación, es decir, aquellos emitidos antes de la reforma constitucional de 1994, el profesor COMADIRA estimaba que *“de no mediar un pronunciamiento derogatorio expreso de aquél –el Congreso– dentro de cierto lapso –que debería ser breve–, su silencio importará la aprobación tácita del Reglamento en cuestión”*<sup>1265</sup>.

Ya con la reforma constitucional de 1994 y el reconocimiento expreso del dictado de DNUs, COMADIRA ratificó su doctrina, pues señaló que el artículo 82 de la Constitución regula vínculos intralegislativos, es decir, la relación entre ambas cámaras y que, por tanto, no resulta aplicable a los DNU emanados del PEN<sup>1266</sup>.

Más aún, para este último autor, el silencio del Congreso frente a un DNU debía

---

<sup>1265</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, “Los reglamentos de necesidad y urgencia...”, op. cit. Agregaba el jurista, además, que *“otorgar significación positiva al silencio del Congreso se conjuga, además, con el efecto aprobatorio que nos inclinamos a asignar a la inercia parlamentaria frente al estado de sitio declarado durante el receso legislativo por el Poder Ejecutivo, y con el que la propia Constitución atribuye a la falta de promulgación de la ley dentro del plazo previsto por el art. 70. Es, también, un principio admitido en las relaciones interadministrativas e interorgánicas. Y su consagración por vía legal, para este caso, sería una señal importante de autodisciplina legislativa, útil para la adecuada conservación del espacio de poder conferido por la Constitución”*.

<sup>1266</sup> El autor citado no solo explica que aquel artículo se refiere a las leyes de urgencia y a las relaciones de las Cámaras entre sí, sino que, también, *“su ubicación sistemática evidencia que está referido al trámite de formación y sanción de las leyes”* (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 247. Idea que también es compartida por Guido TAWIL (TAWIL, Guido S., “Recepción constitucional de los reglamentos de necesidad y urgencia. Análisis del texto constitucional”, RAP 194:77).



interpretarse en sentido positivo, habida cuenta de que debía aplicarse analógicamente lo establecido en el artículo 80 de la Ley Suprema, en cuanto estipula que “*se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles*”.

3.3.2.1.2.3.- BARRA, por su parte, antes de la reforma constitucional de 1994 entendía que los DNU mantienen su vigencia “*hasta tanto no sean expresamente derogados por el Poder Legislativo, ya que muy bien podría ocurrir que una vez reunidas las Cámaras no se discuta el tema, no se tome ninguna decisión con respecto al reglamento que había dictado antes el órgano ejecutivo, y no por ese silencio del Congreso debe suponerse que el acto está derogado. Es más conveniente, a los efectos de la seguridad jurídica, mantener la vigencia de los actos normativos mientras no sean derogados expresamente*”<sup>1267</sup>.

Con posterioridad a la reforma, al analizar los DNU de *segunda generación* –es decir, los emitidos luego de la reforma constitucional pero antes de la sanción de la Ley N° 26.122–, el citado autor ratificó aquella postura pues destacó que, ante el silencio del Congreso, el DNU mantiene su vigencia “*lo que, además de las razones ya expuestas, fortifica la seguridad jurídica*” puesto que, de lo contrario, “*el DNU carecería totalmente de efectos prácticos, traicionándose así, con la interpretación que se cuestiona, la clara intención del constituyente. El Congreso debe, entonces, aprobar o rechazar el DNU, expresamente*”<sup>1268</sup>.

Finalmente, ya con la sanción de la Ley N° 26.122, el citado jurista reiteró su criterio, pues precisó que “*el sistema presidencialista no puede imaginarse sometido a los*

---

<sup>1267</sup> BARRA, Rodolfo C., “La potestad reglamentaria...”, op. cit., p. 23/24.

<sup>1268</sup> BARRA, Rodolfo C., “Reglamentos administrativos”, LL, 1999–F, 1034. La idea expuesta por el citado jurista fue también ratificada en BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 442. En la citada obra el autor sostuvo que la circunstancia de que el DNU mantenga su vigencia hasta tanto no sea derogado por el Congreso, “*no afecta el principio tan enérgicamente establecido por el art. 82 de la Constitución*” agregando, además, que “*si el DNU es una norma vigente por sí misma, no es que el silencio del Congreso implique un pronunciamiento tácito contrario al principio del art. 82. Por el contrario, para derogar normas vigentes y así lo es el DNU, como vimos se requiere el pronunciamiento expreso del órgano creador de la norma con fuerza derogatoria de la anterior. Si no existe tal pronunciamiento la primera norma continúa vigente, no porque haya una conformidad tácita, que no precisa, sino porque no hay disconformidad expresa*”.

*intereses de grupos políticos, incluso los intereses de los mismos legisladores oficialistas. Aquel poder de impulso tiene, entre otras manifestaciones, la de imponer decisiones normativas, como las que se expresan en los DNU, forzando la actuación del Congreso, el que (...) debe aprobar o rechazar expresamente, so pena de que, ante el silencio, el DNU mantenga su vigencia normativa. Una interpretación restrictiva de las causas justificantes de la competencia presidencial desnaturaliza el sistema y tiende a anular, en la práctica, el progreso institucional logrado con la reforma de 1994”<sup>1269</sup>.*

3.3.2.1.2.4.- Tal como adelantáramos en las páginas anteriores, CASSAGNE, en las primeras dos ediciones de su clásica obra “Derecho Administrativo” publicadas en el año 1983 y 1986, respectivamente, sostuvo, con relación a los DNU de *primera generación*, que “*la carencia de aprobación por el Poder Legislativo significa la derogación de los reglamentos de necesidad y urgencia*”<sup>1270</sup>.

Sin embargo, a partir del año 1991, y también refiriéndose a los DNU de *primera generación*, es decir, los emitidos antes de la reforma constitucional de 1994, es posible advertir una evolución en el pensamiento del autor, pues en la tercera<sup>1271</sup> y cuarta<sup>1272</sup> edición de aquella obra entendió que “*puesto en conocimiento el Congreso del dictado de un reglamento de necesidad y urgencia, puede ocurrir que éste no se pronuncie acerca de su validez o bien que sancione alguna ley cuya vigencia presuponga la de la norma emanada del Poder Ejecutivo. En estos casos, se opera su aprobación en forma tácita*”.

Aquel criterio fue ratificado en las ediciones publicadas luego de la reforma constitucional de 1994 pero antes de que entrara en vigencia la Ley N° 26.122 (DNU de *segunda generación*), pues expresamente sostuvo, en línea con el criterio expuesto por el profesor COMADIRA, que “*aun cuando no se aceptara la doctrina de la aprobación tácita, la seguridad jurídica exige que se mantenga la vigencia del decreto de necesidad y*

---

<sup>1269</sup> BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, 436.

<sup>1270</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 1° Edición y 2° Edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983 y 1986, Tomo 1, p. 143.

<sup>1271</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 3° Edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, Tomo 1, p. 116/117.

<sup>1272</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 4° Edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, Tomo 1, p. 136.

*urgencia hasta tanto él sea derogado formalmente por el Congreso o declarado inconstitucional por el Poder Judicial. De lo contrario, sería prácticamente imposible determinar la fecha de cesación de los efectos mientras dura la inactividad o las demoras del Parlamento en pronunciarse por la aprobación o el rechazo”<sup>1273</sup>.*

Finalmente, luego de sancionada la Ley N° 26.122, CASSAGNE pareciera haber definitivamente confirmado la opinión expuesta desde el año 1991, toda vez que tanto en la novena 9° edición de la obra “Derecho Administrativo”<sup>1274</sup> publicada en el 2008, como en todas las ediciones que le siguieron, y que desde el año 2011 hasta su última edición del 2018 se llama “Curso de Derecho Administrativo”, expresamente reiteró aquella idea<sup>1275</sup>.

3.3.2.1.2.5.- TAWIL, por su parte, al referirse a los DNU de *segunda generación*, esto es, los emitidos luego de la reforma constitucional de 1994 pero antes de la sanción de la Ley N° 26.122, sostenía que mientras “*no se sancione una ley especial que regule los alcances de la intervención del Congreso y admitida la ratificación tácita de tales reglamentos por nuestra Corte Suprema (...) ella debe considerarse vigente tras la reforma constitucional y otorgar plenos efectos a las situaciones jurídicas consolidadas como consecuencia del dictado de un decreto de necesidad y urgencia*”<sup>1276</sup>.

3.3.2.1.2.6.- A su vez, así como LINARES antes de la reforma constitucional de 1994 sostuvo que “*el silencio del Congreso implica aprobación*”<sup>1277</sup>, VANOSSI, también antes de aquella fecha, precisó que “*en caso de silencio del Congreso, el reglamento sigue produciendo sus efectos. Salvo manifestación en contrario del Congreso estos decretos*

---

<sup>1273</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 5° (1996), 6° (1998), 7° (2002), 8° (2006), Edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo 1, p. 156; p. 156; p. 193 y p. 197, respectivamente.

<sup>1274</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 9° Edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo 1, p. 197.

<sup>1275</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, 10 (2011), 11 (2016) y 12 (2018) Edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, Tomo 1, p. 160, p. 188 y p. 208, respectivamente

<sup>1276</sup> TAWIL, Guido S., “Reforma constitucional y potestad reglamentaria de la Administración”, *La Ley, Sup. Act.* 22/12/1994.

<sup>1277</sup> LINARES, Juan F., *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 110.

*continúan en vigor*<sup>1278</sup>.

3.3.2.1.2.7.- Finalmente, MARIENHOFF, tanto antes de la reforma constitucional de 1994<sup>1279</sup> como con posterioridad<sup>1280</sup>, señaló que los reglamentos de necesidad y urgencia “*los ratifica el Congreso, sea al reanudar sus sesiones, si estuviere en funcionamiento, o en el próximo período legislativo, si al dictarse el reglamento de necesidad y urgencia estuviere en receso*” y, a su vez, tras preguntarse qué ocurriría si “*el Parlamento no se pronunciare sobre el o los reglamentos de necesidad y urgencia emitidos en su período de inactividad e incluso en su período de sesiones*”, apuntó que aquellos deben “*seguir surtiendo sus efectos (...) por cuanto si el Congreso, pudiendo rechazar el reglamento, no lo rechaza, su actitud debe interpretarse como una aprobación virtual*”.

3.3.2.2.) La cuestión en los ordenamientos jurídicos provinciales,  
la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en el derecho comparado

3.3.2.2.1.) La regulación en el ámbito provincial y en la  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En el régimen jurídico provincial es posible advertir no solo la existencia de constituciones que expresamente regulan los DNU estableciendo que los Gobernadores deben someterlos a consideración del Poder Legislativo sino, además, que mientras algunas no han estipulado plazo alguno para que aquel se expida (v.gr.: Chaco y Santiago del Estero)<sup>1281</sup>, la mayoría han previsto no solo un plazo para que el Órgano Legislativo

---

<sup>1278</sup> VANOSSI, Jorge R., “Los Reglamentos...”, op. cit.

<sup>1279</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Cuarta edición actualizada, Buenos Aires, 1990, Tomo I, p. 266/267.

<sup>1280</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Quinta edición actualizada, 1ª reimpresión, Buenos Aires, 2000, Tomo I, p. 278/279.

<sup>1281</sup> En lo que aquí interesa, según surge del art. 142 de la Constitución de Chaco, el Gobernador “*no podrá dictar decretos por los que se atribuya facultad legislativa alguna, con excepción del caso previsto en el inciso 18) del artículo precedente*”, estableciendo la norma aludida que “*el gobernador es el mandatario legal de la provincia y jefe de la Administración con los siguientes deberes y atribuciones: (...) 18. En*

se pronuncie sobre la medida sino, además, que si aquel transcurre sin un pronunciamiento expreso, la medida se debe considerar aprobada (v.gr.: Tucumán, San Juan, La Rioja, Rio Negro y Salta) o, en su caso, desaprobada (v.gr.: Chubut, Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Veamos.

#### 3.3.2.2.1.1.) Silencio positivo

3.3.2.2.1.1.1.- En Tucumán el art. 101 de la Constitución estipula, en lo que aquí interesa, que *“el Poder Ejecutivo no podrá, en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de leyes, y no se trate de normas que regulen la materia tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos con acuerdo general de ministros. En el término de cinco días hábiles de dictado el decreto, éste será remitido a la Legislatura de la Provincia para su consideración. Dentro de veinte días hábiles de haber sido recibido por la Legislatura, ésta deberá expedirse sobre su validez. En caso que fuera ratificado o venciera el plazo establecido por el presente artículo, sin que la Legislatura se pronunciare, su contenido adquirirá fuerza de ley a partir de la fecha en que fue dictado. Si dentro de dicho término la Legislatura lo rechazare, será nulo de nulidad absoluta y carente de validez legal, sin perjuicio de los efectos cumplidos con motivo de su aplicación inmediata, los que no generarán derechos adquiridos”*<sup>1282</sup>.

---

*casos de extrema necesidad y en receso de la Legislatura en acuerdo general de ministros, podrá efectuar gastos impostergables o no previstos en la ley general de presupuesto, y deberá en esos casos dar cuenta en forma inmediata a la Cámara”.*

En sentido análogo, el art. 161 de la Constitución de la provincia de Santiago del Estero establece que *“en casos de necesidad y urgencia o que esté amenazado de una manera grave e inminente el funcionamiento regular de los Poderes Públicos o constitucionales, el Poder Ejecutivo, en acuerdo general de ministros y previo dictamen del fiscal de estado, puede dictar decretos sobre materias de competencia legislativa siempre que no se trate de normas que regulen materia tributaria, electoral, régimen de los partidos políticos o tratados interjurisdiccionales. En tal caso, deberá remitir el decreto a la Legislatura dentro de los cinco días de dictado, convocando de inmediato a sesión extraordinaria si estuviere en receso”.*

<sup>1282</sup> Un interesante análisis acerca de la validez de aquella cláusula constitucional puede verse en el fallo “Iriarte” emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán (CSJT, 14/09/2017, “Iriarte Luis y otra vs. Provincia de Tucumán s/ Inconstitucionalidad”, sentencia N° 1405).

Conforme se desprende la Constitución tucumana, el Gobernador debe someter el DNU a consideración de la Legislatura y, a su vez, si esta no se expide dentro del plazo de veinte días, aquel queda aprobado.

3.3.2.2.1.1.2.- En similar sentido, el art. 157 de la Constitución de San Juan expresamente estipula que *“el Poder Ejecutivo puede dictar leyes de necesidad y urgencia cuando las circunstancias no hicieren posible aplicar alguno de los trámites ordinarios dispuestos por esta Constitución. En estos casos en el mismo acto, el Poder Ejecutivo debe, bajo sanción de nulidad, elevar la respectiva ley a la Cámara de diputados, para su consideración. Si el cuerpo se encontrare en receso, dicha elevación sirve de acto de convocatoria y las leyes de necesidad y urgencia serán ratificadas o rectificadas en el término de treinta días. Si en ese período no hubiere pronunciamiento de la Cámara, la ley quedará aprobada. Rectificada o vetada la ley por el Poder Legislativo, no pueden quedar afectados los derechos adquiridos como consecuencia de su aplicación”*.

De ese modo, en la provincia de San Juan, si la Cámara de Diputados no se expide dentro del plazo de treinta días, el DNU se considera aprobado.

3.3.2.2.1.1.3.- Del mismo modo, la Constitución de La Rioja prevé en el art. 126, inc. 12, que el Gobernador *“no podrá en ningún caso, bajo de pena de nulidad absoluta e insanable emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias*

---

En aquel precedente, el Máximo Tribunal de la Provincia sentenció que la *“cláusula de la Constitución de la Provincia que le confiere fuerza de ley a un decreto por el solo silencio de la Legislatura, equivale a sancionar una ley en forma ficta o tácita, lo que resulta inconstitucional”* pues, a criterio del Tribunal, *“el art. 101 inciso 2 de la Constitución Provincial, cuando dice ‘o venciera el plazo establecido por el presente artículo, sin que la Legislatura lo rechazare’ el decreto de necesidad y urgencia adquirirá fuerza de ley, implica romper el umbral del principio legalidad, porque no se puede convertir un acto jurídico constitucional del Ejecutivo, en un acto jurídico constitucional de la Legislatura, sin una manifestación expresa de ella, lo que también afecta el principio de la división de poderes. El silencio legislativo no puede tener por efecto convertir en ley a un decreto de necesidad y urgencia, dado que el silencio no implica afirmación, ni negación; no es ratificación, ni es rechazo”*.

Un análisis sobre los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución de la Provincia de Tucumán puede verse en: CASAS, Florencia M., *“Los decretos de necesidad y urgencia en la Provincia de Tucumán: Su constitucionalización y ruptura del equilibrio entre los poderes del Estado”*, en AA.VV., *Ensayos de derecho administrativo en la provincia de Tucumán*, GONZÁLEZ NAVARRO, Augusto (Director), Tucumán, EDUNT, 2013, p. 25 y ss. En aquel trabajo, la autora, al igual que el precedente jurisprudencial antes citado, se pronuncia en contra de la constitucionalidad de la regulación prevista en el art. 101, inc. 2° de la Constitución provincial.

*excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia tributaria, electoral, ni la intervención a los municipios, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que deberán ser refrendados por todos los ministros. En un plazo no mayor a diez días en el período ordinario de sesiones, el Ejecutivo deberá enviar el decreto para la ratificación de la Legislatura Provincial, la que en un máximo de treinta días deberá expedirse al respecto. Transcurrido dicho término sin que la Cámara se expida el decreto se considerará aprobado”.*

Como se ve, La Rioja, al igual que la provincia de San Juan, estipula que si la Legislatura Provincial no se pronuncia en el término de treinta días, el DNU se considera aprobado.

3.3.2.2.1.1.4.- La Constitución de Río Negro, por su parte, establece que el Gobernador puede “*dictar decretos sobre materias de competencia legislativa en casos de necesidad y urgencia, o de amenaza grave e inminente al funcionamiento regular de los poderes públicos, en acuerdo general de ministros, previa consulta al fiscal de estado y al presidente de la Legislatura. Informa a la Provincia mediante mensaje público. Debe remitir el decreto a la Legislatura dentro de los cinco días de dictado, convocando simultáneamente a sesiones extraordinarias si estuviere en receso, bajo apercibimiento de perder su eficacia en forma automática. Transcurridos noventa días desde su recepción por la Legislatura, sin haber sido aprobado o rechazado, el decreto de necesidad y urgencia queda convertido en ley*” (art. 181, inc. 6°).

De la transcripción de la cláusula constitucional que hemos efectuado, surge con meridiana claridad que la Legislatura tiene un plazo de noventa días para expedirse sobre el DNU sometido a su consideración, caso contrario, el DNU se convierte en ley.

3.3.2.2.1.1.5.- El art. 145 de la Constitución de la provincia de Salta consagra que “*en caso de estado de necesidad y urgencia, o que esté amenazado de una manera grave e inminente el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales, el Poder Ejecutivo, en acuerdo general de Ministros, y previa consulta oficial al Fiscal de Estado y a los Presidentes de ambas Cámaras Legislativas, puede dictar decretos sobre materias*



*de competencia legislativa. Informa de ello a la Provincia mediante un mensaje público. En tal caso, debe remitir el decreto a la Legislatura dentro de los cinco días de dictado, convocando de inmediato a sesión extraordinaria si estuviere en receso, bajo apercibimiento de perder su eficacia en forma automática. Transcurridos noventa días desde su recepción por la Legislatura, sin haber sido aprobado o rechazado por ésta, el decreto de estado de necesidad y urgencia queda convertido en ley”.*

Así, pues, y a lo igual que lo regulado en la Constitución de Río Negro, si la Legislatura no se pronuncia en el término de los noventa días de recibido el DNU, éste se considera aprobado.

#### 3.3.2.2.1.2.) Silencio negativo

3.3.2.2.1.2.1.- En la provincia de Chubut, el art. 156 expresamente estipula que *“el Poder Ejecutivo no puede bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo Solamente en casos de extraordinarias y grave necesidad que tomen urgencia, impostergable o imprescindible la adopción de medidas legislativas para asegurar los fines de esta Constitución, puede dictar decretos por razones de necesidad y urgencia con virtualidad de ley, los que son decididos en acuerdo general de Ministros. En ningún caso pueden versar sobre materia tributaria, penal, presupuestaria, electoral o régimen de los partidos políticos. Dentro de un plazo máximo de cinco días corridos desde la fecha de su dictado, el decreto con sus fundamentos es sometido a consideración de la Legislatura bajo apercibimiento de su automática derogación. Las relaciones jurídicas nacidas a su amparo permanecen vigentes hasta el pronunciamiento legislativo. El decreto pierde efectos jurídicos si la Legislatura no lo ratifica con el voto de los tercios del total de sus miembros dentro del plazo de treinta días contados a partir de la fecha de su comunicación. El rechazo no puede ser vetado. Si el Cuerpo se encuentra en receso la remisión sirve de acto de convocatoria a sesiones extraordinarias. En ningún caso y cualquiera sea la materia y calificación que le dé la Cámara, es de aplicación la metodología prevista para el tratamiento de leyes no generales”.*

En otras palabras: según la Constitución de Chubut, el Gobernador debe someter la medida a consideración de la Legislatura y, asimismo, si ésta no lo ratifica con el voto de los tercios del total de sus miembros dentro de los treinta días, el DNU pierde vigencia.

3.3.2.2.1.2.2.- El art. 103 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (o, más precisamente, del “Estatuto Organizativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”) prevé que *“el Poder Ejecutivo no puede, bajo pena de nulidad, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos en ésta Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen las materias procesal penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, el Gobernador puede dictar decretos por razones de necesidad y urgencia. Estos decretos son decididos en acuerdo general de Ministros, quienes deben refrendarlos. Son remitidos a la Legislatura para su ratificación dentro de los diez días corridos de su dictado, bajo pena de nulidad”*.

Asimismo, el art. 91 consagra que la Legislatura porteña *“debe ratificar o rechazar los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo, dentro de los treinta días de su remisión. Si a los veinte días de su envío por el Poder Ejecutivo no tienen despacho de Comisión, deben incorporarse al orden del día inmediato siguiente para su tratamiento. Pierden vigencia los decretos no ratificados. En caso de receso, la Legislatura se reúne en sesión extraordinaria por convocatoria del Poder Ejecutivo o se autoconvoca, en el término de diez días corridos a partir de la recepción del decreto”*.

Es decir que, en definitiva, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, si el Jefe de Gobierno emite un DNU, aquel debe remitirlo a la Legislatura porteña para su ratificación dentro de los diez (10) días corridos de su dictado bajo pena de nulidad y, a su vez, que ésta debe expedirse dentro de los siguientes treinta (30), agregándose que *“pierden vigencia los decretos no ratificados”*.

#### 3.3.2.2.2.) La regulación en el derecho comparado

En el derecho comparado la cuestión tampoco es uniforme, pues mientras algunos de los países que regulan los DNU (aunque, como dijéramos en el punto N° 4 del Capítulo I, la denominación de la medida varía) establecen que la falta de ratificación por parte del Órgano Legislativo en un determinado plazo implica su aprobación, otros prevén que la ausencia de pronunciamiento expreso se traduce en el rechazo de la medida.

Sin embargo, también existen aquellos países como España (uno de los países que hemos analizado en el citado punto N° 4 del Capítulo I, especialmente punto N° 4.6.) donde si bien se estipula que el DNU o, como es allí denominado, el “decreto-ley”, debe ser inmediatamente sometido a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, imponiéndosele a éste último un plazo de treinta días para pronunciarse sobre su convalidación o derogación, lo cierto es que no se prevén las consecuencias jurídicas en caso de que en ese lapso el Congreso no se pronuncie<sup>1283</sup>.

### 3.3.2.2.1.) Silencio positivo

3.3.2.2.1.1.- Cabe recordar que si bien en la República del Perú, tal como lo vimos en el punto N° 4.2. del Capítulo I, el art. 118, inc. 19 de la Constitución establece que el Presidente puede “*dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia*”, lo cierto es que le impone la carga de “*dar cuenta al Congreso*”, aunque, al igual que lo que sucede con nuestra Constitución de la Nación, no se determinó plazo alguno para que el Congreso se expida.

Sin embargo, como allí señaláramos, el “Reglamento del Congreso de la República” contempla en su art. 91, apartado “b”, que el Congreso debe expedirse en el plazo de quince (15) días, luego de lo cual opera, como recuerda la doctrina peruana, el “silencio positivo confirmatorio”<sup>1284</sup>.

---

<sup>1283</sup> Sobre la cuestión, debemos señalar que, como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, la doctrina mayoritaria pareciera ser conteste en otorgarle al silencio del congreso efectos derogatorios (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 159. En igual sentido pueden verse, entre otros: CARRILLO, Marc, “¿El Decreto-ley: excepcionalidad o habitualidad?”, *Revista de las Cortes Generales*, N° 11, 1987, p. 77; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*, Sexta Edición, Tecnos, 2010, p. 170; ASTARLOA HUARTE – MENDICOA, Ignacio, “Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español”, RAP, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, N° 106, p. 145; MORILLO – VELARDE PÉREZ, José, “El Decreto-Ley en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional”, en AA.VV., *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, Cívitas, 1989, p. 866; SALAS, Javier, “Los decretos-leyes en la teoría...”, op. cit., p. 303.

Desde una visión diferente, PÉREZ ROYO ha señalado que “*El Congreso de los Diputados, además de convalidar un Decreto-Ley, puede también derogarlo, derogación que habrá de ser expresa, no pudiendo el Congreso simplemente dejar transcurrir el plazo de treinta días sin pronunciarse sobre el Decreto-Ley. Los términos del art. 86 y la propia naturaleza de la institución no permiten ninguna duda al respecto*” (PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Octava Edición, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 830).

<sup>1284</sup> Ampliar en: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, “El Poder Ejecutivo presidencial”, op. cit., p. 520 y ss.; RUIZ MOLLEDA, Juan C., “El control parlamentario de los decretos...”, op. cit., p. 520 y ss.; LANDA, César,

3.3.2.2.1.2.- Asimismo, en Chile, y tal como lo vimos en el punto N° 4.2. del Capítulo I, la Constitución regula los denominados “Estados de excepción constitucional” y en su art. 39 prevé que *“el ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo puede ser afectado bajo las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública, cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado”*.

Pues bien, en lo que aquí interesa, el art. 40 de aquella Constitución Política establece que tanto el “estado de asamblea”<sup>1285</sup> –en caso de guerra exterior– como el “estado de sitio” –en caso de guerra interna o grave conmoción interior–, lo declara el Presidente de la República con acuerdo del Congreso Nacional el que, además, *“dentro del plazo de cinco días contado desde la fecha en que el Presidente de la República”* le somete *“la declaración de estado de asamblea o de sitio a su consideración”*, debe *“pronunciarse aceptando o rechazando la proposición, sin que pueda introducirle modificaciones. Si el Congreso no se pronunciara dentro de dicho plazo, se entenderá que aprueba la proposición del Presidente”*.

Como se ve, la Constitución de Chile exige el pronunciamiento expreso del Congreso por la aceptación o rechazo de los estados excepcionales de asamblea o de sitio dentro de un plazo, vencido el cuál se considera fictamente aprobada la medida.

#### 3.3.2.2.2.) Silencio negativo

3.3.2.2.2.1.- En Brasil, la Constitución de la República Federativa prevé que, *“en caso de relevancia y urgencia, el Presidente de la República podrá adoptar medidas provisionales, con fuerza de ley, debiendo someterlas de inmediato al congreso Nacional, el cual estando en vacaciones será convocado extraordinariamente para reunirse en el*

---

“Los decretos de urgencia en el Perú”, en AA.VV., *Pensamiento Constitucional*, N° 9, Año IX, MDC-Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2004, p. 131 y ss., especialmente p. 148.

<sup>1285</sup> Sobre el “estado de asamblea” y su recepción en nuestro derecho positivo, ver lo expuesto en la nota N° 188.

*plazo de cinco días. Parágrafo único. Las medidas provisionales perderán eficacia desde la adopción si no fueran convertidas en ley en el plazo de treinta días, a partir de su publicación, debiendo el Congreso Nacional regular las relaciones derivadas de ellas” (art. 62).*

Como se ve, la Constitución brasilera establece, por un lado, que la medida provisional debe ser sometida a consideración del Congreso nacional y, por otra parte, que si aquel no se pronunciare dentro del plazo de treinta días, la medida perderá eficacia.

3.3.2.2.2.2.- Con similar criterio, el art. 77 de la Constitución italiana establece que *“el Gobierno no puede, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos con fuerza de ley ordinaria. Cuando, en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia, el Gobierno adopte, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas a las Cámaras ese mismo día para su conversión, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán debidamente convocadas y se reunirán dentro de los cinco días siguientes. Los decretos perderán toda eficacia desde el principio si no fueren convertidos en leyes dentro de los sesenta días desde su publicación. Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan sido convertidos”.*

De ese modo, luego de que el Gobierno emita un DNU y se lo presente a las Cámaras, si éstas no se pronuncia dentro de los sesenta días, aquel perderá toda eficacia.

3.3.2.2.2.3.- En sentido análogo, el art. 22 de la Constitución de Indonesia de 1945 prescribe que *“1. si las circunstancias lo exigieran, el presidente tendrá el derecho de aprobar normas reglamentarias gubernamentales en lugar de leyes. 2. Esas normas reglamentarias gubernamentales tendrán que ser aprobadas por el DPR<sup>1286</sup> en su siguiente sesión. 3. De no darse esa aprobación, esas normas reglamentarias gubernamentales quedarán derogada”.*

---

<sup>1286</sup> La DPR es, tal como expresa el art. 7A de la Constitución indonesia, *“la Dewan Perwakilan Rakyat o DPR, el Consejo Representante del Pueblo”.*

### 3.3.2.3.) Nuestra postura

3.3.2.3.1.- Por nuestra parte, e independientemente de la regulación legal actual, hemos de señalar que coincidimos con los autores que han señalado que la aplicación del artículo 82 de la Constitución, que excluye la aceptación ficta, es, por lo menos, un tema discutible<sup>1287</sup>, lo que fácilmente se comprueba sobre la base de la heterogeneidad con que el tema ha sido abordado tanto en las regulaciones provinciales –y la CABA– e internacionales.

Consideramos que el silencio del Congreso debe ser interpretado positivamente toda vez que, como agudamente ha sostenido COMADIRA, con la claridad que lo caracterizaba, si la Ley Fundamental en su art. 80 establece que todo proyecto entregado por el Congreso al Poder Ejecutivo y no devuelto en el término de diez días debe reputarse aprobado, por qué no, en forma inversa, si un DNU es entregado por el Poder Ejecutivo al Congreso y éste no lo acepta ni lo rechaza, no se lo puede calificar como válido.

3.3.2.3.2.- Así, pues, si tenemos en cuenta que el DNU emitido por el Poder Ejecutivo es un acto administrativo (bien que en sentido amplio) y que, por tanto, se lo presume legítimo<sup>1288</sup>, el efecto que debe atribuírsele al silencio congresual ha de ser positivo, pues aquella presunción debe perdurar hasta tanto el Congreso la ratifique o la descarte, resultando de aplicación lo resuelto por la CSJN en cuanto a que *“se presume que toda la actividad de la Administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, presunción que subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano*

---

<sup>1287</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 247; TAWIL, Guido S., “Recepción constitucional de los reglamentos de necesidad y urgencia. Análisis del texto constitucional”, RAP 194:77. En igual sentido puede verse: RENNELLA, María Paula, “Control parlamentario...”, op. cit., p. 651 y ss.

<sup>1288</sup> Según el art. 12 de la LNPA, *“El acto administrativo goza de presunción de legitimidad (...)”*. La presunción de legitimidad del acto administrativo es la suposición relativa de que aquel fue dictado con arreglo a las normas jurídicas que debieron condicionar su emisión. Interés público y juridicidad son, a nuestro modo de ver, las bases que dan sustento a la presunción de legitimidad de los actos administrativos: si el acto administrativo, producto del ejercicio de la función administrativa, busca satisfacer de manera directa e inmediata el interés público y éste supone, a su vez, como elemento necesariamente constitutivo de su noción la plena vigencia del principio de juridicidad, es más que razonable presumir, al menos liminarmente, que los actos dictados en el ejercicio de aquella función son legítimos. Sobre el tema puede verse: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 205 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La presunción de legitimidad...”, op. cit., p. 51 y ss.

También han señalado que los reglamentos administrativos se presumen legítimos, entre otros: CASSAGNE, Juan Carlos, “El control jurisdiccional...”, op. cit.

*competente*”<sup>1289</sup>.

A su vez, debe señalarse que aquella tesis cobra mayor sentido si se tiene en consideración la presunción de constitucionalidad de la que gozan los actos públicos puesto que, como señala BADENI “*uno de los principios elementales que acarrea el de la Estado de Derecho, reside en considerar que todos los actos emanados de los órganos gubernamentales se presumen constitucionales, hasta tanto no se pruebe fehacientemente lo contrario*” y agrega que “*cuando el análisis sobre la validez de una norma genere dudas, por más razonables que ellas sean, la solución del conflicto debe conducir a aceptar su constitucionalidad*”<sup>1290</sup>.

Es que, como se ha señalado, el DNU, como acto normativo estatal, “*está investido de presunción de validez y producirá efectos obligatorios hasta que se produzca su extinción, ora por agotamiento de sus efectos, ora por expreso rechazo del Congreso*”

<sup>1291</sup>.

---

<sup>1289</sup> CSJN, 20/08/1996, “Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c. Banco de la Nación Argentina”, Fallos 319:1476, considerando 6. En igual sentido, la doctrina especializada ha señalado que la “*presunción de legitimidad consiste en la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, es decir que su emisión responde a todas las prescripciones legales*” (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 372/373).

<sup>1290</sup> BADENI, Gregorio, *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 379.

<sup>1291</sup> SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 544.

Al respecto, cabe destacar que la Dra. Argibay en la causa “Massa” sostuvo que los DNU no gozarían de presunción de validez y que, por consiguiente, correspondería al Poder Ejecutivo demostrar la constitucionalidad (CSJN, 27/12/2006, “Massa, Juan Agustín c/Poder Ejecutivo Nacional – dto. 1570/01 y otro s/amparo ley 16.986”, Fallos 329:5913, con comentario de COVIELLO en: COVIELLO, Pedro J., “*El voto de la juez Carmen M. Argibay en la causa ‘Massa’*”, EDA, 2007–498). Este autor, siguiendo la postura de la Dra. Argibay, sostiene que la presunción de constitucionalidad no sería aplicable al caso de los DNU porque “*una cosa es la presunción de validez con que cuenta una ley, en la medida que en ella ha existido un previo debate por los representantes del pueblo, y otra cosa es un decreto de necesidad y urgencia que, por la forma que está redactada la cláusula constitucional del art. 99. inc. 3º, párr. 2º, más bien parece que habría una negativa inicial del constituyente a dar la presunción de legitimidad a tales normas, con lo cual quedaría neutralizado el principio general de la presunción de validez de los actos de los poderes públicos*”. GORDILLO, por su parte, al analizar el voto de la Dra. Argibay lo consideró “interesante” (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. VII–28).

Cabe destacar, a su vez, que la Dra. Highton volvió a ratificar en su voto en la causa “Aceval Pollacchi”, donde precisó que “*cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse prima facie inconstitucional, presunción ésta que sólo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición general antes sentada, a saber, la descrita en los dos párrafos siguientes del art. 99, inc. 3º*” (CSJN, 19/05/2010, “Consumidores Argentinos c/EN – PEN – Dto. 558/02 – SS – ley 20.091 s/amparo ley 16.986”, Fallos 333:633 y, posteriormente, en CSJN, 28/11/2011, “Aceval Pollacchi, Julio César c/Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ despido, Fallos 334:799).



3.3.2.3.3.- De ese modo, si el Congreso no se expide expresamente respecto de la validez del DNU, se presume, *iuris tantum*, que el decreto en cuestión ha sido dictado bajo las circunstancias excepcionales que el Poder Ejecutivo alega y cumpliendo con los requisitos esenciales para su emisión.

3.3.2.3.4.- Sin embargo, y más allá de las consideraciones formuladas en los apartados anteriores, algún sector podría llegar a pensar que, actualmente, con lo dispuesto por la ley N° 26.122, el argumento previamente expuesto ha sido refutado dado que, en dos de sus artículos (esto es, arts. N° 20 y 22) se hace expresa referencia al art. 82 de la Constitución, lo que llevaría a considerar, entonces, que el silencio legislativo equivale al rechazo del DNU<sup>1292</sup>.

No obstante, cabe tener presente que el art. 82 de la Constitución implica que, como se dijo en la Convención Nacional Constituyente, “tanto para la aprobación del decreto o para su rechazo debe mediar una voluntad expresa del Congreso”<sup>1293</sup>.

A nuestro criterio, cuando la Ley hace referencia a la disposición del art. 82 de la Constitución de la Nación, lo hace con la intención de establecer que para que el DNU sea *aprobado o rechazado definitivamente* se requiere *la expresa voluntad de ambas Cámaras*, no bastando, entonces, el silencio de una o de ambas; ello no importa, claro está, que, como veremos a continuación, no se le pueda atribuir *efectos positivos*

---

Sin embargo, en un precedente más reciente donde se cuestionaba la constitucionalidad del Decreto N° 410/2012, y teniendo en consideración que la CSJN entendió que “*el impugnante debe realizar una ‘demostración concluyente’ de la discordancia ‘substancial’ de la norma impugnada con respecto de la Constitución Nacional*”, pareciera claro que la invalidez o inconstitucionalidad de los DNU no puede presumirse, sino que, en rigor, y como dijéramos en el texto, aquellos deben presumirse válidos (CSJN, 13/12/2011, “Alfacar S.A. s/ Concurso Prev. s/ Inc. de revisión por HSBC Bank Argentina S.A.”, Fallos 334:1703).

<sup>1292</sup> Así lo ha interpretado, a nuestro juicio erróneamente, la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal *in re* “Arte Radiotelevisivo Argentino SA v. Estado nacional”, sentencia del 13/03/2008, publicado en LL 2008-C, 632. En la causa citada, la Cámara declaró la inconstitucionalidad del Decreto N° 1214/03 que modificó el art. 11 de la Ley N° 22.285 toda vez que al no haber sido expresamente aprobado por el Congreso Nacional, no correspondía atribuirle al silencio legislativo ningún efecto que lo convalide. En el caso, el DNU había sido declarado válido por la Cámara de Diputados, guardando silencio la de Senadores.

<sup>1293</sup> Ver: “Convención Nacional Constituyente”, 18° reunión, 3° sesión ordinaria (continuación), 27 de julio de 1994, P. 2208, exposición del Dr. Alberto García Lema.

*transitorios* al DNU hasta tanto las Cámaras expresamente se manifiesten.

Creemos que las razones por las que el silencio legislativo debe ser interpretado como una *aceptación ficta provisional* y no como un *rechazo ficto provisional* (en ambos casos pendientes de aprobación o rechazo expreso por ambas Cámaras), más allá de que, como ya lo hemos señalado, está expresamente contemplado en la ley, pueden resumirse de la siguiente manera:

–Si el art. 80 de la Constitución otorga efectos positivos al silencio cuando el Congreso entrega al Poder Ejecutivo un proyecto para que lo examine y apruebe, y éste no se pronuncia en un determinado plazo, por qué, en forma inversa, si el Poder Ejecutivo entrega un DNU al Congreso y éste no lo acepta ni lo rechaza, habría que otorgarle efectos negativos a aquel silencio, más aún cuando,

–El DNU, al ser un acto administrativo –bien que en sentido amplio–, goza de presunción de legitimidad y, por consiguiente, si el Congreso no se expide respecto de su validez o invalidez, se presume, *iuris tantum*, que es válido toda vez que fue dictado cumpliendo con los requisitos esenciales para su emisión y ante circunstancias excepcionales.

–De concedérsele al silencio legislativo un efecto negativo se estaría viendo frustrada una facultad inherente del Poder Ejecutivo –actualmente reconocida por la Constitución– y, con ello, restaurar el interés público comprometido durante circunstancias “*excepcionales*”, “*necesarias y urgentes*”.

Es decir que, en definitiva, a nuestro criterio resulta razonable otorgarle al silencio legislativo *efectos positivos transitorios* pues, de conformidad con las opiniones antes expresadas, desde que se emite el DNU y hasta tanto sea aprobado o rechazado expresamente por ambas Cámaras, aquel debe ser considerado como válido.

Como oportunamente señalara BARRA, la posible inactividad del Congreso (que no solo puede ocurrir por circunstancias catastróficas, sino también por razones políticas, como por ejemplo reiteradas negativas de una bancada a colaborar con la formación del “*quorum*”) fue tenida en cuenta por el constituyente de 1994, pues éste “*le otorgó al Poder Ejecutivo una competencia de iniciativa y de impulso: con la sanción del DNU toma la iniciativa de sancionar la norma –que a partir de ese momento es vigente– y obliga al Congreso a expedirse expresamente, bajo pena de la continuación de la*

*vigencia de la norma en tal carácter sancionada*”<sup>1294</sup>.

3.3.2.3.5.- Entre los requisitos formales consagrados por la Constitución está, como se vio *ut supra*, el sometimiento del DNU a la consideración de la CBP y el inmediato tratamiento por parte de las Cámaras. Nada se establece sobre la falta de aprobación del Congreso ni que su silencio determine la caducidad o invalidez del decreto.

No obstante, creemos que podría proponerse que en alguna futura modificación se propicie la inclusión de un plazo razonable para que el Congreso se expida – tal como lo ha hecho en diversos ordenamientos jurídicos provinciales<sup>1295</sup>, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>1296</sup>, en el derecho comparado<sup>1297</sup> e, incluso, en anteriores proyectos de reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente<sup>1298</sup>–.

De todos modos, y aun en el hipotético caso que eventualmente se establezca un plazo

---

<sup>1294</sup> El autor citado destaca que el dictado de DNU no es “*un ejercicio arbitrario del Ejecutivo que, por meras razones de conveniencia decide omitir la intervención del Congreso en el tratamiento de un determinado asunto. En realidad no la omite, sino que la provoca, la fuerza. El Congreso ya no podrá guardar silencio, pues de lo contrario el reglamento con efectos de ley continuará vigente*” (BARRA, Rodolfo C., “Reglamentos administrativos”, LL, 1999–F, 1034). Del mismo modo, en una obra posterior a la sanción de la Ley N° 26.122, tras destacar que por “*vía del decreto de necesidad y urgencia, el presidente fuerza al Congreso a expedirse de manera rápida acerca de un tema que el propio presidente califica de ‘necesidad y urgencia’*”, apuntó que “*el sistema presidencialista no puede imaginarse sometido a los intereses de grupos políticos, incluso los intereses de los mismos legisladores oficialistas. Aquel poder de impulso tiene, entre otras manifestaciones, la de imponer decisiones normativas, como las que se expresan en los DNU, forzando la actuación del Congreso, el que, como veremos, debe aprobar o rechazar expresamente, so pena de que, ante el silencio, el DNU mantenga su vigencia normativa*” (BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 409 y 436, respectivamente).

Al respecto, QUIROGA LAVIÉ sostuvo que “*En caso alguno puede el Ejecutivo pretender obviar las dificultades políticas de hacer prosperar un proyecto en el Congreso, apelando al decreto legislativo: para eso ha sido instalada la república, para que las decisiones políticas y las leyes las dicte el Congreso y no quien está solamente obligado a ejecutarlas*” (QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “Los Decretos de necesidad y urgencia en la reforma de 1994”, en AA.VV. *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 521/530).

<sup>1295</sup> V.gr.: San Juan (art. 157 de la Constitución), La Rioja (art. 123 inc. 12 de la Constitución), Rio Negro (art. 181 inc. 6 de la Constitución), Tucumán (art. 101 de la Constitución), Salta (art. 145 de la Constitución) y Chubut (art. 156 de la Constitución)

<sup>1296</sup> Ver art. 91 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (o, más precisamente, del “Estatuto Organizativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”).

<sup>1297</sup> Cfr.: el art. 86, inc. 2° de la Constitución española; art. 62 de la Constitución brasilera; art. 177 de la Constitución italiana y art. 91 del “Reglamento del Congreso de la República” del Perú que regula el procedimiento de control sobre los decretos de urgencia contemplados en el art. 118, inc. 19 de la Constitución de aquel país.

<sup>1298</sup> Ver, por ejemplo, el proyecto de Ley N° 6876–D–00.

o fecha cierta para que el Congreso se expida, hemos de insistir en que, en nuestra opinión, la consecuencia jurídica que debería asignársele al silencio legislativo debería ser el otorgamiento de efectos positivos, tal como ha sido regulado en el derecho público provincial<sup>1299</sup> y comparado<sup>1300</sup>, propuesto por la doctrina nacional<sup>1301</sup>, sostenido por la PTN<sup>1302</sup> y pareciera derivarse de un antiguo fallo de la CSJN<sup>1303</sup> y del conocido caso “Peralta”<sup>1304</sup>.

Ello así toda vez que, de lo contrario, y amén de los argumentos precisados en los párrafos que anteceden, se podría llegar a sostener que el Poder Ejecutivo se vería obligado, ante la inactividad legislativa y la consecuente pérdida de vigencia de los decretos no ratificados, a dictar un nuevo DNU del mismo tenor al día siguiente de

<sup>1299</sup> Ver lo expuesto en el punto N° 3.3.2.2.1. de este Capítulo.

<sup>1300</sup> Cfr.: art. 91, apartado “b”, del “Reglamento del Congreso de la República” del Perú que regula el Procedimiento de control sobre los decretos de urgencia contemplados en el art. 118, inc. 19 de la Constitución de aquel país.

<sup>1301</sup> Ver, entre otros: COMADIRA, Julio Rodolfo, “Los reglamentos de necesidad y urgencia...”, op. cit.; LINARES, Juan F., *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 110; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 278; BARRA, Rodolfo C., “La potestad reglamentaria...”, op. cit., p. 23, también en BARRA, Rodolfo C., “Reglamentos administrativos”, LL, 1999–F, 1034 y, más recientemente, en BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 435 y ss.; VANOSI, Jorge R., “Los Reglamentos...”, op. cit., p. 889; CASSAGNE, Juan Carlos, “Sobre fundamentación...”, op. cit., y, más recientemente, en CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 160; entre otros.

Por otra parte, y a diferencia de lo sostenido por un sector de la doctrina, no consideramos que, en virtud de lo dispuesto en el art. 10 de la LNPA, pueda sostenerse que el silencio del órgano legislativo implica negación (BIANCHI, Alberto “La Corte Suprema ha establecido...”, op. cit.; PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia...*, op. cit., p. 242). Es que, como señalaba el profesor COMADIRA, el silencio negativo en aquella norma es solo respecto de las relaciones con los administrados y no puede generalizarse para el ámbito de las relaciones entre los órganos constitucionales (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 249, nota N° 702 y, también, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 146, nota 495).

<sup>1302</sup> Dictámenes 207:272 y 121:93, entre otros. En los asesoramientos jurídicos citados, la PTN señaló que a partir del conocimiento que el Parlamento toma de los reglamentos mencionados, éstos se emancipan de la voluntad del Poder Ejecutivo, de suerte tal que el transcurso del tiempo sin que se produzca una derogación expresa deriva en la aprobación tácita.

<sup>1303</sup> Así lo ha entendido un sector de la doctrina al mencionar lo resuelto por la CSJN en el caso “Criminal c/ Andrade, Crisólogo”, del 28/11/1871, publicado en Fallos 11:405 (por todos: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 249). En el caso, el Máximo Tribunal, en ocasión de juzgar sobre la validez de la amnistía dispuesta por un Comisionado Nacional en una provincia adhirió al dictamen del Procurador General, quien, a su vez, había valorado como un elemento determinante de la legitimidad de dicha amnistía la circunstancia de que “...el Congreso, a quien se dio cuenta con todos los documentos... la aprobó dejándola subsistente...”.

<sup>1304</sup> CSJN, 27/12/1990, “Peralta, Luis Arcenio y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía, Banco Central s/amparo”, Fallos 313:1513. Así lo han interpretado, entre otros, SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Legislación del Poder Ejecutivo detraída del Poder Legislativo”, en “Revista de derecho bancario y de la actividad financiera”, N° 1/2, p. 137; PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia...*, op. cit., p. 236;

caducado aquel<sup>1305</sup>, hipótesis que, en nuestra opinión, en principio debería ser rechazada<sup>1306</sup>.

Una solución contraria podría importar, en apariencia, una mayor protección de la división de poderes pero, no obstante, debe recordarse que *“aun cuando las construcciones jurídicas deben realizarse de cara a la realidad, la fuerza normativa de lo fáctico no debe primar, necesariamente, sobre la fuerza normalizadora de lo normativo”*<sup>1307</sup>.

### 3.3.3.) Efectos del rechazo unicameral

Tal como vimos en las páginas anteriores, según lo establecido en el art. 24 de la Ley N° 26.122, para que los decretos por ella regulados pierdan validez es necesario el rechazo expreso de ambas cámaras y, por consiguiente, siguiendo la literalidad de la norma, la falta de pronunciamiento de ambas cámaras o, incluso, el silencio de una y el rechazo de

---

<sup>1305</sup> Como vimos en las notas anteriores (ver nota N° 1299), el art. 91 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que los DNU deben ser remitidos a la Legislatura porteña para su ratificación dentro de los diez (10) días corridos de su dictado, bajo pena de nulidad y, a su vez, que ésta debe expedirse dentro de los siguientes treinta (30), agregándose que *“pierden vigencia los decretos no ratificados”*.

Al analizar la cuestión, SAGÜES destacó que si bien la mentada Constitución prevé que los decretos no ratificados pierden vigencia (arts. 91 y 103), *“no contempla sin embargo la posibilidad de que al día siguiente de caducado el decreto de necesidad y urgencia, el jefe de Gobierno emita otro de igual tenor”* (SAGÜES, Néstor Pedro, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Normas conexas de la Constitución Nacional. Leyes 24.588, de garantía de los intereses federales, y 24.620, de convocatoria a elecciones*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 62).

Al analizar la cuestión, BARRA apuntó que *“el presidente también podría dictar un segundo DNU, aun después de que el Congreso hubiera rechazado el primero, y con su mismo contenido. Teóricamente, esto podría llevar a un cuento de nunca acabar, lo que es imposible que ocurra en la práctica política. De todas maneras, como veremos más adelante, esta conducta traería para el presidente, y especialmente para su jefe de Gabinete de Ministros, consecuencias políticas muy serias”* (BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 409, nota N° 26 y, más recientemente, en BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 439).

<sup>1306</sup> Al respecto debemos destacar que ésta práctica fue una de las más utilizadas en el derecho comparado y, más precisamente, en Italia. En efecto, y toda vez que como vimos en el punto N° 4.7. del Capítulo I, la Constitución italiana estipula en su art. 77 que los DNU deben ser sometidos a consideración del Congreso y que *“perderán toda eficacia desde el principio si no fueren convertidos en leyes dentro de los sesenta días desde su publicación”*, el Gobierno, ante la falta de ratificación, y con el fin de mantener la regulación vigente, dictaba otro de idéntico contenido. No obstante, y tal como expusiera CELOTTO, la Corte Constitucional italiana declaró inválida aquella práctica mediante la sentencia N° 360 (CELOTTO, Alfonso, *“Abuso del decreto de necesidad y urgencia y control de la Corte Constitucional en Italia”*, en *“Defensa de la Constitución. Garantismo y controles”*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 595 y ss.).

<sup>1307</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 480.

la otra, o bien la negativa de una y la aprobación de la otra, no obstan a la vigencia del decreto.

Una cuestión que también ha suscitado discrepancias doctrinarias consiste en determinar la viabilidad jurídica de predicar la validez de un decreto ante el rechazo de una sola de las Cámaras.

### 3.3.3.1.) La opinión de los autores

#### 3.3.3.1.1.) Posturas que consideran que ante el rechazo unicameral del Congreso el DNU debería perder vigencia

3.3.3.1.1.1.- En primer lugar, cabe señalar que ya con anterioridad a la sanción de la Ley N° 26.122, algunos autores entendían que si una de las Cámaras rechazaba el DNU, éste debería perder validez<sup>1308</sup>.

3.3.3.1.1.2.- Asimismo, luego de la sanción de aquella Ley, diversos autores cuestionaron que se mantenga la validez de los decretos –concretamente, del DNU– en los casos en que una de las Cámaras lo rechaza y la otra lo acepta, o guarda silencio, sustentando su postura, en líneas generales, en lo previsto en el art. 81 de la Constitución que prescribe que “ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año” (PÉREZ SAMMARTINO<sup>1309</sup>, LONIGRO<sup>1310</sup>,

---

<sup>1308</sup> EMILI, Eduardo O., “Los decretos de necesidad y urgencia...”, op. cit., p. 417. Aquel también pareciera ser el criterio expuesto por MIDÓN, pues al analizar la forma y alcance del acto aprobatorio o de rechazo del Congreso, señaló que en caso de derogación el DNU “*tendrá plena vigencia hasta el momento en que una de las Cámaras manifieste su voluntad en sentido adverso a su vigencia*” (MIDÓN, Mario A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia...*, op. cit., p. 145, criterio luego ratificado en la 2° edición corregida y actualizada de su obra, Hammurabi, 2012, p. 223, énfasis agregado).

Sobre la cuestión, PÉREZ HUALDE entendió, en línea con lo expuesto por García Lema, que “*en el actual trámite establecido por el art. 99, inc. 3, C.N., el rechazo de una sola de las cámaras producirá la finalización de la vigencia del decreto porque, como señala el autor, lo contrario supondría admitir que es posible legislar contra la voluntad de una de las cámaras del Congreso*” (PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia...*, op. cit., p. 246).

<sup>1309</sup> PÉREZ SAMMARTINO, Osvaldo A., “La reglamentación de los decretos...”, Op. cit.

<sup>1310</sup> LONIGRO, Félix V., “Peor el remedio que la enfermedad”, La Nación, 14/09/2006.



LOÑ<sup>1311</sup>, COVIELLO<sup>1312</sup>, GARCÍA PULLÉS<sup>1313</sup>, DE LA RIVA<sup>1314</sup>, PÉREZ HUALDE<sup>1315</sup>, MIDÓN<sup>1316</sup> y ROSATTI<sup>1317</sup>, entre otros).

3.3.3.1.1.3.- De ese modo, según la visión de aquellos autores, si el rechazo de un proyecto de ley por una de las Cámaras implica que no puede volverse a tratar durante un año, no sería posible que un DNU, al ser rechazado por una Cámara, igualmente produzca efectos jurídicos.

3.3.3.1.2) Posturas que consideran que ante el rechazo unicameral del Congreso el DNU debería continuar vigente

3.3.3.1.2.1.- BARRA, por su parte, antes de la sanción de la Ley N° 26.122 en un artículo publicado en 1998 sostuvo que, por efectos prácticos y de seguridad jurídica, “*la aprobación o rechazo del DNU debe ser por ley*”<sup>1318</sup> pero, no obstante, en un trabajo escrito poco tiempo después (1999) entendió que ante los inconvenientes de aquella propuesta, se imponía “*la solución del rechazo –y obviamente, la aprobación– por resolución de las Cámaras, lo que debería quedar establecido en la ley reglamentaria*

---

<sup>1311</sup> LOÑ, Félix R., “El debate sobre la reglamentación...”, Op. cit.

<sup>1312</sup> COVIELLO, Pedro J. J., “Los límites de la potestad reglamentaria...”, op. cit., p. 72.

<sup>1313</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 219.

<sup>1314</sup> DE LA RIVA, Ignacio M., “El control de los decretos legislativos...”, op. cit., p. 515.

<sup>1315</sup> PÉREZ HUALDE, Alejandro, “La Comisión Bicameral Permanente...”, op. cit., p. 837. Allí el autor señala que “*la sola voluntad de una de las Cámaras, por simple mayoría, por vía de mera resolución, debería fulminar el decreto en cuestión, pues ello pondría en evidencia la imposibilidad fáctica de que esa medida pudiera haber adquirido el rango de ley formal en supuesto alguno. En especial, si esa Cámara es el Senado de la Nación, pues la expresión federal debería prevalecer claramente sobre la grave posibilidad institucional de abuso centralista que la normativa de excepción implica*”.

<sup>1316</sup> MIDÓN, Mario A. R., “DNU: Una ley más próxima al desencanto...”, op. cit. Allí el autor, luego de analizar los arts. 24 y 26 de la Ley N° 26.122 señala que “*es indispensable que el rechazo de la legislación provisoria emane de ambas cámaras*”, a lo que califica como un “*mayúsculo absurdo*”. Aquel criterio, que luego quedó plasmado en la segunda edición de su clásica obra (MIDÓN, Mario A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia. En la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales*, 2° edición corregida y actualizada, Hammurabi, 2012, p. 42, especialmente nota N° 26), fue ratificado recientemente por el autor en: MIDÓN, Mario A. R., “La abusiva potestad de dictar decretos de necesidad y urgencia”, en Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020-1, *Poder Ejecutivo*, p. 59 y ss.)

<sup>1317</sup> ROSATTI, Horacio, *Tratado de derecho...*, op. cit., Tomo II, p. 426/427.

<sup>1318</sup> BARRA, Rodolfo C., “Decretos de necesidad y urgencia. El caso ‘Rodríguez’”, LL 1998-B, 1362.



prevista en el art. 99.3 de la CN”<sup>1319</sup>.

Sin embargo, en el primer tomo de su “Tratado de Derecho Administrativo” publicado en el año 2002, el citado jurista volvió a matizar su postura destacando que *“un análisis más detenido de la cuestión nos lleva a concluir que aquella solución –la posibilidad de que el DNU sea derogado por resolución de las Cámaras– es incorrecta. Esta sería una opción incoherente con el sistema jerárquico del DNU –equiparado constitucionalmente a la ley, ya que la sustituye– y que afectaría a la propia estabilidad del DNU, que el constituyente ha querido fortalecer”*<sup>1320</sup>.

Finalmente, en su último trabajo sobre la materia publicado en el año 2018, ya con la Ley N° 26.122 vigente, el citado jurista pareciera haber vuelto a su postura del año 1999, pues apuntó que *“la alternativa elegida por el legislador de la ley 26.122 enerva la posibilidad de veto por el Poder Ejecutivo, al tiempo que permite una mayor celeridad en la revisión del DNU, por cuanto puede ser tratado en simultaneo por ambas Cámaras. ¿Es esta una opción constitucionalmente válida? Si el DNU es una ley, solo podría ser derogado por otra ley; sin embargo, no es exactamente una ley, por cuanto la ley en su exacto y estricto sentido debe provenir del Congreso. Este es un punto a favor de la ley 26.122”*<sup>1321</sup>.

De esa manera, entonces, actualmente BARRA sostiene que la modalidad con que se expresa el Congreso (esto es, mediante “resoluciones”), *“es un punto a favor de la ley 26.122”* y que, en consecuencia, *“si una sola de las Cámaras se expidió por su rechazo, ya sea porque la otra apruebe el DNU o simplemente guarde silencio, el decreto mantendrá su vigencia, lo que no significa asignarle a este silencio total o parcial efecto aprobatorio alguno del DNU (que por otra parte, no necesita). En ese sentido, no puede*

---

<sup>1319</sup> BARRA, Rodolfo C., “Reglamentos administrativos”, LL, 1999–F, 1034. Allí el citado jurista señaló que la aprobación o rechazo del DNU por Ley formal *“presenta un inconveniente importante: si el rechazo se expresa a través de una ley formal, el Poder Ejecutivo podría vetarlo, manteniendo la vigencia del DNU hasta tanto el Congreso pueda insistir con la mayoría de dos tercios de los votos (art. 83, CN) mayoría que siempre es difícil de obtener. De esta manera podría burlarse el control que el Congreso debe ejercer sobre los DNU, otorgándole al Poder Ejecutivo la decisión última en la materia”* y, por consiguiente, concluyó que *“revisado si problema desde esta perspectiva, se impone la solución del rechazo –y obviamente, la aprobación– por resolución de las Cámaras, lo que debería quedar establecido en la ley reglamentaria prevista en el art. 99. 3 de la CN”*.

<sup>1320</sup> BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 443.

<sup>1321</sup> BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, 456.

*hablarse de la sanción ficta, la que, por lo demás, se encuentra prohibida por el art. 82 de la Const. nacional*<sup>1322</sup>.

### 3.3.3.2.) Nuestra postura

3.3.3.2.1.- En nuestra opinión, y sin perjuicio del respeto que merece la opinión de los autores que han sostenido que el rechazo por cualquiera de las Cámaras debería hacer cesar la vigencia del decreto, entendemos que aquellos argumentos resultan desacertados pues, por un lado, y al igual que lo hemos sostenido en el acápite que antecede en relación con la improcedencia de aplicar el art. 82 para entender rechazado un DNU ante el silencio del Congreso, el art. 81 invocado por los autores citados regula vínculos *intralegislativos*, es decir, relaciones entre ambas cámaras del Congreso mientras que, como es sabido, el procedimiento para el DNU –y de los decretos delegados– se lleva a cabo por medio de una relación entre distintos Poderes, esto es, entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

Por consiguiente, en caso de querer aplicar alguna de las normas contenidas en el Capítulo quinto de la Constitución de la Nación, resulta más prudente acudir al art. 80 que regula las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo donde, como es sabido, se le otorga efectos positivos al silencio cuando el Congreso entrega al Poder Ejecutivo un proyecto para que lo examine y apruebe, y éste no se pronuncia en un determinado plazo.

3.3.3.2.2.- Por otra parte, el art. 81 se refiere a “proyectos” de leyes y, los DNU como los decretos delegados, son actos administrativos a los que la Constitución le confiere carácter legal (artículos 76 y 99, inc. 3º), por lo que mal podría interpretarse que iguales efectos se deben producir cuando una Cámara rechaza un *proyecto de ley* que cuando una Cámara rechaza un DNU.

3.3.3.2.3.- Otro argumento que podría esgrimirse a favor de los efectos negativos

---

<sup>1322</sup> BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, 457.

transitorios en caso que una Cámara rechace el DNU o el decreto delegado y la otra lo acepte o no se pronuncie, es que si el Congreso hubiese podido dictar una ley en el momento de la situación excepcional, necesaria y urgente (DNU) o sobre la materia determinada de administración o situación de emergencia pública (decretos delegados), no hubiera aprobado la misma medida adoptada por el Poder ejecutivo, pues le faltaría la aprobación de una de las Cámaras.

Así, por ejemplo, en el caso del DNU, si por hipótesis el Congreso ante la grave crisis social hubiere estado en condiciones fácticas de adoptar alguna medida, la no aceptación por ambas Cámaras del decreto sometido a control permite concluir que, tampoco, en aquél primer momento, hubiere sancionado una norma del mismo tenor que la controlada, pues no hubiese contado con la conformidad de ambas Salas<sup>1323</sup>.

No obstante, este argumento tampoco sería válido porque, en definitiva, es al Poder Ejecutivo a quien la Constitución le reconoce la facultad de, ante una circunstancia excepcional, necesaria y urgente, emitir un DNU para normativizar y normalizar la situación imperante.

En síntesis, *el ejercicio constitucional de funciones administrativas materialmente legislativas ante una circunstancia excepcional, necesaria y urgente* que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución nacional para la sanción de las leyes, es una potestad inherente del Poder Ejecutivo que la Constitución expresamente le *reconoce* a dicho Órgano estatal (potestad reglamentaria que, para ser considerada válida, debe cumplir con los requisitos ya expuestos y que, además, debe ser susceptible de un control judicial pleno<sup>1324</sup>).

---

<sup>1323</sup> En esa línea de pensamiento, se ha sostenido que “*si la voluntad legislativa nace, en nuestro país, del consumo de ambas Cámaras, no se comprende cómo puede reconocerse validez y permanencia a la voluntad legislativa expresada en circunstancias excepcionales por el Poder Ejecutivo, merced a la aprobación posterior (o al mero silencio) de una sola de esas mismas Cámaras*” (DE LA RIVA, Ignacio M., “El control de los decretos legislativos...”, op. cit., p. 515 y sus citas).

<sup>1324</sup> Utilizamos el vocablo “pleno” porque, como se vio, el control judicial del DNU debe recaer no solo respecto de la existencia o no de las circunstancias fácticas que rodeaban la situación de “necesidad y urgencia” alegada por el Poder Ejecutivo, sino que, también, sobre la razonabilidad de la norma adoptada (ver lo expuesto en el punto N° 4.3.2.1.1. de este Capítulo).

Además, la “plenitud” del control judicial obedece a que la “necesidad y urgencia” es un supuesto de “concepto jurídico indeterminado” y no de “discrecionalidad”. Sobre el concepto de “discrecionalidad” puede verse: COMADIRA, Julio Rodolfo, “Control judicial de la actividad discrecional...”, op. cit. y, también, COMADIRA, Julio Rodolfo, (ESCOLA, Héctor, Jorge y COMADIRA, Julio Pablo: coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 99 y ss.

3.3.3.2.4.- A su vez, si entendemos que tanto el DNU como el decreto delegado son actos administrativos –entendida esta expresión en su sentido más genérico y comprensivo– y gozan de presunción de legalidad, en caso de que se discuta su validez o invalidez, siempre debe estarse a favor de la primera.

En este sentido, la CSJN sostuvo que *“toda vez que respecto de una ley quepan dos interpretaciones jurídicamente posibles, ha de acogerse la que preserva, no la que destruye”*<sup>1325</sup>, argumento que, a nuestro criterio, es de aplicación *mutatis mutandi* al caso del DNU toda vez que, en el evento de que haya un pronunciamiento a favor de la validez y otro en contra, se debe estar a favor del que preserva y no del que destruye<sup>1326</sup>.

Del mismo modo, la doctrina<sup>1327</sup> y la PTN<sup>1328</sup> han señalado que el principio de conservación hace que las nulidades deban interpretarse en forma restrictiva y favorable a la subsistencia y validez del acto atacado.

Es que, como señala LUCHAIRE, citado por VIGO, *“cuando una disposición es susceptible de dos sentidos, es preferible entenderla en aquel que le permite tener algún efecto antes que en el sentido con el cual no podría producir ninguno”*<sup>1329</sup>.

Por último, no puede soslayarse que, de acuerdo con el criterio mixto para delimitar las funciones jurídicas del Estado, las resoluciones que emiten las Cámaras en el marco

---

<sup>1325</sup> CSJN, 04/05/1995, “Horvath, Pablo c. Fisco Nacional -D.G.I.-”, Fallos 318:676, Disidencia parcial del Dr. Fayt, considerando 13.

<sup>1326</sup> Más aún, y siguiendo las enseñanzas del profesor SAMMARTINO, debemos tener en cuenta que el régimen de invalidez del acto administrativo está gobernado por un estándar de interpretación comúnmente denominado “principio de conservación”, en virtud del cual *“frente a la encrucijada entre la anulabilidad y validez del acto, se debe preferir la validez”* (SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 201). En igual sentido, la PTN ha señalado que el principio de conservación hace que las nulidades deban interpretarse en forma restrictiva y favorable a la subsistencia y validez del acto atacado (Dictámenes 266:212; 262:187, entre otros).

<sup>1327</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo...*, op. cit., p. 84 y 132; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 201.

Del mismo modo, al referirse a las nulidades administrativas, ESCOLA ha señalado que *“si hubiera duda respecto de si los vicios que presenta un acto administrativo generan su nulidad o su anulabilidad, la decisión debe ser en el sentido de que causan su anulabilidad, no sólo porque la nulidad es siempre excepcional y limitada a casos claramente precisados, sino porque la anulabilidad es más favorable a la continuidad del acto administrativo”* (ESCOLA, Jorge Héctor, *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Depalma, Bs. As., 1989, p. 154).

<sup>1328</sup> Dictámenes 266:212; 262:187; 229:147; 198:115; 189:72; 179:95; 150:362; 146:364, entre otros.

<sup>1329</sup> VIGO, Rodolfo, L., *Interpretación...*, op. cit., p. 112.

de la Ley N° 26.122 tienen la naturaleza jurídica de *actos administrativos* (es decir, producto de la función administrativa, por oposición a la legislativa<sup>1330</sup>), razón por la cual no podría sostenerse que con un solo acto de aquellas el DNU debería perder validez pues, de ser ello así, no solo se le estaría otorgando al acto administrativo de una sola de las Cámara efecto derogatorios del DNU (que, como vimos a lo largo de los fundamentos que sustentan esta tesis, es un *acto administrativo* político o de gobierno, en tanto se vincula con las finalidades superiores o trascendentes del Estado) sino, también, prevalencia a una Cámara sobre la otra.

3.3.3.2.5.- En definitiva, entonces, y tal como lo sostuviéramos en otra oportunidad<sup>1331</sup>, entendemos que la regulación prevista en la Ley N° 26.122, además de ser razonable<sup>1332</sup> es la que, a nuestro modo de ver, no solo mejor protege los derechos de los administrados sino, también, la más favorable a la seguridad jurídica y al aseguramiento de una adecuada gestión del interés público.

#### 3.4.) Efectos del rechazo de los decretos de necesidad y urgencia y los reglamentos delegados

Otro aspecto para considerar es el atinente a los efectos que deben otorgarse al

---

<sup>1330</sup> También han señalado que la actividad que el Congreso ejerce cuando controla un DNU no implica función legislativa, entre otros: GELLI, María A., “Controles sobre los decretos de necesidad y urgencia. De ‘Rodríguez’ a ‘Verrocchi’, ¿el regreso de ‘Peralta’” LL 2000-A, 86, BALBÍN, Carlos F., *Reglamentos Delegados y de Necesidad y Urgencia...*, op. cit., p. 127.

BARRA, por su parte, sostiene que “*el rechazo del DNU es un acto normativo atípico de alcance general y materialmente legislativo, emanado del Congreso en ejercicio de la actividad legislativa dentro de la función del mismo nombre, que implica una declaración de nulidad de régimen especial (diverso del regulado en el Código Civil) dependiendo del carácter absoluto o relativo del vicio*” (BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, 457/458).

<sup>1331</sup> Ver conferencia dictada el día 19/05/2020 titulada “Decretos de Necesidad y Urgencia: Instituto central frente a épocas de crisis”, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=zqu6fky2THI&t=1024s>, consultado por última vez el 04/03/2021. En igual sentido se pronunció posteriormente un calificado sector de la doctrina: CASSAGNE, Juan Carlos, “Reflexiones sobre el papel del Estado...”, op. cit., especialmente punto N° 5.3.

<sup>1332</sup> En tal sentido, algunos autores sostuvieron que si bien el criterio plasmado en la ley podría discutirse desde la perspectiva de su acierto, conveniencia y cautela, lo cierto es que aquel no puede reputarse inconciliable con el texto constitucional (SAGÜÉS, Néstor Pedro, “La regulación legislativa de los decretos de necesidad y urgencia (DNU)”, en JA 2006-IV, 1040).

rechazo expreso de los decretos por parte del Congreso pues, si bien hoy la Ley N° 26.122 pareciera haber zanjado las diversas posturas expuestas con anterioridad a su vigencia, la cuestión había generado un interesante debate doctrinario.

Por ello, entonces, e independientemente de lo previsto en la Ley N° 26.122, creemos conveniente mencionar al menos algunas de las opiniones esbozadas por la doctrina sobre el tema.

### 3.4.1.) *La opinión de la doctrina*

3.4.1.1.- Así, por ejemplo, QUIROGA LAVIÉ, antes de la reforma constitucional, consideraba que si el Congreso rechazaba el DNU, aquella derogación debía tener efectos hacia el futuro, quedando firmes los derechos irrevocablemente adquiridos<sup>1333</sup>.

De todos modos, cabe señalar que el citado jurista, luego de la reforma constitucional de 1994, pero antes de que entrara en vigencia la Ley 26.122, expresamente sostuvo que *“la nulidad será absoluta cuando el Ejecutivo haya incumplido los procedimientos constitucionales, en cuyo caso el acto legislativo producido no podrá provocar ningún efecto desde su pronunciamiento. En este caso el principio de no retroactividad del cumplimiento de la condición resolutoria en el derecho público no se cumple por imperio de una regla constitucional explícita. La sociedad deberá estar informada de que no puede realizar inversiones de riesgo, para adquirir derechos, a partir de actos legislativos del ejecutivo, porque éstos pueden ser declarados nulos por la justicia. La calificación de insanable de los actos legislativos dictados por el presidente al margen del orden constitucional significa que ni el Ejecutivo ni los jueces pueden corregir dicho defecto con efectos retroactivos. Podrá siempre el Ejecutivo dictar un nuevo acto legislativo cumpliendo los requisitos constitucionales, pero en este caso el efecto será sólo para el futuro. En cambio, la prohibición de ‘sanabilidad’ de un acto legislativo de esta naturaleza no le puede caber al Congreso, el que siempre podrá regularizar la situación, aun con efectos retroactivos o convalidando los efectos producidos, debido a*

---

<sup>1333</sup> QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional*, 3° edición actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 832

*que es el titular de la potestad legislativa*”<sup>1334</sup>.

Por último, en una obra publicada en conjunto con BENEDETTI y CENICACELAYA, aunque también antes de la sanción de la Ley N° 26.122, reiteró la última postura mencionada<sup>1335</sup>.

3.4.1.2.- Con igual criterio, MARIENHOFF, tanto antes de la reforma constitucional de 1994<sup>1336</sup> como con posterioridad<sup>1337</sup> –pero antes de la sanción de la Ley N° 26.122–, sostuvo que los efectos del rechazo son los mismos que los de la derogación, es decir, para el futuro, *ex nunc*, salvo texto expreso en contrario.

3.4.1.3.- El profesor Julio Rodolfo COMADIRA, por su parte, tanto antes<sup>1338</sup> como después<sup>1339</sup> de la reforma constitucional de 1994 (esto es, al analizar los DNU de *primera y segunda generación*), argumentaba que si la derogación legislativa obedecía a razones de ilegitimidad ello implicaba la “*extinción retroactiva del reglamento –DNU- porque la solución contraria significaría sustraer del control legislativo una parte de la actividad del Ejecutivo, sólo excepcionalmente atribuida a éste*”, pero, en cambio, si “*las circunstancias valoradas para la derogación radicaran en el mérito o conveniencia de las medidas instrumentadas por el reglamento se podría justificar el efecto ex nunc de aquella*”.

3.4.1.4.- BARRA, con anterioridad a la sanción de la Ley N° 26.122, es decir, con relación a los DNU de *segunda generación*, precisó que el rechazo del Congreso podía

---

<sup>1334</sup> QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina...*, op. cit., p. 585/586.

<sup>1335</sup> QUIROGA LAVIÉ, Humberto – BENEDETTI, Miguel Ángel – CENICACELAYA, María de las Nieves, *Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 1124/1125.

<sup>1336</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Cuarta edición actualizada, Buenos Aires, 1990, Tomo I, p. 266.

<sup>1337</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Quinta edición actualizada, 1° reimpresión, Buenos Aires, 2000, Tomo I, p. 278/279.

<sup>1338</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, “Los reglamentos de necesidad y urgencia...”, op. cit.

<sup>1339</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 251. En igual sentido se ha pronunciado, más recientemente, ROSATTI, Horacio, *Tratado de derecho...*, op. cit., Tomo II, p. 423.



tener diversos efectos “a) porque el DNU legisló en cualquiera de las materias prohibidas por el art. 99.3, CN, lo que supone la nulidad absoluta del reglamento desde sus orígenes sin siquiera encontrarse protegidas las relaciones jurídicas de buena fe nacidas al amparo del DNU rechazado; b) por defectos formales en el DNU, como la falta de refrendo por la totalidad del gabinete ministerial, falta de envío al Congreso, o envío tardío, con los mismos efectos que en el caso anterior aunque con protección de las relaciones jurídicas de buena fe, ya que se trata de defectos de imposible o difícil conocimiento para el común de la ciudadanía; c) por disconformidad con la valoración de la razón de necesidad y urgencia, o con la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de la ley formal, lo que también produce los efectos antes señalados, protegiendo a los ‘operadores’ jurídicos de buena fe, para quienes esta cuestión es una materia de imposible valoración, ya que es exclusiva del Congreso; d) por disconformidad con el contenido del DNU, lo que equipara el rechazo con la ley posterior derogatoria, es decir el DNU mantuvo plena y válida vigencia hasta la sanción del rechazo”<sup>1340</sup>.

Luego, al analizar la cuestión ya con la Ley N° 26.122 vigente, el citado jurista reiteró su postura aunque con algunos matices, pues precisó que “si el DNU es invalido por regular alguna materia prohibida por el art. 99, inc. 3 (...) la declaración de nulidad necesariamente tiene que tener efectos retroactivos puesto que se tratara de una nulidad (inconstitucionalidad) absoluta, que no puede ser saneada por el Congreso; este podría sancionar una ley con el mismo contenido que el DNU, pero vigente a partir de aquella, sin perjuicio de poder ser, eventualmente, retroactiva. En cambio, la ausencia, en el caso, de las circunstancias de excepción que habilitan el dictado del DNU, es un vicio susceptible de saneamiento por el Congreso (y así lo será hasta que se expida), de manera que la nulidad, de ser declarada por este, será relativa y con efectos ex nunc. Una solución contraria a la propuesta más arriba resultaría lesiva del principio de legítima confianza, entre otros. Piénsese el caso de un particular incidido por un DNU generador de una situación subjetiva favorable. El sujeto de buena fe actuó, en su beneficio, conforme con lo normado por el DNU y tiene ya, en tal carácter, situaciones jurídicas consolidadas (...) En estas condiciones, la derogación no podrá tener efectos

---

<sup>1340</sup> BARRA, Rodolfo C., “Reglamentos administrativos”, LL, 1999-F, 1034. La idea expuesta por el citado jurista fue también ratificada en BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 446 y ss.

*retroactivos, puesto que es de suponer que los administrados no se encuentran en condiciones de valorar -jurídicamente- el acierto o desacierto de la apreciación de las circunstancias que haya efectuado el presidente de la Nación a los efectos de la sanción del DNU*<sup>1341</sup>.

3.4.1.5.- PÉREZ HUALDE, al analizar la cuestión antes de la sanción de la Ley N° 26122 entendió que *“la nueva Constitución hace que desde su dictado hasta su aprobación o rechazo, el decreto no carece de presunción de legitimidad (a menos que hubiera entrado evidentemente en materia prohibida por la misma norma); pero no por ello deja de ser provisorio y temporario y, por esa razón, no podrían emanar derechos que no fueran también de tal carácter. Por todo esto, entonces, los efectos del rechazo del decreto serán ex tunc, salvo disposición en contrario del mismo legislador al momento de tomar tal decisión*”<sup>1342</sup>.

Posteriormente, al analizar la regulación establecida en la Ley N° 26.122, el autor citado apuntó que el rechazo del Poder Ejecutivo *“tiene efectos únicamente derogatorios para el futuro, sea cual fuere la causa o el tamaño y gravedad de su inconstitucionalidad, y deja a salvo los derechos ‘adquiridos’ durante su vigencia –Artículo 24–”* agregando, además, con cita de doctrina española, que *“en casos excepcionales, el efecto ‘ex tunc’ sólo se producirá cuando ocurra la declaración de inconstitucionalidad del decreto por no haber cumplido con los recaudos que la Carta Magna exige para su validez”*.

Finalmente, PÉREZ HUALDE concluye, por un lado, que *“el efecto derogatorio del rechazo por el Congreso y el reconocimiento en general de los derechos adquiridos durante su vigencia —sea cual fuere la causa del rechazo—, que la norma ha implantado, también atenta contra la sustancial ‘provisoriedad’ de la normativa de emergencia que ya sentó la Corte Suprema de la Nación en ‘Ercolano’ y, por otra parte, que “la ‘derogación’ prevista por la ‘ley especial’ también choca frontalmente contra la ‘pena de nulidad absoluta e insanable’ que prevé expresamente el texto del art. 99 inc. 3 CN (...)* si la causa de la ‘derogación’ es que el ejercicio de la facultad no se ajustó a los

---

<sup>1341</sup> BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, 458.

<sup>1342</sup> PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia...*, op. cit., p. 262.

*requerimientos constitucionales no corresponde esa derogación para el futuro que protege los derechos ‘adquiridos’ a la luz de esa norma afectada de ‘nulidad absoluta e insanable’*<sup>1343</sup>.

3.4.1.6.- Al analizar el tema, GORDILLO sostuvo, antes<sup>1344</sup> y después<sup>1345</sup> de la sanción de la Ley N° 26.122, que “*si el reglamento de necesidad y urgencia ha invadido las zonas prohibidas por la Constitución, una ley podrá reglar ex novo la materia, con efecto ex nunc,99 pero no ratificar el decreto con efecto ‘ex tunc’*”.

3.4.1.7.- Por último, pero no por ello dando por agotadas todas las posturas esbozadas por los autores que estudiaron el tema, cabe destacar que CASTRO VIDELA, ALFONSO SANTIAGO y VERAMENDI al preguntarse si el Congreso podría declarar la nulidad de un DNU, o de otros de los decretos sometidos al control legislativo, señalaron que de acuerdo con la “*terminología que utilizan las Cámaras cuando aprueban uno de los decretos sometidos al control de la ley 26.122 ( ‘Declarar la validez del decreto... ’) parecería avalar la interpretación de que, en el supuesto contrario, habría una declaración de ‘invalidez’, es decir, de nulidad. Sin embargo, entendemos que, frente a los términos del art. 24 de la ley 26.122, el rechazo del decreto implica su derogación, y no su anulación. Se trata de conceptos distintos, que no pueden ser asimilados. En cuanto a esa posibilidad de que las Cámaras declaren efectivamente la nulidad del decreto, como ya fue señalado, la ley 26.122 no la contempla, por lo que entendemos que dicha declaración de nulidad no resulta factible de ser instrumentada por este mecanismo*”<sup>1346</sup>.

Asimismo, tras señalar que “*el efecto del control legislativo previsto en la ley 26.122 es la derogación hacia delante, ex nunc, del decreto rechazado por ambas Cámaras*”, y que ello “*significa una importante contribución en términos de seguridad jurídica*”,

---

<sup>1343</sup> PÉREZ HUALDE, Alejandro, “La Comisión Bicameral Permanente...”, op. cit., p. 837/838.

<sup>1344</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo. Parte General*, 3ª edición, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1995, Tomo 1, Cap. VII-51.

<sup>1345</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, Cap. VII-33.

<sup>1346</sup> SANTIAGO, Alfonso (h)- VERAMENDI, Enrique – CASTRO VIDELA, Santiago M., *El control del Congreso...*, op. cit., p. 170.

destacaron que “no es posible desconocer que la regla establecida en el artículo 24 de la ley 26.122, si bien representa una valiosa garantía para los particulares que hayan obrado de buena fe durante la vigencia del decreto, asentados en la presunción de validez del obrar de los órganos estatales, podría significar asimismo, en casos extremos, una peligrosa vía de convalidación de procedimientos irregulares, en caso de ser interpretada en términos absolutos”<sup>1347</sup>.

### 3.4.2.) La cuestión en la Ley N° 26.122

Como ya lo hemos adelantado, la Ley N° 26.122 reguló los efectos del rechazo no solo de los DNU sino, también, de los decretos delegados y de promulgación parcial de leyes.

En tal sentido, según surge del art. 24, “el rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el art. 2 del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”.

### 3.4.3.) Nuestra postura

3.4.3.1.- En nuestra opinión, y tal como lo hemos apuntado en otra oportunidad, entendemos que la anulación y derogación no deben ser equiparados pues, como es sabido, mientras la derogación tiene efectos hacia el futuro, la declaración de invalidez tiene, en principio, efectos retroactivos<sup>1348</sup>.

3.4.3.2.- Por ello, e independientemente de lo dispuesto en la Ley N° 26.122 –que, como hemos visto, prevé la *derogación* de los decretos sometidos a su control– si se tiene en cuenta los diferentes efectos que ambas modalidades extintivas producen, bien podría proponerse que en una futura reforma legislativa la extinción por ilegitimidad (anulación)

---

<sup>1347</sup> SANTIAGO, Alfonso (h)– VERAMENDI, Enrique – CASTRO VIDELA, Santiago M., *El control del Congreso...*, op. cit., p. 177/178.

<sup>1348</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, op. cit., p. 101 y, antes, en: COMADIRA, Fernando Gabriel, “Anulación del acto administrativo irregular...”, op. cit., p. 50.

de un decreto sea diferenciada de su derogación.

De tal forma, entonces, si el Congreso anulara un DNU o, en su caso, un decreto delegado por razones de ilegitimad, aquella extinción les quitaría la presunción de legitimidad con la que, al igual que todo acto administrativo, contaban inicialmente, razón por la cual en aquellos supuestos los efectos deberían ser, en principio, retroactivos, vale decir, *ex tunc* –sin perjuicio de la eventual regulación de las situaciones jurídicas nacidas al amparo de aquella norma<sup>1349</sup>–, toda vez que desde su origen estaban viciados de nulidad.

3.4.3.1.- Aquella fue, además, la postura asumida por la CSJN en el caso “Zofracor”<sup>1350</sup> donde, además de haber dejado en claro que la Constitución nacional no consagra excepción alguna a la prohibición de dictar DNUs en materia tributaria, enfatizó que la eventual aprobación por parte del Congreso no podría sanear con efectos retroactivos los vicios constitucionales que los DNUs pudieran haber tenido en su origen.

Tal como lo ha señalado la Corte Suprema en el caso citado, el art. 86 de la ley de presupuesto N° 25.237 para el ejercicio del año 2000, mediante el que se ratificaba el DNU 285/99, *“carece de efectos retroactivos en virtud de la insanable inconstitucionalidad original. Sin embargo, esa norma revela que la intención del Poder Legislativo ha sido la de conferir rango legal a los contenidos que fueron plasmados en el decreto”* (considerando N° 7), razón por la cual, como agudamente destacara Petracchi, la ratificación legislativa *“debe ser reconocida a partir del dictado de la ley, con una virtualidad exclusiva hacia el futuro (efecto ex nunc). En este sentido, ha de juzgarse que, a partir de la sanción y promulgación de la ley, rige una normativa como la que intentaba plasmar el decreto nulo”* (voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi, considerando N° 6).

---

<sup>1349</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 251.

<sup>1350</sup> CSJN, 20/09/2002, “Zofracor S.A. c. Estado Nacional”, Fallos 325:2394. En la causa citada, la CSJN, por mayoría, declaró la nulidad de un decreto de necesidad y urgencia toda vez que *“los beneficios que se han establecido en el dec. 285/99 comportan, en su gran mayoría, el ejercicio de facultades de carácter tributario –aduaneras, impositivas o vinculadas con el Régimen Nacional de la Seguridad Social–, las que son competencia exclusiva del Poder Legislativo –arts. 4°, 17 y 75, incs. 1° y 2°, Constitución Nacional– y cuyo ejercicio está vedado al Poder Ejecutivo Nacional, aun en las condiciones excepcionales que podrían justificar el dictado de decretos de necesidad y urgencia, en atención a la explícita exclusión de tales materias que efectúa la Constitución Nacional”*.

En igual sentido se había expedido la Corte con fecha 17/03/1998, *in re* “Kupchik, Luisa Spak de y Kupchik, Alberto Mario c/ B.C.R.A. y Estado Nacional (M.E.) s/ varios”, publicado en Fallos 312:366 y, también, en esa misma fecha, en “Cic Trading S.A. c/ Estado Nacional (DGI) s/ juicio de conocimiento”, Fallos 321:347.

3.4.3.3.- En cambio, si el Congreso derogara un DNU o un decreto delegado por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, se podría llegar a aceptar que las situaciones jurídicas consolidadas como consecuencia del dictado de aquellos se consideren irrevocables, es decir, se justificaría su efecto *ex nunc*<sup>1351</sup>.

#### 3.4.) Decretos de necesidad y urgencia dictados en el “receso” congresual

3.4.1.- Finalmente, si bien la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>1352</sup>, algunas constituciones provinciales<sup>1353</sup> e incluso en anteriores proyectos de reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente<sup>1354</sup>, se ha previsto el supuesto en el que un DNU sea dictado durante el receso legislativo, la Constitución nacional y la Ley N° 26.122 nada han establecido al respecto.

3.4.2.- Si el real sustento de los DNU –y, en su caso, de los reglamentos delegados ante una emergencia pública– radica en la existencia de una situación de necesidad y urgencia no susceptible de ser resuelta por el mecanismo ordinario de sanción de leyes, la circunstancia fáctica de que el Congreso esté o no en receso en modo alguno puede

---

<sup>1351</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Los decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado y derecho argentino”, LL 1985-E-798; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 545/546; PÉREZ HUALDE, Alejandro, “La Comisión Bicameral Permanente...”, op. cit., p. 837/838.

<sup>1352</sup> El art. 105 inc. 3° de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires le impone al Jefe de Gobierno el deber de convocar a sesiones extraordinarias a la Legislatura, si ésta estuviera en receso, para el tratamiento de los DNU.

<sup>1353</sup> El art. 161 *in fine* de la Constitución de Santiago del Estero estipula que el Poder Ejecutivo local “deberá remitir el decreto a la Legislatura dentro de los cinco días de dictado, convocando de inmediato a sesión extraordinaria si estuviere en receso”.

<sup>1354</sup> El proyecto de Ley N° 6876-D-00 estipulaba en su art. 13 que “cuando las cámaras estén en receso, el Poder Ejecutivo, junto con el decreto de necesidad y urgencia, deberá convocar a sesiones extraordinarias o incluir su tratamiento en el respectivo temario”.

privar al Poder Ejecutivo de ejercer su potestad reglamentaria –que, en el caso del DNU es inherente–y, con ella, normativizar la situación imperante<sup>1355</sup>.

3.4.3.- No obstante, toda vez que la Norma Fundamental prevé la intervención obligatoria del Congreso para la aprobación definitiva del DNU y del reglamento delegado, cabe preguntarse si en estos casos el Poder Ejecutivo debe convocar a sesiones extraordinarias o si, por el contrario, su tratamiento debe postergarse al “*próximo período de sesiones*”<sup>1356</sup>.

En un fallo relativamente reciente, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal precisó que “*no parecería que sólo el receso del Congreso habilite por sí el dictado de decreto de necesidad y urgencia, pues no se han invocado motivos que impidan cumplir con la intervención del Cuerpo Legislativo, teniendo especialmente en cuenta las facultades otorgadas al Poder Ejecutivo en el artículo 99, inciso 9 de la Constitución Nacional*”<sup>1357</sup>.

Cabe tener presente que el art. 99, inc. 9° de la Carta Magna al que hizo referencia la Cámara del fuero establece que el Poder Ejecutivo “*prorroga las sesiones ordinarias del Congreso, o lo convoca a sesiones extraordinarias, cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera*”.

3.4.4.- En nuestra opinión, si se tiene en consideración el fallo precedentemente aludido y la facultad presidencial de convocar al Congreso a sesiones extraordinarias “cuando un grave interés de orden de progreso lo requiera”, creemos que si el Poder Ejecutivo dicta un DNU cuando el Congreso está en receso, aquel debería, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, convocar inmediatamente a una sesión extraordinaria<sup>1358</sup>.

---

<sup>1355</sup> En similar sentido COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, cit., P. 245.

<sup>1356</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 276, nota N° 243.

<sup>1357</sup> CNACAF, Sala de Feria, 22/01/2010, “*Pinedo, Federico y otros v. Estado Nacional*”. Un comentario sobre el fallo puede verse en GELLI, María Angélica, “La autonomía del Banco Central y los decretos de necesidad y urgencia en los casos ‘Pérez Redrado’ y ‘Pinedo’”, en LL 2010-A, 267.

<sup>1358</sup> En igual sentido: SANTIAGO, Alfonso - VERAMENDI, Enrique, “Una norma decisiva...”, op. cit.; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “*Decretos de necesidad y urgencia, control político ulterior y control de*



La solución resulta coherente no solo con la obligación que tiene el Poder Ejecutivo de requerir la convocatoria del Congreso cuando durante su receso aquel hubiere declarado la intervención federal de una provincia<sup>1359</sup>, sino, también, con lo preceptuado en diversas constituciones provinciales y en el derecho comparado donde, además, es posible advertir distintas maneras en cómo la cuestión ha sido regulada.

Así como existen provincias en donde se ha previsto que si la legislatura se encontrara en receso, la remisión del DNU a dicho Cuerpo sirve de acto de convocatoria a sesiones extraordinarias (Chubut<sup>1360</sup> y San Juan<sup>1361</sup>), en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>1362</sup> se ha establecido que, en aquel supuesto, la Legislatura se reúne en sesión extraordinaria por convocatoria del Poder Ejecutivo o se autoconvoca, en el término de diez días corridos a partir de la recepción del decreto.

A su vez, mientras unas constituciones provinciales contemplan que en caso de receso junto con el decreto se debe convocar a sesiones extraordinarias (Santiago del

---

*constitucionalidad*”, LL 2010-A, 272; PADILLA, Miguel A., *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, Tomo 1, p. 112.

BARRA, por su parte, precisó que “*la sanción de un DNU durante el período de receso del Congreso y el despacho de la Comisión durante este, con remisión a ambas Cámaras, debería importar la convocatoria automática de sesiones extraordinarias a los efectos del tratamiento de ese DNU*” (BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 454). Lo expuesto por el citado jurista se condice, además, con lo apuntado en una obra escrita más de quince años antes, donde sostuvo que en aquellos casos donde el Congreso estuviere en receso, “*aunque la Constitución no lo establece, cabría interpretar, para asegurar la inmediata intervención del Congreso, que es lo querido por el constituyente, que la remisión del DNU al Congreso –obligación que evidentemente no se suspende por la finalización de las sesiones ordinarias, o su prórroga– importa la automática convocatoria a sesiones extraordinarias para debatir ese concreto DNU*” (BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 438/439).

GORDILLO, en la primera edición de su Tratado de Derecho Administrativo, al diferenciar el reglamento de necesidad y urgencia del Decreto-Ley, señaló que el primero “*debe ser inmediatamente comunicado al Congreso para que éste resuelva en definitiva lo que corresponde, y si no estuviese reunido, deberá convocárselo al efecto*” (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1974, Tomo 1, Cap. V–39, punto 12.2).

<sup>1359</sup> En tal sentido, cabe recordar que si bien conforme surge de la Constitución nacional, corresponde al Congreso “*disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires*” (art. 75, inc. 31), el art. 99, inc. 20 expresamente prevé que el Presidente “*decreta la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso, y debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento*”.

<sup>1360</sup> Cfr. art. 156 de la Constitución de la Provincia de Chubut.

<sup>1361</sup> Cfr. art. 157 de la Constitución de la Provincia de San Juan.

<sup>1362</sup> Cfr. art. 91 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Estero<sup>1363</sup>), otras, como Salta<sup>1364</sup> y Río Negro<sup>1365</sup>, agregan que aquello es bajo apercibimiento de que el decreto pierda “*su eficacia en forma automática*”.

Finalmente, cabe recordar que, como lo destacamos en el punto N° 4.1. del Capítulo I, el art. 62 de la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988 establece que “*en caso de relevancia y urgencia, el Presidente de la República podrá adoptar medidas provisionales, con fuerza de ley, debiendo someterlas de inmediato al congreso Nacional, el cual estando en vacaciones será convocado extraordinariamente para reunirse en el plazo de cinco días (...)*” (énfasis agregado).

#### **4.) Especial referencia a la publicidad de los decretos de necesidad y urgencia**

4.1.- A lo largo de los fundamentos que dan sustento a esta tesis hemos visto que según el criterio mixto para delimitar las funciones jurídicas del Estado, los reglamentos, cualquiera fuera la clase (v.gr.: reglamentos autónomos, ejecutivos, delegados y de necesidad y urgencia), son producto de la *función administrativa* (por oposición a legislativa) y, por tanto, que encuadran dentro del concepto amplio y/o genérico de “acto administrativo”, es decir, entendiendo al acto administrativo en su sentido más genérico y comprensivo

Asimismo, en el punto N° 2.1.1.1.1. del Capítulo VI de esta tesis precisamos que la producción de los efectos jurídicos de los actos administrativos solo se genera a partir de la publicidad de aquellos (notificación en el caso de actos administrativos de alcance particular, publicación en los actos administrativos de alcance general), razón por la cual es posible inferir que sin publicidad —es decir, sin notificación o publicación— aquellos no existen jurídicamente.

De tal forma, sostuvimos que independientemente de lo dispuesto en el art. 11 de la LNPA, la publicidad de los actos administrativos integra el elemento esencial “forma” de

---

<sup>1363</sup> Cfr. art. 161 de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero.

<sup>1364</sup> Cfr. art. 145 de la Constitución de la Provincia de Salta.

<sup>1365</sup> Cfr. art. 181 inc. 6° de la Constitución de la Provincia de Río Negro.

aquéllos, constituyéndose, así, en un requisito esencial de su válida configuración<sup>1366</sup>, tal como lo sostiene la mayoría de la doctrina nacional<sup>1367</sup> y, actualmente, la CSJN<sup>1368</sup>.

*Concluimos, en definitiva, que con la publicidad nace el acto administrativo, pues es a partir de allí que se producen los efectos jurídicos respecto de terceros, favorables o desfavorables.*

4.2.- Ahora bien, en el punto N° 3.3.1. de este Capítulo hemos visto que de la Ley N° 26.122 es posible interpretar que los DNU –y también de los reglamentos delegados–, producen efectos jurídicos desde su publicación, el día que aquel determine o, en su defecto, a partir del octavo día de su publicación.

---

<sup>1366</sup> Por ello, en nuestra opinión, sería incoherente sostener que la nota característica e inherente del acto administrativo es la producción de efectos jurídicos directos respecto de terceros y, al mismo tiempo, negar que la notificación sea un requisito esencial de su validez.

Por otra parte, es indudable que lo apuntado en el texto lejos está de ser una mera elucubración teórica. Piénsese, por ejemplo, en una ley sancionada por el Congreso en la que se le delega al Poder Ejecutivo, en los términos del art. 76 de la Constitución de la Nación, la facultad de dictar un reglamento dentro del plazo de ejercicio de 120 días y sobre las bases allí previstas.

Pues bien, de adherirse al criterio aquí propuesto y a la doctrina actual de la CSJN, habrá que necesariamente concluir que si el reglamento delegado es dictado el día 119, pero publicado el día 122, aquel será nulo de nulidad absoluta e insanable.

Es que, como dijimos, la publicidad de los actos administrativos (notificación en el caso de actos administrativos de alcance particular, publicación en los actos administrativos de alcance general) integra el elemento esencial “forma” de aquéllos, constituyéndose, así, en un requisito esencial de su válida configuración.

<sup>1367</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 212 y 229; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 629/631; CANDA, Fabián O., “El vicio en el elemento forma...”, op. cit., p. 650/651); REVIDATTI, Gustavo A., *Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1984, Tomo 2, p. 280/281; MERTEHIKIAN, Eduardo, “Validez y eficacia...”, op. cit.; BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 26 y 53. En contra puede verse: GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, p. X–6/7; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 341–342.

<sup>1368</sup> El Máximo Tribunal, en más de una ocasión, ha sostenido que “*debe tenerse presente que el art. 11 del decreto-ley 19.549 exige que para que los actos administrativos de alcance general adquieran eficacia deban ser publicados, mientras que, por su parte, el art. 103 de su reglamentación aprobada por el decreto 1579/72 (t.o. 1991) dispone que aquéllos producirán sus efectos a partir de su publicación oficial y desde el día que en ellos se determine, y si no designan tiempo, producirán efectos después de ocho días, computados desde el siguiente al de su publicación oficial. El cumplimiento de tal requisito, que condiciona la validez del acto de contenido normativo general, también ha sido exigido por la Corte*” (CSJN, 11/5/2010, “Tiempo Nuevo SRL v. res. 73 9/06 – CNRT (expte. 12.201/01)”, Fallos 333:600). Como se ve, la Corte, con remisión al dictamen de la procuradora fiscal, señaló que el cumplimiento de la publicidad “*condiciona la validez del acto de contenido normativo general*”. En igual sentido se había expedido el entonces Procurador General, Dr. Nicolás E. Becerra, en la causa: CSJN, 18/07/2002, “Gartner, Ángel E. c/. Comité Federal de Radiodifusión”, Fallos 325:1808.

4.3.- En efecto, conforme surge del art. 17 de la Ley N° 26.122, *“los decretos a que se refiere esta ley dictados por el Poder Ejecutivo en base a las atribuciones conferidas por los arts. 76, 99, inc. 3, y 80 de la Constitución Nacional, tienen plena vigencia de conformidad a lo establecido en el art. 2 el Código Civil”*.

Al respecto, cabe recordar que así como el antiguo art. 2° del Código Civil establecía que *“las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial”*, el actual art. 5° del CCCN prevé que *“las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen”*.

Asimismo, y como ya lo hemos mencionado a lo largo de los distintos fundamentos que dan sustento a nuestra tesis, los reglamentos de necesidad y urgencia –en su gran mayoría– y los reglamentos delegados son actos administrativos de alcance general normativo y, según el art. 103 del RLNPA, *“los actos administrativos de alcance general producirán efectos a partir de su publicación oficial y desde el día en que ello se determine; si no designan tiempo, producirán efectos después de los ocho (8) días, computados desde el siguiente al de su publicación oficial”*. Como se ve, la solución aquí propuesta guarda coherencia con las normas antes mencionadas.

Más aún, la PTN ha señalado que los decretos de alcance general constituyen actos reglamentarios que, como tales, producen efectos luego de los ocho días de su publicación o desde el día que en ellos se determine<sup>1369</sup>.

Nuestro Máximo Tribunal de la Nación, asimismo, precisó que las normas se tornan obligatorias para los particulares con la publicación, no siendo imputable el incumplimiento de deberes legales a quienes ignoran la existencia de las normas que las imponen, las que solo se reputan conocidas cuando se las hace públicas oficialmente<sup>1370</sup>.

---

<sup>1369</sup> Dictámenes 201:126

<sup>1370</sup> CSJN, 30/09/1986, “Basigaluz Sáez, Laura Ema c/ Ministerio de Educación y Justicia”, Fallos: 308:1861; CSJN, 04/04/1973, “Gómez, José s/ Jubilación”, Fallos 285:223, entre otros

4.4.- Por otra parte, algunos autores han entendido que en virtud de la especial razón de ser y los fundamentos de esta clase de decretos, si existieran dificultades materiales para la publicación del DNU, “*su eficacia y obligatoriedad no debe supeditarse a su previa publicación; deben ser tenidos por obligatorios y eficaces desde su emanación y ‘eficiente divulgación’, sin que sea necesaria su publicación. Bastará, pues, con que en la fecha misma de su emanación, ésta haya sido suficientemente divulgada por radiodifusión a través de la estación oficial y de las radioemisoras que gocen de mayor preferencia en el público*”<sup>1371</sup>.

4.5.- Por nuestra parte, si bien coincidimos con aquellos autores en cuanto a que, en ciertas circunstancias, la “eficiente divulgación” de un DNU es suficiente para tenerlo por obligatorio y eficaz, creemos que resulta necesario hacer algunas breves precisiones conceptuales a efectos de justificar nuestra postura.

En primer término, debe tenerse en cuenta que la publicidad o comunicación de los actos administrativos consiste en llevar el acto emitido a conocimiento de los interesados<sup>1372</sup> y, a su vez, que la publicación de los reglamentos tiene por objeto no solo dar a conocerlos sino, especialmente, fijar el momento desde el cual se los considerará conocidos<sup>1373</sup>.

En segundo lugar, cabe recordar que el art. 103 del RLNPA al referirse a los actos administrativos de alcance general, prevé que aquellos producirán efectos desde su publicación oficial y que, como lo hemos señalado a lo largo de los fundamentos que justifican esta tesis y en otra oportunidad<sup>1374</sup>, tanto la PTN<sup>1375</sup>, como la jurisprudencia de

---

<sup>1371</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 278/279; DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 371/372; PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia...*, op. cit., p. 284; MIDÓN, Mario A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia...*, op. cit., p. 164, criterio luego ratificado en la 2ª edición corregida y actualizada de su obra, Hammurabi, 2012, p. 253.

<sup>1372</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 343.

<sup>1373</sup> HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 139.

<sup>1374</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “Régimen jurídico de la función administrativa reglamentaria”, op. cit., p. 465.

<sup>1375</sup> Dictámenes 145:19. En el caso, el Máximo Órgano Asesor precisó que la “publicación oficial” requerida en el art. 103 del RLNPA no significa “publicación en el Boletín Oficial” de la Nación, pudiendo en consecuencia efectuarse en el propio boletín de la repartición; desde luego, cabrá en los casos ocurrentes

la Cámara del fuero<sup>1376</sup> y la doctrina señalaron que la expresión “publicación oficial” no puede quedar limitada a la efectuada en el Boletín Oficial, toda vez que puede suceder que la publicidad se produzca en otro medio de amplia y pública difusión<sup>1377</sup>.

De esa manera, entonces, y teniendo en consideración que los DNU son producto función administrativa y que, por tanto, constituyen verdaderos actos administrativos – entendida esta expresión en su sentido más genérico y comprensivo–, entendemos que en casos de necesidad y urgencia, excepcionalmente podría admitirse la publicación del DNU ya sea por *radiodifusión* a través de la estación oficial y de las radioemisoras que gocen de mayor preferencia en el público, por *televisión* (oficial o por medio de los canales popularmente más conocidos)<sup>1378</sup> e, incluso, debido al constante desarrollo y avance de las nuevas tecnologías y su impacto en el derecho administrativo, por *internet*<sup>1379</sup>.

---

valorar la verdadera publicidad, seriedad y posibilidad real de que los particulares lo consulten, para tener por suficientemente publicado el reglamento.

<sup>1376</sup> CNACAF, Sala IV, 06/04/1999, “Ize, Susana Enriqueta c/Caja Nacional de Ahorro y Seguro s/empleo público”. En el fallo citado, la Sala IV, tras señalar que “*la falta de publicación en el Boletín Oficial y de notificación a los interesados (...) no puede llevar por sí sola a privarla de efectos, considerando que los recaudos legales exigidos tienden a efectivizar la garantía que asegura la posibilidad del correcto ejercicio de los derechos del administrado y que tales recaudos se vieron resguardados por el conocimiento real de la existencia de la resolución y su contenido*”, precisó que “*la publicación oficial no debe ser realizada necesariamente en el Boletín Oficial*”

<sup>1377</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 225, nota 819. En igual sentido: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 343 y ss.; USLENGHI, Alejandro, “Régimen jurídico...”, op. cit., p. 487. GORDILLO, como veremos en la nota que sigue, en casos de emergencia admite excepcionalmente la publicación radial o televisiva (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 4, p. V-5).

<sup>1378</sup> En tal sentido, GORDILLO, tras señalar que no es admisible la publicación exclusiva por medio de periódicos privados salvo casos de emergencia, precisó que “*en esta hipótesis, con todo, también puede admitirse excepcionalmente la publicación radial o televisiva*” (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 4, p. V-5).

Del mismo modo, PRITZ sostuvo que en el caso de los DNU “*la urgencia, debe aplicarse no sólo al reglamento en sí mismo sino también a su publicación, por lo que entendemos que no puede pretenderse que un DNU «entre en turno» para su publicación, sino que ello debe hacerse en forma inmediata*” (PRITZ, Osvaldo A.F., “Acto de alcance general”, op. cit., p. 418).

<sup>1379</sup> Independientemente del sitio web en el que se divulgue el reglamento de necesidad y urgencia, debemos recordar que, como vimos al comienzo, mediante el Decreto N° 207/2016 se estableció que “*la publicación del Boletín Oficial de la República Argentina en su sitio web, [www.boletinoficial.gob.ar](http://www.boletinoficial.gob.ar), reviste carácter de oficial y auténtica y produce idénticos efectos jurídicos a los de su edición impresa*”.

Por ello, en definitiva, e independientemente del texto del art. 103 del RLNPA, si bien lo más ortodoxo es que los reglamentos se publiquen en el Boletín Oficial<sup>1380</sup>, lo cierto es que en el caso de los reglamentos de necesidad y urgencia, las circunstancias excepcionales que hicieron posible su dictado también podrían habilitar al Poder Ejecutivo de la Nación a que, en algunas ocasiones, lo publique (comunique) en aquellos medios que aseguren una amplia y eficiente divulgación, sin perjuicio de que, una vez superada la imposibilidad material de publicarlo, inmediatamente lo someta a las solemnidades formales exigidas por el ordenamiento jurídico positivo.

En un precedente que resultaría de aplicación *mutatis mutandi* al caso de los DNU, puede mencionarse lo resuelto por la Cámara Nacional Criminal y Correccional en el caso “Barrionuevo” citado por el profesor PÉREZ HUALDE<sup>1381</sup>.

En aquella ocasión, el tribunal sostuvo que *“que la ley 16.504 al modificar el art. 2º del Cód. Civil si bien estableció concretamente que la publicación de las leyes debía ser oficial, ello no importaba que se efectuaba necesariamente por el órgano oficial, requiriendo que cuando se haga a través de órganos periodísticos privados, presente tal naturaleza y características que brinden no sólo una satisfactoria divulgación sino también certeza sobre la autenticidad del texto legal; lo que por cierto ha ocurrido en este caso, con lo cual el requisito de publicidad se da por cumplido. En torno a la publicidad del dec. 714/89 tomado como reglamento de necesidad y urgencia resultan ilustrativas las palabras de Marienhoff en el Tratado cit., t. 1, p. 267, donde destacó que dada su especialísima razón de ser y fundamento, su eficacia y obligatoriedad no debe supeditarse a su previa publicación, resultando suficiente que haya sido divulgada por radiodifusión a través de la estación y de las emisoras que gocen de mayor preferencia en el público”*

---

<sup>1380</sup> Al respecto, GORDILLO ha señalado que ante las numerosas reformas reglamentarias, resulta indispensable centralizar las publicaciones en el Boletín Oficial de la Nación con el *“fin de proporcionar al público una fuente ordenada y sistematizada de normas”* para que los ciudadanos puedan consultarlas (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 4, p. V-5).

<sup>1381</sup> CNCrimCorr, Sala V, 04/06/1989, “Barrionuevo, César C. y otro”, LL 1990-A, 47, citado por: PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia...*, op. cit., p. 284.

El fallo citado fue comentado por el profesor SAGÜÉS aunque, cabe aclarar, no trató el tema de la publicidad del DNU sino, en rigor, la cuestión vinculada con el estado de sitio (SAGÜÉS, Néstor Pedro, “La declaración del estado de sitio por decreto de necesidad y urgencia”, LL 1990-A, 45). Sobre el tema remitimos a la nota N° 141 y, especialmente al punto N° 2.1.1. del Capítulo II.



En otras palabras, para la justicia federal, en aquel supuesto, la amplia divulgación por la prensa de la declaración del estado de sitio establecida por un DNU, es idónea para suplir la publicación oficial, en tanto cumplió igualmente los fines señalados por el art. 2 del Cód. Civil<sup>1382</sup>.

## **5.) El Poder Ejecutivo ante el rechazo congresual de los decretos de necesidad y urgencia y los reglamentos delegados**

### 5.1.) La “insistencia” del Poder Ejecutivo

5.1.1.- En párrafos anteriores hemos apuntado que si en el futuro se decidiera modificar el régimen legal establecido en la Ley N° 26.122 estableciéndose un plazo o fecha cierta para que el Congreso se expida, la consecuencia jurídica que debería otorgársele a su incumplimiento debería ser el otorgamiento de efectos positivos.

Ahora bien, ante el rechazo expreso de ambas Cámaras, ¿podría el Poder Ejecutivo dictar un decreto de contenido similar o idéntico al que fuera rechazado expresamente por ellas?

5.1.2.- En relación con los reglamentos delegados, cabe recordar que aquellos pueden ser dictados durante el “plazo fijado para su ejercicio” en la ley delegante<sup>1383</sup> y, por consiguiente, entendemos que no existiría obstáculo constitucional y/o legal para que, mientras no haya expirado aquel término, el Poder Ejecutivo ejerza repetidamente aquella potestad<sup>1384</sup>; ello, claro está, en la medida en que la legislación delegante del Congreso

---

<sup>1382</sup> CNCrimCorr, Sala V, 04/06/1989, “Barrionuevo, César C. y otro”, LL 1990-A, 47.

<sup>1383</sup> En tal sentido, cabe recordar que, como dijéramos en el punto N° 5.2.3.1. del Capítulo IX de esta tesis, luego de la reforma constitucional de 1994, así como una ley delegante carente de plazo habrá de ser considerada inconstitucional, un reglamento administrativo dictado con posterioridad al plazo fijado en la ley delegante será nulo de nulidad absoluta e insanable por padecer de un vicio en la competencia en razón del tiempo.

<sup>1384</sup> Distinto es lo que sucede en España donde, como vimos en el punto N° 4.3. del Capítulo III, el art. 82, inc. 3° establece que “*la delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente*”, por lo que, en definitiva, el Gobierno no podría volver a invocar la delegación para sustituir o modificar el texto normativo aprobado originalmente. Sobre la cuestión, ENTRENA CUESTA destacó que “*dada la finalidad y naturaleza de la delegación, ésta se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente, aunque ésta tenga*

no se hubiere dispuesto lo contrario.

5.1.3.- En el caso de los DNU creemos, al igual que lo han sostenido SANTIAGO y VERAMENDI, que “*los principios que enmarcan un adecuado funcionamiento institucional parecen desaconsejar y hasta prohibir la posibilidad de este tipo de prácticas por parte del presidente*”<sup>1385</sup>, salvo, agregamos nosotros, que la derogación hubiera sido por razones de ilegitimidad sustentada en vicios formales (como sería el caso, por ejemplo, de que haya faltado el refrendado del Jefe de Gabinete, o que el Jefe de Gabinete no lo hubiera sometido a consideración de la Comisión luego de los diez días).

Es que, en definitiva, la autolimitación del ejercicio de aquella potestad por parte del Poder Ejecutivo constituiría un saludable gesto republicano y, además, un criterio realista respecto de las propias posibilidades de dinámica funcional por parte del Congreso<sup>1386</sup>.

Sin perjuicio de ello, apuntamos que si el Poder Ejecutivo alegara fundadamente la configuración de nuevos hechos que modifican sustancialmente las circunstancias fácticas en las que se encuadró el DNU anteriormente rechazado, sí podría dictar otro similar al derogado<sup>1387</sup>.

Lo señalado no importa en modo alguno proponer una “subsanción” de los vicios formales del DNU emitido originariamente, puesto que el nuevo requerirá para ser aprobado definitivamente que cumpla con los requisitos formales y sustanciales, bajo pena de nulidad absoluta e insanable.

---

*lugar antes del vencimiento del plazo establecido*” (ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso...*, op. cit., Volumen I/1, p. 109).

<sup>1385</sup> SANTIAGO, Alfonso - VERAMENDI, Enrique, “Una norma decisiva...”, op. cit. y, posteriormente, en SANTIAGO, Alfonso (h)– VERAMENDI, Enrique – CASTRO VIDELA, Santiago M., *El control del Congreso...*, op. cit., p. 181.

<sup>1386</sup> En igual sentido, aunque refiriéndose a la posibilidad de derogar por decreto de necesidad y urgencia una ley reguladora de aquella clase de reglamentos, puede verse: COMADIRA, Julio Rodolfo, “Los reglamentos de necesidad y urgencia...”, op. cit.

<sup>1387</sup> En igual sentido: MIDÓN, Mario A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia...*, op. cit., p. 154, criterio luego ratificado en la 2° edición corregida y actualizada de su obra, Hammurabi, 2012, p. 243.

## 5.2.) El veto presidencial a la norma derogatoria del Congreso

5.2.1.- Por último, cabe preguntarse si el Poder Ejecutivo podría vetar el rechazo expreso del Congreso al decreto.

Con anterioridad al dictado de la Ley N° 26.122, el profesor COMADIRA señaló, refiriéndose a los DNU, que *“el veto presidencial de la ley derogatoria del Reglamento implicaría un acto viciado por desviación poder, en tanto tal potestad ejecutiva, no revelaría, en ese caso, otro propósito que la neutralización del control constitucional del Congreso, y no podría, por ende, hallar amparo en los fines aprehendidos por la Constitución para conferir aquella prerrogativa”*<sup>1388</sup>.

Asimismo, la posibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda vetar la norma del Congreso fue expresamente rechazada por un gran sector de la doctrina<sup>1389</sup>, entre los que

---

<sup>1388</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, Op. cit., p. 252. En igual sentido GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, VII-33/34.

<sup>1389</sup> Una posición diferente puede verse, con anterioridad a la Ley N° 26.122, en: FANELLI EVANS, Guillermo, “Los decretos de necesidad y urgencia...”, op. cit., p. 217.

BARRA, por su parte, y tal como mencionáramos en el punto N° 3.3.3.1.2.1. de esta Capítulo, ha ido modulando su postura a lo largo del tiempo. En efecto, si bien en comienzo, antes de la sanción de la Ley N° 26.122 sostuvo que por efectos prácticos y de seguridad jurídica, *“la aprobación o rechazo del DNU debe ser por ley”*, la que *“puede ser vetada total o parcialmente por el Poder Ejecutivo –como toda ley– con el régimen de insistencia del art. 83 de la Constitución Nacional”* (BARRA, Rodolfo C., “Decretos de necesidad y urgencia. El caso ‘Rodríguez’”, LL 1998-B, 1362), lo cierto es que, un año más tarde, cambió de criterio y precisó que aquella tesis *“presenta un inconveniente importante: si el rechazo se expresa a través de una ley formal, el Poder Ejecutivo podría vetarlo, manteniendo la vigencia del DNU hasta tanto el Congreso pueda insistir con la mayoría de dos tercios de los votos (art. 83, CN) mayoría que siempre es difícil de obtener. De esta manera podría burlarse el control que el Congreso debe ejercer sobre los DNU, otorgándole al Poder Ejecutivo la decisión última en la materia”* (BARRA, Rodolfo C., “Reglamentos administrativos”, LL, 1999-F, 1034). Asimismo, pocos años más tarde, al publicar el primer tomo de su Tratado de Derecho Administrativo (2002) el citado jurista matizó nuevamente su opinión y entendió que *“un análisis más detenido de la cuestión nos lleva a concluir que aquella solución –la posibilidad de que el DNU sea derogado por resolución de las Cámaras– es incorrecta. Esta sería una opción incoherente con el sistema jerárquico del DNU –equiparado constitucionalmente a la ley, ya que la sustituye– y que afectaría a la propia estabilidad del DNU, que el constituyente ha querido fortalecer. La cuestión del veto tiene naturaleza jurídica. Es razonable pensar que el Presidente, salvo en una situación muy excepcional, será más que prudente en vetar una ley derogatoria de un DNU para evitar, así, un conflicto de proporciones con el Congreso. Y, en definitiva, si tal conflicto es realmente de proporciones, también es probable que el Congreso insista en la ley vetada”* (BARRA, Rodolfo C., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 443).

Finalmente, luego de sancionada la Ley N° 26.122, BARRA cambió nuevamente su criterio y, en el año 2018, volvió a su doctrina del año 1999, pues apuntó que *“la alternativa elegida por el legislador de la ley 26.122 enerva la posibilidad de veto por el Poder Ejecutivo, al tiempo que permite una mayor celeridad en revisión del DNU, por cuanto puede ser tratado en simultáneo por ambas Cámaras. ¿Es esta una opción constitucionalmente válida? Si el DNU es una ley, solo podría ser derogado por otra ley; sin embargo, no es exactamente una ley, por cuanto la ley en su exacto y estricto sentido debe provenir del*

cabe mencionar PÉREZ HUALDE<sup>1390</sup>, SAGÜÉS<sup>1391</sup>, GELLI<sup>1392</sup>, QUIROGA LAVIÉ, BENEDETTI y CENICACELAYA<sup>1393</sup>, MIDÓN<sup>1394</sup>, EMILI<sup>1395</sup>, entre otros.

5.2.2.- Por nuestra parte, e independientemente de la actual regulación legal establecida en la Ley N° 26.122, adherimos al criterio expuesto por quienes rechazan la posibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda vetar la norma dictada por el Congreso que rechaza el DNU pues, sin duda alguna, ello implicaría no solo una clara “desviación de poder” sino que, además, tornaría prácticamente en letra muerta el control legislativo del Congreso sobre la función administrativa –materialmente legislativa– del Poder Ejecutivo.

En tal sentido, cabe recordar lo apuntado por SAGÜÉS antes de la sanción de la Ley N° 26.122, en cuanto a que de aceptarse la hipótesis planteada “*el Ejecutivo legislaría con solo un tercio de una Cámara*”, lo que ocurriría por cuanto “1) *el presidente dicta un decreto de necesidad y urgencia; 2) el Congreso sanciona un proyecto de ley derogatorio o modificatorio del decreto; 3) el presidente veta dicho proyecto; 4) una sala del Congreso reúne los dos tercios para superar el veto; 5) en resumen, quedaría en vigor el decreto con la sola voluntad del titular del Poder Ejecutivo y el tercio de una sala que*

---

Congreso. *Este es un punto a favor de la ley 26.122* (BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, 456).

<sup>1390</sup> PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia...*, op. cit., p. 254/258.

<sup>1391</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El Poder Ejecutivo podría legislar con el tercio de una Cámara del Congreso”, *La Ley*, Sup. Act. 27/08/1985.

<sup>1392</sup> GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 3° edición ampliada y actualizada, La ley, Buenos Aires, 2005, p. 843. Cabe destacar, además, que la autora citada ratificó su criterio luego de que entrara en vigencia la Ley N° 26.122: GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 4° edición ampliada y actualizada, La ley, Buenos Aires, 2009, Tomo 2, p. 376.

<sup>1393</sup> QUIROGA LAVIÉ, Humberto – BENEDETTI, Miguel Ángel – CENICACELAYA, María de las Nieves, *Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 1130. Según surge de la obra citada, el veto ante el rechazo congresional es una cuestión que “*se plantea sólo en la medida en que el Congreso adopte la forma de ley para revocar el decreto de necesidad y urgencia, pues de hacerlo a través de otro instrumento (por ej. Resolución o declaración) esta problemática deviene irrelevante*”.

<sup>1394</sup> MIDÓN, Mario A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia...*, op. cit., p. 146, criterio que con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 26.122 ratificó en la 2° edición corregida y actualizada de su obra, Hammurabi, 2012, p. 224/226.

<sup>1395</sup> EMILI, Eduardo O., “Los decretos de necesidad y urgencia...”, op. cit., p. 417.

*ha compartido aquel veto*”<sup>1396</sup>.

Por ello, en definitiva, creemos el Poder Ejecutivo no podría vetar la norma del Congreso que rechaza el decreto –ora por ilegitimidad, ora por razones de oportunidad, mérito o conveniencia- por cuanto con ello se estaría violando la división de poderes y, con eso, el equilibrio que entre ellos debe existir.

5.2.3.- Por lo demás, cabe destacar que la inviabilidad jurídica de que el Poder Ejecutivo vete lo resuelto por las cámaras del Congreso fue recogida por la Ley N° 26.122.

Así, el art. 22 de la ley estipula que las cámaras aprueban o rechazan los decretos sometidos a su consideración “mediante sendas resoluciones”, lo que importa que al no tratarse de una ley en sentido formal, no puede ser vetada por el Poder Ejecutivo, habida cuenta de que aquella facultad “únicamente puede ser ejercida en el trámite de formación y sanción de las leyes”<sup>1397</sup>.

Lo expuesto, aunado a lo estipulado en el art. 26 de la ley N° 26.122, que dispone que “Las resoluciones de las Cámaras que aprueben o rechacen el decreto de que se trate, en los supuestos previstos en esta ley, serán comunicadas por su presidente al Poder Ejecutivo para su inmediata publicación en el Boletín Oficial”, refleja claramente que no se ha previsto aquella prerrogativa en cabeza del Poder Ejecutivo<sup>1398</sup>.

---

<sup>1396</sup> SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, “El Poder Ejecutivo podría legislar...”, op. cit.

<sup>1397</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, Cap. VII-34.

<sup>1398</sup> En similar sentido puede verse: SANTIAGO, Alfonso (h)– VERAMENDI, Enrique – CASTRO VIDELA, Santiago M., *El control del Congreso...*, op. cit., p. 180 y ss.



## SEXTA PARTE

ASPECTOS VINCULADOS CON EL CONTROL JUDICIAL DE LOS  
REGLAMENTOS POR VÍA DE DEMANDA Y LA SUSPENSIÓN DE SUS  
EFECTOS

## LA IMPUGNACIÓN DE REGLAMENTOS POR VÍA DEL AMPARO

## CAPÍTULO XI

## DEMANDA ANULATORIAS CONTRA UN REGLAMENTO

**1.) Introducción**

1.1.- En el siguiente Capítulo nos encargaremos de analizar algunos de los principales aspectos procesales vinculados con la impugnación judicial de los reglamentos, debiendo ya dejar aclarado que, a diferencia de lo que sucede con la gran mayoría de las provincias, no existe a nivel nacional un Código Contencioso Administrativo que regule de manera específica el proceso contencioso.

1.2.- Varios fueron los proyectos de Código que se han presentado a lo largo de los últimos años, entre los que cabe destacar, a simple título de ejemplo, el proyecto de Código Contencioso Administrativo (1960) redactado por el Dr. FIORINI; el Anteproyecto de Código Procesal Administrativo de la Nación (1965) elaborado por los doctores Manuel María DIEZ, José María AVILA y Agustín GORDILLO; el Anteproyecto de Código Contencioso Administrativo de la Nación (1968) de los doctores Miguel S. MARIENHOFF, Germán J. BIDART CAMPOS, Jorge Tristán BOSCH, Adalberto COZZI y Francisco LINARES; el proyecto de “Código Procesal Contencioso Administrativo para la Nación” (1981) de los doctores Miguel S. MARIENHOFF, Juan Carlos CASSAGNE y Francisco LINARES.

Luego de muchos años de inercia legislativa, en el año 1998 el Poder Ejecutivo envió al Congreso de la Nación un proyecto de “*Código Contencioso Administrativo Federal*”



que, un año más tarde, obtuvo media sanción en el Honorable Senado de la Nación<sup>1399</sup>.

La grave crisis social y económica sufrida por la Argentina a fines de la década del 90 y comienzos de los años 2000 -cuyos efectos en muchos casos aún se sienten-, hizo que el Congreso y el Poder Ejecutivo volcaran todos sus esfuerzos en intentar normalizar aquella situación.

Naturalmente, aquel proyecto de Código, altamente influenciado por la aguda pluma del profesor COMADIRA, no fue tratado.

Años más tarde, ante la renovada necesidad de contar con una Ley que regule el Proceso Contencioso Administrativo, en el año 2008 se trató el proyecto de “*Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo*” para la Nación el cual, si bien tuvo media sanción en el Honorable Senado de la Nación<sup>1400</sup>, posteriormente, al haber perdido estado parlamentario<sup>1401</sup>, se lo volvió a presentar en el año 2011<sup>1402</sup> y 2013<sup>1403</sup>.

1.3.- La ausencia de un Código Contencioso Administrativo Federal y su necesidad ha sido puesta de manifiesto en el voto de la Dra. Highton de Nolasco en la causa “Resch”<sup>1404</sup>.

---

<sup>1399</sup> Un análisis exhaustivo del proyecto de Código puede verse en: CANDA, Fabián O. - PERRINO, Pablo E., “El proyecto de Código Contencioso Administrativo Federal (un examen de sus principales institutos), ED 183-899.

<sup>1400</sup> Ver Expediente S-1360/07, con media sanción en la sesión celebrada el día 26 de noviembre de 2008 - OD N° 1156/08.

<sup>1401</sup> Cabe recordar que los proyectos de leyes “pierden” su estado parlamentario (caducan) cuando son sometidos a consideración del Congreso y no obtienen sanción, en alguna de sus Cámaras, durante el año parlamentario en que tuvo entrada en el cuerpo o en el siguiente (cfr. Ley N° 13.640, art. 1°, párr. 1°); asimismo, en caso de que sí hubiera obtenido sanción en alguna de las Cámaras en el plazo indicado, éste se prorrogará por un año más (cfr. Ley N° 13.640, art. 1°, párr. 2°).

<sup>1402</sup> Ver Expediente S-1873/11.

<sup>1403</sup> Ver Expediente S-89/13.

<sup>1404</sup> CSJN, 26/10/2004, “Resch, Héctor Juan c/ M° del Interior - Policía Federal s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de seg”, Fallos: 327:4681, con comentario de CANDA, Fabián O., – COMADIRA, Julio Pablo, “Cuestiones relativas a la habilitación de la instancia judicial en un fallo de la CS (El caso “Resch” y la aplicación de la LNPA a las Fuerzas Armadas y de Seguridad; la inhabilitación de oficio de la instancia judicial y la necesidad imperiosa de un Código Contencioso Administrativo)”, EDA, 2005-719.

En aquel precedente jurisprudencial el Alto Tribunal debía analizar si el título IV de la LNPA - relacionado con la impugnación judicial de los actos administrativos- resultaba de aplicación al personal militar de las Fuerzas Armadas y de Seguridad. Sin perjuicio de la opinión personal que al respecto posee el suscripto, lo cierto es que en la causa señalada la Corte reiteró la doctrina expuesta *in re* “Tajes” (CSJN, 31/03/1999, “Tajes, Raúl Eduardo c/ Estado Nacional (EMGE) s/ retiro militar y fuerzas de seguridad”,

En lo que aquí interesa, al momento de emitir su voto, la Dra. Highton de Nolasco apuntó que el conflicto allí suscitado *“hallaría solución a través del dictado de normas procesales en lo contencioso administrativo que regulen, a nivel nacional, los recaudos necesarios para la habilitación de la instancia judicial en las causas contencioso administrativas”* agregando, además, que *“la aclaración legislativa de esta cuestión contribuirá a fortalecer la seguridad jurídica y, de este modo, se evitarán situaciones potencialmente frustratorias de los derechos de los administrados”*.

1.4.- Actualmente, entonces, y sin perjuicio del último proyecto de Código presentado, y teniendo en consideración la reiterada jurisprudencia del fuero que sostiene que el CPCC *“se aplica al proceso contencioso administrativo por vía de analogía con las adecuaciones requeridas por la naturaleza propia del derecho público”*<sup>1405</sup>, en éste

---

Fallos: 322:551), “Sire” (CSJN, 08/08/1989, “Sire, Guillermo Eduardo c/ Estado Nacional (Fuerzas Armadas de la República Argentina - Comando en jefe de la Armada Argentina) s/ daños y perjuicios”, Fallos: 312:1250), “Bagnat” (CSJN, 10/03/1988, “Bagnat, Juan Carlos c/ Estado Nacional (Est. Mayor Gral. Naval) s/ retiro militar”, Fallos 311:255), entre otros, donde sostuvo que no le es aplicable el Título IV de la LNPA al personal de las fuerzas armadas y de seguridad y, por tanto, no resulta exigible el agotamiento de la vía administrativa allí contemplada ni la interposición de la demanda en el plazo de caducidad de su art. 25.

Sobre la cuestión, cabe tener presente que si bien aquella doctrina fue reiterada por la corte en precedentes posteriores a Resch (ver, por ejemplo, lo resuelto en la causa CSJN, 18/07/2006, “Daus, Oscar Normando c/ M° del Interior y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos: 329:2886), en un fallo reciente en el tiempo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, pareciera haberse apartado de aquella línea jurisprudencia (CNACAF, Sala I, 28/11/2018, “Puga, Luis Alberto c/ EN-PSA- s/ Proceso de Conocimiento). En relación con la última causa citada, cabe señalar que la CSJN, con fecha 03/12/2019, rechazó tratar la cuestión por aplicación del art. 280 del CPCCC, razón por la cual la sentencia dictada por la Cámara ha quedado firme.

<sup>1405</sup> CNACAF, Sala III, 04/11/2004, “Compañía Argentina de Seguros ANTA S.A. c/ A.F.I.P. –D.G.I.-s/D.G.I.”; 26/06/2001, “Mackentor SACCIAIF”; 16/08/1990, “Avanzada, S. A. c. Gas del Estado”; 04/12/1986, “Bigdei-Or SA”; 21/02/1985, “Galligo, Gustavo”; 12/06/1984, “Bautista”; 03/05/1984, “Moresco”. En similar sentido: CNACAF, Sala IV, 15/04/1998, “Santa Lucía Cristal S.A.C.I. y F. c/ Administración Nacional de Aduanas”; 14/08/1990, “Menzani, Carlos y otros c/ Osplad”; 30/03/1989, “De la Torre”; 25/09/1986, “Conafer”; Sala II, 20/10/2004, “Econor S.A. –inc. Rendición de Cuentas c/ Consejo Federal de la Energía Eléctrica (CFEE) s/ Diligencia preliminar”

En relación con la aplicación “analógica” o “subsidiaria” de una norma, destacamos que, tal como señalara la doctrina, la primera supone carencia histórica de normas y la elaboración y adaptación en ella implicadas derivan no solo de esa carencia sino, además, de la necesidad de respetar en la tarea integradora las características y exigencias particulares del sistema normativo integrado mientras que, la segunda, excluye la elaboración o adaptación por cuanto es simplemente la aplicación directa de un sistema a otro. A su vez, se ha distinguido *“entre la analogía legal en sentido amplio o analogía de derecho, en virtud de la cual se aplican materias enteras analógicamente a otras no reguladas, y la analogía legal en sentido estricto en la que un caso no previsto en el sistema se resuelve por aplicación de las normas del mismo sistema referidas a otro de iguales características esenciales. En la analogía de derecho la integración es más compleja porque se trata no sólo de elaborar la norma sino, además, de hacerlo en función de la especificidad del sistema integrado; en la legal en sentido estricto, este segundo aspecto no se presenta*

Capítulo nos enfocaremos en el análisis de alguno de los temas centrales que se relacionan con la impugnación judicial de los reglamentos (v.gr.: habilitación de la instancia, efectos de la sentencia que declara la nulidad de un reglamentos, suspensión de los efectos de los reglamentos, etc.).

## **2.) Habilidad de la instancia**

En los párrafos que anteceden hemos visto que a nivel nacional no existe una norma específica que regule el proceso contencioso-administrativo y, a su vez, que la jurisprudencia del fuero sostiene que el CPCC se aplica al proceso contencioso administrativo por vía de analogía con las adecuaciones requeridas por la naturaleza propia del derecho público.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que la ausencia de una ley reguladora del proceso contencioso administrativo o código no importa la ausencia absoluta de normas relativas al proceso contencioso-administrativo.

Ello así no solo porque la jurisprudencia del fuero sostiene que el CPCC se aplica al proceso contencioso administrativo por vía de analogía con las adecuaciones requeridas por la naturaleza propia del derecho público sino, también, habida cuenta de que el título IV de la LNPA prevé las “condiciones de impugnabilidad” judicial de los actos provenientes de la Administración y el modo de agotar la instancia administrativa ante hechos u omisiones estatales fijando, a ese fin, los recaudos que condicionan la habilitación de la instancia judicial en las causas contencioso administrativas<sup>1406</sup>.

Cabe recordar que los coautores de la LNPA, al redactar el acápite I de la “Exposición de Motivos” que acompañó la sanción de la referida norma legal, señalaron que la

---

*porque ella se da en el ámbito de un mismo ordenamiento” (COMADIRA, Julio Rodolfo, El acto administrativo..., op. cit., p. 14/15, nota N° 32).*

<sup>1406</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1356; HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional...*, op. cit., Tomo I, p. 440.

Recuerda GARCÍA PULLÉS que el término “habilitación de la instancia” fue cuestionado indicándose que aquella designación terminológica resulta imprecisa, toda vez que la “*instancia se abre con la interposición de la demanda aun cuando a través de este procedimiento pueda resolverse que no se encuentran reunidas las condiciones de procedibilidad*” (GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 386).

incorporación del Título IV “*propio de lo contencioso-administrativo, tiene por objeto cubrir el vacío legislativo resultante de la ausencia de un código nacional que contemple aquella materia específica*”<sup>1407</sup>.

La habilitación de la instancia, de origen sustancialmente pretoriano<sup>1408</sup>, fue definida como “*el juicio previo que realiza el tribunal con competencia en lo contencioso administrativo respecto de la concurrencia de los presupuestos procesales especiales de admisibilidad de la acción*”<sup>1409</sup>.

Los presupuestos procesales fueron definidos por CHIOVENDA como las condiciones necesarias para que se consiga un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre el fondo del asunto, constituyendo, pues, un acto que no tiene naturaleza procesal, pero que se realiza antes del proceso y en función del aquel<sup>1410</sup>.

En este punto, y al igual que lo hemos mencionado en otra oportunidad, cabe tener presente las diferencias que existen entre los vocablos *acción*, *pretensión*, *demanda* y *proceso*.

La *acción* es el poder jurídico de acudir a los órganos jurisdiccionales competentes en busca de la tutela de un derecho<sup>1411</sup>.

---

<sup>1407</sup> Carlos YOUNG, uno de los coautores de la LNPA, en un trabajo posterior a la sanción de aquella norma, señaló que “*la inexistencia de un ordenamiento que regulara en el orden nacional la función jurisdiccional de control de los actos o hechos de la administración pública, obligó a la Comisión a incursionar en esa materia, incluyendo normas sobre impugnación judicial de actos administrativos definitivos, por su estrecha vinculación con la materia de los recursos*” (YOUNG, Carlos Alberto, “Antecedentes y bases históricas de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, RAP 46:10).

Del mismo modo, Adalberto COZZI, otro de los coautores de la LNPA, señaló que en aquella norma se insertó “*forzadamente tópicos propios de lo contencioso-administrativo. La ausencia de un código sobre esta materia ha conducido, en cierta medida, a esa incorporación, pues debe quedar bien en claro cuándo y en qué plazos un acto administrativo –de alcance particular o de alcance general- puede ser impugnado judicialmente*” (COZZI, Adalberto E., “El proyecto de ley nacional de procedimientos administrativos y su reglamentación”, Jus, 1971, N° 19, p. 163).

<sup>1408</sup> GRAU, Armando E., *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*, La Plata, Librería Editora Platense, 1971, p. 121/124.

<sup>1409</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1356.

<sup>1410</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, Tomo 1, p. 71.

<sup>1411</sup> Escapa al objeto del presente trabajo analizar las diversas teorías esgrimidas sobre el concepto de la “acción”. Para ello, remitimos a la clásica obra de PALACIO quien, luego de criticar las diversas teorías, propone reemplazar el estudio de la acción por el de la “pretensión procesal” (PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, 2° Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, Tomo I, p. 368/380). La postura propuesta

La *pretensión* es el ejercicio concreto de acudir a la jurisdicción para obtener la nulidad del acto administrativo estable; es la petición que el actor hace ante el juez, lo que quiere o pretende<sup>1412</sup>.

Tal como destacara PERRINO<sup>1413</sup>, “*la pretensión exterioriza el derecho a la acción que es preexistente y le sirve de sustento*”. De ello se sigue que la acción no es otra cosa más que, al decir de PALACIO, “*el poder de hacer valer la pretensión*”<sup>1414</sup>.

La pretensión es, en líneas generales, y tal como ha sido apuntado por la doctrina<sup>1415</sup>, una declaración de voluntad que se formula frente a una persona determinada y distinta del promotor, para lograr una actuación del órgano jurisdiccional consistente en que se declare el respaldo del derecho vigente a un determinado interés.

Tampoco ha de confundirse la pretensión con la *demanda*, pues ésta última es solo el acto procesal que da inicio al proceso<sup>1416</sup> y que contiene a aquella<sup>1417</sup> o, como señala GONZÁLEZ PÉREZ, “*el acto de iniciación, el prius cronológico del proceso*”, mientras que la primera es “*el acto fundamental del proceso, su prius lógico*”<sup>1418</sup>.

Las diferencias y vinculaciones entre la acción, pretensión y demanda fueron

---

PALACIO tuvo su origen en los estudios realizados por el profesor español GUASP (GUASP DELGADO, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 17 y 227 y ss.).

<sup>1412</sup> LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial...*, op. cit., Tomo 2, p. 6.

<sup>1413</sup> PERRINO, Pablo E., “La pretensión procesal administrativa como objeto del proceso contencioso administrativo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*, 2º Edición, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 534.

<sup>1414</sup> PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, op. cit., Tomo I, p. 381.

<sup>1415</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado...*, op. cit., Tomo 2, p. 598; DIEZ, Manuel María, *Derecho Procesal Administrativo...*, op. cit., p. 94; HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo...*, op. cit., Tomo II, p. 21; PERRINO, Pablo E., “La pretensión procesal...”, op. cit., p. 534; CANOSA, Armando, “La pretensión procesal administrativa y su vinculación con el concepto de recurso en el derecho administrativo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*, 2º Edición, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo 1, p. 572, entre muchos otros.

PALACIO, por su parte, define a la pretensión como “*el acto en cuya virtud se reclama ante un órgano judicial (o eventualmente arbitral), y frente a una persona distinta, la resolución de un conflicto suscitado entre dicha persona y el autor de la reclamación*” (PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., Tomo I, p. 385).

<sup>1416</sup> PERRINO, Pablo E., “La pretensión procesal...”, op. cit., Tomo 1, p. 535.

<sup>1417</sup> Como enseña HUTCHINSON, la demanda es la “*exteriorización del ejercicio de la acción procesal y, al mismo tiempo, el continente de un contenido necesario: la pretensión*” (HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo...*, op. cit., Tomo II, p. 477).

<sup>1418</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de derecho procesal administrativo*, 2a ed., Madrid, Cívitas, 1992, p. 205.

claramente resumidas por GUASP de la siguiente manera: “*Concebido por el Estado el poder de acudir a los Tribunales de Justicia para formular pretensiones: derecho de acción, el particular puede reclamar cualquier bien de la vida, frente a otro sujeto distinto, de un órgano jurisdiccional: pretensión procesal, iniciando para ello, mediante un acto específico: demanda, el correspondiente proceso, el cual tendrá como objeto aquella pretensión*”<sup>1419</sup>

Por último, el *proceso* hace referencia a la secuencia o serie de actos recíprocamente coordinados entre sí que se desenvuelven progresivamente a efectos de resolver judicialmente el conflicto planteado<sup>1420</sup>.

Con base en las aclaraciones expuestas es posible sostener, entonces, que en el fuero contencioso administrativo la habilitación de la instancia se erige como un “presupuesto procesal”, es decir, como un requisito de admisibilidad de la pretensión<sup>1421</sup>.

En consecuencia, si los presupuestos procesales han de ser entendidos como aquellos requisitos que inexorablemente deben cumplirse para iniciar y desarrollar un proceso con el fin de obtener una sentencia definitiva, favorable o desfavorable, creemos que, como bien lo sostiene HUTCHINSON<sup>1422</sup>, lo correcto es atribuir dichos recaudos procesales a la “*pretensión*” y no a la “*acción*”, toda vez que no obstan al ejercicio de ésta, sino a la admisibilidad de lo que a través de ella se pretende.

En ese orden de ideas, a efectos de que el particular pueda demandar al Estado por sus hechos, actos u omisiones, la LNPA establece que la habilitación de la instancia judicial y, por consiguiente, la admisibilidad de la pretensión procesal administrativa exige la ocurrencia de dos requisitos: a) agotamiento de la vía administrativa y, b) interposición de la demanda dentro de plazos de caducidad establecidos por la ley.

---

<sup>1419</sup> GUASP DELGADO, Jaime, *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 233.

<sup>1420</sup> El proceso es, en palabras de PALACIO, “*el conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí de acuerdo con reglas preestablecidas, que conducen a la creación de una norma individual destinada a regir un determinado aspecto de la conducta del sujeto o sujetos, ajenos al órgano, que han requerido la intervención de éste en un caso concreto, así como la conducta del sujeto o sujetos, también extraña al órgano frente a quienes se ha requerido esa intervención*” (PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., Tomo I, p. 221).

<sup>1421</sup> Se asemeja, entonces, al juicio de admisibilidad de los derechos español o uruguayo o con el denominado “despacho de saneamiento” brasileño.

<sup>1422</sup> HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo...*, op. cit., Tomo II, p. 291, nota al pie N° 4. En igual sentido: CANDA, Fabián O., “La habilitación de la instancia...”, op. cit., p. 356.



Sobre el tema, la CSJN ha señalado que “*nuestro sistema se asienta sobre la base de una amplia revisión por parte del Poder Judicial de los actos emanados de la Administración Pública, aunque sometida a ciertas condiciones de procedencia de la acción –habilitación de la competencia judicial por el agotamiento de la instancia administrativa, integrada con el plazo de caducidad de la acción o recurso de que se trate*”<sup>1423</sup>.

Como principio, la inobservancia de alguno de aquellos requisitos formales previos impide que el tribunal conozca y decida sobre la procedencia de la pretensión.

A continuación, veremos, entonces, cómo han de cumplirse los requisitos de admisibilidad de la pretensión de nulidad contra un reglamento.

### 2.1.) El control de oficio de la habilitación de la instancia<sup>1424</sup>

2.1.1.- Durante algunos años se debatió si el control de la habilitación de la instancia sea para la impugnación de actos –de alcance particular o general–, conductas u omisiones de la Administración, o para reclamar de ella comportamientos positivos, podía ser efectuado de oficio por parte de los jueces.

Si bien un análisis profundo y exhaustivo de la cuestión excedería con holgura el objeto de esta tesis, en esta oportunidad solo hemos de mencionar que, en un primer momento, en las causas “Cohen”<sup>1425</sup> y “Construcciones Taddía S.A.”<sup>1426</sup> la CSJN se había pronunciado en contra de aquella posibilidad.

Posteriormente, a partir del caso “Gorordo”<sup>1427</sup>, el Máximo Tribunal sentó el criterio

---

<sup>1423</sup> CSJN, 26/10/1993, “Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 316:2454.

<sup>1424</sup> Un estudio profundo sobre las diversas cuestiones vinculadas con la habilitación de la instancia puede verse en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 408 y ss.; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 386 y ss.

<sup>1425</sup> CSJN, 13/03/1990, “Cohen, Rafael c/ Instituto Nacional de Cinematografía s/ nulidad de resolución”, Fallos 313:228.

<sup>1426</sup> CSJN, 06/10/1992, “Construcciones Taddía SA. c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ cobro”, Fallos 315:2217.

<sup>1427</sup> CSJN, 04/02/1999, “Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María v. Estado nacional (Ministerio de Cultura y Educación”, Fallos 322:73, con comentario de COMADIRA, Julio Rodolfo, “*El caso ‘Gorordo’: Nueva jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de habilitación de la instancia y revisión judicial de la denuncia de ilegitimidad*”, EDA 181:960, reproducido luego en *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 469



de que la Justicia puede, de oficio, controlar el cumplimiento de los requisitos o presupuestos procesales de admisión de la pretensión contencioso-administrativa.

Sobre la cuestión, cabe señalar que con la sanción de la Ley N° 25.344 la cuestión quedó zanjada, pues, al modificar el art. 31 de la LNPA, previó que *“los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25...”*.

Finalmente, no puede dejar de señalarse que, según señalara la CSJN en un reciente fallo, *“la revisión de oficio sobre el cumplimiento de los requisitos de la habilitación de la instancia judicial debe hacerse in limine litis (ver considerandos 70 y 90 del precedente “Gorordo”). Esta conclusión es consistente con la secuencia de actos procesales reglados por los artículos 8°, 9° y 10 de la propia ley 25.344, según los cuales corresponde que el tribunal se expida sobre la admisibilidad de la acción judicial contra un organismo estatal antes de dar traslado de la demanda. De modo tal que una vez consumada la intervención en el pleito del Estado Nacional, la potestad del juez de volver a expedirse sobre la habilitación de la instancia queda limitada a lo que pueda llegar a plantear la demandada, por aplicación del principio de congruencia (...)”<sup>1428</sup> (énfasis agregado).*

2.1.2.- En consecuencia, resulta posible afirmar que, actualmente, según el sistema positivo vigente y la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal de la Nación, en el ámbito contencioso administrativo federal, por un lado, los jueces no pueden dar curso a las impugnaciones judiciales que se deduzcan contra los actos de alcance particular o general, o cuando se demandare al Estado fuera de esos supuestos, sin comprobar, aun de oficio, en forma previa, el cumplimiento de la exigencia del agotamiento recursivo o de reclamo y de los plazos fijados para el accionar judicial<sup>1429</sup>.

---

y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Tomo 2, p. 1274.

<sup>1428</sup> CSJN, 29/08/2019, “Equity Group Consultores SRL c/ EN - PJN - Consejo Magistratura s/ diligencia preliminar”, Fallos 342:1434.

<sup>1429</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, “El juez contencioso administrativo...”, op. cit., p. 25. Para el autor citado, el control de oficio que ejercen los jueces sobre los requisitos de la habilitación de la instancia es una

Por otra parte, también se advierte que la decisión de habilitación de la instancia contencioso-administrativa no causa preclusión, toda vez que puede ser revisada nuevamente al momento de resolver las defensas y excepciones articuladas por la accionada al momento de contestar la demanda<sup>1430</sup>.

## 2.2.) Agotamiento de la vía administrativa.

Con base en lo expuesto en los párrafos que anteceden, a los que nos remitimos en honor a la brevedad, resulta posible comprender los términos en los que la LNPA regula el agotamiento de la vía para el caso de los actos administrativos de alcance general.

La cuestión, como se dijo, está expresamente regulada en la LNPA y, a su vez, en el RLNPA.

Así, el art. 24 de la LNPA dispone:

*“El acto de alcance general será impugnabile por vía judicial:*

*a) Cuando un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuere adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el artículo 10.*

*b) Cuando la autoridad de ejecución del acto de alcance general le haya dado aplicación mediante actos definitivos y contra tales actos se hubieren agotado sin éxito las instancias administrativas”.*

Por su parte, los arts. 73 y 83 del RLNPA establecen:

---

obligación que, a su entender, “le es también exigible aun en ausencia de norma expresa que le acuerde la función que la norma actualmente le reconoce, porque si el agotamiento y el plazo de caducidad son prerrogativas fundadas en el interés público, no se comprende cómo ellas pueden ser renunciadas ante la mirada impotente del juez. Si éste puede, con independencia de la estrategia de las partes, declarar de oficio la inconstitucionalidad de una ley, o la nulidad de un acto administrativo, ¿por qué no habrá de estar autorizado para rechazar in limine una pretensión que se intenta introducir en infracción a los requisitos que el legislador ha fijado para hacer posible el enjuiciamiento estatal? ¿No es ésta también una porción de jurisdicción indisponible?”.

<sup>1430</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 429/431 y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1376/1378.

Art. 73– “Los actos administrativos de alcance individual, así como también los de alcance general, a los que la autoridad hubiera dado o comenzado a dar aplicación, podrán ser impugnados por medio de recursos administrativos en los casos y con el alcance que se prevé en el presente título, ello sin perjuicio de lo normado en el art. 24, inc. a), de la Ley de Procedimientos Administrativos, siendo el acto que resuelve tal reclamo irrecurrible (...)”.

Art. 83– “Los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte y aun mediante recurso en los casos en que éste fuere procedente. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos por los administrados”.

Si bien el tema fue analizado en profundidad en el Capítulo VIII, punto N° 5.1.2., en esta ocasión solo haremos referencia a las conclusiones que de allí se extraen.

Así, pues, recordaremos muy brevemente cuáles son las dos formas de agotar la vía administrativa para acceder al control jurisdiccional de un acto administrativo de alcance general: la vía directa y la indirecta.

#### *2.2.1.) Agotamiento de la vía por medio de impugnación directa del reglamento*

2.2.1.1.- Como dijimos, la cuestión fue desarrollada en el punto N° 5.1.2. del Capítulo VIII, razón por la cual allí nos remitimos.

Sin embargo, en esta ocasión solo recordaremos que la impugnación directa de los actos administrativos de alcance general, regulada en el art. 24, inc. “a”, se cristaliza a través del denominado “reclamo impropio”, y consiste en impugnar el acto general directamente, sin esperar su aplicación concreta.

2.2.1.2.- Conforme surge de la LNPA y el RLNPA (cfr. art. 24, inc. “a” y art. 75, respectivamente), y sin perjuicios de las observaciones que hemos expuesto antes, el reclamo impropio se interpone y es resuelto por el mismo órgano que dictó el acto.

Por otra parte, de acuerdo con el art. 73, párr. 1º, *in fine*, RLNPA, la decisión recaída en el reclamo impropio es irrecurrible.

2.2.1.3.- La interposición del reclamo impropio contra un acto administrativo de alcance general normativo, es decir, un reglamento, carece de plazo para su interposición.

2.2.1.4.- El plazo para la resolución del reclamo impropio se rige por la pauta general del art. 10 de la LNPA, esto es, en el plazo genérico de 60 días luego del cual, ante la falta de contestación, se deberá requerir pronto despacho y esperar otros 30 días el que, cumplido, dará por configurado el silencio administrativo y habilitada la vía judicial.

#### *2.2.2.) Agotamiento de la vía por medio de la impugnación indirecta del reglamento*

El segundo mecanismo que la LNPA prevé para agotar la vía en el caso de los actos administrativos de alcance general, es la denominada vía indirecta regulada en el art. 24 inc. “b”, es decir, impugnando los actos aplicativos del acto de alcance general.

En estos supuestos, como se dijo, los vicios que invalidan el acto administrativo no provienen de este sino del acto de alcance general que le da origen.

La impugnación indirecta de los actos administrativos de alcance general se realiza por medio de recursos –reconsideración o jerárquico– pero, en el caso del recurso de reconsideración, la norma establece una particularidad: debe ser resuelto por quien dictó el acto administrativo de alcance general.

#### *2.2.3.) El caso de los reglamentos delegados y los reglamentos de necesidad y urgencia*

El agotamiento de la vía administrativa para el caso de los reglamentos de necesidad y urgencia y los delegados fue analizado en el punto N° 5.1.4.2. del Capítulo VIII de esta

obra. Por tanto, allí nos remitimos.

Solo cabe señalar aquí que, amén de nuestra opinión sobre el tema, de acuerdo con lo actual postura de la PTN y la jurisprudencia de la Cámara del fuero, su impugnación administrativa no es aplicable y que, por tanto, deben ser impugnados igual que una ley, es decir, directamente.

### 2.3.) Plazo para interponer la demanda anulatoria del reglamento

Otro de los presupuestos procesales de admisibilidad de la pretensión de los actos administrativos es, como hemos señalado, la interposición de la demanda dentro de plazos de caducidad establecidos por la ley.

En ese orden, el art. 25 de la LNPA expresamente reza:

Art. 25.– *“La acción contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse dentro del plazo perentorio de noventa (90) días hábiles judiciales, computados de la siguiente manera:*

- a) Si se tratare de actos de alcance particular, desde su notificación al interesado;*
- b) Si se tratare de actos de contenido general contra los que se hubiere formulado reclamo resuelto negativamente por resolución expresa, desde que se notifique al interesado la denegatoria;*
- c) Si se tratare de actos de alcance general impugnables a través de actos individuales de aplicación, desde que se notifique al interesado el acto expreso que agote la instancia administrativa;*
- d) Si se tratare de vías de hecho o de hechos administrativos, desde que ellos fueren conocidos por el afectado.*

*Cuando en virtud de norma expresa la impugnación del acto administrativo deba hacerse por vía de recurso, el plazo para deducirlo será de treinta (30) días desde la notificación de la resolución definitiva que agote las instancias administrativas”.*

Conforme surge de la norma transcripta, tanto la impugnación judicial de los actos administrativos de alcance particular o general, como en el supuesto de vías de hecho, o

hechos administrativos, está sujeta a plazos perentorios que varían según se trate de impugnación por vía de demanda —90 días judiciales— o de recursos —30 días<sup>1431</sup>.

Debe tenerse presente que, como bien señala la doctrina<sup>1432</sup> y la jurisprudencia<sup>1433</sup>, en todos los casos, se trata de plazos que se computan en días hábiles judiciales y que, por tanto, el término para interponer la demanda anulatoria no corre durante las ferias judiciales, ni en los días declarados inhábiles, aun cuando la administración continúe funcionando.

Por último, cabe tener presente lo dispuesto en el art. 26 de la misma normativa:

Art. 26.— “La demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el artículo 10 y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción”.

A continuación, analizaremos el plazo con que cuentan los administrados para interponer la demanda anulatoria de un acto administrativo de alcance general, sea que la Administración hubiera rechazado de manera expresa la impugnación, o se hubiera generado el silencio administrativo.

### 2.3.1.) Plazo para interponer la demanda ante el rechazo expreso de la impugnación administrativa del acto de alcance general

En el esquema propuesto, entonces, en primer lugar haremos mención al plazo dentro del cual los administrados deben interponer la demanda anulatoria ante el rechazo expreso de la impugnación administrativa, sea que aquella se hubiere efectuado de manera directa

---

<sup>1431</sup> Cabe recordar aquí que, tal como hemos mencionado al comienzo de esta obra, en nuestra opinión el acto tácito solo puede generarse a partir de un acto expreso. Por consiguiente, si aquéllos se configuran el plazo para impugnarlos debería computarse a partir de la notificación de éstos. En igual sentido: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 2, p. 1418.

<sup>1432</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 2, p. 1418; HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal...*, op. cit., Tomo II, p. 392/393; POZO GOWNLAND, Héctor M., “Análisis y comentarios al art. 25 del decreto 1759/1972”, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, POZO GOWNLAND, Héctor M. - HALPERÍN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando, -Directores-, La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo III, p. 611.

<sup>1433</sup> CNACAF, Sala II, 18/06/1996, “Late S.A. c/ E.N. -Fuerza Aérea- M° de Defensa s/ contrato de obra pública”

o indirecta.

2.3.1.1.) Plazo para interponer la demanda anulatoria ante el rechazo expreso de la impugnación directa por vía de reclamo impropio

En caso de rechazo expreso de la impugnación directa (v.gr.: reclamo impropio), el inc. “b” del art. 25 de la LNPA dispone que la notificación de la denegatoria expresa importa la apertura del plazo de caducidad allí previsto para acceder a la justicia.

De tal forma, entonces, es claro que a partir de la notificación del rechazo del reclamo impropio, el administrado cuenta con un plazo de 90 días hábiles judiciales para interponer la demanda judicial de nulidad, salvo que la ley prevea un recurso directo sin fijarle plazo, en cuyo caso el plazo por defecto será de 30 días.

Si se tiene en consideración lo expuesto en el punto N° 5.1.2.1.2. del Capítulo VIII, y lo señalado en el párrafo anterior, se advierte que mientras la interposición del reclamo impropio en sede administrativa no está sujeta a plazo alguno, la promoción de la demanda de nulidad, una vez que aquel fue resuelto de manera expresa, sí está sujeta al plazo de caducidad.

Aquella solución normativa, es decir, la existencia de un plazo de caducidad para demandar la nulidad de un acto administrativo de alcance general a partir de la notificación del acto que rechazó expresamente el reclamo impropio, fue cuestionada por algún sector de la doctrina<sup>1434</sup>.

---

<sup>1434</sup> GRECCO, Carlos, *Impugnación de disposiciones...*, op. cit., p. 87; DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación...*, op. cit., p. 79/80; AGUILAR VALDEZ, Oscar R. – STUPENENGO, Juan Antonio, “Impugnación judicial...”, op. cit., p. 413, entre otros.

SILVESTRI y GONZÁLEZ ARZAC, por su parte, también habían advertido que predicar la ausencia de un plazo para interponer el reclamo impropio “*no se compadece con la existencia expresa del plazo impugnar por vía judicialmente la denegatoria de tal reclamo*” (SILVESTRI, Beatriz E. - GONZÁLEZ ARZAC, Rafael M., “La instancia administrativa previa a la judicial en la Ley N° 19.549 (Recursos y reclamos)”, ED, 72-763, especialmente p. 774).



2.3.1.2.) Plazo para interponer la demanda anulatoria ante el rechazo expreso de la impugnación indirecta por vía de recurso administrativo

En caso de rechazo expreso del recurso contra el acto administrativo de aplicación del acto general (vía indirecta), el inc. “c” del art. 25 de la LNPA dispone que la notificación de la denegatoria expresa importa la apertura del plazo de caducidad allí previsto para acceder a la justicia.

De ese modo, a partir de la notificación del rechazo del recurso, el administrado cuenta con un plazo de 90 días hábiles judiciales para interponer la demanda judicial de nulidad, salvo que la ley prevea un recurso directo sin fijarle plazo, en cuyo caso el plazo por defecto será de 30 días

*2.3.2.) Plazo para interponer la demanda ante el silencio de la impugnación administrativa del acto de alcance general*

Así como en las páginas anteriores hemos analizado cuál es el plazo dentro cual se debe interponer una demanda judicial contra un acto administrativo de alcance general, cuando el agotamiento de la vía administrativa se hubiere generado por rechazo expreso de la impugnación directa o indirecta, en esta oportunidad realizaremos el mismo análisis para aquellos supuestos en los que la Administración no se hubiere expedido dentro de los plazos normativos previstos para la resolución de las impugnaciones.

2.3.2.1.) Plazo para interponer la demanda anulatoria ante el silencio de la administración frente a la impugnación directa del acto general

2.3.2.1.1.- Como hemos visto en los párrafos que anteceden, e independientemente de nuestra posición sobre el tema, según surge del art. 25 de la LNPA, el plazo de caducidad para interponer la demanda judicial de nulidad contra un acto administrativo de alcance

general se computa desde la notificación al interesado del acto que rechaza la impugnación directa (inc. “b”) o indirecta (inc. “c”).

Por otra parte, cabe recordar que el art. 26 de la LNPA establece que, cuando la Administración deja transcurrir los plazos normativos sin resolver de modo expreso, no se aplica el plazo del art. 25, sino los correspondientes a la prescripción de las acciones.

2.3.2.1.2.- Por consiguiente, es claro que si la Administración no resuelve el reclamo impropio articulado contra un acto administrativo de alcance general, los plazos de caducidad no comienzan a correr<sup>1435</sup>.

2.3.2.1.3.- Finalmente, si se tiene en cuenta que según el art. 287 del CCCN la nulidad absoluta es imprescriptible<sup>1436</sup>, se concluye que, ante la falta de resolución de un reclamo impropio interpuesto contra un acto administrativo de alcance general nulo de nulidad absoluta, el particular puede interponer en cualquier momento la demanda impugnatoria.

En el supuesto de tratarse de una nulidad relativa, procedería aplicar los plazos de prescripción previstos en el CCCN, esto es, según reza el art. 2562, dos (2) años.

2.3.2.1.4.- La solución es coherente, además, con lo que sucede en los supuestos en los que no se impugnan actos administrativos (ora de alcance particular, ora de alcance general), como sería la interposición del reclamo administrativo previo. En estos casos, si la Administración no resolviera el reclamo presentado en su sede, aun interpuesto el pronto despacho a que alude el art. 31 de la LNPA, no corre plazo alguno para interponer la demanda.

---

<sup>1435</sup> CANDA, Fabián O., “La habilitación de la instancia...”, op. cit., p. 356; AGUILAR VALDEZ, Oscar R. – STUPENENGO, Juan Antonio, “Impugnación judicial...”, op. cit., p. 414, entre otros.

También han señalado que ante el silencio de la Administración el plazo del art. 25 de la LNPA no comienza a correr, entre otros: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 2, p. 1432; MONTI, Laura M., “El agotamiento de la instancia...”, op. cit., p. 219; REJTMAN FARAH, Mario, *Impugnación judicial...*, op. cit., p. 151.

<sup>1436</sup> Según surge de art. 387 del Código Civil y Comercial de la Nación, en lo que aquí interesa, las nulidades absolutas no pueden “*sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción*”

Aquella ha sido no solo la postura de un amplio sector de la doctrina<sup>1437</sup> sino, también, la expuesta por la CSJN en el reciente fallo dictado en la causa “Biosystems”<sup>1438</sup>

2.3.2.1.) Plazo para interponer la demanda anulatoria ante el silencio de la administración frente a la impugnación indirecta del acto general

Cabe, aquí, formular las mismas consideraciones expuestas al tratar el plazo para interponer la demanda ante al silencio de la Administración frente a una impugnación directa del acto administrativo de alcance general.

Por tanto, si el sujeto emisor del acto general no resolviere de manera expresa el recurso por medio del cual el administrado lo impugna de manera indirecta, el plazo de

---

<sup>1437</sup> Ver, por todos, GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 496 y ss.

<sup>1438</sup> CSJN, 11/02/2014, “Biosystems S.A. c/ Estado Nacional – Ministerio de Salud – Hospital Posadas s/ Contrato Administrativo”. Según entendió la Procuradora Fiscal, cuyos argumentos fueron seguidos por la CSJN, por la concordancia de los arts. 10, 26 y 31 de la LNPA, ante la ausencia de un acto administrativo que deniegue un reclamo administrativo previo, aun habiéndose interpuesto pronto despacho, la demanda contenciosa puede ser entablada en cualquier momento, sin perjuicio de lo que correspondiere en cuanto a los plazos de prescripción.

Al analizar las consecuencias derivadas de la sentencia mencionada, GARCÍA PULLÉS precisó que como “*el procedimiento de la reclamación administrativa previa es interruptivo de la prescripción (...) ha de seguirse que mientras no haya decisión y, según el propio criterio del fallo, no pueda nacer el plazo de caducidad, no podrá reiniciarse el plazo de prescripción (...) de modo que todos los casos de silencio ante el reclamo llevarían a acciones imprescriptibles*” (GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Efectos de la reclamación administrativa previa después del fallo ‘Biosystems’”, en *Procedimiento Administrativo. A 20 años de la reforma constitucional*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Astrea Ediciones RAP, Buenos Aires, 2015, p. 126).

Al respecto, si bien compartimos la idea central que se desprende de la observación efectuada por GARCÍA PULLÉS, solo hemos de recordar que, en nuestra opinión, la interposición del reclamo administrativo previo no interrumpe los plazos sino que, en rigor, los *suspende* (ampliar en el punto N° 5.1.4.5 del Capítulo VIII).

Por otra parte, y sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que en un fallo reciente, si bien la Corte, por mayoría, rechazó tratar la cuestión por aplicación del art. 280 del CPCCC, el Dr. Rosatti en su voto en disidencia precisó que la interpretación efectuada en el caso Biosystems era incorrecta. De ese modo, tras señalar que en ausencia de “*una conducta administrativa cierta que brinde seguridad jurídica merecedora de la protección de dicha estabilidad, la caducidad del derecho a cuestionar ese comportamiento por el mero transcurso del tiempo puede resultar lesiva del acceso a la justicia*”, sostuvo que el “*art. 31 de la ley 19.549 en su redacción actual, en la medida en que adopta expresamente una solución opuesta al criterio fijado por esta Corte, viola el principio de tutela judicial efectiva y configura un obstáculo al acceso a la justicia contrario al art. 18 de la Constitución Nacional*” (CSJN, 20/02/2018, *Cooperativa de Provisión de Servicios Telefónicos y otros Servicios Públicos y Comunitarios de Cen. c/ Estado Nacional s/ cumplimiento de contrato*, no publicado en *Fallos*).

caducidad del art. 25 de la LNPA no resulta aplicable.

Eventualmente, resultará aplicable los plazos de prescripción previstos en el CCCN que, como dijimos, en el caso de que se plantee una nulidad absoluta, es imprescriptible<sup>1439</sup>.

### 2.3.3.) *Síntesis*

A modo de conclusión es posible señalar que, según surge de la LNPA, ante el rechazo expreso de la impugnación administrativa del acto administrativo general (sea que se lo hubiere impugnado de manera indirecta o indirecta), el administrado debe interponer la demanda anulatoria dentro del plazo de caducidad de 90 días hábiles judiciales.

Por otra parte, ante el silencio de la Administración de la impugnación directa o indirecta del acto general, el particular puede interponer la demanda en cualquier momento, sin perjuicio de los plazos de prescripción que, como se dijo, en el caso de que se plantee una nulidad absoluta, es imprescriptible.

### 2.4.) Habilidad de la instancia y derechos de incidencia colectiva. ¿el agotamiento de la vía y/o la interrupción de los plazos por parte de un representante de la clase, beneficia a los demás?

2.4.1.- Como hemos visto en el punto N° 5.2.3.1. del Capítulo VIII, a partir de la reforma constitucional de 1994 se dio jerarquía a la tutela de los denominados “*derechos de incidencia colectiva*”.

En tal sentido, se destaca que el art. 43 de la Constitución nacional otorga una amplia legitimación para la tutela de los derechos de incidencia colectiva –ya sea los derivados de bienes colectivos o intereses individuales homogéneos–, pues se refiere al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines.

Asimismo, dijimos que si bien el texto de la Constitución se refiere específicamente

---

<sup>1439</sup> Sin perjuicio de nuestra opinión sobre el tema, un análisis interesante vinculado con la cuestión puede verse en la opinión jurídica de la PTN recaída en Dictámenes 306:194 bis.

a la acción de amparo, la jurisprudencia entendió que aquella legitimación amplia debía autorizarse en los procesos de conocimiento, acciones declarativas, medidas cautelares, amparos por mora, etc.

2.4.2.- En ese esquema, GARCÍA PULLÉS ha señalado que en el marco de un proceso de clase o “acción de clase”, el agotamiento de la vía administrativa o la interrupción del plazo de uno solo de los legitimados resulta hábil para procurar idéntico resultado a todos los demás partícipes de la clase<sup>1440</sup>.

Conforme explica el autor, en aquellos supuestos “*debe reconocerse a toda presentación idoneidad para agotar la vía administrativa para todos los titulares de intereses homogéneos afectados. Ello así, porque si –más tarde– la sentencia a dictarse en sede judicial habrá de extenderse para aprovechar a los titulares de todos esos intereses, no sería posible proclamar que la instancia quedó habilitada para unos y no para otros*”<sup>1441</sup>.

2.4.3.- Por nuestra parte adherimos, en los términos que a continuación se exponen, a la tesis propuesta por GARCÍA PULLÉS.

Así, pues, entendemos que si ante un acto administrativo de alcance general, una “clase” hubiera agotado la vía administrativa de manera *directa*, es decir, por medio de un reclamo impropio, los particulares que pertenecen a dicha clase también deberían verse beneficiados por ello y, en consecuencia, estarían habilitados, en principio, a cuestionar judicialmente el acto administrativo de alcance general de que se trate sin necesidad de interponer el mencionado reclamo.

Y es que, en definitiva, si se tiene en cuenta la vigencia *ultraactiva* del “ritualismo inútil” a la que nos hemos referido en el punto N° 5.1.4.1. del Capítulo VIII, exigirles a

---

<sup>1440</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 792/793 y, antes, en “El sistema de control contencioso administrativo en el ámbito federal de la república”, en AA.VV. GARCÍA PULLÉS, Fernando R., –Director– *El contencioso administrativo en la Argentina (análisis del sistema federal, de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, Tomo I, p. 25.

<sup>1441</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “La impugnación de reglamentos en protección...”, op. cit., p. 137.

los integrantes de la “clase” que recorran el mismo *íter* administrativo que ha transitado la clase a la que pertenecen, importaría un inconducente y excesivo rigor formal, dilatorio de la defensa en juicio garantizada en el art. 18 de la Constitución nacional.

Ahora bien, cabe preguntarse si la solución propuesta es predicable tanto en aquellos casos en los que ha mediado silencio administrativo frente al reclamo impropio articulado por la “clase”, como en los supuestos en los que aquel fue denegado de manera expresa.

En nuestra opinión, si la “clase” agotó la vía administrativa frente a un acto administrativo de alcance general por medio del silencio, no existiría obstáculo alguno para sostener que los particulares integrantes de aquella se vean beneficiados por ello, pues, además, no estarían sometidos al plazo de caducidad contemplado en el art. 25 de la LNPA, sin perjuicio de los plazos de prescripción que, como se dijo, en el caso de que se plantee una nulidad absoluta, es imprescriptible.

Por otra parte, si la Administración hubiere rechazado de manera expresa el reclamo impropio articulado por la “clase”, creemos que en virtud del principio jurídico del “ritualismo inútil”, sus integrantes también deberían verse beneficiados por el agotamiento de la vía, sin que deba considerarse que la interposición de la demanda debería interponerse en los plazos de caducidad previstos en el art. 25 de la LNPA.

Ello, así pues, en nuestra opinión, si bien la extinción del reglamento en sede administrativa ha de tener efectos *erga omnes*, no correspondería otorgarle mismos alcances al acto desestimatorio de la pretensión anulatoria respectiva, cualquiera hubiere sido el argumento expuesto por la Administración para su desestimación.

2.4.4.- Como se ve, el principio jurídico del “ritualismo inútil” nuevamente vuelve a cobrar plena vigencia, pues sería irrazonable exigir que los particulares –en el caso, los integrantes de la clase– deban agotar la vía administrativa cuando media una clara conducta del Estado que hace presumir la ineficacia cierta del procedimiento.

### **3.) Efectos de la sentencia que declara la nulidad de un reglamento**

Finalmente, un aspecto que no puede dejar de analizarse es el que se vincula con los efectos que debe otorgársele a la sentencia que declara la nulidad de un acto

administrativo de alcance general, especialmente, de los reglamentos.

La cuestión se trata, en definitiva, como señalara la doctrina, en determinar si la sentencia que declara ilegítimo un reglamento hace cosa juzgada respecto de la Administración y los terceros que no fueron parte en el pleito, de modo tal que, en otro litigio, las partes (sujeto emisor del reglamento y terceros) y los jueces no puedan replantear el debate sobre la legalidad de la norma.

### 3.1.) La opinión de la doctrina

Desde la doctrina se han esgrimido, básicamente, dos posturas: una que admite los efectos *erga omnes* de la sentencia anulatoria del reglamento y otra, que, lisa y llanamente, niega que se pueda ejercer aquella prerrogativa.

En favor de la tesis que admite los efectos *erga omnes* de la sentencia que acoge la impugnación judicial de un reglamento se han manifestado, aunque con matices, BOSCH<sup>1442</sup>, COMADIRA<sup>1443</sup>, CASSAGNE<sup>1444</sup>, GRECCO<sup>1445</sup>, REJTMAN FARAH<sup>1446</sup>, HUTCHINSON<sup>1447</sup>, BALBÍN<sup>1448</sup>, FIORINI<sup>1449</sup>, GARCÍA PULLÉS<sup>1450</sup>, COMADIRA, Julio Pablo y LAGARDE<sup>1451</sup>, entre otros.

<sup>1442</sup> BOSCH, Jorge Tristán, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1951, p. 133 y ss.

<sup>1443</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 471/472 y, también, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 2, p. 1414 y ss.

<sup>1444</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, “El control judicial de la actividad reglamentaria y demás actos de alcance general”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho procesal administrativo*, obra en homenaje a Jesús González Pérez, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, Tomo 1, p. 1003 y ss., antes en: “Sobre la impugnación de reglamentos y demás actos de alcance general en la LNPA y en el RLNPA”, ED 131:911, entre otros.

<sup>1445</sup> GRECCO, Carlos, *Impugnación de disposiciones...*, op. cit., p. 107 y ss.

<sup>1446</sup> REJTMAN FARAH, Mario, *Impugnación judicial...*, op. cit., p. 127 y ss.

<sup>1447</sup> HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 222, antes en: *Ley Nacional...*, op. cit., Tomo I, p. 463.

<sup>1448</sup> BALBÍN, Carlos F., *Curso...*, op. cit., Tomo II, p. 704/705.

<sup>1449</sup> FIORINI, Bartolomé A., *¿Qué es el contencioso?*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 321.

<sup>1450</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 721 y ss. Antes en: “Efectos de la sentencia anulatoria de un reglamento. Perspectivas procesales, constitucionales y de derecho administrativo”, LL 2000-C, 1166.

<sup>1451</sup> COMADIRA, Julio Pablo – LAGARDE, Fernando, “La cosa juzgada...”, op. cit., p. 184 y ss.



Desde otra perspectiva, entre los que desconocen aquella posibilidad están BARRA<sup>1452</sup>, BIANCHI<sup>1453</sup>, SACRISTÁN<sup>1454</sup>, TAWIL<sup>1455</sup>, MAIRAL<sup>1456</sup>, DIEZ<sup>1457</sup>, BUTELER<sup>1458</sup>, SAMMARTINO<sup>1459</sup> y FACIO-DUFFY<sup>1460</sup>, entre otros.

### 3.2.) La cuestión en la jurisprudencia

En el plano jurisprudencial, una de las primeras oportunidades en las que la CSJN trató la cuestión fue en el caso “Monges”<sup>1461</sup>.

En el citado precedente, y sin perjuicio de las diversas cuestiones allí tratadas, el Máximo Tribunal resolvió otorgar a la sentencia que declaró la ilegitimidad de una Resolución del Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires, efectos *erga omnes*.

La cuestión volvió a ser tratada con más profundidad en la causa “Halabi”<sup>1462</sup> donde

---

<sup>1452</sup> BARRA, Rodolfo C., “La potestad...”, op. cit.

<sup>1453</sup> BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, op. cit., Tomo 1, p. 375.

<sup>1454</sup> SACRISTÁN, Estela B., “Impugnación administrativa de los reglamentos...”, op. cit., p. 313.

<sup>1455</sup> TAWIL, Guido Santiago, *Administración y Justicia*, op. cit., Tomo 2, p. 443 y ss.

<sup>1456</sup> MAIRAL, Héctor, *Control judicial...*, op. cit., Volumen I, p. 775 y, también, en “Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento”, REDA N° 2, p. 223 y ss.

<sup>1457</sup> DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación...*, op. cit., p. 115/116.

<sup>1458</sup> BUTELER, Alfonso, *Derecho Administrativo Argentino*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, Tomo 1, p. 192.

<sup>1459</sup> SAMMARTINO, Patricio M. E., “Impugnación de actos...”, op. cit., p. 85. No obstante, cabe señalar que el último autor citado, pareciera haber matizado su postura con posterioridad en SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 495

<sup>1460</sup> DUFFY, Marcelo D., – FACIO, Rodolfo E., “Proceso contencioso administrativo federal. Habilitación de la instancia judicial”, en AA.VV. *Proceso contencioso administrativo federal*, BALBÍN, Carlos F. -Director-, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, Tomo 1, p. 217/219.

<sup>1461</sup> CSJN, 26/12/1996, “Monges, Analía M. c/ UBA. - resol. 2314/95”, Fallos: 319:3148. Conforme surge del considerando N° 34, la Corte destacó: “que sin perjuicio de la solución a la que aquí se arriba, dada la naturaleza de la materia de que se trata, corresponde declarar que la autoridad de esta sentencia deberá comenzar a regir para el futuro, a fin de evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar a la Facultad de Medicina quienes, aun cuando se hallaban ajenos al conflicto suscitado, ante la razonable duda generada por éste, asistieron y eventualmente aprobaron el denominado “Ciclo Básico Común” de la Universidad Nacional de Buenos Aires o, en su caso, el “Curso Preuniversitario de Ingreso “creado por el Consejo Directivo de la Facultad de Medicina. En tal sentido, cada estudiante podrá proseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiera optado, con los efectos para cada uno previstos”.

<sup>1462</sup> CSJN, 24/02/2009, “Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/amparo-ley 16.986”, Fallos: 332:111). Un análisis del fallo puede verse en: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 1, p. 123.

la Corte, tras señalar que existes tres categorías de derechos (v.gr.: los individuales, los de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y los de incidencia colectiva, referentes a intereses individuales homogéneos), reconoció los efectos *erga omnes* en los procesos vinculados con las dos últimas categorías.

Una situación similar se planteó en el caso “Defensor del Pueblo de la Nación” del año 2009<sup>1463</sup>, en el que el Máximo Tribunal, por remisión a los fundamentos del dictamen de la Procuradora Fiscal, concedió efectos *erga omnes* a la decisión de anular dos resoluciones del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS), teniendo en consideración, para ello, la presencia del Defensor del Pueblo como legitimado activo y la nulidad “ínsita” de las disposiciones impugnadas.

Finalmente, no puede dejar de señalarse que, con posterioridad a los precedentes jurisprudenciales recién mencionados, la CSJN morigeró su postura en el caso “Thomas”<sup>1464</sup> al señalar que “*no es válida la posibilidad de suspender o incluso derogar una norma legal con efectos erga omnes, lo que sin duda no se ajusta al art. 116 de la Const. Nacional*”.

### 3.3.) La cuestión en la legislación provincial y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

3.3.1.- El debate vinculado con los efectos de las sentencias que acogen la nulidad de un reglamento –o, en su caso, de la declaración de inconstitucionalidad de una ley– se hizo eco en el ámbito de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Si bien no es nuestra intención analizar en esta oportunidad el régimen jurídico vigente en cada jurisdicción, en esta ocasión solo hemos de mencionar que, en algunos ordenamientos jurídicos que regulan la materia, se le otorga efectos *erga omnes* a dichas sentencias.

---

<sup>1463</sup> CSJN, 11/08/2009, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional – PEN- M° de Eco. Obras y Serv. Púb. Y otros s/ amparo ley 16.986”, Fallos: 332:111, citado en COMADIRA, Julio Pablo – LAGARDE, Fernando, “La cosa juzgada...”, op. cit., p. 192 y ss.

<sup>1464</sup> CSJN, 15/06/2010, “Thomas Enrique c/Estado nacional s/amparo”, T. 117. XLVI; REX. Un análisis del fallo puede verse en: COMADIRA, Julio Pablo – LAGARDE, Fernando, “La cosa juzgada...”, op. cit., p. 184 y ss.

3.3.2.- De la observación de las Constituciones locales es posible advertir diversas maneras en que la cuestión ha sido regulada.

3.3.2.1.- Por un lado, existen aquellas provincias en las que la sentencia dictada por los Tribunales Superiores produce la pérdida de vigencia automática de la norma (legal o reglamentaria). Tal sería el caso de lo establecido en las provincias del Chaco<sup>1465</sup>, Neuquén<sup>1466</sup> y, con matices, en San Luis<sup>1467</sup>.

3.3.2.2.- Por otra parte, en algunos ordenamientos se distingue si la sentencia refiere a un reglamento o una ley, estableciéndose que, mientras en el primer caso la norma pierde automáticamente su vigencia, en los supuestos de sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la ley, aquel efecto se genera únicamente si la Legislatura no ratifica la norma declarada inconstitucional.

Es lo que sucede en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>1468</sup> y en la

---

<sup>1465</sup> Conforme surge del art. 9° de la Carta Magna de la provincia del Chaco, “*toda ley, decreto, ordenanza o disposición contrarios a la ley suprema de la Nación o a esta Constitución son de ningún valor, y los jueces deberán declararlos inconstitucionales a requerimiento de parte. La inconstitucionalidad declarada por el Superior Tribunal de Justicia produce la caducidad de la ley, decreto, ordenanza o disposición en la parte afectada por aquella declaración*”.

<sup>1466</sup> Según reza el art. 16 de la Constitución de la Provincia de Neuquén, “*toda ley, ordenanza, decreto u orden contrarios a esta Constitución, no tienen ningún valor y los jueces deben declararlos inconstitucionales. La inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Superior de Justicia, en ejercicio de su jurisdicción originaria, produce la caducidad de la ley, ordenanza, decreto u orden en la parte afectada por aquella declaración*”.

<sup>1467</sup> El art. 10 de la Constitución de San Luis prevé que “*toda Ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a la ley Suprema de la Nación o a esta Constitución, carece de valor y los jueces deben declarar su inconstitucionalidad en juicio, aun cuando no hubiere sido requerido por las partes. La inconstitucionalidad declarada por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia debe ser comunicada formal y fehacientemente a los poderes públicos correspondientes, a los fines de sus modificaciones y adaptaciones al orden jurídico vigente*”.

<sup>1468</sup> Así, pues, el art. 113, inc. 2° de la Constitución local (o, más precisamente, del “Estatuto Organizativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”) expresamente prevé el Tribunal Superior de Justicia tiene competencia “*Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución*” y, en tal sentido, establece que “*la declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior*”.

provincia de Santiago del Estero<sup>1469</sup>.

3.3.2.3.- En similar sentido, aunque sin distinguir entre ley y reglamento, en la provincia de Chubut se prevé la pérdida de vigencia de la norma cuando fuera declarada inconstitucional en más de una oportunidad por el Superior Tribunal<sup>1470</sup>.

3.3.2.4.- Finalmente, adoptando un criterio abarcativo de los anteriores, existen jurisdicciones donde, tras haberse declarado en más de una ocasión la inconstitucionalidad de la norma, aquella pierde vigencia, salvo que se trate de una ley, en cuyo caso debe darse intervención a la legislatura provincial (tal el caso de lo que sucede en la provincia de Río Negro<sup>1471</sup>).

---

A su vez, el art. 24 de la Ley N° 402 (Ley de Procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) estipula que “*la norma cuestionada pierde su vigencia con la publicación de la sentencia que declare su inconstitucionalidad en el Boletín Oficial, siempre que no se trate de una ley. Si se trata de una ley, el Tribunal Superior notifica la sentencia a la Legislatura a los efectos previstos por el Artículo 113 inc. 2 de la Constitución de la Ciudad. Si dentro de los tres meses de notificada a la Legislatura la sentencia declarativa, la ley no es ratificada por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes, pierde su vigencia desde el momento de la publicación en el Boletín Oficial de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad*”.

<sup>1469</sup> Conforme surge del art. 193, inc. 1, ap. “a”, de la Constitución de Santiago del Estero, el Superior Tribunal de Justicia tiene competencia “*en las acciones declarativas directas contra la validez de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones de alcance general, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución*” y, también, que “*La declaración de inconstitucionalidad hace perder la vigencia de la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique por mayoría de dos terceras partes de los miembros presentes, dentro de los tres meses de la notificación de la sentencia declarativa por parte del Superior Tribunal de Justicia. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto, ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces*”.

<sup>1470</sup> El art. 175 de la Constitución estipula que “*cuando el Superior Tribunal de Justicia declara por dos veces consecutivas o tres alternadas la inconstitucionalidad de una norma legal, ésta deja de tener vigencia a partir del día siguiente a la publicación oficial de la sentencia definitiva*”.

<sup>1471</sup> El art. 208 de la Constitución de Río Negro prevé que “*cuando el Superior Tribunal de Justicia en juicio contencioso, declara por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de un precepto materia de litigio contenido en una norma provincial o municipal puede, en resolución expresa dictada por separado, declarar abrogada la vigencia de la norma inconstitucionalidad que deja de ser obligatoria a partir de su publicación oficial. Si la regla en cuestión fuere una ley, el Superior Tribunal de Justicia debe dirigirse a la Legislatura a fin de que proceda a eliminar su oposición con la norma superior. Se produce la derogación automática de no adoptarse aquella decisión en el término de seis meses de recibida la comunicación del Superior Tribunal de Justicia quien ordena la publicación del fallo*”.

### 3.4.) Los proyectos de Códigos Contenciosos Administrativos Federales

Si bien como hemos visto en el punto N° 2 del presente Capítulo, no existe a nivel nacional un Código Contencioso Administrativo que regule de manera específica el proceso contencioso y, en su caso, los efectos de las sentencias que acogen la nulidad de un reglamento, lo cierto es que, en diversos proyectos, la cuestión ha sido tratada.

En el proyecto de “*Código Contencioso Administrativo Federal*” que, en el año 1998, el Poder Ejecutivo envió al Congreso de la Nación, el art. 17 preveía que “*la declaración de nulidad o de inconstitucionalidad de un acto de alcance general podrá emitirse a petición de parte en una causa judicial concreta, de la misma manera y con los mismos alcances con que se decide la inconstitucionalidad de las leyes, excepto cuando fuera requerida por el Ministerio Público, en cuyo caso tendrá efectos erga omnes*”. Cabe señalar, no obstante, que, con la media sanción en el Honorable Senado de la Nación, la disposición vinculada con el Ministerio Público fue eliminada.

Luego de unos años, concretamente, en el año 2005 se presentó el proyecto de “*Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo*” y, posteriormente, se lo volvió a presentar en el año 2008.

En aquella última ocasión, si bien el proyecto tuvo media sanción en el Honorable Senado de la Nación, al haber perdido estado parlamentario, se lo presentó nuevamente en el año 2011, 2013, 2017 y, más recientemente, en el 2019.

En todos los proyectos mencionados, la norma expresamente prevé que “*la declaración de nulidad o de inconstitucionalidad de un acto de alcance particular o general podrá emitirse, de oficio o a petición de parte, en una causa judicial concreta; si ella se refiriere a un acto de alcance general lo será con los mismos alcances con que se decide la inconstitucionalidad de las leyes*”.

### 3.5.) Nuestra postura

Por nuestra parte, antes de ahora hemos adherido a la opinión de aquellos autores que entienden que los efectos de una sentencia que declara la nulidad de un reglamento deben

tener, en principio, efectos *erga omnes*<sup>1472</sup>.

En tal sentido, adhiriendo al criterio expuesto por Julio Rodolfo Comadira y al propuesto en el meticuloso trabajo escrito por Julio Pablo COMADIRA, en coautoría con Fernando LAGARDE, entendemos que, sea en un proceso colectivo o individual, corresponde otorgar efectos *erga omnes* a las sentencias estimatorias de las pretensiones anulatorias de un reglamento en la medida en que, por un lado, la inconstitucionalidad o ilegitimidad sea intrínseca y no por aplicación a un caso concreto, de modo que, cualquiera hubieren sido los integrantes de la litis, la conclusión hubiese sido la misma.

Y, por otra parte, en tanto y en cuanto la sentencia emanare de la propia CSJN o, incluso, cuando mediaren pronunciamientos reiterados provenientes de instancias inferiores, declarativos de la ilegitimidad del acto de alcance general.

Ello, “*por las mismas razones por las cuales corresponde imputar igual consecuencia al pronunciamiento jurisdiccional que declara la inconstitucionalidad de una ley*”<sup>1473</sup>.

De esa manera, entonces, la sentencia recaída contra un reglamento intrínsecamente inconstitucional o ilegítimo como ser, por ejemplo, aquellos que establecen “categorías sospechosas” por fijar ciertas discriminaciones (v.gr.: en razón de la nacionalidad, el sexo, etc.), habrá de tener efectos *erga omnes*.

Por otra parte, si la inconstitucionalidad o ilegitimidad del acto de alcance general lo fuera únicamente para el caso concreto, la sentencia solo deberá tener efectos inter partes.

Así, y a simple título ejemplificativo, cabe recordar lo sucedido en el caso “Iachemet”<sup>1474</sup>, donde la Corte consideró inconstitucional la aplicación a la actora –una anciana de 91 años– del procedimiento previsto en la Ley de Consolidación de Deudas N° 23.982 para el pago de las sumas correspondientes al haber de pensión que le había sido reconocido judicialmente.

En el caso, el tribunal consideró que el sometimiento de la señora Iachemet a dicho

---

<sup>1472</sup> Ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, “Apuntes sobre la función administrativa...”, op. cit., especialmente nota N° 50 y, también, en COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, Astrea-Rap, Buenos Aires, 2019, p 39, nota 41.

<sup>1473</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 2, p. 1413 y ss.

<sup>1474</sup> CSJN, 29/04/1993, “Iachemet, María Luisa c/ Armada Argentina s/ pensión (ley 23.226)”, Fallos 316:779.

procedimiento importaba no una simple restricción temporal al principio constitucional de la cosa juzgada sino, en rigor, un desconocimiento sustancial del derecho en ésta comprometido pues, sostuvo, resultaba virtualmente imposible que, conforme con el desenvolvimiento natural de los hechos, aquella llegara a percibir la totalidad del crédito que le fuera reconocido judicialmente.

Como se ve, resulta razonable que, en aquel supuesto, la declaración de inconstitucionalidad de la norma tuviera efectos *inter partes* pues, en rigor, aquella no resulta inconstitucional *per se* sino, antes bien, únicamente para el caso concreto allí planteado.

Finalmente, hemos de precisar que, en nuestra opinión, y en línea con lo sostenido por un sector de la doctrina, no correspondería otorgarle efectos *erga omnes* a la sentencia desestimatoria de la pretensión anulatoria de un reglamento, sea que la desestimación se funde en deficiencias probatorias o en cualquier otro argumento, incluso de fondo<sup>1475</sup>.

*En definitiva, entonces, sea en un proceso colectivo o individual, a nuestro juicio los efectos de una sentencia que declara la nulidad de un reglamento debe tener efectos erga omnes en la medida en que, por un lado, la inconstitucionalidad o ilegitimidad sea intrínseca y no por aplicación a un caso concreto y, por otra parte, la sentencia emanare de la propia CSJN o, incluso, cuando mediaren pronunciamientos reiterados provenientes de instancias inferiores, declarativos de la ilegitimidad del acto de alcance general. Asimismo, no correspondería otorgarle efectos erga omnes a la sentencia desestimatoria de la pretensión anulatoria de un reglamento, cualquiera hubiere sido el argumento judicial para su desestimación.*

---

<sup>1475</sup> COMADIRA, Julio Pablo – LAGARDE, Fernando, “La cosa juzgada...”, op. cit., p. 209. Como señalan los autores citados, “*el adecuado respeto de los derechos de acceso a la justicia y de defensa en juicio de aquéllos debe prevalecer, según entendemos, sobre el eventual inconveniente que pueda significar para el demandado, en estos supuestos, tener que relitigar el mismo caso contra otro actor*”.

En tal sentido, el Anteproyecto de Código Procesal Administrativo de la Nación (1965) elaborado por los doctores Manuel María DIEZ, José María ÁVILA y Agustín GORDILLO establecía en su art. 92 que “*la sentencia en la acción de ilegitimidad, que declare la invalidez del acto impugnado, tiene efectos erga omnes y puede ser invocada por los terceros; pero el rechazo de la acción no produce efectos de cosa juzgada para quienes no tuvieron intervención en ella*”.





## CAPÍTULO XII

## SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE UN REGLAMENTO

**1.) Introducción**

1.1.- En los puntos N° 4 de los Capítulos III y VII hemos visto que los actos administrativos de alcance general (normativos –reglamentos– o no normativos) se presumen legítimos y gozan de ejecutoriedad, en el sentido de que la Administración los “ejecuta” por sí y ante sí –o como sostiene un sector de la doctrina, los “aplica”<sup>1476</sup>– aún en contra de la voluntad del administrado y sin necesidad de acudir a la intervención de la justicia, empleando para ello, de ser necesario y excepcionalmente, procedimientos de ejecución coactiva.

Vimos, también, que en el caso de los actos administrativos de alcance general autoaplicativos o de directa aplicación, la “ejecutoriedad” se impone con mayor fuerza pues, al tratarse de actos que, como vimos, afectan de modo directo e inmediato el *status* de los administrados, al no requerirse actos administrativos particulares de aplicación para afectar derechos, cabe concluir que gozan de la ejecutoriedad a la que nos hemos referido.

A su vez, precisamos que una de las principales consecuencias que se derivan de la ejecutoriedad de los actos administrativos (ora de alcance particular, ora de alcance general) y que más nos interesa para el desarrollo de este Capítulo es, concretamente, que la interposición de los recursos y/o reclamos no suspenden los efectos del acto cuestionado<sup>1477</sup>, salvo que una norma expresa disponga lo contrario (cfr. art. 12 de la LNPA)<sup>1478</sup>.

En otras palabras: en aquellos supuestos donde no se den las limitaciones a la ejecutoriedad de los actos administrativos<sup>1479</sup>, el sujeto emisor de aquel podrá ponerlo en práctica por sus propios medios y, además, los recursos y/o acciones que el administrado

---

<sup>1476</sup> Ver lo apuntado en la nota N° 478.

<sup>1477</sup> Otra consecuencia derivada de la ejecutoriedad es la regla *solve et repete*, que obliga al cumplimiento del acto que exige el pago de un tributo como condición previa al ejercicio de la impugnación judicial.

<sup>1478</sup> Ver lo apuntado en la nota N° 474.

<sup>1479</sup> Ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, Astrea-Rap, Buenos Aires, 2019, p. 291 y ss.; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, ob. cit., p. 237 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Ejecutoriedad del acto...”, ob. cit., p. 25 y ss., entre otros.

interponga no suspenderán, en principio, los efectos propios de aquel.

A nivel nacional, la LNPA estipula en el citado art. 12, en lo que aquí interesa, que “*el acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios -a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial- e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario*” (negrita fuera del original).

De ese modo, el *formidable privilegio* —en términos de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ<sup>1480</sup>— del que goza la Administración pública de modificar unilateralmente la situación jurídica de los administrados mediante el dictado de actos administrativos, que se presumen legítimos y son ejecutorios, implica que si bien el particular que vea afectados sus derechos subjetivos o intereses legítimos podría impugnarlos administrativa y/o judicialmente, aquellas impugnaciones no suspenderán los efectos del acto atacado y, por tanto, la Administración podría ejecutarlo por sí y ante sí o, en su defecto, mediante el auxilio judicial.

1.2.- No obstante ello, y sin perjuicio de la pretensión de nulidad que puedan articular los administrados, a continuación veremos que quienes vean amenazados en forma cierta e inminente sus derechos subjetivos, podrían requerir la suspensión de los efectos del acto administrativo de alcance general (normativo —v.gr.: reglamento— o no normativo) tanto en sede administrativa como en sede judicial —y, en este último supuesto, aún durante el agotamiento de la vía administrativa o mientras tramita un recurso o reclamo administrativo optativo—, para obtener, en consecuencia, la suspensión provisoria de la “ejecución” o “aplicación” del acto general (un resumen gráfico de lo expuesto en este trabajo puede verse en el punto N° 4 de este Capítulo).

Asimismo, e independientemente del pedido de *suspensión de efectos* del reglamento que aquí analizaremos y la *pretensión judicial de nulidad por vía ordinaria* estudiada en el Capítulo anterior, cabe destacar que como se expondrá en el Capítulo XIII, la *nulidad judicial* también podrá ser requerida sin el previo agotamiento de la vía administrativa en

---

<sup>1480</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, ob. cit., Tomo 1, p. 518.

aquellos supuestos en los que estén dados los requisitos que habilitan acudir a la vía del *amparo* del art. 43 de la Constitución de la Nación, incluso de manera *directa* (esto es, sin necesidad de que exista un acto administrativo particular de aplicación) para el supuesto de los reglamentos de necesidad y urgencia y los delegados, tal como sostiene la mayoría de la doctrina (ver punto N° 2.2. del Capítulo XIII).

Del mismo modo, y como allí se verá, cuando se impugna cualquier reglamento por la vía de amparo, de la jurisprudencia de la CSJN es posible concluir que si con su dictado se afectan derechos humanos como la vida o la salud, aquellos, además de poder ser impugnados judicialmente de forma *indirecta* o *directa* (es decir, como dijimos, antes de que exista un acto de aplicación), tampoco requieren el previo agotamiento de la vía administrativa.

1.3.- A lo largo de estas páginas analizaremos, entonces, no solo los requisitos para la procedencia de la suspensión de efectos en sede administrativa y judicial sino, también, algunos aspectos procedimentales vinculados con aquel instituto.

## **2.) Suspensión de los efectos de un reglamento en sede administrativa**

En este punto y de acuerdo con el esquema propuesto, analizaremos no solo los requisitos para la procedencia de la suspensión de efectos del acto administrativo de alcance particular o general (normativo –v.gr.: reglamento– o no normativo) en sede administrativa sino, también, algunos aspectos procedimentales vinculados con aquel instituto.

### **2.1.) Supuestos de procedencia: el art. 12 de la LNPA**

Conforme surge del art. 12 de la LNPA, “...*la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta*”.

Como se ve, los supuestos enunciados por la norma para la suspensión de los efectos

de un acto administrativo son independientes entre sí pues, conforme surge de su redacción, al estar separados por la conjunción “o” y no “y”, la sola existencia de uno de ellos adquiere virtualidad suficiente para que tal suspensión sea concedida<sup>1481</sup>.

Por otra parte, y tal como veremos en los párrafos que siguen, la norma ha sido criticada por un amplio sector de la doctrina<sup>1482</sup>, pues de la transcripción efectuada pareciera que en los tres presupuestos de procedencia de suspensión de efectos del acto administrativo, la decisión administrativa resultaría ser facultativa, pues utiliza el término “podrá” y no “deberá”.

Sentado lo expuesto, analizaremos a continuación las tres causales de suspensión precedentemente reseñadas:

### 2.1.1.) Razones de interés público

2.1.1.1.- En el punto N° 2.3.3. Capítulo I hemos visto que el ejercicio de la función administrativa consiste en satisfacer de manera directa e inmediata el interés público comprometido en la vigencia de la jurisdicción y, además, que el resultado de aquella función es el acto administrativo en sentido amplio o genérico.

Es claro, entonces, que si todo acto administrativo debe estar orientado a satisfacer el interés público o bien común<sup>1483</sup>, pueda suceder que aquella misma finalidad teleológica sea la que justifique que el sujeto emisor del acto disponga la suspensión de sus efectos – aún en aquellos supuestos en los que el acto devino en estable<sup>1484</sup>–.

Por consiguiente, si se tiene en cuenta que el interés público es el estándar de

---

<sup>1481</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 171; CANDA, Fabián O., “La suspensión de efectos del acto administrativo en sede administrativa y judicial”, en AA.VV. *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 719; HALPERÍN, David A., “Las sentencias del Tribunal Fiscal y la prohibición de innovar”, REDA 1:131, entre otros.

<sup>1482</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 145; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 158/159.

<sup>1483</sup> Como ha señalado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, todo acto administrativo, sea en ejercicio de facultades preponderantemente regladas o discrecionales, debe dictarse con miras a satisfacer un interés público (CNACAF, sala IV, 12/02/1985, “Cabuli, Víctor v. Gobierno Nacional”).

<sup>1484</sup> Sobre la suspensión de los efectos del acto administrativo estable remitimos a nuestro trabajo en: COMADIRA, Fernando Gabriel, “La suspensión de oficio...”, op. cit., p. 387.

interpretación básico de toda relación jurídico administrativa<sup>1485</sup>, resulta más que lógico que el legislador lo haya incluido como criterio autorizador de la suspensión. Es más, creemos que aún en ausencia de norma expresa, la Administración también debería valorarlo antes de resolver la procedencia de la suspensión.

2.1.1.2.- Ciertamente, en algunas oportunidades el interés público no solo no se vería frustrado con la suspensión de los efectos de un acto, sino que, por el contrario, aquél resultaría protegido.

Es que, en definitiva, si el interés público supone como elemento necesariamente constitutivo de su noción la plena vigencia del orden jurídico, es claro que, en determinadas ocasiones, la ejecución de un acto administrativo –particular o general– lo único que fomentaría sería la lesión a la juridicidad.

Además, la responsabilidad patrimonial que pueda derivarse en cabeza del Estado es, *per se*, un elemento a tener en cuenta a la hora de determinar la afectación del interés público en un caso concreto y la procedencia de la suspensión del acto atacado.

En efecto, aquel interés no es ajeno a eventuales reclamaciones contra el Estado y sus funcionarios por los errores cometidos productores de daños a los particulares.

Como se ha puntualizado, “entre las hipótesis de interés público que puede invocar el Estado es que exista la posibilidad de que el recurrente tenga razón, o que la prueba ofrecida dé resultado positivo, de tal modo que sería contrario al interés público persistir en la ejecución de un acto que luego será extinguido por la Administración o la justicia, constituyendo futura responsabilidad por la emisión y ejecución de un acto ilegítimo”<sup>1486</sup>.

### 2.1.2.) Perjuicios graves al interesado

Como bien se ha señalado, por interesado debe entenderse todo aquel al que el acto va dirigido directamente o se ve incidido por él, ya sea una persona física, jurídica privada

---

<sup>1485</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 145; COMADIRA, Fernando Gabriel, “La suspensión de oficio...”, op. cit.

<sup>1486</sup> GORDILLO, Agustín (Director), *Procedimiento administrativo...*, op. cit., p. 161.

o pública no estatal, debiéndose acreditar tal circunstancia<sup>1487</sup>.

La norma prevé la suspensión de los efectos del acto “*para evitar perjuicios graves al interesado*”.

La LNPA utiliza el término “perjuicio grave”, lo que, sin duda alguna, resulta superador al criterio de “perjuicio irreparable” que tradicionalmente se empleaba en algunas legislaciones más antiguas<sup>1488</sup>.

Por ello, sostenemos que la Administración no podría invocar la posible “reparabilidad ulterior” del perjuicio como obstáculo para otorgar la suspensión requerida por los particulares pues, de ser así, como apunta CANDA, la suspensión de efectos sería una medida “*en los hechos, nunca conducente*”<sup>1489</sup>.

En doctrina se ha señalado que no basta con la mera alegación del perjuicio grave, sino que, además, éste también debe ser demostrado.

La PTN, por su parte, pareciera inscribirse en aquella tesitura, pues ha señalado que el perjuicio no solo debe ser alegado sino, también, fundamentado, sin que resulte exigible la demostración cabal de su irreparabilidad<sup>1490</sup>.

Por otra parte, cabe tener en cuenta que, en muchas ocasiones, los perjuicios que se derivarían de la no concesión de la suspensión de efectos serían mayores que los beneficios que se seguirían de su denegación.

La PTN ha precisado en reiteradas oportunidades que “*la suspensión del acto administrativo*” resulta procedente “*cuando, de su ejecución o cumplimiento, los perjuicios que se derivarían serían mayores que los beneficios y, sobre todo, cuando la*

---

<sup>1487</sup> CANDA, Fabián O., “La suspensión de efectos...”, op. cit., p. 728.

<sup>1488</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 145. En ese sentido, es dable recordar lo apuntado por la doctrina calificada, en cuanto a que “*en un principio se invocó el criterio del 'daño irreparable', en cuyo mérito la suspensión procedía*” pero, luego, “*fue abandonado, porque, siendo el Estado el autor o emisor del acto cuya suspensión se gestionaba, se alegó que tales perjuicios 'irreparables' no podían producirse, ya que el Estado, siempre solvente, podía resarcir cualquier perjuicio que irrogase: se invocaba el viejo aforismo 'Fiscus semper solvens'. La aplicación de esta regla -vacua de contenido ético- fue objeto de acertadas objeciones, hallándose prácticamente repudiada por la crítica científica actual*” (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 660).

<sup>1489</sup> CANDA, Fabián O., “La suspensión de efectos...”, op. cit., p. 729.

<sup>1490</sup> Dictámenes 207:155.



*suspensión del acto no cause lesión al interés público*”<sup>1491</sup>.

Como se ve, el criterio expuesto por la PTN implica un juicio de ponderación de los perjuicios que ocasionaría la ejecución, o no, del acto administrativo<sup>1492</sup>.

Por ello, un acto administrativo que omitiera efectuar aquella ponderación –o, en su caso, que luego de haberla realizado resolviera no conceder la suspensión requerida por el administrado generando, con ello, mayores perjuicios que los beneficios obtenidos con la ejecución del acto– habrá de ser considerado irrazonable o desproporcional, y, por tanto, nulo de nulidad absoluta o, más aún, inconstitucional.

Es que, como señala MARIENHOFF<sup>1493</sup>, el “*acto irrazonable es un acto inconstitucional y, por serlo, la irregularidad pertinente se traduce en un acto nulo de nulidad absoluta, que generalmente es manifiesta*”.

Como se ve, la suspensión de los efectos del acto administrativo, deberá, entonces, estar precedida del *test* de razonabilidad o proporcionalidad.

En virtud de lo expuesto, entonces, a continuación efectuaremos un breve análisis acerca de la ponderación que debe efectuarse con base en el principio de razonabilidad o proporcionalidad el cual, según lo viene desarrollando la doctrina especializada en la materia, se nutre, como se verá, de tres subprincipios.

#### 2.1.2.1) Ponderación de los perjuicios: razonabilidad de la medida.

Tal como hemos visto a lo largo de esta obra, y de conformidad con lo estipulado por la LNPA, el acto administrativo, para ser considerado plenamente válido, debe reunir una serie de elementos esenciales que, a su vez, deben concurrir sin vicios.

---

<sup>1491</sup> Dictámenes 137:145; 137:148; 234:66 entre otros.

<sup>1492</sup> Como ha señalado la doctrina, “*el actor debe mostrar que el perjuicio que él podría sufrir en el caso de no otorgarse la medida cautelar es sustancialmente más grave que el daño que el demandado debería soportar si la medida fuera concebida*” (VALLEFIN, Carlos A., *Protección Cautelar Frente al Estado*, LexisNexis, Buenos Aires, 2002, p. 115/116).

<sup>1493</sup> MARIENHOFF, Miguel S., “El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público”, LL 1989-E, 963.

Bien ha señalado Julio OYHANARTE que “*en el derecho argentino ningún acto estatal -legislativo, administrativo judicial- es válido si no es razonable*” (OYHANARTE, Julio “*Poder político y cambio estructural en la Argentina. Un estudio sobre su desarrollo*”, en “*Recopilación de sus obras*”, p. 87).

Entre aquellos requisitos que la ley enuncia como esenciales está el elemento “finalidad” (art. 7, inc. “f”) que implica, por un lado, que el acto administrativo debe cumplir la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes al órgano, sin poder perseguir encubiertamente otros fines –públicos o privados– distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto.

Por otra parte, en el art. 7, inc. “f” *in fine* de LNPA se establece que “*las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad*”.

Si el acto persiguiera fines distintos de los que justificaron su dictado, se estaría ante el denominado vicio de la “desviación de poder”<sup>1494</sup> y, si fuese desproporcionado con aquella finalidad, ante una irrazonabilidad de la medida adoptada.

De esa manera, el acto estará fatalmente viciado en su finalidad y, en ese esquema, será nulo de nulidad absoluta e insanable en los términos del art. 14, inc. “b”<sup>1495</sup>, de la LNPA, por desviación de poder, tal la expresión con que suele denominarse a este vicio<sup>1496</sup>.

Si bien la razonabilidad o proporcionalidad del acto administrativo está expresamente contemplada en el art. 7, inc. “f” *in fine* de LNPA, lo cierto es que, en rigor de verdad, su estudio se encontraría mayormente vinculado con el objeto<sup>1497</sup> o contenido del acto y, más aún, cuando se trata del ejercicio de una actividad discrecional de la administración pública<sup>1498</sup>.

---

<sup>1494</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 328 y ss.

<sup>1495</sup> Éste artículo en su parte pertinente reza: “*El acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable, en los siguientes casos (...) b) Cuando fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado, salvo, en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieren permitidas; falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocado; o por violación de la ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado*” (la negrita nos pertenece).

<sup>1496</sup> SILVA TAMAYO, Gustavo E., *Desviación de poder y abuso de derecho*, Monografías Jurídicas, N° 157, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 133 y ss.

<sup>1497</sup> El objeto del acto administrativo ha sido definido como “*aquello en que él consiste; es, concretamente, la decisión, certificación u opinión contenidas en la declaración que el acto implica*” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 18).

<sup>1498</sup> Ampliar en COMADIRA, Julio Rodolfo, “Control judicial de la actividad discrecional...”, op. cit.

Sin perjuicio de las diversas discusiones doctrinarias generadas en torno a las posibles diferencias existentes en torno a los conceptos de “proporcionalidad” y “razonabilidad”, adelantamos, ya desde ahora, que utilizaremos a ambos como sinónimos.

Al respecto, y siguiendo las enseñanzas de COVIELLO, cabe tener en cuenta que si bien en el derecho europeo estos principios han sido diferenciados, en el ordenamiento jurídico argentino la diferencia entre uno y otro es inexistente, intrascendente e innecesaria, habida cuenta de que “*la proporcionalidad es uno de los componentes del concepto de razonabilidad*”<sup>1499</sup>.

La razonabilidad o proporcionalidad a la que nos referimos implica que el contenido del acto administrativo debe ser *adecuado* con la *finalidad* prevista por la norma que le atribuye competencia al órgano estatal, o el ente no estatal, en ejercicio de función administrativa, y, a su vez, con la finalidad intrínseca que el acto administrativo se propone alcanzar<sup>1500</sup>.

Se ha señalado que la razonabilidad es inherente a la juridicidad que sustenta la aplicación de toda norma<sup>1501</sup> y, a su vez, que la razonabilidad o proporcionalidad contemplada por la LNPA surge y se funda en la garantía de razonabilidad consagrada en el art. 28 de la Carta Magna<sup>1502</sup>, “*además de fluir, clara y lógicamente, de la filosofía, alma o espíritu de la Ley Suprema, la cual, (...) fija la sustancia y el sentido de la razonabilidad, que tiene por finalidad y razón de ser, preservar el valor supremo de la justicia, que hace a la esencia del Derecho*”<sup>1503</sup>.

LINARES sostuvo que toda actividad estatal para ser constitucional debe ser razonable y que lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y que significa conforme a la razón, justo, moderado, prudente: todo acto gubernativo debe resistir la prueba de la razonabilidad<sup>1504</sup>.

---

<sup>1499</sup> COVIELLO, Pedro, *El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú (DERECHO-PUCP), Lima, 2011, N° 67.

<sup>1500</sup> SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 299.

<sup>1501</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 52 y, específicamente, la cita N° 155.

<sup>1502</sup> CSJN, 09/03/1999, “Padres de alumnos de colegios dependientes de la UNC. interpone recurso art. 32 ley 24.521”, Fallos 322:270.

<sup>1503</sup> LINARES QUINTANA, Segundo V., *Reglas para la interpretación constitucional...*, op. cit., p. 123.

<sup>1504</sup> *Ibidem*.

BIDART CAMPOS advierte que toda actividad estatal, para ser conforme a la Constitución, debe ser razonable y, en esa inteligencia, destaca que *“el sentido común y el sentimiento racional de justicia de los hombres hacen posible vivenciar en cada caso la razonabilidad, y su opuesto, la arbitrariedad. La constitución formal suministra criterios, principios y valoraciones que, integrando su ideología, permiten componer y descubrir en cada caso la regla de razonabilidad”*<sup>1505</sup>.

El precitado autor concluye que el principio de razonabilidad tiene como *finalidad* preservar el valor *justicia* en el contenido de todo acto de poder e, incluso, de los particulares. La razonabilidad exige, fundamentalmente, *“que el “medio” escogido para alcanzar un “fin” válido guarde proporción y aptitud suficientes con ese fin: o que haya “razón” valedera para fundar tal o cual acto de poder”*<sup>1506</sup>.

BIELSA explica que una de las acepciones del vocablo razonabilidad implica, sobre todo, *“conformidad con los principios del sentido común y con los juicios de valor generalmente aceptados, una idea de moderación y de justa medida”*<sup>1507</sup>.

MARIENHOFF precisó que la razonabilidad *“consiste en la adecuación de los medios utilizados por el legislador a la obtención de los fines que determina la medida, a efectos de que tales medios no aparezcan como infundados o arbitrarios, es decir, no proporcionados a las circunstancias que los motiva y a los fines que se procura alcanzar con ellos”*<sup>1508</sup>.

A su vez, y en línea con la conceptualización propuesta por los autores citados, la CIDH sostuvo que la razonabilidad *“implica un juicio de valor”* y *“una conformidad con los principios del sentido común”*, *“siendo razonable lo justo, lo proporcionado y lo equitativo, por oposición a lo injusto, absurdo y arbitrario”*<sup>1509</sup>.

---

<sup>1505</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *Manual...*, op. cit., Tomo I, p. 516.

<sup>1506</sup> *Ibidem*.

<sup>1507</sup> BIELSA, Rafael, *La locución justo y razonable en el derecho y en la jurisprudencia*, en *Estudios de Derecho Público: I, Derecho Administrativo*, Tomo 1, Buenos Aires, 1950, p. 485.

<sup>1508</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo IV, p. 697 y sus citas.

<sup>1509</sup> Opinión Consultiva OC 13/1993 del 16/07/1993, párrafo 33.

En síntesis, creemos que el contenido del acto –objeto–, lo que éste decide, certifica u opina debe ser adecuado, proporcional o razonable con la finalidad perseguida por aquel.

Tal como ha señalado la CSJN, *“La razonabilidad quiere decir tan sólo que las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionalmente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador”*<sup>1510</sup>.

Ahora bien, hemos señalado que la LNPA establece que la Administración Pública *debe* suspender los efectos del acto administrativo cuando su ejecución o cumplimiento genere mayores perjuicios que su incumplimiento y, sobre todo, cuando la suspensión de los efectos del acto no cause lesión al interés público.

En ese esquema de pensamiento, y previo a la suspensión administrativa de los efectos del acto administrativo, la Administración Pública deberá realizar una ponderación tendiente a verificar si la medida resulta adecuada, proporcional o razonable con aquella finalidad.

Así, entonces, la ponderación a efectuarse deberá ser analizada con base en el principio de razonabilidad o proporcionalidad el cual, según lo viene desarrollando la doctrina especializada en la materia, se nutre, como veremos, de tres subprincipios.

#### 2.1.2.1.1) Ponderación del principio de razonabilidad o proporcionalidad

Liminarmente consideramos menester destacar que frente al sistema jurídico propuesto desde el positivismo (HART y KELSEN), definido como un “sistema de reglas” donde, a su vez, la discrecionalidad judicial encuentra lugar en los espacios vacíos dejados por el sistema jurídico y, frente al modelo desarrollado por DWORKIN, quien define al sistema jurídico esencialmente compuesto por principios, además de reglas, y desde el cual se puede obtener en cada caso la respuesta correcta, hemos de optar por la tesis apuntada por Robert ALEXY<sup>1511</sup>.

<sup>1510</sup> CSJN, 22/07/1960, “Sindicato Argentino de Músicos”, Fallos 248:800.

<sup>1511</sup> ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios...”, op. cit., p. 139 a 151.

Tal como nos enseña VIGO, el citado profesor alemán propone un sistema compuesto en su lado pasivo por dos tipos de normas: las reglas y los principios, y además, en su lado activo, por la teoría de la argumentación jurídica racional; posibilitando esos tres niveles (reglas, principios y argumentación jurídica) del sistema jurídico mantener una teoría que presuponga la única respuesta correcta como idea regulativa, en el sentido de confiar que ella es posible aunque no se pueda saber función en qué casos, por lo que corresponde intentar obtenerla en todos los casos<sup>1512</sup>.

ALEXY explica que *“los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son por consiguiente mandatos de optimización... En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas”*<sup>1513</sup>.

En definitiva, como destacara VIGO<sup>1514</sup>, si estamos frente a una norma que exige la mayor medida posible de cumplimiento se trata de un principio, pero si la norma solo exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla.

Retomando el análisis del principio de razonabilidad, señalamos que, tal como destacara la doctrina, éste es una herramienta del control de constitucionalidad que hunde sus raíces en la Carta Magna impuesta por los nobles ingleses al Rey Juan Sin Tierra en 1215<sup>1515</sup>.

La valoración de la razonabilidad, la ponderación entre el contenido y los fines que la norma –en el caso, el acto administrativo– persigue, no es una ecuación matemática y, por tanto, debe realizarse con base en ciertos datos objetivos.

En ese sentido, se ha señalado que el principio de razonabilidad o proporcionalidad posee tres dimensiones o subprincipios están íntimamente vinculados entre sí<sup>1516</sup>, a saber: de adecuación, necesidad y razonabilidad o proporcionalidad en *stricto sensu*.

---

<sup>1512</sup> VIGO, Rodolfo, L., *Interpretación...*, op. cit., p. 66/67.

<sup>1513</sup> ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios...”, op. cit., p. 143.

<sup>1514</sup> VIGO, Rodolfo, L., *Interpretación...*, op. cit., p. 70.

<sup>1515</sup> CIANCIARDO, Juan, “Una aplicación cuestionable del principio de razonabilidad”, LL 2002-B, 953.

<sup>1516</sup> ALEXY ha precisado que entre la teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad existe una conexión estrecha: *“el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y esta implica aquella. Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima*

#### 2.1.2.1.1.1.) Subprincipio de adecuación u idoneidad

El subprincipio de adecuación importa que el medio elegido debe ser idóneo para el cumplimiento del fin perseguido.

En el ámbito del derecho administrativo y, específicamente, en lo que al estudio de ésta tesis importa, el subprincipio analizado implica que la suspensión de los efectos del acto administrativo dispuesta por el órgano estatal, o el ente no estatal, en ejercicio de su función administrativa, debe ser adecuada o idónea para satisfacer los bienes jurídicos tutelados por el sistema normativo.

#### 2.1.2.1.1.2.) Subprincipio de necesidad o indispensabilidad

De conformidad con lo enseñado por CIANCIARDO, el subprincipio de necesidad prescribe que se debe escoger de entre los medios idóneos para el logro del fin, la “*alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos*”<sup>1517</sup>.

Mediante el subprincipio de necesidad se logra que la razonabilidad se convierta no solo en una garantía contra la arbitrariedad sino, también, en un medio para alcanzar la mejor medida posible para el caso concreto<sup>1518</sup>.

No obstante lo expuesto, cabe señalar que la CSJN ha señalado en más de una ocasión que no se encuentra dentro de sus facultades la de analizar la oportunidad o conveniencia

---

*de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir es deducible de él” (ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales..., op. cit., p. 111/112).*

<sup>1517</sup> CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad...*, op. cit., p. 82 y ss.

<sup>1518</sup> NIELSEN, Federico, “La razonabilidad y la eficiencia como principios generales de la contratación administrativa”, en AA.VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2007, p. 563.



de las medidas adoptadas y, en consecuencia, ha resistido la valoración de la necesidad o indispensabilidad de aquéllas<sup>1519</sup>.

Tal como nos enseña CIANCIARDO, recordando a LINARES, “*el verdadero razonamiento del Tribunal es éste: no corresponde a los jueces merituar si el medio elegido es el mejor, entre varios posibles, desde el ángulo técnico-social, es decir, si el elegido es o no el más eficaz. Le basta con que el medio elegido sea uno de los posibles y él tenga una cierta proporcionalidad con el fin*”<sup>1520</sup>.

Desde nuestro punto de vista consideramos acertados los precedentes jurisprudenciales en los que el Máximo Tribunal de la Nación se ha detenido a realizar el análisis del subprincipio de adecuación o necesidad, comparando, así, el medio elegido con otros que hipotéticamente se hubieran podido elegir.

En reiteradas oportunidades, al analizar la validez constitucional de normas que imponían ciertas condiciones para acceder a cargos públicos, la CSJN sostuvo que al Estado le cabía la carga de “*disipar toda duda sobre si no existirían medidas alternativas que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para el interesado*”<sup>1521</sup>.

---

<sup>1519</sup> Ver fallos citados en: CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad...*, op. cit., p. 83 y ss.

<sup>1520</sup> CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad...*, op. cit., p. 84.

<sup>1521</sup> CSJN, 12/08/2008, “Mantecón Valdés, Julio c/Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación - Corte Suprema de Justicia de la Nación - resol. 13/IX/04 (concurso biblioteca)”, Fallos: 331:1715; en igual sentido: CSJN, 08/08/2006, “Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo”, Fallos: 329:2986, considerando 6. En similar sentido se pronunció en el caso “Hooft” al destacar que “*la presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podía ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica “adecuación” a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada*” (CSJN, 16/11/2004, “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos: 327:5118, considerando 6, subrayado fuera del original).

Independientemente de que, como dijimos, coincidimos con el análisis del subprincipio de adecuación o necesidad que efectúa la corte, lo cierto es que, en nuestra opinión, la teoría de la presunción de inconstitucionalidad resulta disvaliosa y ajena a nuestro ordenamiento jurídico e, incluso, innecesaria. Es que, como señalara la doctrina, aquella teoría implicaría suponer que la acción de los órganos del Estado estaría deliberadamente encaminada hacia el desconocimiento de los principios constitucionales sobre los cuales se basan su autoridad y funciones (BADENI, Gregorio, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. 380 y ss.; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 223, especialmente nota N° 49 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La presunción de legitimidad...”, op. cit., p. 65, Nota N° 49). Por otra parte, si se tiene en cuenta que, como en reiteradas ocasiones ha señalado la Corte Suprema, la inconsecuencia,

Aquél es, también, el criterio seguido tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como por la CIDH<sup>1522</sup>, que, como es sabido, constituye una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otra parte, no puede soslayarse la importancia que el principio *pro homine* adquiere en esta temática, por cuanto éste, luego de la reforma constitucional de 1994, es una pauta hermenéutica de todas las disposiciones infraconstitucionales, sea del orden federal, provincial o local<sup>1523</sup>.

La aplicación del principio *pro homine* en el procedimiento de preparación del acto administrativo viene a significar, como se ha señalado, que frente a una pluralidad de normas aplicables a una misma situación fáctica, el intérprete deberá seleccionar aquella norma que brinde una protección más favorable para la persona humana, en el sentido de darles mayor extensión posible a las que consagran derechos y el menor alcance posible a las que posibilitan restricciones, limitaciones o suspensiones<sup>1524</sup>.

En el derecho administrativo, el subprincipio acapitado importaría un juicio comparativo por parte del poder administrador, en el sentido de que la autoridad competente, previo a dictar el acto que suspenda los efectos del acto administrativo en cuestión, debe realizar un juicio valorativo y comparar la medida con otras jurídicamente

---

imprevisión o error del legislador no debe presumirse, con mayor razón tampoco podría presumirse la inconstitucionalidad de las normas que ellos sancionan.

De todos modos, cabe tener presente que la teoría de la presunción de legitimidad fue luego reiterada por el Máximo Tribunal en: CSJN, 20/08/14, “Zartarián, Juan Jorge c. Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/plena jurisdicción”; CSJN, 21/02/13, “Pérez Ortega, Laura Fernanda c. Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/empleo público”, Fallos 336:131.

Sobre la presunción de inconstitucionalidad y su impacto en el derecho administrativo, recomendamos la lectura de: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 31 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Del escrutinio estricto de la Corte estadounidense a la presunción de inconstitucionalidad en el derecho argentino y su impacto en el derecho administrativo”, EDA 264-8.

<sup>1522</sup> “Sra. X. c/ Argentina”, caso 10.506, informe 38/96 del 15/10/1996, Inter-Am. C.H.R. OEA/Ser. L/V/II.95, Doc. 7 rev. en 50 (1997), párr. 74 donde expresamente sostuvo el examen de compatibilidad de una norma con la Convención debe tener en cuenta que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido” (ampliar en CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad...*, op. cit., p. 100 y ss.).

<sup>1523</sup> El principio *pro homine* deriva tanto del art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como del art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, normas que, según el art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional, tienen rango constitucional.

<sup>1524</sup> SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., p. 242, nota 356.

posibles y, en caso de existir una alternativa menos gravosa que cumpla con el fin perseguido por la norma aplicable, optar por aquella.

2.1.2.1.1.3.) Subprincipio de proporcionalidad o  
razonabilidad stricto sensu

Por último, una vez establecida la adecuación o idoneidad, y la necesidad o indispensabilidad del acto administrativo a dictarse, se debe determinar si éste es razonable en sentido estricto.

La doctrina parece unánime al señalar que la razonabilidad o proporcionalidad de la medida consiste en establecer si aquella guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar<sup>1525</sup>.

En lo que a la “relación razonable” respecta, la mayoría de los autores se han inclinado por lo que en el derecho francés se denomina “balance entre costos y beneficios” y en el derecho norteamericano de “balancing test”, esto es, un juicio de balanceo entre las ventajas y las desventajas de la medida<sup>1526</sup>.

Finalmente, en lo que aquí importa, el subprincipio de proporcionalidad o razonabilidad requiere que en los casos de actos de gravamen, se compare la intensidad de la intervención o restricción que produce el acto sobre los particulares con la importancia del fin que la norma aplicable, concretizada en el acto, procura alcanzar<sup>1527</sup>.

De lo expuesto se colige que, tal como señalara ALEX Y, del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de

---

<sup>1525</sup> CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad...*, op. cit., p. 107 y sus citas. En igual sentido: ÁLVAREZ, Fernando D., “Algunas reflexiones en torno al principio de razonabilidad en la actuación de la Administración Pública”, JA 2005-I-970.

<sup>1526</sup> CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad...*, op. cit., p. 107 y ss. No obstante, el citado jurista entiende que el balance entre ventajas y desventajas en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto resulta insuficiente y, por tanto, establece una nueva dimensión: la de la inalterabilidad. Desde esa perspectiva, “la constitucionalidad de una medida presupone dos cosas: a) que la medida no altera el contenido del derecho fundamental involucrado; y b) que la medida no alteradora introduce precisiones tolerables de la norma iusfundamental, teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido. Surgen, entonces, dos modos de inconstitucionalidad: a la posibilidad (1) la llamaremos inconstitucionalidad por alteración; y a la (2), inconstitucionalidad por injustificación” (op. cit., p. 99).

<sup>1527</sup> SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., p. 298.

optimización con relación a las posibilidades mientras que, en los subprincipios de necesidad y de adecuación se siguen el carácter de los principios como mandatos de optimización en relación con las posibilidades fácticas<sup>1528</sup>.

#### 2.1.2.1.2) Epílogo

A modo de síntesis de lo hasta aquí expuesto, podemos señalar que la decisión que la Administración Pública adopte en relación con la suspensión de los efectos del acto administrativo debe resistir el test de razonabilidad o proporcionalidad<sup>1529</sup>.

La razonabilidad o proporcionalidad implica que el contenido de aquel debe ser *adecuado* con la *finalidad* prevista por la norma que le atribuye competencia al órgano estatal, o el ente no estatal, en ejercicio de la función administrativa y, a su vez, con la finalidad intrínseca que el acto administrativo se propone alcanzar.

Para ello, y toda vez que la ponderación entre el contenido y los fines que la norma - en el caso, el acto administrativo- persigue no es una ecuación matemática, debe recurrirse al examen de los tres subprincipios que integran el principio de razonabilidad o proporcionalidad, a saber: de adecuación, necesidad y razonabilidad o proporcionalidad en *stricto sensu*.

El problema de la proporcionalidad consiste, en definitiva, como decía Walter JELLINEK, en saber si “*l'on n'a pas tiré sur des moineaux avec un canon*”<sup>1530</sup> (si no se va a tirar sobre los gorriones con cañones).

---

<sup>1528</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 112/113.

<sup>1529</sup> Así, por ejemplo, el profesor SAGÜÉS distinguió tres tipos de *test* de razonabilidad, a saber: 1- razonabilidad normativa, en cuanto las normas legales deben mantener coherencia con las constitucionales; 2- la razonabilidad técnica, que postula una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios para lograrlos; y 3- la razonabilidad axiológica, que apunta a la cuota básica de justicia intrínseca de las normas (SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, Segunda Edición, Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 700/701).

<sup>1530</sup> La doctrina nacional e internacional suele atribuir aquella frase a Walter Jellinek, reconocido jurista alemán (COVIELLO, Pedro, *El principio de proporcionalidad...*, op. cit.). En el idioma original del autor la frase sería: “Nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen”.

Los actos administrativos deben estar orientados al interés público o bien común de la Administración Pública<sup>1531</sup> –fin mediato e inmediato del Estado– y, para ello, resulta conveniente y necesario que quienes ostentan el poder posean una idoneidad específica: la comprometida con los valores republicanos y morales.

Es que, como enseñaba SANTO TOMÁS DE AQUINO, el derecho de gobernar está reservado exclusivamente a los prudentes<sup>1532</sup>.

Uno de los principales problemas que existe en la Argentina es que los funcionarios que ostentan el poder decisorio no suelen analizar la razonabilidad o proporcionalidad de la medida a adoptar con base en los tres subprincipios o dimensiones señalados.

Por el contrario, tienden a aplicar únicamente el subprincipio de adecuación u idoneidad, de modo tal que la razonabilidad se reduce a cumplir una función de garantía contra la arbitrariedad<sup>1533</sup> y no, antes bien, a realizar un juicio valorativo, comparando la medida con otras jurídicamente posibles para optar por la alternativa menos gravosa, seleccionando aquella que brinde una protección más favorable para la persona humana.

### 2.1.3.) Alegación fundada de una nulidad absoluta

Finalmente, el último presupuesto establecido por la LNPA para la suspensión de los efectos de un acto administrativo en sede administrativa, es la alegación fundada de una

---

<sup>1531</sup> Como ha señalado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ha señalado que todo acto administrativo, sea en ejercicio de facultades preponderantemente regladas o discrecionales, debe dictarse con miras a satisfacer un interés público (CNACAF, sala IV, 12/02/1985, “Cabuli, Víctor v. Gobierno Nacional”). Del mismo modo se sostuvo que “*cada acto administrativo tiene un fin de interés público, puesto que, como lo enfatiza la doctrina especializada, el legislador no confiere a nadie poder público para satisfacer fines privados*” (SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., p. 369).

<sup>1532</sup> Resulta forzosa la transcripción parcial de la reflexión final expuesta por BIANCHI: “*Debemos tomar conciencia de que el problema constitucional de la Argentina no es el texto de su Constitución, el problema es su incumplimiento. Y para ello la solución no está tan lejos, ni requiere de superhombres. La construcción de una República es algo cotidiano y rutinario. No requiere de actos mágicos, ni de gestos grandilocuentes. Si bien puede comenzar con gestas heroicas, luego requiere, inevitablemente, que todos los días, al salir a trabajar, gobernantes y gobernados, lo hagamos con el firme propósito de cumplir con las reglas de Ulpiano: “vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo” y, por supuesto, cuidando de que lo demás también las cumplan*” (BIANCHI, Alberto B., *El poder del Poder Ejecutivo*, conferencia dictada en ocasión de su incorporación a la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, Buenos Aires, 15 de mayo de 2014, publicado en elDial.com - DC22B2).

<sup>1533</sup> ÁLVAREZ, Fernando D. – “*Algunas reflexiones...*”, op. cit.

nulidad absoluta.

Como hemos visto en el punto N° 3 del Capítulo VII, en el plexo normativo de la LNPA el acto administrativo será *nulo de nulidad absoluta* cuando carezca de alguno de sus elementos o, en su caso, alguno de ellos esté afectado por un vicio grave. En cambio, el acto será *anulable de nulidad relativa*, cuando concorra con todos sus elementos pero alguno ostente un vicio leve o no fundamental.

Cabe recordar, también, que, a nivel nacional, el acto administrativo nulo de nulidad absoluta es considerado “irregular” y, a su vez, que se denomina acto “regular” tanto al plenamente válido como al que está viciado con una nulidad relativa.

En este punto, se ha señalado que la nulidad absoluta fundadamente invocada, se refiere a la “*nulidad manifiesta, dado que parece razonable pensar que cuando un vicio grave es seriamente sustentado, la invalidez que él trae aparejada se exterioriza con “evidencia”, tornándose manifiesta*”<sup>1534</sup>.

Aquella es, además, la postura adoptada en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pues el art. 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos (Decreto N° 1510-1997) establece, en lo que aquí interesa, que la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución de los actos administrativos “*cuando se alegare fundadamente una nulidad ostensible y absoluta*”.

Por ello, y como hemos anticipado *ut supra*, si el pedido de suspensión de efectos recae sobre un acto administrativo irregular –es decir, un acto afectado de nulidad absoluta–, cuya nulidad es, además, *manifiesta* o, lo que es igual, ostensible, la Administración Pública, con más razón, **debe, obligatoriamente**, no solo suspender la ejecución del acto sino, además, anularlo<sup>1535</sup>, toda vez que aquélla, como gestora directa e inmediata del interés público, no puede permitir y/o tolerar que un acto de tales características sea incorporada a la esfera jurídica.

---

<sup>1534</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo [Coordinador, colaborador y actualizador], *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 471.

<sup>1535</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 145. Asimismo, se ha señalado que “*sería incongruente aplicar un acto que más adelante habría de desaparecer, con efectos (en principio) extunc, de la esfera jurídica; por cierto debe estar persuadida objetivamente de que es más que probable (diríamos casi certeza) que se decrete su nulidad. Si en casos semejantes la Administración no suspende los efectos del acto, el funcionario debe ser responsabilizado por los perjuicios*” (HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 159).

## 2.2.) Algunas cuestiones procedimentales

### 2.2.1.) *Legitimación. Reenvío*

Como hemos visto en las páginas que anteceden, el instituto de la suspensión de los efectos del acto administrativo está regulado en el art. 12 de la LNPA, donde expresamente se prevé que la Administración “*podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución...*”.

En definitiva, entonces, y en lo que aquí interesa, la suspensión de los efectos de un acto administrativo, en el caso, de alcance general, además de poder ser requerida de oficio por quien emitió el acto, también podrá ser requerida por todo aquel que tenga legitimación suficiente para ser parte en el procedimiento administrativo, es decir, quienes cuentan con un *derecho subjetivo* o un *interés legítimo* en los términos del art. 1º, inc. “f”, ap. 1º de la LNPA, y de los arts. 3º y 74 del RLNPA.

Sobre la cuestión, cabe remitir a lo expuesto en el punto N° 5.2. Capítulo VIII, donde señalamos que, en nuestra opinión, la categoría de derecho subjetivo e interés legítimo debe eliminarse y, por tanto, indagarse en cada caso el *derecho a qué* del administrado, lo cierto es que tanto la doctrina como la PTN han señalado que, en rigor, la impugnación directa de un acto de alcance general puede ser articulada por quienes ostentan un derecho subjetivo o un interés legítimo.

Es que, como allí dijéramos, la distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos solo podría tener razón de ser en el derecho italiano, habida cuenta de que allí quienes son portadores de un derecho subjetivo pueden recurrir a los tribunales judiciales, mientras que los titulares de un interés legítimo solo a los tribunales administrativos<sup>1536</sup>.

Sin embargo, en el derecho argentino, la diferenciación además de confusa resulta improcedente pues, al no contar con ese esquema jurisdiccional, que permite acudir, luego de la instancia Administrativa, a los tribunales administrativos o a los ordinarios, “*se*

---

<sup>1536</sup> Tal como explica ROEHRSEN, en Italia los remedios jurisdiccionales “*son principalmente dos: la acción judicial ante los tribunales ordinarios, para la tutela de los derechos subjetivos; el recurso ante los tribunales administrativos regionales, para la tutela, sea de intereses legítimos, sea, en los casos taxativamente indicados por la ley, de derechos subjetivos*” (ROEHRSEN, Guglielmo, *La justicia administrativa en Italia*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 17).



*condena al desamparo a las situaciones jurídicas conceptualizadas como intereses legítimos*<sup>1537</sup>.

Como se ve, el problema se presenta cuando se produce la importación o extrapolación de instituciones jurídicas que no guardan relación con nuestro régimen jurídico local, importándose “*problemas para los que en otros derechos se instituyeron soluciones o remedios jurídicos, si es que, de por sí, ya se cuenta con soluciones propias para los mismos problemas en el propio país*”<sup>1538</sup>.

Por las consideraciones expuestas, como dijéramos en más de una oportunidad, debería analizarse en cada caso el derecho a qué del administrado.

#### 2.2.1.1.) Las asociaciones

Tal como ha sido recordado por la doctrina<sup>1539</sup>, la legitimación de las asociaciones civiles para recurrir en defensa de los intereses de sus asociados fue el resultado de una considerable evolución.

En efecto, si bien en un primer momento la PTN sostuvo que las Asociaciones solo podrían actuar en defensa de sus propios intereses, exigiéndole contar con un poder para defender los derechos subjetivos de sus afiliados, demostrando que los podían representar particularmente y por asuntos propios de ellos<sup>1540</sup>, con el tiempo fue morigerando su postura.

Así, luego de considerar que las Asociaciones gozaban de legitimación para intervenir en un procedimiento administrativo relacionado con los intereses del sector al que

---

<sup>1537</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 337 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La situación jurídica...”, op. cit.

<sup>1538</sup> COVIELLO, Pedro, *El principio de proporcionalidad...*, op. cit. Es que, como enseña MAIRAL, “*las teorías jurídicas se construyen sobre la base de las instituciones existentes y adecuándose a éstas, y no a la inversa*” (MAIRAL, Héctor, *Control judicial...*, op. cit., Volumen I, p. 197).

<sup>1539</sup> CANDA, Fabián O., “La legitimación en el procedimiento...”, op. cit.

<sup>1540</sup> Dictámenes 68:239, 77:220, 79:233.

representaban, señaló que no podría hacerlo en defensa del interés de un asociado en detrimento de los intereses de otro<sup>1541</sup>.

Una cuestión interesante se suscitó con motivo de la existencia de intereses contrapuestos entre la Asociación y uno de sus representados.

En el caso, el Máximo Órgano Asesor sostuvo que el interés común no es una mera adición matemática de intereses individuales, sino la síntesis de los objetivos compartidos por los individuos, que se convierte en el interés propio de la persona colectiva.

Concluyó que *“si bien el interés común es el interés de todos, no es todo el interés de todos. Sobre la base de lo precedentemente expuesto, cabe concluir que es perfectamente posible la colisión de intereses entre la comunidad y uno de sus integrantes, y que, por lo tanto, no obsta a la procedencia de la legitimación de las asociaciones civiles (...) el hecho de que la controversia en jurisdicción administrativa se entable entre uno de esos entes plurales y uno de sus afiliados”*.

En definitiva, deberá reconocérsele legitimación a las Asociaciones para ser parte en un procedimiento administrativo y, por tanto, solicitar la suspensión de los efectos de un acto administrativo, cuanto éstas se presenten en resguardo de sus propios intereses o en defensa de los de sus asociados, siempre que intervengan de acuerdo con sus disposiciones estatutarias<sup>1542</sup>.

#### 2.2.1.2.) El defensor del pueblo

La figura del defensor del pueblo, como recuerda la doctrina, encuentra su origen formal en Suecia donde, con motivo de una controversia entre el Parlamento y el Monarca

---

<sup>1541</sup> Dictámenes 161:6; 168:929. La PTN precisó, además, que correspondía *“reconocer la personería de las asociaciones civiles para defender los intereses legítimos derechos comunes de sus asociados ya que lo contrario comportaría una lesión al principio de la libertad de las acciones protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional”*, (Dictámenes 168:292). Ampliar en JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, *“La legitimación en el procedimiento administrativo: evolución, alcance y límites”*, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, POZO GOWLAND, Héctor M. - HALPERÍN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando, -Directores-, La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 212 y ss.

<sup>1542</sup> CSJN, 04/09/2007, *“Asociación de Generadores de Energía Eléctrica de la República Argentina c/Estado Nacional - Secretaría de Energía de la Nación”*, Fallos 330:3836. En igual sentido: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo [Coordinador, colaborador y actualizador], *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1242/1243.

en el año 1809, se constitucionalizó la figura del “Ombudsman” como instrumento, por parte del Parlamento, de control de la administración monárquica, sus funcionarios y jueces<sup>1543</sup>.

En nuestro país, el Defensor del Pueblo tuvo su creación primaria con el dictado de la Ley N° 24.284<sup>1544</sup> y, posteriormente, con la reforma constitucional de 1994, se lo incorporó definitivamente en el art. 86 de la Constitución nacional<sup>1545</sup>.

El citado art. 86 de la Carta Magna expresamente establece: *“El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez”*.

La amplia legitimación procesal que el citado artículo y la Ley N° 24.284 confieren al Defensor del Pueblo, importa, necesariamente, que aquél debe estar dotado de legitimación suficiente para actuar dentro del procedimiento administrativo en *protección*

---

<sup>1543</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional...*, op. cit., p. 456; CANOSA, Armando, “El defensor del pueblo y el control de la administración, en AA.VV. *Control de la Administración Pública*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, p. 393 y ss.; MAIORANO, Jorge, “El Defensor del Pueblo”, en obra colectiva *El Derecho Administrativo Argentino, Hoy*. Editorial Ciencias de la Administración, Bs. As, 1996, p. 108 y ss.; GELLI, María A., *Constitución...*, op. cit., Tomo 2, p. 315 y ss.

<sup>1544</sup> Publicada en el Boletín Oficial del 06-dic-1993.

<sup>1545</sup> Art. 86: *“El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez”*.

de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Ley Fundamental.

Sin perjuicio de lo expuesto, la legitimación reconocida al Defensor del Pueblo se acota al ámbito de su propia jurisdicción.

Así lo ha entendido tanto la PTN<sup>1546</sup> como la propia CSJN al señalar que el Defensor del Pueblo de una provincia “*circumscribe su actuación a la protección de los derechos individuales y de la comunidad frente a hechos, actos u omisiones de la administración pública provincial. De allí que la promoción de acciones judiciales contra otra provincia o el Estado Nacional, como la intentada en autos, excede su ámbito de actuación*”<sup>1547</sup>.

### 2.2.1.3.) Los terceros interesados

En virtud de lo establecido en el art. 3° del RLNPA, también tendrán legitimación en el procedimiento administrativo los terceros a quienes “*el acto a dictarse pudiere afectar en sus derechos subjetivos o intereses legítimos y que se hubieren presentado en las actuaciones a pedido del interesado originario, espontáneamente, o por citación del organismo interviniente cuando éste advierta su existencia durante la sustanciación del expediente*”.

Conforme surge de la norma transcripta, la intervención de terceros puede ser voluntaria u obligatoria; en ambos casos aquél adquiriría la calidad de parte al momento

---

<sup>1546</sup> Dictámenes 238:414. En el caso, la PTN sostuvo que el Defensor del Pueblo de Río Negro “*carece de facultades para efectuar el requerimiento que cursó a la Presidencia de la Nación*”, pues “*resulta de toda evidencia que un defensor del pueblo de una provincia no puede requerirle nada a las autoridades nacionales, toda vez que tal posibilidad excede patentemente su competencia*”, siendo ello una “*lógica consecuencia de la forma federal de gobierno*” y de la imposibilidad de que las “*recomendaciones*” que el defensor local efectúa incidan sobre el funcionario nacional por “*tratarse de esferas de actuación no comprendidas en la competencia que le fue atribuida por la ley al requerido*”.

<sup>1547</sup> CSJN, 11/03/2003, “Defensor del Pueblo de la Provincia de Santiago del Estero c/ Tucumán Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ acción de amparo”, Fallos 326:663.

La falta de legitimación de los Defensores del Pueblo locales para impugnar actos del Estado Nacional fue recientemente reiterada en CSJN, 04/06/2019, “Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires c/ Estado Nacional Argentino (Ministerio de Energía y Minería) y otro s/ amparo colectivo”, Fallos 342:969 y, antes, en CSJN, 06/06/2017, “Buenos Aires, Provincia de c/ Estado nacional y otras s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos”, Fallos 340:745; CSJN, 31/10/2006, “Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones – Resol. 2926/99 s/ amparo ley 16.986”, Fallos 329:4542.

mismo de su presentación y, por tanto, se encontraría habilitado para requerir la suspensión de efectos.

En el supuesto de que el interesado originario omitiere citar a los terceros interesados, creemos que los principios fundamentales que informan al procedimiento administrativo, en especial, del debido proceso adjetivo como manifestación especial del debido procedimiento previo a todo acto, imponen a la Administración Pública el deber inexcusable de citarlos, siempre, claro está, que ésta alegue fundadamente que la suspensión de los efectos del acto administrativo afectaría sus *derechos subjetivos o intereses legítimos*.

## 2.2.2.) Plazo para responder el pedido de suspensión

### 2.2.2.1.) Consideraciones preliminares

2.2.2.1.1.- Nuestra experiencia nos enseña que, en la mayoría de los casos, algunas dependencias de la Administración han adquirido la lamentable práctica de no expedirse sobre los pedidos de suspensión de efectos de actos administrativos o, en su caso, de posponer su resolución al momento en el que la cuestión de fondo es resuelta<sup>1548</sup>.

La jurisprudencia del fuero ha precisado que, *“desafortunadamente, la experiencia indica que cuando ese pedido de suspensión de los efectos del acto es planteado en el procedimiento administrativo, la Administración guarda, sencillamente silencio. Ello*

---

<sup>1548</sup> Como consecuencia de lo expuesto, algunos autores sostienen que debería replicarse el sistema español a nuestro sistema de procedimiento administrativo, por el cual, *“aplicando la figura del silencio positivo, si la Administración no decidiera acerca de la solicitud de suspensión de los efectos del acto administrativo deberá entenderse, si transcurriera un plazo determinado, que por imposición de la ley se ha producido la mentada suspensión”* (CANOSA, Armando, *Procedimiento Administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 391).

El inc. 3° del art. 117 de Ley N° 39/2015 –derogatoria de la Ley N° 30/1992-, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, expresamente reza que *“la ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurrido un mes desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para decidir sobre la misma, el órgano a quien compete resolver el recurso no ha dictado y notificado resolución expresa al respecto”*. Destacamos, no obstante, que cuando el silencio positivo no estaba previsto en la redacción original de la norma, autores como SANTAMARÍA PASTOR llegaron a sostener que la inoperancia del instituto de la suspensión de efectos en sede administrativa lo tornaba en *“un puro pasatiempo sin interés alguno, un trámite aburrido que se cumplimentaba para no exponerse en vía contenciosa a una imputación de pasividad en vía administrativa”* (SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público*, Segunda Edición, Institutos de Estudios Administrativos, Madrid, 1975, p. 419).

*obliga al administrado a recurrir ante la justicia para que sea ésta quien suspenda los efectos del acto recurrido en aquel procedimiento*”<sup>1549</sup>.

2.2.2.1.2.- La conducta recién mencionada es, sin duda alguna, claramente contraria no solo a la naturaleza misma del instituto de la suspensión de efectos del acto en sede administrativa, que opera como garantía a favor del administrado, sino, también, de uno de los principios cardinales actuales del Estado Constitucional de Derecho: la denominada “tutela administrativa efectiva”.

2.2.2.1.2.1.- Tal como lo hemos apuntado en otra oportunidad, la tutela administrativa efectiva, cuya finalidad no es otra que la eficaz defensa de los derechos de los ciudadanos, constituye, también, una garantía o instrumento al servicio de otros derechos y, por ello, se la ha calificado como un “derecho-garantía”<sup>1550</sup>.

Aquella halla asidero no solo en el texto de nuestra Ley Fundamental<sup>1551</sup> sino, además, en los textos internacionales de protección de derechos humanos<sup>1552</sup> y en la jurisprudencia

---

<sup>1549</sup> CNACAF, Sala V, 07/11/2001, “Gas Nea S.A. c. Resolución 2346/01 - Enargas (expte. 4934)”. Agrega el fallo citado que *“lo que se le pide al juez es que dicte una medida cautelar de naturaleza administrativa, porque no está dirigida a garantizar la eficacia de una sentencia (que quizás nunca se dicte porque quizás nunca haya juicio), sino la del acto administrativo que aún no se ha dictado, para el caso en que el órgano superior recepte la posición del administrado y revoque el acto del órgano jerárquicamente inferior”*. La suspensión judicial de los efectos del acto administrativo será analizada *infra*.

<sup>1550</sup> Un meticuloso estudio sobre los derechos que informan a la tutela administrativa efectiva puede verse en PERRINO, Pablo E., “El derecho a la tutela administrativa efectiva”, en AA.VV., *El derecho Administrativo Hoy. 16 años después*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2013, p. 75. Ver, también, CANDA, Fabián O., “Principios convencionales del procedimiento administrativo...”, *op. cit.*

<sup>1551</sup> Nuestra propia Constitución nacional al establecer en el preámbulo que se debe “afianzar la justicia”, se ha referido no solo al “juicio judicial” (ámbito donde se despliega el principio de tutela judicial efectiva) sino, además, al “juicio administrativo”. La tutela administrativa efectiva se canaliza, también, en el artículo 18 de la Constitución de la Nación que prevé la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio, el que, en el marco del procedimiento administrativo, se instrumenta en el principio del debido proceso adjetivo que consagra el artículo 1º, inc. “f” de la LNPA.

<sup>1552</sup> V.gr.: a) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. XVII, XVIII y XXIV); b) la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 5º, 7º, 8º, 10, 28, 29 y 30); c) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (preámbulo y arts. 2º y 14) y; d) en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1º, 2º, 8º y 25).

de la CSJN<sup>1553</sup>.

Una de las derivaciones de la tutela administrativa efectiva es que, tal como ha señalado la CIDH en diversos precedentes (v.gr.: “Baena”<sup>1554</sup>, “Ivcher Bronstein”<sup>1555</sup>; “Claude Reyes”<sup>1556</sup>, entre otros<sup>1557</sup>), las garantías judiciales previstas en el art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos –aprobada y ratificada por la República Argentina en el año 1984, y que en nuestro ordenamiento tiene rango constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994, según surge del art. 75, inc. 22–, no solo deben predicarse en los procesos judiciales, sino, también, en los procedimientos administrativos<sup>1558</sup>.

Otra de las manifestaciones de la tutela administrativa efectiva es, sin duda alguna, el derecho que todo ciudadano tiene a peticionar a las autoridades y, como consecuencia de ello, a obtener una respuesta fundada.

En ese orden de ideas, el art. 29 de la “Carta Iberoamericana de los Derechos y

---

<sup>1553</sup> CSJN, 14/10/2004, “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986”, Fallos 327:4185. De la lectura de la causa se pueden sintetizar los hechos de la siguiente manera: el COMFER (Comité Federal de Radiodifusión, actualmente denominado Autoridad Federal Servicios Comunicación Audiovisuales, “AFSCA”), dictó una Resolución en virtud de la cual se aprobaban los pliegos de bases y condiciones generales y particulares que regirían la adjudicación de estaciones de radiodifusiones. En los precitados pliegos se les exigía a los interesados en participar en concursos para la adjudicación de licencias de radiodifusión que desistan de cualquier recurso administrativo y/o judicial contra disposiciones legales que regulaban el servicio de radiodifusión o contra cualquier otro acto administrativo dictado por el COMFER o la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC). El Máximo Tribunal consideró que dicha exigencia era violatoria del art. 18 de la Constitución nacional y, a su vez, de las disposiciones de los tratados de derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional en nuestro país, que resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectivas, como los arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 2°, inc. 3, ap. a y b, y 14, inc. 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El derecho a la tutela administrativa efectiva también ha sido reconocido por la Cámara del fuero: CNACAF, Sala IV, 30/05/2017, “Cámara Empresarial de Transporte Interurbano en Jurisdicción Nacional de Pasajeros c. EN - CNRT s/ proceso de conocimiento”.

<sup>1554</sup> CIDH, 02/02/2001, caso “Baena Ricardo y otros”.

<sup>1555</sup> CIDH, 06/02/2001, caso “Ivcher Bronstein”.

<sup>1556</sup> CIDH, 19/09/2006, caso “Claude Reyes y otros”.

<sup>1557</sup> La idea de que el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas fue también esgrimida en: CIDH, 31/01/2001, “Tribunal Constitucional vs Perú”; CIDH, 09/03/2006, “Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay” y CIDH, 24/08/2010, “Comunidad indígena Xakmok Ksek vs. Paraguay” y, más recientemente, en CIDH, 26/06/2012.

<sup>1558</sup> En igual sentido, PERRINO, Pablo E., “El derecho a la tutela...”, op. cit., p. 75 y ss., CANDA, Fabián O., “Principios convencionales...”, op. cit.



Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública” (aprobada el 10 de octubre de 2013 por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo)<sup>1559</sup>, expresamente prevé que, entre los derechos que le asisten a los ciudadanos, está el “*derecho a presentar por escrito o de palabra peticiones de acuerdo con lo que se establezca en las legislaciones administrativas de aplicación, en los registros físicos o informáticos*” (art. 29). Derecho que, tal como señala la Carta en su art. N° 28<sup>1560</sup>, le impone a la Administración Pública el deber de resolver.

Del mismo modo, la “Carta Compromiso con el Ciudadano”, aprobada por Decreto N° 229/2000, cuyo objetivo es lograr una mayor receptividad y mejor respuesta del Estado a las necesidades y prioridades de los ciudadanos en lo referente a la prestación de los servicios a su cargo, expresamente consagra el derecho “*a que la Administración dicte resolución expresa ante sus peticiones, solicitudes o denuncias*” (art. 3, inc. “i”)<sup>1561</sup>.

Por lo demás, el derecho de peticionar a las autoridades se reconoce tanto en el artículo 14 de nuestra Constitución nacional, como en el art. XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 3°, 10, 28 y sigs. de la LNPA.

2.2.2.1.2.2.- Como se ve, el “derecho de petición” no se agota con el hecho de que el ciudadano pueda pedir, sino que exige una respuesta. Frente al derecho de petición se encuentra la obligación irrenunciable de responder<sup>1562</sup>, en un plazo razonable, y sin que

---

<sup>1559</sup> Un estudio sobre la “Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública” puede verse en: RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, “Presentación a la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública”, RAP 423:159.

<sup>1560</sup> Art. 28: “*Derecho a una resolución administrativa amparada en el ordenamiento jurídico, equitativa y justa, de acuerdo con lo solicitado y dictada en los plazos y términos que el procedimiento señale. En este sentido, las Autoridades administrativas deberán resolver los expedientes que obren en su poder en los plazos establecidos, los cuales a su vez deberán permitir una defensa jurídica adecuada de los ciudadanos, dando a conocer el tiempo máximo de resolución previsto, en el marco de los medios materiales y las dotaciones de personas con los que cuente en cada caso la Administración Pública*”.

<sup>1561</sup> Boletín Oficial, 14/03/2000. No obstante lo expuesto, cabe destacar que la PTN en un asesoramiento reciente señaló que “*la Administración no tiene obligación de tramitar la denuncia administrativa ni de resolverla, pero no cualquier funcionario puede proceder a su archivo o rechazo, sino que debe encauzarla hacia la autoridad competente para que sea ésta la que decida su consideración o no*” (Dictámenes 312:340).

<sup>1562</sup> CNACAF, Sala IV, 7/5/2002, “Pombar, Luis Marta c. E.N.” donde expresamente se sostuvo que “*del derecho constitucional de “peticionar a las autoridades” (arts. 14, 18 y 75. inc. 22 Constitución Nacional) surge que la Administración tiene la obligación de expedirse expresamente respecto de las peticiones formuladas por los particulares y, consecuentemente, que a estos les asiste el derecho a que aquélla*

pueda la Administración excusarse en institutos como el del silencio administrativo para esquivar esta obligación<sup>1563</sup>.

Tan es así que, como ha señalado la doctrina, el deber de la Administración de decidir en cada caso concreto proviene de un principio que trasciende el marco del derecho público escrito; *su cumplimiento constituye una obligación del derecho natural*<sup>1564</sup>.

Es que, en definitiva, de nada serviría el procedimiento administrativo ni obligar al particular a transitar un *iter* si la Administración no tuviera, a su vez, la obligación de pronunciarse sobre lo que es objeto de lo peticionado<sup>1565</sup>.

#### 2.2.2.2.) Solución normativa

Ahora bien, y volviendo a la pregunta de este punto, ¿existe algún plazo específico para que la Administración se expida acerca de la procedencia de un pedido de suspensión de efectos?

Ni la LNPA o el RLNPA contienen un plazo concreto para ello, razón por la cual un sector de la doctrina se inclinó por la aplicación del término genérico de diez días previsto

---

*resuelva su petición, ya sea rechazando o reconociendo su pretensión*". En igual sentido: CNACAF, Sala V: 20/4/2011, "Guzner Baragiola S. c/ Estado Nacional s/ amparo por mora"; 13/01/2011, "Tubos Transelectric"; 2/11/2010, "Naveira, Carlos A."; 11/6/2009, "Pérez Segovia, Claudio M."; 26/06/1991, "Bevacqua"; 16/04/2000, "Mozqueda Mazalián, Jorge y otro c/ BCRA s/amparo por mora"; Sala IV: 07/07/01, "Wu Hairong c/ DNM s/ amparo por mora"; 19/10/1989, "Vitale"; 07/03/1989, "Baragiola"; Sala III, 19/02/2010, "Prima S.A v. Telefónica de Argentina S.A y otro"; 03/10/2007, "Pérez, Ángel Norberto c. EN - M° Justicia y DDHH – Ley 24.043 (expte. 450506/98)"; Sala II: 19/11/1992, "Fernández Morán". Asimismo, la PTN en Dictámenes 162:326, punto II, 2, sostuvo que la Administración tiene la obligación de resolver las cuestiones que le plantean los particulares que alegan la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés legítimo (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo [Coordinador, colaborador y actualizador], *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 236-237). En igual sentido, SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho...*, op. cit., p. 508.

<sup>1563</sup> MONTI, Laura, "La jerarquía y la competencia como principios de la organización administrativas", en AA.VV., *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, p. 113. En igual sentido SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 258.

<sup>1564</sup> CREO BAY, Horacio D., *Amparo por mora de la Administración pública*, 2º Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 2; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 235, GONZÁLEZ ARZAC, Alberto, "La competencia de los órganos administrativos", ED 49-887.

<sup>1565</sup> CANOSA, Armando, "Alcance de la denominada tutela administrativa efectiva", RAP 323-75.

en el art. 1º, inc. “e”, ap. 4º de la citada norma<sup>1566</sup> y, otro, por el plazo máximo fijado para la resolución de los recursos administrativos reglados por el RLNPA<sup>1567</sup>.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley N° 26.854 que regula las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional, y que, como ha apuntado la doctrina, contiene disposiciones que impactan directamente en el procedimiento administrativo<sup>1568</sup>, creemos que la cuestión analizada ha encontrado una solución expresa.

Según surge del art. 13, inc. 2º, párrafo primero, el particular solo podrá requerir la suspensión judicial de los efectos de un acto general o particular, mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa, si demuestra que *“ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y que la decisión de ésta fue adversa a su petición, o que han transcurrido cinco (5) días desde la presentación de la solicitud sin que ésta hubiera sido respondida”*.

Como se ve, de la precitada cláusula legal es posible concluir que el legislador ha establecido que la Administración debe resolver el pedido de suspensión de efectos dentro del término de cinco días desde que fue requerido pues, vencido aquel o demostrado que la suspensión no fue concedida, el particular tendría habilitada la vía judicial para requerir la suspensión judicial de los efectos mediante lo que se ha denominado, como veremos *infra*, medida cautelar autónoma (cfr. art. 13, inc. 2º, párrafo primero)<sup>1569</sup>.

---

<sup>1566</sup> HUTCHINSON, Tomás, “La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional”, ED 124:677; CASSAGNE, Juan Carlos, “La suspensión de los actos en la sede administrativa y judicial”, en AA.VV., *Procedimiento administrativo, Ponencias del IV Encuentro hispano argentino sobre derecho administrativo*, RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime -Director-, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1994, p. 144. También se ha orientado a favor del plazo de 10 días para resolver el pedido de suspensión de efectos en sede Administrativa CANOSA (CANOSA, Armando, *Procedimiento Administrativo: Recursos y Reclamos*, 1º Edición, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, p. 217), aunque, en las ediciones posteriores de la obra citada, y con motivo de la sanción de la Ley N° 26.854, sostuvo que el plazo dentro del cual el órgano debe expedirse es de cinco días (CANOSA, Armando, *Procedimiento Administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 391).

<sup>1567</sup> RODRÍGUEZ, María José, *El acto administrativo tributario...*, op. cit., p. 93.

<sup>1568</sup> CANDA, Fabián O., “La suspensión de efectos...”, op. cit., p. 707.

<sup>1569</sup> En igual sentido: CANOSA, Armando, *Procedimiento Administrativo...*, op. cit., Tomo 1, p. 391; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones de Derecho...*, op. cit., p. 291; CANDA, Fabián O., “La suspensión de efectos...”, op. cit.

El último autor citado agrega que *“la aplicación estricta de este plazo dependerá de la situación comprometida en la pretensión cautelar, pues tratándose, por ejemplo, del compromiso de los derechos enunciados en el art. 2º, inc. 2º, de la ley (vida digna, salud, derecho de naturaleza alimentaria o*

### 2.2.3.) *Impugnación del acto que resuelve el pedido de suspensión de efectos de un reglamento*

2.2.3.1.- En el punto que antecede hemos visto que con la sanción de la LMC, el legislador ha establecido que la Administración debe resolver el pedido de suspensión de efectos dentro del término de cinco días desde que fue peticionado pues, vencido aquel o demostrado que la suspensión de efectos del acto no fue concedida, el particular tendría habilitada la vía judicial para requerir la suspensión judicial de los efectos mediante la denominada medida cautelar autónoma (cfr. art. 13, inc. 2º, párrafo primero)<sup>1570</sup>.

2.2.3.2.- Ahora bien, y sin perjuicio de la viabilidad jurídica de acudir directamente a la instancia jurisdiccional a efectos de requerir la suspensión provisional de los efectos del acto en los términos planteados, ¿podría el administrado recurrir la decisión de la Administración que denegó el pedido expreso de suspensión de efectos?

El rechazo del pedido de suspensión de efectos de un acto administrativo se cristaliza, sin duda alguna, por medio de un acto administrativo.

La cuestión radica en analizar si se está en presencia de un acto administrativo definitivo, equiparable a definitivo, interlocutorio o de mero trámite, pues, como hemos analizado en el punto N° 5.1.1. del Capítulo VIII, la naturaleza del acto determina la de los recursos que se pueden entablar contra él<sup>1571</sup>, siendo el recurso de reconsideración el único idóneo para impugnar todo tipo de acto administrativo.

Como allí señaláramos, mientras el *recurso de reconsideración* procede contra actos

---

*ambiental) estimamos que el estándar favorable a su amplia protección que deriva del articulado todo de la ley permitiría acortar el término de espera de cinco días” (Ibidem, nota N° 38).*

<sup>1570</sup> También han señalado que la suspensión de efectos de un reglamento puede ser solicitada tanto en sede administrativa como en sede judicial: COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación pública...*, op. cit., p. 166/169 y, también, COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 462; DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación...*, op. cit., p. 103/110; HUTCHINSON, Tomás, “Régimen jurídico de los reglamentos”, op. cit., p. 85; MONTEZANTI, Néstor Luis, *Suspensión del acto...*, op. cit., p. 125 y ss.; entre otros.

<sup>1571</sup> En tal sentido, la PTN ha precisado que “la naturaleza del acto determina la de los recursos que se pueden entablar contra él” (Dictámenes 224:119).

definitivos o equiparables a ellos y contra los interlocutorios o de mero trámite que lesionen un derecho subjetivo o un interés legítimo, el *recurso jerárquico* solo procede contra todo acto administrativo definitivo o que impida totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado<sup>1572</sup>.

2.2.3.3.- Efectuadas las aclaraciones pertinentes, destacamos que si la suspensión de efectos fuera resuelta al mismo tiempo que la cuestión de fondo, aquel acto administrativo, al ser definitivo, por cuanto estaría resolviendo directamente la cuestión planteada en el procedimiento, reflejando la “voluntad” concreta de la Administración y produciendo los efectos jurídicos queridos por ella acerca de dicha cuestión, sería impugnabile mediante los recursos de reconsideración y/o jerárquico contemplados en el RLNPA (cfr. arts. 84 y 89, respectivamente)<sup>1573</sup>.

Si, en cambio, la suspensión de efectos fuera resuelta con anterioridad a la cuestión de fondo, creemos que, al estar en presencia de un “acto administrativo interlocutorio”, que innegablemente lesiona derechos subjetivos e intereses legítimos, podría ser recurrido únicamente mediante el recurso de reconsideración previsto en el art. 84 del RLNPA.

Según la norma citada, el término para deducir el recurso de reconsideración es de diez días hábiles<sup>1574</sup> contados a partir de la notificación del acto respectivo<sup>1575</sup> y, el plazo

---

<sup>1572</sup> Ciertamente, cabe agregar, también, y en caso de corresponder, el recurso de alzada (cfr. arts. 84, 89 y 94, respectivamente).

<sup>1573</sup> Ello sin perjuicio, claro está, de la interposición optativa del recurso de alzada contemplado en el art. 94 del RLNPA para los actos administrativos definitivos –o equiparables a ellos– emanados de la máxima autoridad de un ente autárquico.

<sup>1574</sup> Ello sin perjuicio, claro está, del plazo de gracia contemplado en el art. 25, inc. “b” del RLNPA para todos los recursos administrativos. En tal sentido, la norma citada establece que “*el escrito no presentado dentro del horario administrativo del día en que venciere el plazo, solo podrá ser entregado válidamente, en la oficina que corresponda, el día hábil inmediato y dentro de las DOS (2) primeras horas del horario de atención de dicha oficina*”.

A su vez, cabe tener presente que la PTN, al igual que lo prevé la norma citada, precisó “*que la autoridad administrativa tiene que dejar constancia en cada escrito de la fecha en que fuere presentado, poniendo al efecto el cargo pertinente o sello fechador. En caso de duda, deberá estarse a la fecha enunciada en el escrito y en su defecto, se considerará que la presentación se hizo en término*” (cfr. Dictámenes 303:167).

<sup>1575</sup> Ahora bien, y no obstante el carácter perentorio de los plazos fijados para la interposición de los recursos (art. 1º, inc. e], ap. 6º), cabe destacar que aquéllos pueden ser suspendidos por el pedido de vista de las actuaciones. Al respecto, cabe señalar que si bien originariamente la PTN sostuvo que en el Derecho Administrativo los términos suspensión e interrupción debían considerarse sinónimos (Dictámenes 132:184; 156:64; 159:533; 178:96; 207:212; 210:355; 248:364) y que, por tanto, la concesión de un pedido

de vista tiene la capacidad de interrumpir los plazos, tanto para recurrir como para que se produzca la caducidad del art. 25 (Dictámenes 268:69), lo cierto es que en un asesoramiento reciente cambió su postura.

En efecto, conforme surge del Dictamen 303:167, el Máximo Órgano Asesor entendió que “*por el artículo 76 del RLNPA el plazo no se interrumpe, y renace desde el inicio una vez finalizado el período de vista otorgado, sino que se suspende y se reanuda, contabilizando los días previos a su suspensión, tras el vencimiento del término de la concesión*”.

La doctrina actual que se extrae del asesoramiento mencionado es, en definitiva, la que en su momento había propuesto el profesor COMADIRA (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 95 y ss.), a quien ha seguido otro sector de la doctrina (CANDA, Fabián, *La incidencia...*, op. cit., p. 103; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 46 y ss., entre otros). En contra, es decir, a favor de la interrupción y no la suspensión: HALPERIN, David Andrés, “Los plazos en el procedimiento...”, op. cit., p. 266; GORDILLO, Agustín *Tratado de Derecho Administrativo. El Procedimiento Administrativo*, 10ª Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2010, Tomo 4, p. XII-27; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 722 y ss.

Por nuestra parte, y en línea con la postura de los autores antes mencionados, compartimos el actual criterio de la PTN pues, en rigor, los términos “suspensión” e “interrupción” no pueden ser equiparados.

La suspensión consiste en la detención del tiempo útil para prescribir mientras dura la causa suspensiva: es decir, mientras actúa la causa que opera la suspensión, el lapso que transcurre es inútil para prescribir, pero en cuanto dicha causa cesa, el curso de prescripción se reanuda, sumándose al período transcurrido con anterioridad a la suspensión (LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 136). La interrupción, por su parte, importa la inutilización del lapso transcurrido hasta ese momento: en otras palabras, acaecido un hecho interruptivo de la prescripción, se requerirá el transcurso de un nuevo período completo, sin poder acumular el tiempo anterior (Idem, p. 692). Como se ve, mientras la suspensión mantiene la eficacia de la prescripción pendiente, si bien detenida en su curso, la interrupción borra por completo el tiempo transcurrido.

Sobre la cuestión, y a pesar de resultar ajeno al tema en examen, destacamos que en virtud de lo dispuesto en el art. 76 del RLNPA, desde el día mismo de la presentación del pedido de vista hasta el de su concesión o denegación, inclusive, y durante todo el tiempo que ella dure, el plazo para recurrir administrativamente o iniciar la acción o recurso judicial está suspendido.

Por su parte, el art. 38 del RLNPA establece que el día de la vista abarca, sin límites, el horario de funcionamiento de la oficina en la cual se encuentra el expediente, lo que importa, entonces, que el órgano administrativo no puede limitar el horario durante el cual aquélla puede tomarse.

En relación con el plazo por el que debe otorgarse la vista, creemos que aquél será, en principio, y habida cuenta del régimen general aplicable en el procedimiento administrativo en materia de plazos (v.gr.: art. 1º, inc. e], ap. 4º), de diez días hábiles, pero nunca menor (salvo que el administrado expresamente así lo requiera o que hubiera una norma especial y expresa que previera un plazo menor), siendo posible su ampliación en los términos del art. 1º, inc. e], ap. 5º (en igual sentido: CANOSA, Armando, *Procedimiento Administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 19 y ss.; MONTI, Laura, “El acceso a las actuaciones administrativas. La vista en el procedimiento administrativo” en TAWIL, Guido Santiago (Director), *Procedimiento Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 271; GORDILLO, Agustín *Tratado...*, op. cit., Tomo 4, p. IV-21/22, entre muchos otros).

Por último, y sin con esto agotar las diversas particularidades que el instituto de la vista presenta en el procedimiento administrativo, consideramos insoslayable destacar que el particular puede tomar vista de las actuaciones y extraer copias (a su cargo) cuantas veces quiera y, esto es fundamental, el plazo para interponer el recurso administrativo no se reanuda al día siguiente de tomada la vista, sino, antes bien, al día siguiente del último día hábil concedido por la Administración para tomar vista.

MONTI, en un trabajo de lectura obligada en este tema, señala que “*para evitar equívocos y defectuosas prácticas de la Administración que, en ocasiones, cercena el plazo de vista cuando el particular concurre a tomarla, es recomendable, al dejar asentado en el expediente que se ha tomado vista, que todavía restan los días que correspondan para seguir ejerciendo el derecho acordado*” (MONTI, Laura, “El acceso a las actuaciones...”, op. cit., p. 271).



para resolverlo, de treinta días hábiles contados desde su interposición (art. 86 del RLNPA).

Teniendo en consideración que en el último supuesto planteado, el acto que resuelve la suspensión de efectos es un acto administrativo interlocutorio y no definitivo o equiparable a tal, el recurso jerárquico resulta improcedente (art. 89 del RLNPA *a contrario sensu*).

De cualquier manera recordamos que, en relación con la procedencia de las medidas cautelares durante el trámite de la vía administrativa, con el rechazo de la suspensión de efectos –o luego de cumplido el plazo de cinco días para que la Administración se pronuncie- se produjo el agotamiento de la instancia administrativa y, por consiguiente, el particular tendría habilitada la vía judicial para requerir la denominada medida cautelar autónoma.

#### *2.2.4.) Efectos de la decisión que acoge favorablemente el pedido de suspensión de efectos de un reglamento*

2.2.4.1.- En el punto N° 5.1.5. del Capítulo VIII hemos visto que si la Administración hiciera lugar a la impugnación del acto administrativo general, ya sea por vía directa o indirecta y, en su caso, con fundamento en razones de ilegitimidad o de oportunidad, mérito o conveniencia, debía extinguir –anular o revocar, respectivamente– el acto impugnado con efectos generales, es decir *erga omnes*, derivados de la extinción del reglamento y no solo respecto del impugnante.

---

CANOSA, por su parte, ha señalado que “el interesado puede renunciar al plazo otorgado por la Administración y, en este caso, dichos plazos se reiniciarán al día siguiente al cual el particular desistió del pedido de vista, pero nunca la Administración puede considerar que el interesado consultó lo suficiente el expediente y reiniciar los plazos, dado que el término que la ley concede es de diez días (CANOSA, Armando, *Procedimiento Administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 26).

La doctrina ha graficado todo lo anteriormente expuesto en forma clara y precisa mediante el siguiente ejemplo: “*el día 1 se notifica un acto administrativo que impone una sanción a un empleado público. El día 4 el particular presenta el pedido de vista. Desde ese día 4, inclusive, el plazo para recurrir ya está suspendido. El día 7 se notifica la concesión de la vista por diez días. Así, el plazo para recurrir estará suspendido desde el día 4 hasta el día 17, ambos inclusive, reanudándose el día 18. Por lo tanto, el plazo para presentar el recurso jerárquico (que es de quince días) vencerá, descontando los dos días que ya habían transcurrido, el día 30. Por supuesto, los plazos hay que contarlos en días hábiles administrativos*” (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Op. cit., Tomo II, p. 1190).



Creemos, a su vez, que la decisión por la que la Administración suspende los efectos de un acto administrativo de alcance general deberá tener, también, y en principio, alcance *erga omnes*, especialmente cuando la ilegitimidad del acto sea intrínseca y no por aplicación a un caso concreto.

Destacamos que la suspensión de los efectos de un acto administrativo de alcance general tendrá *en principio* efectos *erga omnes* pues, en ciertos supuestos, como ha señalado la doctrina, aquella decisión podría alcanzar solo al que la requirió.

Así, COMADIRA ha señalado que de disponerse la suspensión en sede administrativa no se “afectaría el principio de la inderogabilidad singular del reglamento porque si la suspensión responde a una ilegitimidad vinculada, exclusivamente, con la situación particular del reclamante, no parece razonable derivar de aquel principio la prohibición de la inaplicación del reglamento —o de alguna de sus disposiciones— cuando ella se sustente en una ilegitimidad fundadamente invocada. Y si se trata de una ilegalidad más amplia, idónea para comprender en su ámbito varias situaciones, la suspensión deberá adquirir carácter general y publicarse por los medios pertinentes”<sup>1576</sup>.

MONTEZANTI, por su parte, precisó que “la suspensión, cuando se la disponga, sea en la sede administrativa, sea en la judicial, deberá ser también general y no solo respecto de quien la requirió, salvo cuando la naturaleza y circunstancia del acto administrativo de alcance general ‘no normativo’ acepte la solución contraria, y esta se evidencie como conveniente en función de los valores que el art. 12 de la ley de procedimientos administrativos proclama”<sup>1577</sup>.

### **3.) Suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo –particular o general–**

Hasta aquí hemos analizado diversos aspectos vinculados con la suspensión de los efectos de un acto administrativo –de alcance particular o general– en sede administrativa.

En el esquema que hemos propuesto corresponde, entonces, que en este punto analicemos cómo obtener la suspensión de los efectos de un acto administrativo en sede

<sup>1576</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 462.

<sup>1577</sup> MONTEZANTI, Néstor Luis, *Suspensión del acto...*, op. cit., p. 130/131.

judicial y estudiemos, también, algunos de los aspectos procesales vinculados con aquel instituto.

Al respecto, hemos de señalar, ya desde ahora, que en esta oportunidad analizaremos la suspensión de los efectos como consecuencia de una pretensión suspensiva articulada por un particular, es decir, como una garantía a favor de los particulares, dejando para otra ocasión el estudio de la suspensión requerida por la propia Administración, esto es, como herramienta de prerrogativa del Estado<sup>1578</sup>.

Es que, como bien señala CANDA, debe tenerse presente que la temática atinente a la suspensión del acto encierra dos ideas antitéticas: por un lado, la necesidad de proteger los derechos individuales, estableciendo un sistema idóneo de garantías administrativas. Por el otro, la necesidad de instituir la potestad o prerrogativa del poder público, para que la Administración pueda realizar los fines de bien común<sup>1579</sup>.

La cuestión que analizaremos en las páginas que siguen es, sin duda alguna, otro de los aspectos más interesantes del derecho administrativo.

Ello así no solo porque en la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo se cristaliza una de las mayores tensiones que existe entre las *prerrogativas* del Estado y las *garantías* de los particulares, sino porque, además, y como bien se ha señalado, el fuero contencioso administrativo pareciera haberse “cautelarizado”, en el sentido de que “*el litigante particular sabe que muchas veces –y cada vez más– la suerte del pleito depende de la obtención, o no, de una medida cautelar, y su rechazo implica, en más de una ocasión, la pérdida de interés en iniciar o continuar un proceso ordinario*”<sup>1580</sup>.

Un panorama general de la realidad nos muestra que todo proceso judicial que se

---

<sup>1578</sup> Como sería, por ejemplo, la suspensión de efectos del acto administrativo estable. Ampliar en nuestra obra: COMADIRA, Fernando G., *La acción de lesividad...*, op. cit., p. 291 y ss. y, antes, en COMADIRA, Fernando Gabriel, “La suspensión de oficio de los efectos...”, op. cit.

<sup>1579</sup> CANDA, Fabián O., “La suspensión de efectos del acto administrativo en sede administrativa y judicial”, en AA.VV. *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 714.

<sup>1580</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 129 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 233 y ss. En esa línea de pensamiento, VALLEFÍN, ha precisado que “*la intolerable lentitud de los procesos ordinarios constituye uno de los principales motivos que origina la proliferación de procesos cautelares*” (VALLEFÍN, Carlos A., *Medidas Cautelares...*, op. cit., p. 30 nota N° 32).

inicie –sea civil, comercial, penal o, en nuestro caso, contencioso administrativo– insume un tiempo considerable y, en la generalidad de los casos, el lapso existente entre la interposición de la demanda y la sentencia definitiva que pone fin al litigio, suele demorar más de lo previsto en los códigos procesales.

Más aún, tal como oportunamente destacara la doctrina nacional, con base en relevamientos efectuados por la Dirección Nacional de Auditoría de la PTN, durante los años 1985-2000 obtener una sentencia de primera instancia en procesos de conocimiento en los que el Estado es parte y requieren de apertura a prueba, llevaba alrededor de seis años y un mes<sup>1581</sup>, a lo que si “*se le suma el tiempo que normalmente demandan los procesos de apelación a Cámara y la eventual intervención de la Corte por vía ordinaria, bien puede suponerse que (...) un proceso judicial en el que el Estado sea parte difícilmente demande en la Argentina menos de diez años*”<sup>1582</sup>.

Sin poder afirmar con precisión cuáles serían las cifras actuales, la experiencia nos indica que la realidad descrita en los párrafos que anteceden parece repetirse.

De ese modo, si se tiene en consideración, por un lado, que el principio general es que los recursos administrativos no suspenden los efectos de un acto administrativo y, por otra parte, el tiempo que demora obtener una sentencia judicial en un proceso ordinario, resulta harto evidente la necesidad de lograr que los bienes y derechos objeto del pleito no sufran, a lo largo de su tramitación, un perjuicio de una entidad tal que desnaturalice el objetivo primordial de todo procedimiento judicial, cual es, tutelar de manera efectiva los derechos involucrados<sup>1583</sup>.

No caben dudas de que una justicia lenta no es justicia y que, en términos del Tribunal Constitucional español en Sentencia N° 26/1983, “*desde el punto de vista sociológico y*

---

<sup>1581</sup> ROSATTI, Horacio, “Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema jurídico argentino”, LL 2003-F, 1283; TAWIL, Guido S. - MINORINI LIMA, Ignacio J., *El estado y el arbitraje: primera aproximación*, RAP 337-9.

En relación con la justicia procesal administrativa, se ha señalado que existe un atraso extraordinario en todas sus instancias, que puede medirse en años cuando no en décadas y, a su vez, que, para no ser condenados como lo fue Suiza por la Corte de Justicia Europea en “Zimmermann y Steiner” por demora de justicia, actualmente se necesitarían “*algo así como 350 o 400 jueces en lugar de los doce actuales*” (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del administrado*, Octava edición, Buenos Aires, 2006, Tomo 2, p. XIV-8).

<sup>1582</sup> TAWIL, Guido S. - MINORINI LIMA, Ignacio J., *El estado...*, op. cit.

<sup>1583</sup> RIVAS, Adolfo A., *Medidas cautelares*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 3.

*práctico puede seguramente afirmarse que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva*<sup>1584</sup>.

Por ello, como ha señalado CALAMANDREI, “*las dos exigencias frecuentemente opuestas de la justicia –celeridad y ponderación– tienden a ser conciliadas por las medidas cautelares; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien, pero tarde, las providencias cautelares procuran, ante todo, hacerlas pronto, dejando el problema del bien y el mal, esto es, el de la justicia intrínseca de la decisión, para más tarde, con la necesaria ponderación*”<sup>1585</sup>.

Como se ve, es precisamente mediante la obtención de una *medida cautelar* –en la especie, una medida cautelar suspensiva de efectos– que se logra asegurar que el tiempo transcurrido entre la iniciación y la finalización de un proceso de conocimiento, el derecho allí debatido no se torne ilusorio<sup>1586</sup>.

En su momento, la ausencia de un código procesal contencioso administrativo federal generó que en la doctrina y la jurisprudencia se debatiera acerca de cuál debía ser la norma jurídica aplicable por los jueces y, concretamente, qué requisitos o a qué pautas debía ajustarse la suspensión judicial de efectos del acto administrativo.

Si bien es cierto que en el año 2013, con la sanción de la Ley N° 26.854 que regula las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional, la

---

<sup>1584</sup> Citado por: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-Administrativa en España”, *Scientia Iuridica* – Tomo LIV, N° 301, 2005, p. 52.

<sup>1585</sup> CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 140; GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *Las medidas cautelares...*, op. cit., p. 25.

<sup>1586</sup> COMADIRA señalaba que el fin de la providencia cautelar consiste “*en el aseguramiento de la eficacia práctica de la providencia definitiva, revistiendo, por ende, un marcado carácter instrumental en tanto su sentido deviene, en general, de su preordenamiento a la emisión de la resolución definitiva*” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 441 y, luego, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo [Coordinador, colaborador y actualizador], *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1465).

Del mismo modo, PALACIO ha conceptualizado al proceso cautelar como “*aquél que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva*” (PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, Tomo VIII, p. 48). La doctrina especializada en la materia ha conceptualizado al proceso cautelar como “*aquél que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva*” (PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, Tomo VIII, p. 48).

cuestión quedó zanjada, consideramos conveniente hacer un breve repaso sobre las diferentes posturas que se habían esbozado previo a su sanción.

### 3.1.) La situación antes del dictado de la Ley N° 26.854

#### *3.1.1.) Presupuestos de procedencia de la suspensión de efectos de un acto administrativo –particular o general–*

Como veremos a continuación, antes de la sanción de la Ley N° 26.854 se debatía cuál era el régimen jurídico que se debía aplicar para obtener la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo.

Así, pues, mientras algunos sostenían que debía aplicarse el art. 12 de la LNPA y otros consideraban que debía acudir al art. 230 del CPCCN, también se entendió que la aplicación de una u otra norma dependía de la oportunidad procesal en que la protección cautelar era solicitada.

La adopción de una u otra postura no estaba desprovista de consecuencias prácticas toda vez que de aplicarse el art. 12 de la LNPA, bastaba con que el particular demostrara la concurrencia *indistinta* de algunos de los tres supuestos previstos en esa norma: razones de interés público; evitar perjuicios graves al interesado; o alegación fundada de una nulidad absoluta. Es que, si se tiene en cuenta lo dicho el punto N° 2.1. del presente Capítulo, como aquellos supuestos son independientes entre sí, la sola existencia de uno de ellos adquiere virtualidad suficiente para que tal suspensión sea concedida.

Por otra parte, la tesis de aplicación del art. 230 del CPCCN implicaba que el particular debía acreditar la concurrencia *simultánea* de los dos requisitos: verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, más allá de la no afectación del interés público a la que enseguida me voy a referir.

En ese esquema, entonces, a continuación haremos un breve repaso de las posturas esgrimidas por algunos de los autores que han analizado la cuestión.

### 3.1.1.1.) Suspensión de los efectos con base en el art. 230 del CPCCN

Entre los que consideran aplicable las disposiciones del CPCCN se destaca MAIRAL, para quien, ante la inexistencia de un código nacional contencioso administrativo, las disposiciones de aquel resultan de aplicación directa y no analógica, debiéndose aplicar “*al tema de la suspensión de los efectos del acto administrativo, la prohibición de innovar que actualmente establece el art. 230 del CPCCN*”, haciendo la salvedad de que, “*si algún día se dicta tal código (...) habrá que atenerse a sus disposiciones*”<sup>1587</sup>.

Asimismo, GARCÍA PULLÉS ha sostenido que para la potestad suspensiva de la ejecución de un acto, los términos del art. 12 de la LNPA no pueden ser aplicados sino que, en rigor, el órgano jurisdiccional debe acudir a “*cada uno de los presupuestos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora que contempla el art. 230 del Cód. Procesal, sin perjuicio de la necesidad de advertir que no podrá accederse a la cautela con la invocación de uno sólo de sus presupuestos alternativos*”<sup>1588</sup>.

También han sostenido que resultaba aplicable el CPCCN MONTEZANTI<sup>1589</sup> y TAWIL, este último señalando que el juez debería analizar la concesión de una medida cautelar a la luz de los requisitos consagrados en el CPCCN, toda vez que el art. 12 de la LNPA “*se encuentra dirigido al accionar de la propia Administración y no de los magistrados; (ii) que esa disposición resulta propia del procedimiento administrativo y no del proceso judicial (regido al respecto en forma directa y no supletoria por lo dispuesto en los artículos 195 y sigs. de nuestro Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y (iii) que el ordenamiento procesal cuenta con herramientas suficientes para garantizar una tutela judicial efectiva en materia cautelar sin necesidad de recurrir a normas extrañas al proceso administrativo*”<sup>1590</sup>.

---

<sup>1587</sup> MAIRAL, Héctor, *Control judicial...*, op. cit., Volumen II, p. 799/800.

<sup>1588</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado...*, op. cit., Tomo 2, p. 829.

<sup>1589</sup> MONTEZANTI, Néstor Luis, *Suspensión del acto...*, op. cit., p. 81 y ss.

<sup>1590</sup> TAWIL, Guido S., “A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de los nuevos entes reguladores”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1998, p. 1363.

Este criterio fue, en definitiva, el que pareciera haber sido recogido por la jurisprudencia mayoritaria<sup>1591</sup>.

### 3.1.1.2.) Suspensión de los efectos con base en el art. 12 de la LNPA

Desde una perspectiva diferente, un sector de la doctrina entendía que para obtener la suspensión judicial de los efectos del acto administrativa se debía recurrir, exclusivamente, al art. 12 de la LNPA.

En ese sentido, BARRA<sup>1592</sup> señaló que si bien cuando no existía la LNPA resultaban aplicables los presupuestos del CPCCN, especialmente la medida de no innovar, con la sanción de aquella “-*que incorpora normas de la materia procesal administrativa, v. gr. Todo su título IV- el régimen jurídico de la suspensión del acto administrativo tiene su regulación propia, precisamente en el art. 12 comentado. Ello sin perjuicio de la aplicación supletoria del código procesal en lo referente a las medidas cautelares, para regular sus aspectos procedimentales y las facultades judiciales...*”.

Del mismo modo, HUTCHINSON<sup>1593</sup> precisó que la creación pretoriana de la medida cautelar “innovativa” en los casos en que se cuestionaba la legitimidad de un acto administrativo, era utilizado por aplicación analógica del CPCCN “*ante la inexistencia de un código procesal propio de la materia*” pero que, con el dictado de la LNPA. “*la suspensión de los efectos del acto está expresamente prevista en el art. 12*” y que, “*si bien a ésta se la ha denominado “ley de procedimientos administrativos”, lo cierto es que la misma regula aspectos de fondo (arts. 7° a 21), además da aspectos procesales (tít. IV), con lo que excede, en mucho, el análisis de cuestiones referentes al mero procedimiento administrativo*”.

---

<sup>1591</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 478/479 y sus citas.

<sup>1592</sup> BARRA, Rodolfo, “Efectividad de la tutela judicial frente a la Administración”, ED 107:419.

<sup>1593</sup> HUTCHINSON, Tomás, “La suspensión de los efectos del acto administrativo...”, op. cit.



CASSAGNE<sup>1594</sup>, por su parte, señaló que los jueces debían analizar la procedencia o no de una medida cautelar sobre la base de los presupuestos contemplados en el art. 12 de la LNPA toda vez que, por un lado, allí se regula de manera específica el instituto de la suspensión de los efectos del acto administrativo y, por otra parte, habida cuenta de que sus disposiciones son menos severas que las del art. 230 del CPCCN, de manera que el principio de tutela judicial efectiva se realiza en forma más adecuada.

Del mismo modo, GAMBIER y ZUBIAUR<sup>1595</sup> apuntaron que *“si la medida cautelar tiene por objeto la suspensión de los efectos del acto administrativo los extremos exigibles son, en punto a su procedencia sustancial, los contenidos en el art. 12 de la ley 19.549”* agregando, no obstante, que *“serán de aplicación supletoria las normas del Código Procesal en lo que se refiere a su régimen procesal”*.

En igual sentido se perfilaron autores como ZAMBRANO<sup>1596</sup> y HALPERÍN, este último destacando que *“el art. 12 de la ley 19.549 prevé que el acto administrativo pueda ser suspendido tanto en sede administrativa como judicial, y respecto de este último caso se ha considerado como un medio idóneo el previsto en el art. 230 del Código Procesal, y de ordinario los tribunales disponen la suspensión de los efectos del acto administrativo, exigiendo los requisitos de dicha disposición adjetiva”*<sup>1597</sup>.

### 3.1.1.3.) Criterio de aplicación mixto

Finalmente, COMADIRA<sup>1598</sup> sostuvo que la aplicación de uno u otro régimen dependía de la oportunidad procesal en que la protección cautelar era solicitada.

Si la medida cautelar era requerida *“ante la denegatoria expresa o bien el silencio*

---

<sup>1594</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, “Efectos de la interposición de los recursos y suspensión de los actos administrativos”, ED 153-994.

<sup>1595</sup> GAMBIER, Beltrán - ZUBIAUR, Carlos, “Las medidas cautelares contra la administración: fundamentos, presupuestos y aplicación del artículo 12 de la Ley 19.549”, LL 1993-D, 706.

<sup>1596</sup> ZAMBRANO, Pedro, “Medidas cautelares ‘autónomas’ y la garantía de defensa en juicio: ¿Por el artículo 230 del Código Procesal o por el artículo 12 de la ley 19.549?”, LL 1998-C, 344.

<sup>1597</sup> HALPERÍN, David A., “Las sentencias...”, op. cit., y, después, en “La promoción de medidas cautelares pendiente el agotamiento de la vía administrativa”, ED 166:532.

<sup>1598</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 478/479 y, antes, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo...*, op. cit., p. 171 y ss.

*administrativo operados en el trámite de un recurso o reclamo entablados en el marco del agotamiento de la vía”, el juez debía aplicar las previsiones del art. 12 de la LNPA, “pues en él se trata, precisamente, de actuar jurisdiccionalmente una cláusula prevista, específicamente, para la Administración”<sup>1599</sup>.*

Por el contrario, si la medida cautelar hubiese sido solicitada luego de agotada la vía administrativa, resultan aplicables las previsiones del art. 230 del CPCCN, habida cuenta de que *“el pedido pone al juez frente a un accionar o a una inactividad resultante de una vía administrativa agotada”*.

### 3.1.2.) Otros requisitos

Además de los presupuestos de procedencia antes descriptos, las particularidades del proceso contencioso administrativo habían generado un interesante debate vinculado con la necesidad de exigir, o no, ciertos requisitos de admisibilidad.

#### 3.1.2.1.) El previo pedido de suspensión de efectos en sede administrativa

Así, pues, uno de los puntos que también generó discusión en la doctrina y la jurisprudencia era si resultaba obligatorio que, previo a solicitar la suspensión de los efectos de un acto administrativo, el particular acreditare haber efectuado aquel pedido en sede administrativa.

Mientras un sector se expresó en forma negativa<sup>1600</sup>, lo cierto es que otro sostuvo que el pedido previo de suspensión en sede administrativa resultaba exigible, sin que ello importara una frustración del acceso a la jurisdicción<sup>1601</sup>.

---

<sup>1599</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1484.

<sup>1600</sup> GAMBIER, Beltrán - ZUBIAUR, Carlos, “Las medidas cautelares...”, op. cit. En igual sentido puede verse, aunque refiriéndose al proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires: CASSAGNE, Juan Carlos, - PERRINO, Pablo E., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 336/337.

<sup>1601</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 269 y, también, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 175; en igual sentido: HUTCHINSON,

La jurisprudencia de la CSJN<sup>1602</sup> y de la Cámara<sup>1603</sup>, por su parte, habían adherido a la última tesitura, pues entendía que la suspensión de los efectos de un acto administrativo no podía disponerse en sede judicial sin previamente acreditar su petición en sede administrativa.

### 3.1.2.2.) La no afectación del interés público

Finalmente, antes de la sanción de la Ley N° 26.854, tanto la jurisprudencia como la doctrina<sup>1604</sup> destacaban que, previo a conceder una tutela cautelar tendiente a suspender los efectos de un acto administrativo (o, en su caso, cualquier medida cautelar contra el Estado en general), resultaba necesario valorar la incidencia del interés público comprometido.

Es que, como se señalaba, el interés público en ciertas ocasiones podría obstar a la concesión de la medida cautelar, aun cuando se hallaren reunidos los requisitos de admisibilidad antes descriptos<sup>1605</sup>.

---

Tomás, *Derecho Procesal Administrativo...*, op. cit., Tomo III, p. 586 y, antes, en HUTCHINSON, Tomás, “La suspensión...”, op. cit., p. 683.

El último autor citado agregada, además, que el pedido previo en sede administrativa debía exceptuarse si se demostraba “*que existe un peligro inminente que justifique acudir directamente a la justicia o que pueda inferirse que ese pedido extraña un ritualismo inútil porque la Administración no suspende actos como el que se recurre*” (HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo...*, op. cit., Tomo III, p. 586, nota N° 436).

<sup>1602</sup> La doctrina de la Corte Suprema que se deriva del fallo “Hughes Tool Company” (se trataba de un proceso de amparo con finalidad cautelar), es que se exige la previa interposición de la cautelar en sede administrativa, a efectos de darle a la Administración la posibilidad de suspender los efectos del acto antes de someter la cuestión al criterio judicial (CSJN, 07/03/1985, “Hughes Tool Company S.A.C.I.F.I. c/ Nación Argentina”, Fallos: 307:178).

<sup>1603</sup> CNACAF, Sala III, 20/02/95, “EDESUR S.A. c/ E.N.R.E. -Resol. ENRE N° 18/95”; CNACAF, 2/4/1985, “Romero”, y las citas de sus precedentes. El tema puede ampliarse en: CANDA, Fabián O., “La suspensión de efectos...”, op. cit., p. 735 y ss.

De todos modos, cabe destacar que el mismo fuero ha sostenido que la exigencia de haber requerido previamente la suspensión en sede administrativa era una cuestión que debía analizarse en cada caso concreto, señalándose que aquel pedido “*no constituye –por vía de principio– un recaudo ineludible para la viabilidad de las medidas cautelares contra la Administración Pública, constituyendo una cuestión a ponderar prudentemente por el juez en cada caso*” (CNACAF, Sala I, 16/03/1999, “EDESA S.A. – incidente med. c/ EN – Secretaría de Energía – Disp. SSE 74/1998 s/ medida cautelar (autónoma)”).

<sup>1604</sup> Un estudio del tema puede verse en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 254 y ss.

<sup>1605</sup> *Idem*, p. 256.

Por ello, como recuerda la doctrina, al momento de evaluar la procedencia de la tutela cautelar, era habitual que los jueces efectuaran una ponderación del interés público<sup>1606</sup>, en especial cuando estaba comprometida, por ejemplo, la continuidad de una obra pública<sup>1607</sup> o la percepción de tributos<sup>1608</sup>, “*lo que se exigía era que la medida cautelar suspensiva del acto administrativo no afectara el interés público*”<sup>1609</sup>.

### 3.2.) La regulación en la Ley N° 26.854

Ahora bien, como se dijo, en el año 2013 se sancionó la Ley N° 26.854 que regula las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional<sup>1610</sup>.

Con aquella norma, entonces, el debate en torno al régimen jurídico que debía aplicarse para la suspensión de los efectos de un acto administrativo (y de las medidas cautelares en las que es parte o interviene el Estado nacional en general), quedó zanjado.

Veremos, a continuación, no solo cuáles son los modos y oportunidades en que se puede requerir la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo (sea de alcance particular, de alcance general o de gestación bilateral –v.gr.: contratos administrativos–)<sup>1611</sup> sino, también, los requisitos para la procedencia de la medida

---

<sup>1606</sup> CSJN, 16/11/2004, “Chiodi, Carlos Aníbal y otros c/ Salta, Provincia de y otro s/ acción de amparo”, Fallos: 327:5111; CSJN, 15/06/2004, “Mercofrut c/ Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva”, Fallos: 327:2330; CSJN, 29/09/1987, “Mendoza, Provincia de c/ Estado Nacional”, Fallos: 310:1928; entre otros.

<sup>1607</sup> CSJN, 08/10/1991, “Astilleros Alianza S.A. de Construcciones Navales, Industrial, Comercial y Financiera c/ Estado Nacional (PEN.) s/ daños y perjuicios (incidente)”, Fallos: 314:1202.

<sup>1608</sup> CSJN, 11/10/2005, “Compañía de Circuitos Cerrados S.A. c/ Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva”, Fallos: 328:3638; CSJN, 25/06/1996, “Pérez Cuesta SACI. c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (prohibición de innovar)”, Fallos: 319:1069; CSJN, 23/11/1995, “Grinbank, Daniel Ernesto - incidente - c/ Fisco Nacional (Dirección General Impositiva)”, Fallos: 318:2431; CSJN, 09/12/1993, “Massalin Particulares S.A. c/ Dirección General Impositiva”, Fallos: 316:2922; CSJN, 27/04/1993, “Video Cable Comunicación S.A. c/ Instituto Nacional de Cinematografía”, Fallos: 316:766; CSJN, 11/12/1990, “Firestone de la Argentina SAIC. s/ recurso de apelación -IVA. - medida de no innovar, Fallos: 313:1420; entre muchos otros.

<sup>1609</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 160 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit.

<sup>1610</sup> Sancionada el 24/04/2013 y promulgada el 29 del mismo mes y año.

<sup>1611</sup> En este punto cabe recordar, a riesgo de pecar de reiterativos, que, como lo hemos visto a lo largo de esta tesis y lo hemos mencionado en varias ocasiones (ver, por ejemplo: COMADIRA, Fernando Gabriel, “Régimen jurídico...”, op. cit., p. 449 y ss., especialmente p. 456; COMADIRA, Fernando Gabriel, “El reglamento administrativo...”, op. cit., p. 963) el ejercicio la función administrativa tiene como resultado el *acto administrativo en sentido amplio y/o genérico*, lo que significa que se incluye dentro de su concepto

cautelar suspensiva.

Para ello, y teniendo en consideración la claridad metodológica y conceptual del enjundioso trabajo efectuado por Julio Pablo COMADIRA<sup>1612</sup>, adelantamos que el análisis que haremos seguirá, en mayor o menor medida, el esquema por él propuesto.

### 3.2.1.) Naturaleza de la medida cautelar suspensiva de efectos en función de la oportunidad procesal en que se solicita

Tal como hemos visto en el punto N° 2 del Capítulo XI, para solicitar la *nulidad* judicial de un acto administrativo de alcance general resulta necesario tener “habilitada la instancia” salvo, claro está, que estén dados los requisitos que habilitan acudir a la vía del amparo del art. 43 de la Constitución de la Nación, en cuyo caso el agotamiento de la vía respecto de esta clase de actos –como de cualquier clase de reglamentos–, no sería exigible, a lo que cabe agregar, además, que de estarse frente a un DNU o reglamento delegado, la mayoría de la doctrina considera que pueden impugnarse de manera *directa* (esto es, sin necesidad de que exista un acto administrativo particular de aplicación).

En ese esquema, según surge de la LNPA, la admisibilidad de la *pretensión judicial de nulidad* de un acto administrativo de alcance general, está condicionada a la ocurrencia de dos requisitos: a) agotamiento de la vía administrativa y, b) interposición de la demanda dentro de plazos de caducidad establecidos por la ley.

Ahora bien, como se verá, la pretensión judicial de *suspensión* de efectos de un acto

---

tanto a los actos administrativos de alcance *particular* (individuales, pluriindividuales o plúrimos) como a los de alcance *general* (normativos –v.gr.: reglamentos– o no normativos) y a los de formación *unilateral* o *bilateral*, tal el caso de los contratos administrativos.

A nuestro modo de ver, como los contratos administrativos son una especie del género acto administrativo, antes de ahora sostuvimos que resulta indudable que Ley N° 26.854 que regula las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional es aplicable a los contratos administrativos (COMADIRA, Fernando Gabriel, “Naturaleza jurídica de los contratos administrativos...”, op. cit., 72 y ss.). Desde otra mirada, STUPENENGO señaló que las disposiciones de aquella norma no rigen en materia de contratos administrativos y que, por tanto, “*lo atinente a la suspensión cautelar de sus efectos deberá continuar rigiéndose analógicamente por las disposiciones del CPCCN*” (STUPENENGO, Juan A., “Notas sobre el efecto de los recursos dirigidos contra medidas cautelares dictadas contra el Estado (con especial referencia a la ley 26.854”, EDA 2013-701).

<sup>1612</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 129 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit.

administrativo –sea de alcance particular o general– tiene una regulación diferente.

Y es que, en definitiva, la *anulación* y la *suspensión* son institutos diferentes: mientras la *anulación* de un acto administrativo, como modalidad de extinción de aquel, significa su retiro *definitivo y permanente* del ordenamiento jurídico por razones de ilegitimidad, la *suspensión de efectos* solo importa una *paralización provisoria* de sus efectos jurídicos propios<sup>1613</sup>.

Por ello, en los párrafos que siguen veremos que los afectados por un acto administrativo podrán solicitar la suspensión judicial de sus efectos en diversas oportunidades, a saber:

– Primera oportunidad: durante el agotamiento de la vía administrativa o mientras tramita un recurso o reclamo administrativo optativo (medida cautelar autónoma),

– Segunda oportunidad: luego de agotada la vía administrativa –o, en su caso, después de haberse resuelto el recurso o reclamo administrativo optativo– y antes de interponer la demanda anulatoria (medida cautelar anticipada),

– Tercera oportunidad: luego de agotada la vía administrativa –o, en su caso, después de haberse resuelto el recurso o reclamo administrativo optativo– y junto con la demanda anulatoria o luego de su interposición (medida cautelar accesorio).

Esta triple posibilidad, que ya era aceptada por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia<sup>1614</sup>, hoy está contemplada en el art. 3º, inc. 1º de la Ley N° 26.854 que expresamente establece: “*Previa, simultáneamente o con posterioridad a la interposición de la demanda se podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares que de acuerdo a las reglas establecidas en la presente resulten idóneas para asegurar el objeto del proceso*”.

---

<sup>1613</sup> Por ello, como hemos señalado en otra oportunidad (COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, Astrea-Rap, Buenos Aires, 2018, p. 167, nota 455) y recordáramos antes en esta tesis, entendemos que en el derecho administrativo la nulidad debe ser entendida como la sanción legal que priva de manera definitiva y permanente los efectos propios del acto administrativo viciado (ver nota N° 671).

<sup>1614</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 241.

3.2.1.1.) Durante el agotamiento de la vía administrativa o mientras tramita en un recurso o reclamo administrativo optativo

3.2.1.1.1.) La denominada medida cautelar autónoma

La primera posibilidad que tienen los particulares para solicitar la suspensión de los efectos de un acto administrativo es durante el trámite administrativo, es decir, durante el agotamiento de la vía administrativa o incluso cuando, habiéndosela agotado, se interpuso un recurso o reclamo administrativo optativo; se trata de aquella medida que se conoce como *medida cautelar autónoma*.

*Así, pues, la medida cautelar autónoma será aquella que se interpone contra un acto administrativo durante el agotamiento de la vía administrativa o incluso luego de habérsela agotado, cuando esté en trámite un recurso o reclamo administrativo optativo*<sup>1615</sup>.

Es decir, la medida cautelar autónoma es la que se plantea cuando se ha impugnado un acto administrativo o se solicitó a la Administración la suspensión de sus efectos y, antes de que la impugnación sea resuelta, se requiere a la justicia que disponga la suspensión judicial de los efectos del acto cuestionado.

Sobre la cuestión, cabe señalar, por un lado, que la circunstancia de que la tramitación del procedimiento administrativo sea optativa, como podría ser durante la sustanciación de un recurso de alzada<sup>1616</sup> –o, también, durante el trámite del recurso de reconsideración del art. 100 del RLNPA–, no obsta a la procedencia y calificación de la medida cautelar como autónoma<sup>1617</sup>.

Por otra parte, la denominación de *autónomas* obedece a que no están vinculadas ni

---

<sup>1615</sup> En similar sentido: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 133 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 238/239.

<sup>1616</sup> En tal sentido, cabe tener presente que la Cámara del fuero calificó y tramitó una medida cautelar interpuesta durante el trámite de un recurso de alzada, como “medida cautelar autónoma” (CNACAF, Sala V, 22/02/2012, “Edenor S.A. c/ Resolución N° 578/2010 – ENRE”).

<sup>1617</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 133 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 238/239.



son accesorias a ningún proceso judicial principal<sup>1618</sup>.

La existencia de este tipo de medida cautelar –a la que calificamos de autónoma–, está supeditada al dictado del acto administrativo que resuelve el reclamo o recurso administrativo, optativo u obligatorio, articulado por el administrado<sup>1619</sup>.

Por consiguiente, es claro que el objeto de la medida cautelar autónoma consiste en obtener la suspensión de los efectos del acto hasta tanto se resuelva el recurso o reclamo articulado en sede administrativa.

### 3.2.1.1.1.1.) Requisitos

Como hemos visto en el punto N° 3.1.1. de este Capítulo, antes de la entrada en vigencia de la LMC existía un debate en relación con los requisitos que habilitaban la concesión de una medida cautelar.

Así, mientras un sector sostenía que para obtener la suspensión judicial de los efectos del acto administrativa se debía recurrir, exclusivamente, al art. 12 de la LNPA, otro entendía que era de aplicación el art. 230 del CPCCN.

Finalmente, otro sector, al que adherimos, interpretaba que la aplicación de uno u otro régimen dependía de la oportunidad procesal en que la protección cautelar era solicitada.

Si la medida cautelar era requerida “*ante la denegatoria expresa o bien el silencio administrativo operados en el trámite de un recurso o reclamo entablados en el marco del agotamiento de la vía*”, el juez debía aplicar las previsiones del art. 12 de la LNPA,

---

<sup>1618</sup> Señalaba el profesor COMADIRA que “...en esos supuestos, las medidas precautorias no siempre se hallan vinculadas con un proceso de conocimiento posterior (v. gr., podría suceder que ese proceso no se inicie, si quien interpuso un recurso contra un acto administrativo y solicitó judicialmente la suspensión de los efectos de aquél obtiene éxito en la impugnación efectuada en sede administrativa; o se podría dar el supuesto de que el recurrente, aun habiendo fracasado en su intento impugnatorio, decidiera no iniciar el proceso judicial de nulidad o lo hiciera, en su caso, después de vencido el plazo de caducidad establecido en el art. 25, LNPA) En definitiva, estas medidas tienen como particularidad que su objeto se agota o puede agotarse en la obtención de la suspensión cautelar de los efectos del acto administrativo, en el curso del procedimiento administrativo y sin que éste lleve, necesariamente, a un procedimiento judicial” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. p. 242). Ver, también: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 129 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 239.

<sup>1619</sup> Al respecto, cabe aclarar que, como veremos luego, e independientemente de nuestra opinión sobre la cuestión, del texto de la LMC es posible concluir que la medida caduca automáticamente a los diez días de notificado el acto administrativo que agota la vía administrativa.

*“pues en él se trata, precisamente, de actuar jurisdiccionalmente una cláusula prevista, específicamente, para la Administración”.*

Por el contrario, si la medida cautelar hubiese sido solicitada luego de agotada la vía administrativa –o, agregamos nosotros, de haberse resuelto el recurso o reclamo administrativo optativo–, resultan aplicables las previsiones del art. 230 del CPCCN, habida cuenta de que *“el pedido pone al juez frente a un accionar o a una inactividad resultante de una vía administrativa agotada”*<sup>1620</sup>.

La cuestión, por cierto, no era un tema menor, pues si se acudía al art. 12 de la LNPA, la sola acreditación de alguno de los supuestos allí contemplados (razones de interés público, perjuicios graves al administrado o alegación fundada de una nulidad absoluta), era suficiente para obtener la tutela cautelar.

Por otra parte, de resultar aplicable el art. 230 del CPCCN, debía acreditarse simultáneamente el peligro en la demora, la verosimilitud del derecho y, además, como vimos, la no afectación del interés público y el pedido de suspensión previo en sede administrativa, esto último, únicamente en el caso de las medidas cautelares autónomas.

Ahora bien, con la sanción de la LMC la discusión quedó zanjada, pues el art. 13 de la norma expresamente establece que:

*“1. La suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:*

*a) Se acreditare sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior;*

*b) La verosimilitud del derecho invocado;*

*c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto;*

*d) La no afectación del interés público;*

---

<sup>1620</sup> Ibidem.

e) *Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.*

2. *El pedido de suspensión judicial de un reglamento o de un acto general o particular, mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa, sólo será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y que la decisión de ésta fue adversa a su petición, o que han transcurrido cinco (5) días desde la presentación de la solicitud sin que ésta hubiera sido respondida.*

*En este supuesto la procedencia de la medida se valorará según los mismos requisitos establecidos en el inciso anterior”.*

A continuación, entonces, analizaremos brevemente en qué consiste cada uno de los requisitos que actualmente se exigen para obtener la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo, sea de alcance particular o de alcance general.

#### 3.2.1.1.1.1.) Perjuicios graves de imposible reparación ulterior

3.2.1.1.1.1.1.- En primer lugar, la LMC exige la acreditación sumaria de que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior.

El requisito exigido por la norma se asemeja a lo que tradicionalmente la jurisprudencia del fuero denominada, antes de la sanción de la LMC y por aplicación analógica del art. 230 del CPCCN, “peligro en la demora”.

Como ha recordado la doctrina<sup>1621</sup>, quizás no sea casual que el primer requisito exigido por la norma se vincule con el peligro en la demora pues, la fuente inspiradora de la norma, sostiene que aquel es “*la clave de bóveda de las medidas cautelares*”<sup>1622</sup>.

---

<sup>1621</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 164 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 265.

<sup>1622</sup> SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 2, p. 946.

Sin embargo, como veremos en el punto N° 3.2.1.1.1.1.6. de este Capítulo, en nuestra opinión, la llave maestra que abre la posibilidad de obtener la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo –particular o general–, ha de ser la verosimilitud del derecho y no el peligro en la demora.

3.2.1.1.1.1.2.- Ahora bien, y sin perjuicio de lo expuesto, debemos tener presente que, como dijimos, previo a la sanción de la LMC la jurisprudencia del fuero exigía la acreditación del “peligro en la demora” el que, en ciertas ocasiones, se asimilaba a la prueba de un *perjuicio irreparable* (criterio estricto) y, en otras, a un peligro de cierta entidad o gravitación económica (criterio amplio).

Como bien podrá apreciar el lector, la LMC adoptó un criterio estricto para obtener la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo, pues exige que se generen “perjuicios graves de imposible reparación ulterior”.

La principal fuente inspiradora de la LMC destacó, aunque refiriéndose a la suspensión de efectos de un acto administrativo en el marco de un proceso de amparo, que “...*el peligro irreparable en la demora, como requisito de procedencia de la medida suspensiva de los efectos del acto, queda configurado con la previsible ineficacia de la sentencia para restablecer in natura la integridad de la relación de disponibilidad esencial protegida por el derecho fundamental lesionado por un acto administrativo definitivo, aun cuando no hubiere causado estado*”, agregando, además, que, “*sin embargo, el peligro irreparable en la demora se podrá configurar aun cuando el pronunciamiento de mérito pueda restituir la integridad del derecho fundamental...*”<sup>1623</sup>.

Es decir, según el autor, el perjuicio será irreparable cuando no resulte posible restituir la situación al estado anterior a la causación del perjuicio.

Sin embargo, cabe señalar que, en un estudio dedicado exclusivamente al análisis de la LMC, el autor mencionado pareciera haber matizado su postura, pues al referirse al sintagma “perjuicios graves de imposible reparación ulterior”, hace mención a la

---

<sup>1623</sup> SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 2, p. 951.

presencia de peligro o riesgo de un daño grave o irreversible sobre el objeto del proceso, de manera que, actualmente, le asigna un alcance más amplio<sup>1624</sup>.

3.2.1.1.1.1.3.- Por nuestra parte, y en línea con lo sostenido por un calificado sector de la doctrina, antes de ahora hemos opinado<sup>1625</sup> que para obtener la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo no debería exigirse la demostración de un daño irreparable o de imposible reparación ulterior sino, únicamente, la alegación fundada de un perjuicio de cierta entidad<sup>1626</sup>.

Es que, de lo contrario, una interpretación literal de la “irreparabilidad del daño” exigida por la norma podría llevar a la improcedencia de la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo que únicamente afecta derechos patrimoniales pues, en rigor, aquellos daños siempre podrían ser indemnizados, más aún si se tiene en cuenta la dudosa presunción de que “el Estado es siempre solvente” (*fiscus semper solvens*)<sup>1627</sup>.

---

<sup>1624</sup> SAMMARTINO, Patricio M., “Medidas cautelares en los casos en los que es parte el Estado: ideas rectoras y características del sistema legal vigente”, en AA.VV., *Control Público y Acceso a la Justicia*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2016, Tomo 2, *passim*.

<sup>1625</sup> COMADIRA, Fernando G., “¿Cómo obtener la suspensión de los efectos de un acto administrativo en sede judicial?”, elDial.com - DC2BBE.

<sup>1626</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 164 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 265/267; CANDA, Fabián O., “La suspensión de efectos...”, op. cit., p. 740/471; GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *Las medidas cautelares...*, op. cit. p. 94; SIMÓN PADRÓS, Ramiro, “Medidas Cautelares. Causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional” en AA.VV. *Legislación usual: derecho administrativo*, CICERO, Nidia –Directora-, La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo 2, p. 1044, entre otros.

BARRA, por su parte, señala que la expresión “imposible reparación ulterior” utilizada por la LMC debe entenderse como una “imposibilidad relativa y no absoluta” (BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 373).

<sup>1627</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional...*, op. cit., p. 268 y sus citas. Así, el profesor COMADIRA señalaba, al referirse al peligro en la demora como requisito para el otorgamiento de una medida cautelar, que la “ineficacia o la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia no debería medirse exclusivamente en términos de reparación económica, porque si así se lo hiciera la cautela o no procedería casi nunca, de atenderse al clásico pero discutible dogma de la solvencia estatal, o desde cierto punto de vista, procedería casi siempre, habida cuenta las experiencias en materia de consolidación de deudas y otras situaciones que evidencian la falta de correspondencia de aquella presunción con la realidad”.

MARIENHOFF, por su parte, recordaba, aunque refiriéndose al perjuicio grave como causal de suspensión de los efectos del acto en sede administrativa, que “en un principio se invocó el criterio del ‘daño irreparable’, en cuyo mérito la suspensión procedía” pero, luego, “fue abandonado, porque, siendo el Estado el autor o emisor del acto cuya suspensión se gestionaba, se alegó que tales perjuicios ‘irreparables’ no podían producirse, ya que el Estado, siempre solvente, podía resarcir cualquier perjuicio que irrogase: se invocaba el viejo aforismo ‘Fiscus semper solvens’. La aplicación de esta regla -vacua de

Aquella es, en nuestra opinión, la interpretación razonable que salva la constitucionalidad del precepto legal analizado<sup>1628</sup>.

#### 3.2.1.1.1.2.) Verosimilitud del derecho y verosimilitud de la ilegitimidad

3.2.1.1.1.2.1.- Como hemos visto en el punto N° 3.1. de este Capítulo, la jurisprudencia del fuero, previo a la sanción de la LMC, exigía, por aplicación analógica del art. 230 del CPCCN, que quien solicitara la suspensión de los efectos de un acto administrativo acreditara la verosimilitud del derecho invocado.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la LMC, la norma exige no solo la acreditación de “la verosimilitud del derecho invocado” sino, también, “la verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto”.

3.2.1.1.1.2.2.- Como bien puede advertirse, y al igual que lo visto en el punto que antecede, la LMC ha seguido a su fuente inspiradora, quien distingue entre la *verosimilitud del derecho en sentido propio* (*fumus bonis iuris*) y la *verosimilitud de la ilegitimidad* (*fumus mali actis*).

En efecto, según SAMMARTINO, la verosimilitud del derecho “...*se integra con el título o la razón jurídica suficiente alegado por el peticionario como fundamento de la pretensión. Concretamente, aquél debe invocar y demostrar, en grado de apariencia, que es portador o beneficiario de una relación sustancial de disponibilidad o utilidad sobre los bienes jurídicos en litigio y que éste tiene posibilidades razonables de resultar reconocida en el pronunciamiento definitivo. En sentido propio, el fumus boni iuris*

---

*contenido ético- fue objeto de acertadas objeciones, hallándose prácticamente repudiada por la crítica científica actual”* (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 660).

<sup>1628</sup> Es que, como ha señalado CIANCIARDO, debe distinguirse entre “*la interpretación irrazonable de una norma de una interpretación razonable de una norma irrazonable*” (CIANCIARDO, Juan, “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”, LL 2009-B, 1249).

remite a la posibilidad de que el derecho exista”, aclarando, además, que “...la ausencia manifiesta de legitimación procesal activa determina la falta de este requisito”<sup>1629</sup>.

Por otra parte, y en relación con la verosimilitud de la ilegitimidad, el autor considera que se debe evaluar si existen “*indicios razonables y convincentes*” de la ilegitimidad o antijuridicidad del acto administrativo cuya suspensión se pretende<sup>1630</sup>.

CANDA, por su parte, señala que “*el desdoblamiento del requisito de la verosimilitud implica, en nuestro parecer, que quien solicita la medida cautelar debe acreditar la titularidad del derecho cuya protección persigue (cuestión que se vincula, en rigor, con la legitimación ad causam y con la existencia de agravio que dé lugar al caso) y que, por otro lado, el acto cuya suspensión persigue luce ilegítimo por existir indicios serios y graves al respecto*”<sup>1631</sup>.

3.2.1.1.1.2.3.- Por nuestra parte, y en línea con el pensamiento del profesor Julio Rodolfo COMADIRA<sup>1632</sup> a quien ha seguido otro importante sector de la doctrina<sup>1633</sup>, creemos que para la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo – particular o general–, la verosimilitud del derecho debe vincularse exclusivamente con la ilegitimidad del acto que se cuestiona.

Como bien se ha señalado, “*si en el proceso contencioso administrativo se procura concretar el acceso a la tutela judicial efectiva a partir del restablecimiento de la juridicidad vulnerada, la verosimilitud del planteo precautorio del particular debe anudarse a la ilegitimidad del acto cuestionado*”<sup>1634</sup>.

---

<sup>1629</sup> SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 2, p. 943.

<sup>1630</sup> *Idem*, p. 955.

<sup>1631</sup> CANDA, Fabián O., “La suspensión de efectos...”, op. cit., p. 741.

<sup>1632</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo [Coordinador, colaborador y actualizador], *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 481 y, antes, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 252/253, COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 451/452. Más recientemente en: COMADIRA, Julio Rodolfo, “El juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa). Los intereses a proteger”, EDA 2015:659.

<sup>1633</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 168 y, antes, COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 268/269. Por nuestra parte, ya con anterioridad hemos adherido a la postura de los autores citados en: COMADIRA, Fernando G., “¿Cómo obtener la suspensión...”, op. cit.

<sup>1634</sup> *Ibidem*.



### 3.2.1.1.1.3.) No afectación del interés público

3.2.1.1.1.3.1.- Otro de los requisitos exigidos por la Ley N° 26.854 para la suspensión de los efectos de un acto administrativo es “*la no afectación del interés público*” (art. 13, inc. 1°, apartado “d”).

La no afectación del interés público como requisito para la procedencia de una medida cautelar tendiente a suspender los efectos de un acto administrativo (o, en su caso, cualquier medida cautelar contra el Estado en general), constituye un presupuesto que, como vimos, era exigido incluso antes de la sanción de la LMC.

De ese modo, entonces, la LMC recoge expresamente la doctrina de los autores y la jurisprudencia del fuero que exigía que, previo a la suspensión de los efectos de un acto administrativo, debía ponderarse el interés público comprometido en el otorgamiento de la medida<sup>1635</sup>.

3.2.1.1.1.3.2.- Tal como lo hemos aclarado a lo largo de los fundamentos que sustentan nuestra tesis (punto N° 1, del Capítulo I), utilizamos los términos “bien común” e “interés público” como sinónimos, habida cuenta de que “*éste último, al que generalmente se refiere la doctrina, no puede ser sino el ‘bienestar general’ mencionado*

---

<sup>1635</sup> Un estudio del tema puede verse en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 254 y ss.

En jurisprudencia anterior a la sanción de la LMC puede verse: CSJN, 16/11/2004, “Chiodi, Carlos Aníbal y otros c/ Salta, Provincia de y otro s/ acción de amparo”, Fallos: 327:5111; CSJN, 15/06/2004, “Mercofrut c/ Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva”, Fallos: 327:2330; CSJN, 29/09/1987, “Mendoza, Provincia de c/ Estado Nacional”, Fallos: 310:1928; CSJN, 08/10/1991, “Astilleros Alianza S.A. de Construcciones Navales, Industrial, Comercial y Financiera c/ Estado Nacional (PEN.) s/ daños y perjuicios (incidente)”, Fallos: 314:1202; CSJN, 11/10/2005, “Compañía de Circuitos Cerrados S.A. c/ Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva”, Fallos: 328:3638; CSJN, 25/06/1996, “Pérez Cuesta SACI. c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (prohibición de innovar)”, Fallos: 319:1069; CSJN, 23/11/1995, “Grinbank, Daniel Ernesto - incidente - c/ Fisco Nacional (Dirección General Impositiva)”, Fallos: 318:2431; CSJN, 09/12/1993, “Massalin Particulares S.A. c/ Dirección General Impositiva”, Fallos: 316:2922; CSJN, 27/04/1993, “Video Cable Comunicación S.A. c/ Instituto Nacional de Cinematografía”, Fallos: 316:766; CSJN, 11/12/1990, “Firestone de la Argentina SAIC. s/ recurso de apelación -IVA. - medida de no innovar, Fallos: 313:1420; entre muchos otros.

en el preámbulo de la Constitución, y éste, a su vez, debe ser entendido, según ha señalado la Corte Suprema, como el *'bien común' de la filosofía clásica*<sup>1636</sup>.

El interés público al que hacemos referencia, no se refiere al interés propio de la Administración sino, antes bien, a los intereses de la comunidad a los que ella sirve.

Debemos recordar que el concepto de bien común o interés público debe ser entendido *“no como una simple suma de intereses individuales coincidentes, sino como conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a asociaciones e individuos el logro más pleno y más fácil de su propia perfección”*<sup>1637</sup>.

Naturalmente, el interés público en modo alguno implica desvinculación del interés privado pues, éste, concurre como dato de ineludible reconocimiento y protección en las normas procedimentales del derecho administrativo<sup>1638</sup>.

Con base en lo expuesto, se ha señalado que la idea que corresponde afirmar de interés público como concepto jurídico procesal, se vincula con la *“noción de intereses comunes de los miembros de la comunidad que resultan de impostergable satisfacción”*<sup>1639</sup>.

<sup>1636</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 483.

<sup>1637</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 405. En jurisprudencia puede verse CSJN, 07/10/1976, “Moyano Marclina”, Fallos 296:45.

<sup>1638</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 4. Como bien ha señalado el profesor citado, el interés público *“gestionado vicarialmente por la administración, engloba los intereses de cada ciudadano, de modo que, paradójicamente, el interés público que, en apariencia, es el interés de una de las partes (la administración), integra, en rigor, el interés de la otra parte (el administrado), con la cual parece estar en oposición. Hacer prevalecer un interés (el público) sobre otro (el privado) es, por eso, consagrar y proteger el propio interés que se sacrifica formalmente”* (COMADIRA, Julio Rodolfo, “El juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa). Los intereses a proteger”, EDA 2016:659). En igual sentido: Fernando, *Las transformaciones...*, op. cit., p. 86.

Asimismo, se ha precisado que *“el bien común –idéntico al interés público– (...) se determina también a partir de intereses privados (...); la libertad fundamental se convierte en parte integrante del interés público”* (HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, op. cit., p. 243).

El consejo de Estado francés ha señalado que *“la distinción de los intereses públicos y de los intereses privados se diluye al poder satisfacerse, en ciertos casos, el interés general por el intermedio de la satisfacción de intereses puramente privados”* (C.E. 20/07/1971, Ciudad de Sochaux, Rec. 561; A.J. 19720.227, ampliar en: LONG, Marceau –WEIL, Prosper –BRAIBANT, Guy –DEVOLVÉ, P. - GENEVOIS, B, *Los grandes fallos...*, op. cit., p. 496).

<sup>1639</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 485. Sobre la cuestión puede verse, también: COMADIRA, Julio

3.2.1.1.1.3.3.- Cabe recordar aquí que, como vimos en el punto N° 2.1.1. de este Capítulo, en algunas oportunidades el interés público no solo no se vería frustrado con la suspensión de los efectos de un acto, sino que, por el contrario, aquél resultaría protegido.

Es que, en definitiva, si el interés público supone como elemento necesariamente constitutivo de su noción la plena vigencia del orden jurídico, es claro que, en determinadas ocasiones, la ejecución de un acto administrativo –particular o general– lo único que fomentaría sería la lesión a la juridicidad.

Así, pues, en nuestra opinión, ante un acto administrativo manifiestamente ilegítimo, no podría invocarse el interés público como causal para denegar la suspensión judicial de aquel: la suspensión de los efectos de un acto administrativo manifiestamente ilegítimo no es más que una exigencia ética del funcionario público, en tanto está obligado a reivindicar, en el marco de las funciones que le son propias, el rol de la juridicidad conculcada y, eventualmente, de la moral desplazada<sup>1640</sup>.

Además, la responsabilidad patrimonial que pueda derivarse en cabeza del Estado es, *per se*, un elemento a tener en cuenta a la hora de determinar la afectación del interés público en un caso concreto y la procedencia de la suspensión del acto atacado.

En efecto, aquel interés no es ajeno a eventuales reclamaciones contra el Estado y sus funcionarios por los errores cometidos productores de daños a los particulares.

Como se ha puntualizado, “entre las hipótesis de interés público que puede invocar el Estado es que exista la posibilidad de que el recurrente tenga razón, o que la prueba ofrecida dé resultado positivo, de tal modo que sería contrario al interés público persistir en la ejecución de un acto que luego será extinguido por la Administración o la justicia, constituyendo futura responsabilidad por la emisión y ejecución de un acto ilegítimo”<sup>1641</sup>.

---

Rodolfo – SAMMARTINO, Patricio M., “Medidas cautelares e interés público”, en Revista de Derecho Público, Ed. Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, Tomo 2002-1, p. 327 y ss.

<sup>1640</sup> En similar sentido, COMADIRA ha precisado que la valoración del interés público en el proceso cautelar “no supone afirmar, en nuestra opinión, la primacía de un interés público superior al de la propia legalidad del accionar administrativo porque éste no se puede desarrollar, en un Estado de Derecho, en contradicción con aquella (...)” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 258).

<sup>1641</sup> GORDILLO, Agustín (Director), *Procedimiento administrativo...*, op. cit., p. 161.

Por ello, como bien se ha señalado, así como en ocasiones el interés público determina la necesidad de ponderar con rigor la concurrencia de los requisitos de procedencia de la protección cautelar, generando, incluso, la inadmisibilidad de ésta; en otras situaciones, en cambio, debe conducir, como ha apuntado lúcidamente la doctrina española, al otorgamiento de la cautela requerida<sup>1642</sup>.

Y específicamente en relación con las medidas cautelares autónomas, existen precedentes de la jurisprudencia del fuero donde se ha señalado que con su concesión no se vería afectado el interés público, pues el alcance temporal de la medida depende exclusivamente de la diligencia del Estado nacional en la resolución del recurso o reclamo administrativo pendiente<sup>1643</sup>.

3.2.1.1.1.3.4.- Aquella fue la solución propuesta en el proyecto de *Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo*<sup>1644</sup> –aprobada por el Senado en el año 2008, y al que hicieramos referencia en el punto N° 2 del Capítulo XI– que establecía, en lo que aquí interesa, que la suspensión de la ejecución del acto podría ser ordenada a pedido de parte, cuando, entre otros requisitos que debían concurrir simultáneamente, la medida “*no afecte gravemente al interés público*”

En similar sentido se perfilaron diversos proyectos de Códigos, como el presentado en el año 2019, cuyo art. 40, inc. “c” exige que la “*no afectación del interés público*”.

---

<sup>1642</sup> CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, RAP, Madrid, N° 131, p. 178; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 169 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 269.

<sup>1643</sup> CNACAF, Sala IV, 23/06/15, “Inc de medida cautelar en autos “Blue Mail SA c/ EN - CNC s/medida cautelar (autónoma)”.

<sup>1644</sup> Ver Expediente S-1360/07, con media sanción en la sesión celebrada el día 26 de noviembre de 2008 - OD N° 1156/08.

3.2.1.1.1.4.) No producción de efectos  
jurídicos o materiales irreversibles

Según surge del art. 13, inc. “e” de la LMC, la suspensión judicial de los efectos o de la norma no debe producir efectos jurídicos o materiales irreversibles.

Como bien ha precisado la doctrina, la exigencia requerida por la LMC se vincula con la imposibilidad de obtener, mediante la suspensión de los efectos del acto, los mismos efectos que se obtendrían con la sentencia de mérito, con carácter irreversible<sup>1645</sup>.

En definitiva, entonces, es claro que lo que la norma prohíbe es que la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo no tenga los mismos alcances que tendría la sentencia definitiva a dictarse en el proceso principal.

Al momento de resolver una medida cautelar autónoma, los tribunales especializados precisaron que como su extensión temporal depende, exclusivamente, del proceder que adopte y siga la Administración, no puede considerarse que la suspensión judicial del acto tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles<sup>1646</sup>.

3.2.1.1.1.5.) El previo pedido de  
suspensión en sede administrativa

3.2.1.1.1.5.1.- A los requisitos previamente mencionados la LMC agrega, además, la necesidad de que el particular demuestre que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y que la decisión de ésta fue adversa a su petición, o que han transcurrido cinco días desde la presentación de la solicitud sin que ésta hubiera sido respondida (cfr. art. 13, ap. 2°).

Asimismo, y con toda lógica, la LMC expresamente prevé que en el marco de un proceso de amparo no resulta exigible haber requerido la suspensión de los efectos del acto en sede administrativa (art. 19).

---

<sup>1645</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 170 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 241; CANDA, Fabián O., “La suspensión de efectos...”, op. cit., p. 375.

<sup>1646</sup> CNACAF, Sala IV, 11/04/17, “Fundación Que Sea Justicia c/ EN y otro s/ medida cautelar (autónoma)”.

La exigencia de acreditar aquel pedido previo de suspensión en sede administrativa, como vimos en el punto N° 3.1.2.1. de este Capítulo, había sido aceptado no solo por un gran sector de la doctrina<sup>1647</sup> sino, también, por la jurisprudencia de la CSJN<sup>1648</sup> y de la Cámara<sup>1649</sup>.

3.2.1.1.1.5.2.- De la norma transcrita el lector podrá apreciar que la LMC no permite a los administrados que, antes de los cinco días de solicitada la suspensión de los efectos del acto en sede administrativa –o menos días si el pedido hubiere sido rechazado antes de aquel plazo–, puedan acudir a la justicia para obtener una suspensión judicial en el marco de una medida cautelar autónoma.

Ante ello, y conscientes de que, en ciertas ocasiones, aguardar cinco días para acudir a la justicia podría ser incompatible tanto con la naturaleza de los derechos en juego como con la gravedad de los daños que se generarían por la inminente ejecución del acto, se propuso que, durante aquel período, se pueda requerir una *medida cautelar provisionalísima*<sup>1650</sup> o, incluso, la exención de aquel pedido<sup>1651</sup>.

---

<sup>1647</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 269 y, también, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 175; en igual sentido: HUTCHINSON, Tomás, “La suspensión...”, op. cit., p. 683. En contra, aunque refiriéndose al proceso contencioso administrativo en la provincia de Buenos Aires: CASSAGNE, Juan Carlos, - PERRINO, Pablo E., *El nuevo proceso contencioso...*, op. cit., p. 336/337.

<sup>1648</sup> La doctrina de la Corte Suprema que se deriva del fallo “Hughes Tool Company” (se trataba de un proceso de amparo con finalidad cautelar), es que se exige la previa interposición de la cautelar en sede administrativa, a efectos de darle a la Administración la posibilidad de suspender los efectos del acto antes de someter la cuestión al criterio judicial (CSJN, 07/03/1985, “Hughes Tool Company S.A.C.I.F.I. c/ Nación Argentina”, Fallos: 307:178).

<sup>1649</sup> CNACAF, Sala III, 20/02/95, “EDESUR S.A. c/ E.N.R.E. -Resol. ENRE N° 18/95”; CNACAF, 2/4/1985, “Romero”, y las citas de sus precedentes. El tema puede ampliarse en: CANDA, Fabián O., “La suspensión de efectos...”, op. cit., p. 735 y ss.

<sup>1650</sup> CANDA, Fabián O., “La suspensión de efectos...”, op. cit., p. 375.

<sup>1651</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 137 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 241; CANDA, Fabián O., “La suspensión de efectos...”, op. cit., p. 375; MONTI, Laura, “Agotamiento de la vía administrativa y tutela judicial efectiva”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Público*, ALONSO REGUEIRA, Enrique –Director–, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2013, p. 324/325.

La última autora citada precisó que, en algunos casos, “*aun habiendo solicitado la suspensión en sede administrativa, no es posible aguardar a que transcurra el plazo para considerarla denegada por silencio, ante la posibilidad de la pérdida definitiva del derecho en cuestión, o que ese pedido, en atención a las circunstancias, constituye un ritualismo inútil*”. La autora, aún antes de la sanción de la LMC, ya había señalado que, en el caso de las medidas cautelares autónomas, de aceptarse la exigencia del pedido previo de suspensión en sede administrativa, aquel requisito “–al menos, en cuanto al transcurso del plazo

Aquella última postura, a la que adherimos, fue la solución propuesta en el proyecto de *Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo*<sup>1652</sup> –aprobada por el Senado en el año 2008, y al que hicieramos referencia en el punto N° 2 del Capítulo XI– que, en su art. 41, establecía, en lo que aquí interesa, que “*el particular deberá demostrar que la ha pedido ante la Administración y que la decisión de ésta fue adversa a su pretensión, o que han transcurrido CINCO (5) días desde que la presentó o el plazo menor que el interesado justificadamente invoque como razonable, sin que se le respondiera*”.

En igual sentido se perfilaron diversos proyectos de Códigos, como el presentado en el año 2019, cuyo art. 41 mantiene idéntica redacción<sup>1653</sup>.

Es que, como ha señalado la jurisprudencia del fuero con anterioridad a la vigencia de la LMC, “*la exigencia de la previa petición en sede administrativa de la suspensión del acto administrativo (...) no constituye –por vía de principio– un recaudo ineludible para la viabilidad de las medidas cautelares contra la Administración Pública, constituyendo una cuestión a ponderar prudentemente por el juez en cada caso*”<sup>1654</sup>.

3.2.1.1.1.6.) Ponderación de los requisitos:  
la verosimilitud del derecho como llave  
maestra para el otorgamiento de una medida  
cautelar

3.2.1.1.1.6.1.- Hasta aquí hemos visto cuáles son los requisitos para la procedencia de la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo –particular o general–.

Ahora bien, una última cuestión que requiere ser analizada es aquella que se vincula

---

*para que se considere operada la denegación tácita del pedido de suspensión– debe ser obviado cuando el particular alegue o demuestre fundadamente que no puede aguardar ese transcurso sin que la ejecución del acto administrativo le cause perjuicios de difícil o imposible reparación ulterior”* (MONTI, Laura M., “El agotamiento de la instancia...”, op. cit., p. 218).

<sup>1652</sup> Ver Expediente S-1360/07, con media sanción en la sesión celebrada el día 26 de noviembre de 2008 - OD N° 1156/08.

<sup>1653</sup> Ver Expediente S-1192/19

<sup>1654</sup> CNACAF, Sala I, 16/03/1999, “EDESA S.A. –incidente med. c/ EN – Secretaría de Energía – Disp. SSE 74/1998 s/ medida cautelar (autónoma)”



con la ponderación que merece cada uno de aquellos requisitos, en especial, la *verosimilitud del derecho* y el *peligro en la demora*.

En otras palabras, ¿cuál es el elemento definidor para el otorgamiento de una medida cautelar que dispone la suspensión de los efectos del acto administrativo?

Como vimos, un sector de la doctrina entiende que el peligro en la demora constituye “*la clave de bóveda de las medidas cautelares*”<sup>1655</sup>.

Sin embargo, otro calificado sector de la doctrina, entre los que se inscribe el profesor Julio Rodolfo COMADIRA<sup>1656</sup>, entienden que en el proceso cautelar administrativo, la verosimilitud del derecho reviste una importancia capital y excluyente, al punto de que puede llegar a justificar, en ciertos casos, por sí solo, la procedencia cautelar.

Y es que si bien en el derecho privado el peligro en la demora constituye el interés jurídico que fundamenta la medida, lo cierto es que los principios involucrados en el campo del contencioso administrativo permiten elaborar un esquema sustantivo propio de la tutela cautelar.

Como recuerdan los autores citados, el interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad, de insoslayable valoración no solo en la providencia cautelar, sino, además, en la sentencia de mérito que eventualmente pueda dictarse, impone acordar la protección a quien, por su sola legitimación, la invoca.

---

<sup>1655</sup> SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 2, p. 946.

<sup>1656</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo [Coordinador, colaborador y actualizador], *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 481 y, antes, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 252/253, COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 451/452. Más recientemente en: COMADIRA, Julio Rodolfo, “El juez contencioso administrativo...”, op. cit.

En igual sentido: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 162 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 262/263.

Como bien se ha afirmado con referencia al Código Contencioso Administrativo bonaerense, “*si la nulidad es manifiesta, el tribunal debe restablecer la legalidad administrativa, suspendiendo los efectos del acto viciado, aun a falta de acreditación concluyente del peligro en la demora, siempre –obviamente– que exista interés suficiente para instar la actuación judicial*”, LOGAR, Ana C., “Las medidas cautelares en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, en la obra colectiva *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Carlos A. BOTASSI (Director) y Miguel H. E. OROZ (Coordinador), Librería Editora Platense, La Plata, 2011, tercera edición, p. 494.

MAIRAL, por su parte, afirma que cuando el vicio es manifiesto la suspensión procede cualquiera sea el perjuicio alegado, bastando la simple presencia de un interés jurídico en obtenerlo (MAIRAL, Héctor, *Control judicial...*, op. cit., Volumen II, p. 841).

Si se tiene en cuenta, por un lado, que el fundamento primario de la tutela cautelar administrativa radica en asegurar el cumplimiento oportuno del principio de juridicidad y, por otra parte, que la verosimilitud del derecho invocado tiene entidad suficiente para neutralizar la presunción de legitimidad de un acto que, *prima facie*, tiene una nulidad grave y manifiesta, resulta indudable que, independientemente de la entidad del peligro, el acto debe ser suspendido.

Es que, como sostenía el profesor Julio Rodolfo COMADIRA, “¿cuál podría ser la causa jurídica suficiente, salvada que sea la exigencia notoria, grave e indudable del interés público, para obligar al administrado a soportar un perjuicio, aun de escasa entidad, cuando el acto no ostenta presunción de legitimidad? Y, a la inversa, ¿por qué el perjuicio grave debería evitarse si el acto luce aquella presunción?” “¿Es justo(...) en cambio, negar acogida jurisdiccional cautelar a una pretensión que, aun cuando no suponga, de inatenderse, un peligro grave en la demora, exterioriza, sin embargo, con su formulación la existencia de una nulidad absoluta y, además, manifiesta, evidente, notoria?”<sup>1657</sup>.

Del mismo modo, en uno de sus últimos trabajos el citado jurista enfatizó que “si la verosimilitud invocada tuviera, sin embargo, entidad suficiente para enervar la presunción de legitimidad del accionar administrativo (condición de la ejecución del acto y derivación del principio de juridicidad), a causa de la exteriorización de un vicio grave y manifiesto en el acto o, en su caso, de una notoria, evidente ausencia de derecho revelada por el silencio o inactividad administrativa o las vías de hecho de la Administración, y, a su vez, el riesgo de peligro por la demora se refiriera a un daño grave, la protección cautelar se debería acordar. La juridicidad del accionar administrativo es, en un Estado de Derecho, un interés público primario de la colectividad, pues en el respeto al ordenamiento se resume la preeminencia de los valores y principios que le dan fundamento, de modo que, siendo así, no es concebible que él pueda ser sacrificado para atender, en apariencia, a algún otro interés”<sup>1658</sup>.

---

<sup>1657</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 252/253, luego en COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 158/159 y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo [Coordinador, colaborador y actualizador], *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 481.

<sup>1658</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, “El juez contencioso administrativo...”, op. cit.

Ciertamente, si la nulidad invocada por el peticionante no reviste el carácter de manifiesta, sí tendría relevancia la valoración del peligro en la demora, en los términos antes expuestos.

Por ello, tanto la doctrina y la jurisprudencia del fueron han precisado que a mayor verosimilitud del derecho, menor exigencia de peligro en la demora y, a la inversa, a mayor peligro en la demora, menor exigencia en la verosimilitud del derecho<sup>1659</sup>.

3.2.1.1.1.6.2.- En definitiva, entonces, en nuestra opinión y coincidiendo con los autores citados, entendemos que la llave maestra que definirá si corresponde o no otorgar una medida cautelar suspensiva de efectos de un acto administrativo –particular o general–, reside en la *verosimilitud del derecho* invocado que, en caso de tener entidad suficiente para enervar la presunción de legitimidad del accionar administrativo<sup>1660</sup> – como sucedería, entre otros casos, cuando se invoca un vicio grave y manifiesto<sup>1661</sup>–, justifica, por sí, la procedencia de la tutela cautelar, independientemente de la entidad del peligro.

Por ello, consideramos encomiables aquellas regulaciones provinciales que exigen

---

<sup>1659</sup> Ver, por todos: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo [Coordinador, colaborador y actualizador], *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 481 y, antes, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 252/253, COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 452.

<sup>1660</sup> Un análisis de los supuestos en los que la presunción de legitimidad cede puede verse en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 140/141 y, más recientemente, COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo [Coordinador, colaborador y actualizador], *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 466 y ss.; COMADIRA, Fernando G., *La acción de lesividad...*, op. cit., p. 320 y ss.; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 219 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La presunción de legitimidad...”, op. cit., p. 61 y ss.

<sup>1661</sup> A nuestro modo de ver, se estará en presencia de un acto administrativo grave y manifiestamente viciado cuando aquel no evidencie una adecuada estructuración de los elementos esenciales que le son exigibles con arreglo a los arts. 7° y 8° de la LNPA (en igual sentido: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo [Coordinador, colaborador y actualizador], *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 148 y, antes, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 462).

Cabe recordar, además, que, tal como lo hemos sostenido en otras oportunidades siguiendo el criterio expuesto por un sector de la doctrina, en el plexo normativo de la LNPA un acto administrativo será nulo de nulidad absoluta (o, en términos de la LNPA, irregular) cuando carezca de alguno de sus elementos esenciales (v.gr.: competencia, causa, objeto, procedimientos, motivación, finalidad y forma) o, alguno de ellos, padezca un vicio grave. Por otra parte, el acto regular será el plenamente válido o el que está viciado en alguno de sus elementos con una nulidad relativa (COMADIRA, Fernando G., *La acción de lesividad...*, op. cit., p. 82 y, antes, en COMADIRA, Fernando Gabriel, “La suspensión de oficio de los efectos...”, op. cit., p. 369).

de la acreditación del perjuicio irreparable en los casos de nulidades manifiestas<sup>1662</sup> o, también, las que habilitan la suspensión frente a resoluciones en principio nulas por incompetencia o violación manifiesta de la ley, limitando la exigencia de la reparabilidad del perjuicio a los casos en que concurriendo *prima facie* la ilegalidad, esa pueda no derivar de los supuestos enunciados<sup>1663</sup> (cfr. Chaco, Jujuy, Misiones, Santa Fe y Santiago del Estero)<sup>1664</sup>.

Es que, como con agudeza destacara el profesor Julio Rodolfo COMADIRA, “*la juridicidad del accionar administrativo es, en un Estado de derecho, un interés público primario de la colectividad, pues en el respeto al ordenamiento se resume la preeminencia de los valores y principios que le dan fundamento, de modo que, siendo así, no es concebible que él pueda ser sacrificado para atender, en apariencia, a algún otro interés*”<sup>1665</sup>.

Así, pues, y teniendo en consideración que, como vimos, el interés público es el estándar de interpretación básico de toda relación jurídico administrativa, coincidimos con quienes sostienen que si la verosimilitud del derecho fuera *simple*, esto es, si no tuviera entidad suficiente para neutralizar la presunción de legitimidad del acto administrativo, y el juez concluyera, con certeza, que con el otorgamiento de la medida cautelar requerida se afecta, de manera grave y evidente, un interés público *primario*, la tutela no debería, en principio, ser otorgada<sup>1666</sup>.

---

<sup>1662</sup> Cfr. art. 17 del Código de Procedimientos en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Corrientes.

<sup>1663</sup> Cfr. art. 29 del Código Contencioso Administrativo de la Provincia del Chaco; art. 31 del Código Contencioso Administrativo de Jujuy; art. 29 del Código Procesal Contencioso Administrativo de Misiones; art. 14 de la Ley N° 11330 que regula el Recurso contencioso administrativo; art. 30 del Código Contencioso Administrativo de Santiago del Estero.

<sup>1664</sup> En igual sentido: COMADIRA, Julio Rodolfo, “El juez contencioso administrativo...”, op. cit., nota N° 32.

<sup>1665</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, “El juez contencioso administrativo...”, op. cit.

<sup>1666</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, “El juez contencioso administrativo...”, op. cit. Señala el autor que debe deslindarse “*el interés colectivo primario de la comunidad, de otros intereses que, aunque públicos, no dejan de ser secundarios. No es igual, en ese sentido, el interés público involucrado en la contratación de medicamentos para asistir a la población afectada por una epidemia, que el implicado en el acto que decide el cese de un agente público, aun cuando éste sea un funcionario jerarquizado*”.

3.2.1.1.1.2.) El informe previo de la autoridad pública

Uno de los aspectos más novedosos y polémicos que ha incorporado la LMC es el preceptuado en el art. 4° que regula el *informe previo*.

Así, la norma establece que “*solicitada la medida cautelar, el juez, previo a resolver, deberá requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco (5) días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud.*”

*Con la presentación del informe, la parte demandada podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañará las constancias documentales que considere pertinentes”.*

Como se ve, y a diferencia de lo que sucede en el ámbito del derecho privado, donde las medidas cautelares son decretadas *in audita pars*<sup>1667</sup>, en el derecho administrativo nacional<sup>1668</sup>, a partir de la entrada en vigencia de la LMC, las medidas cautelares dictadas en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional, requieren de un *informe previo* de la autoridad pública demandada<sup>1669</sup>.

---

<sup>1667</sup> En lo que aquí interesa, el art. 198 del CPCCN expresamente establece que “*las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte. Ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento.*”

<sup>1668</sup> El informe previo regulado en la LMC cuenta con precedentes legislativos provinciales en donde, también, se prevé el traslado previo a la resolución de la medida cautelar: art. 19 del Código Procesal Contencioso Administrativo de Córdoba (Ley N° 7182); art. 21 del Código Procesal Administrativo de la provincia de Entre Ríos (Ley N° 7061); art. 21 del Código Procesal Administrativo de Formosa (Ley N° 584); art. 28 del Código Contencioso Administrativo del Chaco (Ley N° 878); art. 22 del Código Procesal Administrativo de Mendoza (Ley N° 3918); art. 30 del Código Contencioso Administrativo de Jujuy (Ley N° 1888); art. 29 del Código Contencioso Administrativo de Santiago del Estero (Ley N° 2297); art. 18 del Código Contencioso Administrativo de Tierra del Fuego (Ley N° 133); art. 21 del Código Procesal Administrativo de Neuquén (Ley N° 1305); art. 25 del Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo de Santa Cruz (Ley N° 2600).

En el ámbito del proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires, el art. 23, inc. 1° del Código Contencioso Administrativo prevé que “*las medidas cautelares podrán solicitarse en modo anticipado, simultáneo o posterior a la promoción de la demanda. Se decretarán sin audiencia de la otra parte; sin perjuicio de lo cual el juez, en atención a las circunstancias del caso, podrá requerir un informe previo a la parte demandada o a la alcanzada por la medida solicitada, que deberá ser contestado en un plazo no mayor de cinco (5) días*”. Como se ve, la regla general establecida por el legislador provincial es que las medidas cautelares se decretan, en principio, *in audita pars*, sin perjuicio de que, en ciertas circunstancias, el juez pueda solicitar a la parte demandada un informe previo.

<sup>1669</sup> Debe señalarse, además, que incluso antes de la sanción de la LMC resultaba habitual que el juez interviniente requiriera las actuaciones administrativas para constatar los extremos denunciados por el

Así, y tal como dijéramos en el punto N° 3.1. del Capítulo III, es posible afirmar que se está ante una *nueva prerrogativa procesal* a favor de la Administración Pública<sup>1670</sup>.

Ciertamente, no pretendemos aquí analizar en profundidad la constitucionalidad del *informe previo* o si se está ante una “bilateralización” del proceso cautelar –tal como adelantamos en el punto N° 3.1.1.3. del Capítulo III–, pues ello excedería, sin duda alguna, el objeto de esta tesis<sup>1671</sup>.

Por ello, en esta oportunidad solo diremos que si bien el principio general es que previo a decretarse una medida cautelar contra el Estado aquella debe sustanciarse, lo cierto es que la norma, además de establecer excepciones al referido informe previo, prevé la posibilidad de suspender los efectos del acto mientras –*interin*– tramita el informe.

Aquellas circunstancias, es decir, la ausencia del deber de exigir el informe previo en determinadas ocasiones y la posibilidad de obtener la suspensión *interina* de los efectos del acto durante la sustanciación de la medida cautelar, parecerían descartar, en principio,

---

solicitante de una medida cautelar. Asimismo, y ante ciertas circunstancias excepcionales, podía suceder que el juez ordenara la previa sustanciación de la medida antes de su resolución. Sin embargo, esto último no encontró apoyo uniforme en la doctrina (GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Medidas cautelares...*, op. cit., p. 142/144 y 148/149; GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *Las medidas cautelares...*, op. cit. p. 94; VALLEFÍN, Carlos A., *Medidas cautelares...*, op. cit., p. 88/94, entre otros).

<sup>1670</sup> Así lo ha entendido, en su momento, GRIMAU, Juan I., “El informe previo...”, op. cit.

<sup>1671</sup> Remitimos, para ello, al estudio de los siguientes trabajos: VALLEFÍN, Carlos A., *Medidas cautelares...*, op. cit.; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 129 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 241 y ss.; CASSAGNE, Ezequiel, “Las medidas cautelares contra la Administración Pública. Su regulación especial”, en AA.VV., *Derecho administrativo, Estado y república*, CARDONA, Juan Carlos –Director– Astrea, Buenos Aires, 2019, Tomo 3, p. 278 y ss.; HUTCHINSON, Tomás, “Algunas reflexiones sobre la regulación de las medidas cautelares en las que interviene el Estado”, SJA 25/09/2013, 22 y en JA 2013-III, Cita Online: AP/DOC/1923/2013; GRIMAU, Juan I., “El informe previo...”, op. cit., entre otros.

En el ámbito de la jurisprudencia de la Cámara del fuero resulta ilustrativo lo resuelto por la Sala IV, en cuanto señaló que “*corresponde precisar que la contestación del informe del art. 4° de la ley (...) no permite en todos los casos atribuir a la causa tal carácter bilateral. A tal efecto, corresponde distinguir dos temperamentos posibles a adoptar por la autoridad pública: (i) la producción de un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la petición cautelar (art. 4°, inc. 1°, primer párrafo de la ley 26.854); y/o (ii) la oposición a la pretensión cautelar explicitando la falta de verificación de las condiciones de admisibilidad y procedencia, acompañando las constancias documentales que considere pertinentes (art. 4°, inc. 1°, segundo párrafo del referido texto normativo). En el primer supuesto, el tenor del informe no permitiría –en principio– atribuir al proceso un carácter propiamente bilateral; condición que sí cabría predicar en la segunda hipótesis, dado que las defensas opuestas excederían el contenido de un mero informe y configurarían la bilateralidad propia de una incidencia*” (CNACAF, Sala IV, 17/05/16, “Mengucci, Darío Luciano c/ EN - M Relaciones Exteriores y Culto s/ medida cautelar –autónoma–”).



los posibles reparos constitucionales que puedan efectuarse sobre la norma<sup>1672</sup>.

### 3.2.1.1.1.2.1.) Excepciones al pedido del informe previo

3.2.1.1.1.2.1.1.- Entre las excepciones contempladas a la exigencia de requerir un informe previo a la demandada, el art. 4º, inc. 3º de la LMC estipula que “*las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada*”.

El citado art. 2º, inc. 2º de la LMC<sup>1673</sup> refiere a los “sectores socialmente vulnerables

---

<sup>1672</sup> En el ámbito doctrinario, han señalado que el informe previo del art. 4º de la Ley N° 26.854 es inconstitucional, entre otros: BASTERRA, Marcela I., *El Proceso Constitucional de Amparo...*, op. cit., p. 185; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La inconstitucionalidad e inconveniencia del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte (Ley 26.854)”, en LL, Suplemento Especial, Mayo 2013, p. 71; MANLI, Pablo, “Las medidas cautelares contra el Estado frente al bloque de constitucionalidad”, en LL, Suplemento Especial, Octubre 2014, p. 112.

En la jurisprudencia del fuero también existen antecedentes en los que se ha declarado la inconstitucionalidad del informe previo exigido por la LMC. Así, se ha señalado que “*el art. 4º de la ley 26.854 en cuanto establece el requisito de un informe de la autoridad pública demandada previo a la decisión sobre la admisibilidad de la medida cautelar, es inconstitucional, pues desnaturaliza el trámite inaudita parte propio de aquella medida, el cual se vincula con la urgencia y eficacia de la protección cautelar dirigida a garantizar la efectividad de los derechos que se invocan, de modo tal que se afecta el debido proceso*” (CNACAF, Sala III, 06/06/2014, “American Airlines Inc. c/Administración Nacional de Aviación Civil s/nulidad de acto administrativo”). Con igual criterio se expidieron algunos juzgados de primera instancia (JNCAF N° 2, 05/06/2016, “Federación Argentina de Colegios de Abogados c/EN-PEN, ley 26.855 s/Proceso de conocimiento”, JNCAF, 06/06/2013, “Rizzo, Jorge Gabriel y otro c/ EN – PEN – Ley 26.855 s/ amparo Ley 16.986”, JNCAF, 01/07/2015, “Cabral, Luis María c/ EN - Consejo de la Magistraturas/proceso de conocimiento”; JNCAF N° 06, 07/06/2013, “Javkin, Pablo c/ EN – PEN – Ley 26.855 s/ proceso de conocimiento”, JNCAF, 06/06/2013, “Pitte Fletcher Denis c/EN-PEN s/ amparo ley 16.986”, JNCAF, 05/06/2013, “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otros c/ PEN s/ Proceso de conocimiento”; JNCAF N° 10, 04/06/2013, “Será Justicia -Inc. med. Cautelar- c/EN-PEN, ley 26.855 s/Proceso de conocimiento”).

Sin embargo, de la lectura de las sentencias de las Salas I y V del fuero es posible concluir que el informe previo no resulta inconstitucional: CNACAF, Sala I, 10/09/2013, “Fernández Clarisa Lorena y otros c/EN-M0 Defensa, res. 59/96, 178/13 s/amparo ley 16.986”, CNACAF, 07/11/2013, “Rugby Equipment SA c/EN-AFIP-SCI s/proceso de conocimiento”, CNACAF, 05/12/2014, “Banco de Valores SA y otros c/Banco Central de la República Argentina s/recurso directo de organismo externo” y fallos allí citados; Sala V, 26/05/2015, “Cambio García Ramaglio y Cia. SA y otros c/Banco Central de la República Argentina s/entidades financieras - ley 21.526 art. 41” (ver, no obstante, en este último fallo, el voto del Dr. Gallegos Fedriani).

<sup>1673</sup> Señala el art. 2º, inc. 2): “*Medidas cautelares dictadas por Juez incompetente...2. La providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos*



acreditados en el proceso”, la “vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos”<sup>1674</sup>, “la salud”, los derechos de “naturaleza alimentaria o de “naturaleza ambiental”.

Es decir, según la LMC, las medidas cautelares en las que estén involucrados sectores socialmente vulnerables, o se esté comprometida la vida digna, la salud, derechos de naturaleza alimentaria o ambiental, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada<sup>1675</sup>.

3.2.1.1.1.2.1.2.- Analizar qué ha de entenderse por sectores vulnerables y, en su caso, quiénes forman parte de aquel grupo, por su extensión y alto grado de complejidad y discutibilidad jurídica, excede sin duda alguna el objeto de este trabajo<sup>1676</sup>.

Por ello, aquí solo diremos que según surge de las “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, “*se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y (o) culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos*

---

*Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental...”.*

<sup>1674</sup> Ver, sobre la cuestión, SAGÜÉS, Néstor P., “El concepto de ‘vida digna’ en la ley 26.854 sobre medidas cautelares”, REDA 89:1399.

<sup>1675</sup> Al analizar la norma comentada, PERRINO señaló que “*Ciertamente, y más allá de la mala técnica legislativa empleada para describir los supuestos indicados, establecer un régimen más tuitivo para tales supuestos no es irrazonable ni controvertible. En cambio, si lo es haber degradado el nivel de protección que hasta la entrada en vigencia de la ley 26.854 tenían los sujetos y los derechos no incluidos en la enunciación efectuada por el art. 2, inc. 2º. Como bien explica Buteler, ‘En vez de apuntalar facilitando el acceso a la tutela cautelar a los sectores más vulnerables se le quitaron las garantías ya conquistadas a quienes no integran ese grupo ... La legislación no propone un progreso en los derechos de los desfavorecidos sino que se limita a mantener lo que ya tenían en la regulación anterior (caución juratoria, despacho unilateral, no limitación temporal), desmejorando la situación del resto de la sociedad que ahora ve más dificultosa la defensa de sus derechos’*” (PERRINO, Pablo E., “Algunas reflexiones sobre los nuevos medios de tutela urgente frente al Estado. La denominada tutela anticipatoria y autosatisfactiva”, en AA.VV., *Control Público y Acceso a la Justicia*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2016, Tomo 2, p. 23).

<sup>1676</sup> Remitimos, para ello, a la reciente obra: *Tratado sobre la vulnerabilidad*, BASSET, Úrsula C y otros, Buenos Aires, La Ley, 2017.

*reconocidos por el ordenamiento jurídico”*<sup>1677</sup>.

La CIDH ha señalado en más de una oportunidad que *“toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos”* agregando, además, que *“no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”*<sup>1678</sup>.

Así como en otra oportunidad<sup>1679</sup> hemos destacado que según lo expresado por la CIDH, las garantías judiciales previstas en el art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>1680</sup> no solo deben predicarse en los procesos judiciales, sino, también, en los procedimientos administrativos, es claro, al menos desde nuestro punto de vista, que el deber del Estado de garantizar una protección especial a todos aquellos que estén en una situación de vulnerabilidad, no se limita al campo de la Administración Pública

---

<sup>1677</sup> Ver: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>, consultado por última vez el 08/11/2020.

<sup>1678</sup> CIDH, 31/08/2012, caso “Furlán y familia vs. Argentina”, párr. 134; CIDH, 04/07/2006, caso “Ximenes López vs. Brasil”, párr. 103, entre otros.

<sup>1679</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p. 337/338 y, antes, en COMADIRA, Fernando Gabriel, “La suspensión de oficio...”, op. cit.

<sup>1680</sup> El artículo 8° de la Convención Americana de Derecho Humanos establece las siguientes garantías judiciales: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

sino que, además, se proyecta en el campo legislativo y judicial.

Al estudiar la vulnerabilidad como estándar internacional de protección de los derechos humanos, BASSET, en línea con la clasificación efectuada por ESTUPIÑÁN SILVA, destacó que una posible categorización de las diversas formas de vulnerabilidad podría darse según se trate de: *a) situaciones estables*: es decir, aquellas que no pueden ser remediadas y que por lo tanto son constitutivas del grupo del que se trate (v.gr.: niñez, adolescencia, personas de tercera edad, enfermedades o discapacidades físicas o mentales irreversibles, etc.); *b) situaciones transitorias*: esto es, las que pueden ser remediadas, aunque a veces provengan de condiciones estructurales y su remedio pueda llevar más de una generación (v.gr.: pobreza, condición de embarazo de la mujer, situación del migrante, situación de riesgo, etc.)<sup>1681</sup>.

Independientemente de la enunciación efectuada por la CIDH en relación con quiénes son los sectores vulnerables en el sistema interamericano<sup>1682</sup>, cabe señalar que de los diversos precedentes de nuestra CSJN puede extraerse que, en principio, formarían parte de los sectores vulnerables los jubilados<sup>1683</sup>, los ancianos en general<sup>1684</sup>, en algunos casos particulares las mujeres<sup>1685</sup>, los discapacitados<sup>1686</sup>, entre otros.

---

<sup>1681</sup> BASSET, Úrsula C., “La vulnerabilidad como perspectiva: Una visión latinoamericana del problema. Aportes del sistema interamericano de derechos humanos”, en BASSET, Úrsula C y otros, *Tratado sobre la vulnerabilidad*, Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 19 y ss.

<sup>1682</sup> Ampliar en: BASSET, Úrsula C., “La vulnerabilidad como perspectiva...”, op. cit., p. 19 y ss.

<sup>1683</sup> CSJN, 26/03/2019, “García, María Isabel c/A.F.I.P. s/acción meramente declarativa de Inconstitucionalidad”, Fallos: 342:411; CSJN, 18/12/2018, “Blanco, Lucio Orlando c/ ANSeS s/ reajustes varios”, Fallos: 341:1924, entre otros.

<sup>1684</sup> CSJN, 26/03/2019, “García, María Isabel c/A.F.I.P. s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos: 342:411; CSJN, 10/02/2015, “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/Amparo”, Fallos: 338:29; CSJN, 29/03/2005, “Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/reajustes varios.”, Fallos: 328:566, entre otros.

<sup>1685</sup> CSJN, 10/02/2015, “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/Amparo”, Fallos: 338:29.

<sup>1686</sup> CSJN, 26/03/2019, “García, María Isabel c/A.F.I.P. s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos: 342:411; CSJN, 26/03/2019, “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación –R.A.F. y L.R.H. de F.”; CSJN, 30/10/2018, “V., M. C. y otro s/ determinación de la capacidad; CSJN, 22/12/2015, “Terruli, Jorge Miguel c/González, Manuel Enrique y otros s/ejecución hipotecaria”, no publicado en *Fallos*; CSJN, 10/02/2015, “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/Amparo”, Fallos: 332:29; CSJN, 24/04/2012, “Q. c., s. Y. e/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, Fallos: 335:452, entre muchos otros.

3.2.1.1.1.2.1.3.- Como se ve, el citado art. 2º, inc. 2º. de la LMC pareciera reflejar lo que hace varios años un calificado sector de la doctrina viene planteando, esto es, una nueva perspectiva del derecho administrativo y, concretamente, en lo que aquí interesa, del proceso contencioso administrativo.

Como enseña GARCÍA PULLÉS, la *“humanización del proceso (...) nos conduce a pensar en un proceso de pretensores”* y que *“obliga a admitir la apertura de una perspectiva distinta, centralmente dirigida a calificar la persona del reclamante y la especie del derecho puesto en juego”*<sup>1687</sup>.

Es decir, conforme el citado jurista, se debería reexaminar el sistema del proceso contencioso administrativo –y, también, el procedimiento administrativo– y reinterpretarlo no ya como un “proceso de pretensiones” sino, antes bien, en un “proceso de pretensores”<sup>1688</sup>, *“en los que lo esencial sea la realización del derecho en el sujeto de la tutela administrativa o judicial”*<sup>1689</sup>.

3.2.1.1.1.2.1.4.- Por nuestra parte, coincidimos con quienes entienden que la

---

<sup>1687</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Otras perspectivas del contencioso administrativo”, LL 2012-F, 1116. La idea expuesta por el autor citado no solo había sido vaticinada en un trabajo publicado con anterioridad (GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Cautelares de provisión en el contencioso administrativo”, en ReDA N° 2009:303) sino que, además, fue ratificada en una reciente obra de su autoría: GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 295, 768 y ss.

El autor citado destaca que así como hace algunas décadas, la labor infatigable de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, entre otros, permitió que trascendiéramos de una categorización del “contencioso administrativo” como “juicio al acto”, para llevar hacia su admisión como “juicio de pretensiones”, GARCÍA PULLÉS considera que hoy resulta necesario volver a superar este criterio y considerar su humanización más profunda, revirtiéndolo en un *juicio de pretensores*.

<sup>1688</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Cautelares de provisión...”, op. cit., idea luego reiterada en GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Otras perspectivas...”, op. cit. y, más recientemente, en GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 295, 768 y ss.

<sup>1689</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones...*, op. cit., p. 295. Señala el autor que *“estamos acostumbrados a pensar en lo contencioso, como un remedio que se plantea ante la jurisdicción para que asegure ‘el objeto de la pretensión’ y concrete en el marco de tal aseguramiento el control judicial sobre la Administración Pública. Pero es indudable que esa verdadera garantía de nada servirá si no se realiza de “cara” a aquél que solicita el objeto procesal, pues si la sentencia puede hacerse efectiva pero el beneficiario ha perecido en el camino, ¿cuál ha sido la eficacia del fallo que quisimos preservar? Es en este sentido que cabe convocar a una jurisdicción de pretensores y no meramente de pretensiones, a la luz de algunos criterios recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”* (GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 768).

posibilidad de excepcionar la exigencia del traslado previo de la medida cautelar debió haberse expresado en términos más amplios, no solo limitándose a las hipótesis previstas en el art. 2º, inc. 2º<sup>1690</sup>.

Así, pues, al igual que él, creemos que resulta más equilibrada la redacción del proyecto de Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo –aprobada por el Senado en el año 2008, y al que hiciéramos referencia en el punto N° 2 del Capítulo XI– que, en su art. 36, no solo fijaba en tres días el plazo del traslado previo, sino que además habilitaba al juez a exceptuarlo teniendo en cuenta “...*la naturaleza de la medida solicitada o la urgencia de su provisión...*”.

El pedido de informe previo al Estado debería obviárselo no solo en los supuestos del art. 2º, inc. 2º, sino también en otros casos en donde resulte necesario por la naturaleza de la medida que se peticiona o la urgencia en despacharla<sup>1691</sup>.

3.2.1.1.2.1.5.- Asimismo, según se desprende de la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal de la Nación, el informe previo tampoco sería obligatorio en las causas en la que aquel tribunal tiene competencia originaria, toda vez que, al decir de la Corte, las disposiciones de la LMC –en especial sus artículos 4º y 9º– no le resultan aplicables “*pues la jurisdicción originaria de esta Corte Suprema prevista en la Constitución Nacional se halla fuera de su alcance, en razón de que ella no puede ser ampliada o restringida por disposición alguna*”<sup>1692</sup>.

---

<sup>1690</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 141 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 244.

<sup>1691</sup> *Ibidem*.

<sup>1692</sup> CSJN, 24/12/2015, “Córdoba, Provincia de c/ Estado Nacional y otro s/ medida cautelar”, no publicado en *Fallos*. La Corte expresamente sostuvo que “*no se le pueden imponer limitaciones de orden procesal en el ejercicio pleno de las atribuciones constitucionales que el artículo 117 de la Ley Fundamental le ha encomendado en los asuntos que corresponden a su jurisdicción más eminente, como intérprete final de aquella, guardián último de las garantías superiores de las personas y participe en el sistema republicano de gobierno. Las altas razones institucionales que determinaron su consagración constitucional, y que en los casos que tienen lugar por razón de las personas -como el sub examine- es asegurar una justicia libre de toda sospecha de parcialidad, y evitar complicaciones con estados extranjeros, y querellas entre provincia y provincia, que pondrían en peligro la paz y el orden público (Fallos: 14:425); impiden someterla al cumplimiento de requisitos previos tales como el previsto en el artículo 4º de la ley 26.854, ya sean estos legales o administrativos*”.

3.2.1.1.2.1.6.- Por otra parte, cabe destacar que, independientemente de nuestra opinión sobre el tema, lo cierto es que la Sala II de la Cámara del fuero, ante la apelación articulada por la parte actora contra el auto que dispuso requerir a la autoridad pública demandada la producción del informe previo, resolvió que aquel “*resulta inapelable – como principio– la providencia que ordena correr un traslado –la solicitud del informe previsto en el art. 4 de la ley 26.854 se asemeja a un traslado–, por cuanto sólo constituye una providencia simple que nada decide y no comporta pronunciamiento del órgano jurisdiccional respecto de pretensión alguna y, en consecuencia, no causa ningún gravamen irreparable en los términos del art. 242 C.P.C.C.N.*”<sup>1693</sup>.

3.2.1.1.2.1.7.- Finalmente, en nuestra opinión, y tal como veremos en los puntos que siguen, creemos que en las medidas cautelares requeridas *luego* de agotada la vía administrativa –o, en su caso, después de haberse resuelto el recurso o reclamo administrativo optativo– (esto es, en las medidas cautelares *anticipadas* y las *accesorias*), el informe previo no debería, en principio, ser exigido.

#### 3.2.1.1.2.2.) La medida cautelar interina.

##### Plazo de vigencia.

Por otra parte, y sin perjuicio de las excepciones antes mencionadas, resta señalar que en aquellos supuestos en los que deba requerirse el informe previo a la autoridad pública demandada, la LMC prevé la posibilidad de que el juez, ante circunstancias graves y objetivamente impostergables, suspenda interinamente los efectos del acto administrativo hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción.

---

Aquella postura ya había sido anteriormente adoptada por los jueces Petracchi y Zaffaroni en la causa: CSJN, 04/02/2014, “Compañía de Tierras del Sud Argentino S.A. c/ Chubut, Provincia de y otros s/acción declarativa”, Fallos 337:23”.

<sup>1693</sup> CNACAF, Sala II, 19/11/2015, “López Larsen, Pablo c/ Administración de Parques Nacionales s/ proceso de conocimiento”. En similar sentido puede verse: CNACAF, Sala IV, 05/11/2013, “Romero Ariel Luis c/ EN -AFIP- DGI RESOL 1279/12 (CRSS) s/ Dirección General Impositiva”.



Se advierte, así, la existencia de la denominada *medida cautelar interina*, la que, según el texto de la LMC, es aquella que se otorga hasta tanto la autoridad pública demandada presente el informe previo o, en su defecto, hasta el vencimiento del plazo fijado para su producción.

Al respecto, cabe señalar que de la lectura de los diversos precedentes jurisprudenciales del fuero es posible advertir la existencia de las siguientes conclusiones: a) la medida interina rige hasta que la autoridad pública demandada presente el informe; b) debe interpretarse que la vigencia de la medida cautelar interina se extiende hasta la resolución de la medida cautelar de fondo y, c) el plazo del art. 4º, inc. 1º de la Ley N° 26.854 es inconstitucional.

En relación con la primera alternativa, existen fallos en los que se resolvió suspender los efectos de un acto administrativo “*hasta tanto se haya cumplido con el informe requerido y el Tribunal se encuentre en condiciones de decidir acerca de la medida cautelar solicitada (artículo 4º, inciso 1º, tercer párrafo, de la Ley N° 26.854)*”<sup>1694</sup>; en otras palabras, la medida interina debe regir hasta que el Tribunal esté en condiciones de resolver la medida cautelar solicitada, lo que podría ocurrir –aunque no necesariamente– con la presentación del informe previo.

En cuanto a la segunda posibilidad, es decir, la de otorgarle a la medida interina una vigencia temporal hasta tanto se resuelva la tutela cautelar principal, existen algunos precedentes donde se consideró que aquello resultaba procedente<sup>1695</sup> pues, en rigor, se ha resuelto que la suspensión interina de los efectos de un acto administrativo debe regir “*hasta tanto la demandada produzca el informe previsto en el art. 4º, inc. 1, de la ley 26.854 y se resuelva, en su caso, lo que corresponda en el presente incidente de medida*

---

<sup>1694</sup> CNACAF, Sala V, 26/05/2015, “Cambio García Ramaglio y Cía. S.A. y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ entidades financieras – Ley 21.526, art. 41”; CNACAF, Sala I, 05/12/2014, “Banco de Valores S.A. y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ recurso directo de organismo externo”.

<sup>1695</sup> JNCAF, Juzgado de FERIA, 12/01/2015, “Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional y otros c/ EN – Procuración General de la Nación s/ Amparo Ley 16.986”; JNCAF N° 1, 02/12/2019, “Incidente N° 1 - Actor: Centro de Graduados del Liceo Naval Militar “Alte Guillermo Brown” s/ Inc. de Medida Cautelar”. Sin embargo, y en relación con el último fallo citado, debe destacarse que, con posterioridad, mediante resolución del 27/12/2020, el Juzgado cambió su criterio.

Igual criterio se desprende de diversos precedentes de la Sala II de la Cámara del fuero, pues aquella interina hasta tanto se resolviera la medida cautelar (ver, por ejemplo, lo resuelto en: CNACAF, Sala II, 27/04/2017, “Incidente N° 1 – Demandado: AySA y otro s/ Inc. Apelación”, Exp. N° 47.210/2016.



*cautelar”.*

Finalmente, sobre la tercera opción cabe mencionar, a simple título ejemplificativo, lo resuelto por el Juzgado N° 11 del fuero, donde se declaró la inconstitucionalidad del plazo contenido en el art. 4°, inc. 1°, párrafo tercero, pues *“agravia en forma inconciliable el principio constitucional de tutela judicial efectiva y, más específicamente, su sistema de frenos y contrapesos. De entrada, desnaturaliza la esencia misma de la bilateralidad impuesta por la ley 26.854, obligando al Juez a resolver la medida cautelar, sin tiempo para evaluar el informe del Estado y/o requerir datos adicionales trastocando la importancia de dicho informe y dejando en definitiva, en manos del propio Estado demandado, la decisión sobre la vigencia de la medida interina, cuando no es esa la finalidad de la ley”*<sup>1696</sup>.

***En nuestra opinión, y teniendo en consideración que en nuestro sistema jurídico la declaración de inconstitucionalidad constituye la última ratio***<sup>1697</sup>, ***creemos que la vigencia temporal de la medida cautelar interina no debería mantener su eficacia únicamente hasta que el Estado presente el informe o venza el plazo para ello sino que, en rigor, aquella debería mantenerse vigente hasta que el juez se pronuncie sobre la suspensión de efectos del acto administrativo requerida en la medida cautelar de fondo***<sup>1698</sup>.

<sup>1696</sup> JNCAF N° 11, sentencia interlocutoria del 04/09/2013, “Lan Argentina S.A. - Moritan c/ ORSNA s/ medida cautelar (autónoma)”, LL 2013-E, 158.

<sup>1697</sup> Cabe recordar que según tiene dicho la CSJN, la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico: CSJN, 11/07/2019, “Compañía Mega S.A. c/ EN - AFIP DGI- resol. 93/04 94/04”, Fallos 342:1170; CSJN, 21/11/2018, “Standard Bank Argentina SA y otros c/ CNV - resol. 17034/13”, Fallos 341:1675; CSJN, 11/05/2017, “González Castillo, Cristián Maximiliano y otro s/ robo con arma de fuego”, Fallos 340:669; CSJN, 16/03/2016, “Boggiano, Antonio c/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social s/ Proceso administrativo - Inconst. varias”, Fallos 339:323; CSJN, 13/03/2017, “Acosta, José Irineo c/ Compañía Andrade Empresa de Transporte de Pasajeros S.R.L. s/ cobro”, Fallos 330:685; CSJN, 14/09/2000, “Adamini, Juan Carlos c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción de amparo”, Fallos 323:2409; CSJN, 24/02/1981, “Vialco S.A. c/ Agua y Energía Eléctrica. Marrone, Roberto c/ Egom, S.C.A. Banco de Río Negro y Neuquén S.A.”, Fallos 303:248, entre muchos otros.

<sup>1698</sup> En igual sentido: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 142 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 246; CASSAGNE, Ezequiel, “Las medidas cautelares...”, op. cit., p. 307; PERRINO, Pablo E., “Algunas reflexiones sobre los nuevos medios...”, op. cit., p. 34; GRIMAU, Juan I., “El informe previo...”, op. cit.; HUTCHINSON, Tomás, “Algunas reflexiones...”, op. cit.; MORELLO, Augusto M.; SOSA, Gualberto I.; BERIZONCE, Roberto O. *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, cuarta edición ampliada y actualizada, 2015, Tomo III, § 380 *quáter*, B; VERBIC, Francisco, “El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado Nacional y su potencial incidencia en el campo de los procesos colectivos”, Cita Online: AR/DOC/1947/2013, entre otros. SAMMARTINO, al analizar la vigencia de la medida interina, entendió que *“ciertamente, por aplicación analógica del art. 5°, la medida*

Es que, de lo contrario, como bien se ha señalado, “*la concesión de la medida cautelar interina se vería desvirtuada si el Estado pudiera ejecutar el acto una vez presentado el informe –o peor, dejando vencer el plazo para hacerlo– antes de que el juez se pronuncie sobre la medida cautelar*”<sup>1699</sup>.

Por último, hemos de señalar que el juez, en la misma resolución en la que requiere el informe previo a la autoridad pública demandada, debe expedirse de manera expresa y fundada sobre la procedencia, o no, de la medida cautelar interina, notificando de ello a las partes intervinientes.

#### *3.2.1.1.1.2.2.1.) Apelabilidad del auto que resuelve la medida interina*

3.2.1.1.1.2.2.1.1.- Hasta aquí vimos que, independientemente de nuestra opinión crítica al sistema legal, en el marco de la LMC, y salvo en los supuestos del art. 2º, inc. 2º, el juez debe requerir un informe previo de la autoridad pública demandada.

Asimismo, destacamos que, en ciertas ocasiones, el juez podría suspender interinamente los efectos del acto administrativo hasta el momento de la presentación del informe, del vencimiento del plazo fijado para su producción o, según la jurisprudencia, hasta que el juez se expida sobre la medida cautelar.

Precisamos, también, que en la misma resolución en la que se requiere el informe previo, el juez debe expedirse de manera expresa sobre la procedencia, o no, de la medida cautelar interina, notificando de ello a las partes intervinientes.

3.2.1.1.1.2.2.1.2.- Ahora bien, un aspecto que no fue muy analizado por la doctrina y la jurisprudencia es la que se relaciona con la viabilidad jurídica de apelar la decisión que resuelve la concesión o rechazo de la medida cautelar interina.

---

*cautelar interina puede ser prorrogada hasta que el tribunal esté en condiciones de decidir resolver si concede o no la protección cautelar solicitada*” (SAMMARTINO, Patricio M., “Medidas cautelares en los casos...”, op. cit., p 334).

<sup>1699</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 142 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 245.

En el ámbito federal existen pocos precedentes sobre la cuestión y, en general, se ha resuelto que aquella es apelable, lo que resulta coherente con lo dispuesto en el art. 18 de la LMC, según el cual las normas del CPCCN son aplicables analógicamente.

En relación con los efectos que ha de tener el recurso de apelación, la Sala III de la Cámara del fuero expresamente ha resuelto que “...*el efecto devolutivo al que alude el art. 198 in fine del CPCCN... rige únicamente para la apelación de la resolución que hace lugar a la cautelar a fin de que, durante la sustanciación del recurso, el afectado no pueda cambiar la situación originada por la concesión de la medida. En todos los demás supuestos, incluso cuando se recurren las resoluciones sobre levantamiento -como en el caso-, modificación o sustitución de la medida, rige el principio general consagrado por el art. 243 del código de rito, es decir, que la apelación tendrá efecto suspensivo (conf. Arazi, R., “Medidas cautelares”, ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 27; Podetti, J.R., “Tratado de la medidas cautelares”, ed. Ediar, Buenos Aires, 1969, pág. 190; Cam. Com., sala D, en causa 5365/13 “Innophos Mexicana SACV C/ Sudamfos SA S/ exhorto s/ queja”, resol. Del 27/11/14; y esta Sala, en sentido concordante, en causa n° 40.862/2013/2/RH2 “Incidente de recurso de queja de EN-M° Economía y FP en autos ‘HOTEL SOLUTIONS SA c/ EN – AFIP – DGA y otro s/ Medida Cautelar (Autónoma)?”, resol. Del 3/6/14; y causa n° 1038/2014/1/RH1 “Incidente de recurso de queja de EN – M Economía y FP en autos “Walplo SRL c/ EN – M Economía – BCRA – SCI – AFIP s/ medida cautelar (autónoma)”, resol. Del 26/6/14, entre otros)”<sup>1700</sup>.*

3.2.1.1.1.2.2.1.3.- Es que, en definitiva, proponer la inapelabilidad de la sentencia que resuelve el rechazo o concesión de la medida cautelar interina resulta incompatible no solo con las directrices que dimanarían del art. 18 de la Norma Fundamental sino, también, con el art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos y viola el derecho a la tutela judicial efectiva que, como ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos

---

<sup>1700</sup> CNACAF, Sala IV, 10/04/18, “Incidente de recurso de queja en autos Asociación del Personal de los Hipódromos, Agencias, Apuestas y afines de la República Argentina c/EN - Lotería Nacional SE y otro s/proceso de conocimiento”.

Sobre la cuestión, PERRINO destacó que “*cada resolución de prórroga es susceptible de ser apelada, y la decisión de la cámara puede ser recurrida ante la Corte Suprema de Justicia, todo lo cual provoca un dispendio inútil de actividad procesal*” (PERRINO, Pablo E., “Algunas reflexiones sobre los nuevos medios...”, op. cit., p. 31).

Humanos, consiste “*en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público*”<sup>1701</sup>.

Cabe recordar, como ha señalado la doctrina, que la tutela judicial efectiva deriva del art. 18 de la Constitución nacional, de su Preámbulo –en cuanto establece la necesidad de afianzar la justicia– y ha sido establecido con esa denominación en tratados que cuentan con jerarquía constitucional, como el Pacto de San José de Costa Rica, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>1702</sup>.

### 3.2.1.1.1.3.) Caducidad y vigencia temporal

3.2.1.1.1.3.1.- Si se tiene en cuenta que la *medida cautelar autónoma* es la que se interpone durante el trámite administrativo –es decir, durante el agotamiento de la vía administrativa o incluso cuando, habiéndosela agotado, se interpuso un recurso o reclamo administrativo optativo–, sería lógico suponer, también, que aquella debería regir hasta tanto se concluya con el trámite administrativo.

Sobre la cuestión, el art. 5° de la LMC establece que las medidas cautelares dictadas encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa extenderá su vigencia temporal “...*hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8° segundo párrafo*” (énfasis agregado).

El segundo párrafo del art. 8° citado por aquella norma estipula que “*cuando la medida cautelar se hubiera dispuesto judicialmente durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa, dicha medida caducará automáticamente a los diez (10) días de la notificación al solicitante del acto que agotase la vía administrativa*” (la negrita me pertenece).

De las normas transcriptas es posible concluir, entonces, que en el marco de la LMC,

---

<sup>1701</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 105/99 emitido en el caso 10.194, “Palacios, Narciso -Argentina”, del 29/9/99, publicado en LL, 2000-F, p. 594, con nota de BOTASSI, Carlos A., “Habilitación de instancia y derechos humanos”.

<sup>1702</sup> Por todos: MONTI, Laura, “Agotamiento de la vía administrativa...”, op. cit.; TOLLER, Fernando M., “El moderno derecho a la tutela judicial efectiva: de las garantías formales al derecho a la protección de los derechos materiales”, REDA 2003-543.

la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo dispuesta durante el agotamiento de la vía administrativa, caduca automáticamente a los diez días de notificado el acto que agota la instancia administrativa.

3.2.1.1.1.3.2.- A lo expuesto cabe agregar, además, que, como dijimos en el punto N° 3.2.1.1. de este Capítulo, si aún luego de agotada la vía administrativa el particular interpusiera un recurso administrativo optativo y procedente, como sería el caso de un recurso de alzada o el de reconsideración del art. 100 del RLNPA, la medida cautelar autónoma debería seguir vigente y, por tanto, se debería considerar que aquella habrá de caducar a los diez días de la notificación del acto que resuelve aquel recurso o reclamo optativo<sup>1703</sup>.

En otras palabras: si la Administración rechaza un recurso jerárquico –que, como es sabido, su principal efecto es provocar el agotamiento de la vía administrativa– y el particular decide interponer un recurso optativo y procedente, la medida cautelar autónoma debería mantenerse vigente hasta los diez días posteriores a la notificación del acto que resuelve aquel recurso.

3.2.1.1.1.3.3.- Finalmente, coincidimos con lo apuntado por Julio Pablo COMADIRA<sup>1704</sup>, en cuanto a que en lugar de haberse contemplado la *caducidad automática* de la medida cautelar autónoma por el mero transcurso del plazo de diez días de la notificación del acto que agotó la vía, debería haberse establecido la *ineficacia automática* de aquella si, en ese término, el particular no hubiese requerido la ampliación de aquella medida hasta la que se resuelva el proceso principal a iniciarse, o iniciado.

De ese modo, entonces, sostenemos que si tras obtenerse una *medida cautelar autónoma* la Administración rechaza el recurso o reclamo administrativo pertinente, el administrado podría requerir a la justicia que otorgue una ampliación de la tutela cautelar

---

<sup>1703</sup> En igual sentido: GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado...*, op. cit., Tomo 2, p. 834/835; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 144 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 246.

<sup>1704</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 144 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 246/247.

otorgada<sup>1705</sup>.

Lo expuesto resulta coherente, además, con lo previsto en el art. 7º, inc. 1º de la LMC que expresamente estipula que “*quien hubiere solicitado y obtenido una medida cautelar podrá pedir su ampliación, mejora o sustitución, justificando que ésta no cumple adecuadamente la finalidad para la que está destinada*”.

De esa manera, quien obtuvo una *medida cautelar autónoma* –o si durante su tramitación se hubiera dictado el acto que agota la vía administrativa o, en su caso, el que resuelve el recurso o reclamo administrativo optativo–, podría requerir que, con base en lo previsto en el art. 7º, inc. 1º de la LMC, aquella sea modificada por una *medida cautelar anticipada* o, en su caso, una *medida cautelar accesorio*.

En esos supuestos, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 5º de la LMC, e independientemente de la opinión que será expuesta más adelante, la vigencia temporal de aquellas medidas cautelares será de seis meses (o, en casos de procesos sumarísimos o de amparo, tres meses), pudiéndoselas prorrogar todas las veces que sea necesario por plazos no mayores a seis meses, a menos que estén involucrados sectores socialmente vulnerables, o esté comprometida la vida digna, la salud, derechos de naturaleza alimentaria o ambiental, en cuyo caso, como se verá, no resultan aplicables los plazos del art. 5º<sup>1706</sup>.

3.2.1.1.1.3.4.- En definitiva, y como bien se ha señalado<sup>1707</sup>, cabe concluir que en el marco de la LMC, la medida cautelar autónoma caduca automáticamente a los diez días de notificado el acto que agota la instancia administrativa o del que resuelve el recurso o reclamo optativo y procedente.

---

<sup>1705</sup> De esa manera, la medida cautelar autónoma se transformaría en lo que denominamos una medida cautelar anticipada o, en su caso, medida cautelar accesorio.

<sup>1706</sup> Idem nota anterior.

<sup>1707</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 145 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 247.

3.2.1.1.1.4.) Efectos de la apelación de las sentencias dictadas contra una ley o un reglamento del mismo rango jerárquico (el caso de los reglamentos de necesidad y urgencia y los delegados)

3.2.1.1.1.4.1.- Conforme surge del art. 13, inc. 3° de la LMCA, la resolución judicial que suspende los efectos del acto administrativo –de alcance particular o general– es susceptible de ser recurrida por vía de reposición con apelación en subsidio o, directamente, por apelación.

Asimismo, cabe señalar que según el art. 18 de la LMC, resultarán aplicables analógicamente las normas del CPCCN y, por tanto, cabe concluir que el principio vigente en materia de recursos es que tienen *efectos devolutivos* –no suspensivos–, debiéndose interpretar las excepciones de manera restrictiva<sup>1708</sup>.

3.2.1.1.1.4.2.- Pues bien, como excepción al principio antes enunciado, la LMC prevé que *“el recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2”*.

En otras palabras, según la LMC, la mera interposición del recurso de apelación contra la sentencia que dispone la suspensión judicial de los efectos de una ley o un reglamento de necesidad y urgencia o delegado, produce la “suspensión de la suspensión” originalmente concedida o, lo que es lo mismo, que la medida decretada no podría cumplirse hasta que se pronuncie la Cámara.

Ello, claro está, en la medida en que no estén involucrados sectores socialmente

---

<sup>1708</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 806.

Cabe recordar, además, que, como señalamos anteriormente, LINARES QUINTANA definía a la interpretación restrictiva como aquella que *“reduce el sentido y alcance de la norma”* (LINARES QUINTANA, Segundo V., *Reglas para la interpretación constitucional...*, op. cit., p. 19



vulnerables, o esté comprometida la vida digna, la salud, derechos de naturaliza alimentaria o ambiental.

La circunstancia de que los efectos de una medida cautelar solamente tengan eficacia durante el lapso temporal existente entre la traba de la medida y la concesión del recurso de apelación interpuesto, generó que un amplio sector la doctrina<sup>1709</sup> considerara que se trata de una previsión inconstitucional.

3.2.1.1.1.4.3.- Por nuestra parte, antes de ahora hemos estimado<sup>1710</sup> que otorgar efectos suspensivos al recurso de apelación interpuesto contra una sentencia recaída en una medida cautelar, además de desnaturalizar la esencia asegurativa que caracteriza a las medidas cautelares, atenta contra el principio constitucional de la tutela judicial efectiva, pues los derechos afectados por el administrado podrían verse afectados durante el lapso que transcurre entre la apelación y la decisión de la Cámara<sup>1711</sup>.

Es que, en definitiva, no puede soslayarse la circunstancia de que las medidas cautelares son accesorias al *proceso* y no a la *instancia*<sup>1712</sup>.

---

<sup>1709</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 807; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 145/147 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 249; SPISSO, Rodolfo R., “La tutela judicial efectiva ante una ley inconstitucional”, LL 2013-F, 560; VALLEFÍN, Carlos A., *Medidas cautelares...*, op. cit., p. 177; BASTERRA, Marcela I., *El Proceso Constitucional...*, op. cit., p. 194 y ss.; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La inconstitucionalidad e inconveniencia del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte (Ley 26.854)”, en LL, Suplemento Especial, Mayo 2013, p. 69; SIMÓN PADRÓS, Ramiro, “Medidas Cautelares...”, op. cit., Tomo 2, p. 1051; HUTCHINSON, Tomás, “Algunas reflexiones...”, op. cit.; VERBIC, Francisco, “El nuevo régimen de medidas...”, op. cit., entre muchos otros.

<sup>1710</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “¿Cómo obtener la suspensión...”, op. cit.

<sup>1711</sup> En igual sentido: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 145/147 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 245; SPISSO, Rodolfo R., “La tutela judicial...”, op. cit.

La jurisprudencia, por su parte, en un caso relativamente reciente ha declarado la inconstitucionalidad del art. 13, inc. 3° de la LMC (JNCAF N° 3, sentencia del 03/11/2015, “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires c/ EN - Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación s/ proceso de conocimiento”).

<sup>1712</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 145/147 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 245.

Asimismo, compartimos el criterio de quienes sostienen que, aun cuando en el marco del proceso principal de primera instancia se hubiera dictado una sentencia adversa a la pretensión del particular, y esta hubiera sido apelada, la medida cautelar debe mantenerse vigente pues, como bien señala BACRE, las medidas cautelares “*tienen por objeto garantizar los resultados del juicio y no las de la instancia*” (BACRE, Aldo, *Medidas cautelares. Doctrina y jurisprudencia*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2005, p. 172).

Además, la LMC, al equiparar los efectos del recurso de apelación contra una sentencia que dispone la suspensión de los efectos de una ley emanada del Congreso y los de un reglamento delegado o de necesidad y urgencia, ignora que, como hemos visto a lo largo de los argumentos que sustentan nuestra tesis, aquellos, al ser producto de la función administrativa (por oposición a la legislativa)<sup>1713</sup>, son una *especie* del *género* acto administrativo, es decir, son actos administrativos en sentido amplio<sup>1714</sup> y que, por tanto, ambas normas (ley y reglamento) están sometidas a regímenes jurídicos diferentes<sup>1715</sup>.

Por lo demás, y como veremos en el Capítulo XIII, ante una regulación similar en materia de medidas cautelares dictadas en el marco de un proceso de amparo, la doctrina mayoritaria<sup>1716</sup> y la jurisprudencia<sup>1717</sup> del fuero la consideró inconstitucional.

### 3.2.1.1.1.5.) Criterio amplio para el otorgamiento de medidas cautelares autónomas

Hasta aquí vimos, por un lado, que la medida cautelar autónoma es la que se interpone durante el trámite administrativo –es decir, durante el agotamiento de la vía administrativa

---

<sup>1713</sup> Ver, también, nuestro trabajo: COMADIRA, Fernando G., “Apuntes sobre la función administrativa...”, op. cit.

<sup>1714</sup> Sobre este punto cabe recordar que, como lo hemos mencionado en diversas oportunidades en este trabajo, y sin perjuicio de la actual postura asumida por la PTN que mencionamos en el punto N° 5.1.4.2. del Capítulo VIII, aquel Máximo Órgano Asesor en reiterados asesoramientos sostuvo que “*los reglamentos de necesidad y urgencia son actos emanados del Poder Ejecutivo de jure y en virtud de ello no es una ley porque el Poder Ejecutivo no dicta leyes; constituye un mero reglamento (acto administrativo) de contenido legislativo*” (Dictámenes 207:272; 198:124; 86:221; 121:93, entre otros).

<sup>1715</sup> En sentido similar puede verse: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 146 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 249.

<sup>1716</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal...*, op. cit., Tomo 3, p. 512 y ss.; RIVAS, Adolfo Armando, *El amparo...*, op. cit., p. 647; SALGADO, Alí J. y VERDAGUER, Alejandro C., *Juicio de amparo...*, op. cit., p. 221/222; DÍAZ SOLIMINE, Omar, *Juicio de Amparo...*, op. cit., p. 387; MORELLO, Augusto – VALLEFÍN, Carlos, “Los efectos de la concesión de la apelación contra el auto que dispone el otorgamiento de una medida cautelar en el proceso de amparo”, JA 1993-II-131; CARRIÓ, Genaro, *Recurso de amparo y técnica judicial*, 2° Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 234/234; BACRE, Aldo, *Medidas cautelares...*, op. cit., p. 159; VALLEFÍN, Carlos A., *Protección cautelar...*, op. cit., p. 146; PEYRANO, Jorge W., “El arte de distinguir y el necesario efecto devolutivo de la apelación respecto de la cautelar despachada favorablemente dentro de un juicio de amparo”, LL, 1993-C, 334; TORICELLI, Maximiliano, “La acción de amparo”, op. cit., p. 56; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado...*, op. cit., Tomo 2, p. 836/837; entre muchos otros.

<sup>1717</sup> CNACAF, Sala N° IV, 18/7/1997, “Assorati, Marta Luisa y otros incidente rex. e inap, C.PEN. D. 1317/6 y otro”, misma sala, 04/9/1992, “Romero Feris s/amparo”; Sala III, 31/03/1997, “Defensor del Pueblo c. Estado nacional s/amparo”, entre otros precedentes.

o incluso cuando, habiéndosela agotado, se interpuso un recurso o reclamo administrativo optativo– y, por otra parte, que su vigencia temporal está supeditada al dictado del acto administrativo que resuelve aquel reclamo o recurso administrativo.

En otras palabras: la extensión temporal de la medida cautelar autónoma dependerá de la conducta desplegada por la autoridad pública demandada, de modo que tal que la celeridad que aquella le imparta al trámite del procedimiento administrativo recursivo o reclamatorio, habrá de ser, en definitiva, la que provoque la extinción de la protección cautelar otorgada.

*Por consiguiente, bien puede afirmarse que con las medidas cautelares autónomas el Poder Judicial provoca que la autoridad pública demandada se expida celérica y expresamente sobre el recurso o reclamo articulado por el administrado, bajo pena de que el acto cuestionado continúe privado de manera transitoria de sus efectos<sup>1718</sup>.*

Esta última circunstancia llevó, precisamente, a que la jurisprudencia del fuero adopte un criterio amplio en el otorgamiento de la protección cautelar.

Así, se ha dicho que “...no cabe soslayar que la extinción de la medida cautelar –en definitiva– se encuentra sujeta a la actitud de la Administración y a la celeridad –o a la demora– que tenga lugar, en esa sede, como consecuencia de la oportunidad en la que se resuelva el recurso administrativo, que se halla pendiente de decisión. En tal sentido...el mantenimiento de la medida cautelar autónoma –que tiene por objeto suspender los efectos de un acto administrativo hasta tanto la autoridad correspondiente dicte la resolución que cause estado– depende del propio accionar y diligencia de la demandada, ya que es concedida hasta que se decida el recurso administrativo interpuesto en su propia sede...Así las cosas, esta situación no puede dejar de ser considerada a efectos de valorar adecuadamente los agravios vertidos en autos, habida cuenta de que el límite temporal se encuentra dado por el recurso de reconsideración

---

<sup>1718</sup> Es que, como precisó el profesor COMADIRA, “en definitiva, es fundamental no perder de vista que cuando la suspensión del acto es acordada pendiente la resolución administrativa sobre el fondo, se otorga hasta que ésta se dicte, de modo que, siendo así, es la propia Administración la que con su diligencia procesal determinará la duración de la cautela judicial acordada” (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Tomo 2, p. 1486 y, antes, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 460).

Ciertamente, también cabe tener en cuenta que, como bien lo sostuvo el citado jurista, celeridad no debe confundirse con apresuramiento (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Tomo 2, p. 1159/1160).

*con jerárquico en subsidio deducido por la actora, cuando -a esta fecha- no obran en la causa constancias que acrediten que hubiesen sido resueltos y el demandado tampoco ha efectuado manifestación alguna al respecto en su memorial de agravios. En esta perspectiva, se advierte que si bien el recurrente viene a esta instancia judicial a solicitar que se revoque la cautelar otorgada por causarle gravamen y afectar –según aduce el interés público– lo cierto es que la vigencia de esa medida se halla vinculada directamente a la decisión de recursos administrativos, que se encuentran sometidos a su propia consideración”<sup>1719</sup>.*

### 3.2.1.1.2.) El caso de los reglamentos de necesidad y urgencia y los reglamentos delegados

Como hemos visto en el punto N° 5.1.4.2. del Capítulo VIII de esta obra, y sin perjuicio de nuestra opinión sobre el tema (punto N° 5.1.4.2.1.4. de aquel Capítulo), teniendo en cuenta que el criterio actual de la PTN<sup>1720</sup> y de la jurisprudencia de la Cámara<sup>1721</sup> del fuero es que el régimen de impugnación –al menos, en forma directa–

<sup>1719</sup> CNACAF, Sala N° III, 27/02/18, “Bahía Energías Renovables SA C/ En -M Energía y Minera s/medida cautelar. (Autónoma)”. En igual sentido puede verse: CNACAF, Sala II, 31/03/16, “Resta Milagros y Chiappe María Jesús SH c/EN-AABE y otro s/medida cautelar (autónoma)”; CNACAF, Sala V, 11/10/16, “Incidente N° 1 - Actor: Idp SA Demandado: EN-Oficina Nacional de Contrataciones y otro s/inc apelación”; CNACAF, Sala IV, 23/06/15, “Inc de medida cautelar en autos “Blue Mail SA c/ EN - CNC s/medida cautelar (autónoma)”.

<sup>1720</sup> Dictámenes 236:138; 232:252; 232:250; 199:97; 177:76, entre muchos otros. El Máximo Órgano Asesor sostuvo que “*el sistema de recursos y reclamos, previstos para los procedimientos administrativos, no puede ser utilizado para atacar actos de naturaleza legislativa, como lo son los reglamentos de necesidad y urgencia*” (Dictámenes 248:486; 211:171). Para arribar a tal conclusión, tuvo especialmente en cuenta que “*los decretos de necesidad y urgencia revisten naturaleza legislativa... por tratarse del ejercicio de una competencia de naturaleza legislativa*” (Dictamen 236:273. La sustancia legislativa de los decretos de necesidad y urgencia fue reiterada en diversos dictámenes: Dictámenes 177:76; 225:209; 237:341; 238:140; 238:427; 241:321; 242:438; 242:504; 243:89; 244:673; 246:617)

De esa manera, la PTN se apartó de su tradicional doctrina en la que había sostenido, como anticipáramos en las páginas anteriores, que “*los reglamentos de necesidad y urgencia son actos emanados del Poder Ejecutivo de jure y en virtud de ello no es una ley porque el Poder Ejecutivo no dicta leyes; constituye un mero reglamento (acto administrativo) de contenido legislativo*” (Dictámenes 207:272; 198:124; 86:221; 121:93, entre otros)

<sup>1721</sup> CNACAF, Sala IV, 9/2/2000, “Fernández, Horacio Ezequiel v. Poder Ejecutivo Nacional- Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/ dec. 290/1995, Empleo público”; CNACAF, Sala IV, 04/05/2000, “Luaces, Roberto Jorge v. Poder Ejecutivo nacional. Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos, dec. 290/1995 y otro s/empleo público”, CNACAF, Sala III, 27/05/2005, “Colbún SA v. Res. 2687/2002, 2773/2002, 2796/2003, 2812/2003 Enargas”.

previsto en la LNPA y su reglamentación resulta *improcedente* para el caso de los reglamentos delegados y los reglamentos de necesidad y urgencia, la *medida cautelar autónoma* tampoco procedería respecto de ellos.

Es que, en definitiva, si la medida cautelar autónoma es aquella que se interpone durante el agotamiento de la vía administrativa o incluso cuando, habiéndosela agotado, se interpuso un recurso o reclamo administrativo optativo *procedente*, y estos no proceden contra reglamentos delegados o de necesidad y urgencia, es claro que aquel tipo de medida no procede respecto de aquellos actos.

3.2.1.2.) Luego de agotada la vía administrativa o, en su caso, después de haberse resuelto el recurso o reclamo administrativo optativo

Tal como hemos mencionado antes, la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo puede requerirse en tres oportunidades: **a)** durante el agotamiento de la vía administrativa o mientras tramita un recurso o reclamo administrativo optativo (medida cautelar autónoma); **b)** luego de agotada la vía administrativa –o, en su caso, después de haberse resuelto el recurso o reclamo administrativo optativo– y antes de interponer la demanda anulatoria (medida cautelar anticipada) y, **c)** luego de agotada la vía administrativa –o, en su caso, después de haberse resuelto el recurso o reclamo administrativo optativo– y junto con la demanda anulatoria o luego de su interposición (medida cautelar accesorias).

Así como en el punto anterior hemos estudiado la suspensión de los efectos del acto *durante* el agotamiento de la vía –o, en su caso, después de haberse resuelto el recurso o reclamo administrativo optativo–, en las páginas que siguen centraremos nuestro análisis en las medidas cautelares *anticipadas* y *accesorias*, es decir, las que se requieren *luego* de agotada la vía administrativa.

### 3.2.1.2.1.) Antes de la interposición de la demanda: la denominada medida cautelar anticipada

En ese esquema, entonces, la segunda posibilidad que tienen los particulares para obtener la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo es *luego* de agotada la vía administrativa –o, en su caso, después de haberse resuelto el recurso o reclamo administrativo optativo– y antes de la interposición de la demanda anulatoria.

Aquella medida cautelar es la que la doctrina<sup>1722</sup> y cierta jurisprudencia<sup>1723</sup> del fuero califican como *medida cautelar anticipada*.

En este caso, el objeto de la medida cautelar anticipada consiste en obtener la suspensión de los efectos del acto hasta tanto en el proceso principal a iniciarse recaiga una sentencia definitiva que adquiera firmeza y pase en autoridad de cosa juzgada, poniendo fin al pleito<sup>1724</sup>.

Sin perjuicio de ello, como veremos a continuación, en el marco de la LMC, este tipo de medidas está sujeto al plazo de vigencia temporal que aquella noma exige al juez determinar.

#### 3.2.1.2.1.1.) Requisitos. Remisión

Los requisitos para la procedencia de la medida cautelar anticipada están regulados en el art. 13 de la LMC y, en tal sentido, al ser los mismos que los exigidos para la medida

---

<sup>1722</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 132 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit.; COMADIRA, Fernando G., “Efectos de las medidas cautelares autónomas en función de la oportunidad procesal en que se solicitan”, comentario a fallo: CNACAF, Sala III, 25/10/2012, “*Toulemonde Marcelo Osvaldo c/ Estado Nacional – M° Defensa – Armada- Resol 11/21 13/12 s/ medida cautelar autónoma*”. Carta de Noticias N° 2 de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires, Marzo, 2013, p. 15; GRIMAU, Juan I., “El informe previo...”, op. cit.

<sup>1723</sup> CNACAF, Sala IV, 27/06/19, “AFIP - DGI c/ Tabacalera Sarandí SA S/ medida cautelar AFIP”; CNACAF, Sala IV, 12/03/2019, “ABC S.A. c. EN - Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas y de Seguridad s/ medida cautelar (autónoma)”; CNACAF, Sala IV, 14/08/18, “Federación de Asociaciones de Empleadas c/ EN - ERAS y otro s/ medida cautelar”; CNACAF, Sala IV, 17/05/16, “Mengucci, Darío Luciano c/ EN - M Relaciones Exteriores y Culto s/ medida cautelar (autónoma)”; CNACAF, Sala III, 25/10/2012, “*Toulemonde Marcelo Osvaldo c/ Estado Nacional – M° Defensa – Armada- Resol 11/21 13/12 s/ medida cautelar autónoma*”, entre otros.

<sup>1724</sup> En igual sentido: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 147 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 250.

cautelar autónoma, nos remitidos a lo apuntado al estudiar aquella medida.

3.2.1.2.1.1.1.) Inexigibilidad del previo  
pedido de suspensión en sede administrativa

3.2.1.2.1.1.1.1.- No obstante ello, cabe señalar que, a diferencia de lo que sucede con las *medidas cautelares autónomas*, el previo requerimiento de suspensión de efectos en sede administrativa no resulta exigible para la *medida cautelar anticipada* a la demanda<sup>1725</sup>.

Es que, en definitiva, en estos casos no solo no están dados los fundamentos para aquella exigencia –es decir, una vía administrativa pendiente de agotamiento o un recurso o reclamo optativo procedente pero no resuelto– sino que, además, de la literalidad de la LMC se desprende que aquel pedido previo solo se exige “...*mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa...*”.

3.2.1.2.1.1.1.2.- Asimismo, cabe recordar que, como dijéramos antes, tampoco resulta exigible haber requerido la suspensión de los efectos del acto en sede administrativa cuanto se está ante un proceso de amparo (art. 19 de la LMC).

3.2.1.2.1.2.) El informe previo de la autoridad  
pública. Excepciones. Remisión y visión crítica

3.2.1.2.1.2.1.- Al igual que lo que sucede con las medidas cautelares autónomas, previo a resolver sobre la procedencia de la suspensión de efectos de un acto estatal (en nuestro caso, un acto administrativo de alcance general) como *medida cautelar anticipada*, el juez debe requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco días –o tres días, si es un proceso sumarísimo o de amparo–, produzca un informe

---

<sup>1725</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Medidas cautelares...*, op. cit., p. 123; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 148 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit.



en los términos del art. 4° de la LMC.

Asimismo, las excepciones al requerimiento del informe previo antes mencionado son las mismas enunciadas para el supuesto de las medidas cautelares autónomas y, por tanto, remitimos para su estudio a lo expuesto en el punto N° 3.2.1.1.1.2.1. de este Capítulo.

3.2.1.2.1.2.2.- Sin perjuicio de ello, hemos de señalar que, en nuestra opinión<sup>1726</sup>, en las medidas cautelares requeridas luego de concluido el trámite administrativo, el informe previo no debería, en principio, ser exigido.

Para arribar a tal conclusión cabe tener en cuenta que, según surge de la LMC, la razón de ser del informe previo consiste en otorgarle a la autoridad pública demandada la posibilidad de dar cuenta del “interés público comprometido por la solicitud” cautelar y expedirse “acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada”<sup>1727</sup>.

Ahora bien, en las medidas cautelares otorgadas *luego* de agotada la vía administrativa –o, en su caso, después de haberse resuelto el recurso o reclamo administrativo optativo– es claro que el Estado ya se expidió en relación con la cuestión pues, en rigor, al momento de dictar el acto administrativo definitivo por el que tuvo por agotada la vía –o por el que resolvió el recurso o reclamo administrativo optativo–, aquel habrá puesto de manifiesto las razones por las que no cabría hacer lugar al recurso o reclamo administrativo articulado por el administrado.

Por ello, entonces, exigir que en todas las medidas cautelares solicitadas luego de concluido el trámite administrativo se requiera un “informe previo”, podría erigirse en una suerte de “ritualismo inútil”, pues, en definitiva, ya existiría una clara posición del

---

<sup>1726</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “¿Cómo obtener la suspensión...”, op. cit.

<sup>1727</sup> Se ha señalado que “a través el Informe del art. 4°, el judicante contará con bases objetivas suficientes para realizar un juicio de previsibilidad, por el cual podrá anticipar las secuelas que, razonablemente, habrá de producir una decisión asegurativa sobre las relaciones de disponibilidad comunes por los miembros de la comunidad (interés público)” (SAMMARTINO, Patricio M., “Medidas cautelares en los casos...”, op. cit., Tomo 2, p. 335.

Estado sobre el tema debatido<sup>1728</sup>, de modo que tal exigencia resultaría inconducente<sup>1729</sup>.

Aquél sería, a nuestro modo de ver, un correcto criterio legislativo que podría instrumentarse en un futuro Código Contencioso Administrativo Nacional o, en su caso, en una eventual reforma de la LMC.

3.2.1.2.1.2.3.- Si bien podría argumentarse que en el marco de una medida cautelar requerida luego de concluido el trámite administrativo, el informe previo serviría para que la autoridad pública demandada se pronuncie sobre los presupuestos de admisibilidad del proceso contencioso administrativo (v.gr.: habilitación de la instancia, es decir, agotamiento de la vía y plazo de caducidad), lo cierto es que, como vimos en el punto N° 2.1. del Capítulo XI, a partir del caso “Gorordo” y la sanción de la Ley N° 25.344, el órgano jurisdiccional competente debe verificar de oficio el cumplimiento de los requisitos o presupuestos procesales de admisión de la pretensión contencioso-administrativa.

Por otra parte, creemos que tampoco resultaría posible sostener que la tesis propuesta impide que las “condiciones de procedencia” sean analizadas previo al dictado de la sentencia cautelar, al menos con la provisionalidad propia de toda valoración llevada a cabo en el restringido marco cognoscitivo del proceso precautorio<sup>1730</sup>.

---

<sup>1728</sup> Sobre el “ritualismo inútil”, sus implicancias y vigencia actual remitimos a lo expuesto en el punto N° 5.1.4.1. del Capítulo VIII de esta tesis.

<sup>1729</sup> En igual sentido: GRIMAU, Juan I., “El informe previo...”, op. cit.

<sup>1730</sup> Al respecto, y en relación con el análisis que deben efectuar los magistrados al momento de analizar la procedencia o no del dictado de una medida cautelar, la Corte Suprema señaló en reiteradas oportunidades que de ellos no se exige “*el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad*” (CSJN, 29/08/2019, “Nordi, Amneris Lelia c/ Buenos Aires, Provincia y otros s/ daño ambiental”, Fallos 342:1417; CSJN, 06/06/2017, “Bunge Argentina S.A. c/ Chaco, Provincia del s/ Acción declarativa de certeza”, Fallos 340:757; CSJN, 15/10/2015, “Constructora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Argentina c/ Chubut, provincia del y otros s/ acción declarativa”, no publicado en Fallos; CSJN, 21/11/2000, “Córdoba, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa”, Fallos 323:3853; CSJN, 20/12/1984, “Albornoz, Evaristo Ignacio c/ Nación Argentina”, Fallos: 306:2060, entre muchos otros).

Como ha destacado la doctrina procesalista<sup>1731</sup>, en virtud del art. 337 del CPCCN<sup>1732</sup> (de aplicación analógica en virtud de lo dispuesto en el art. 18 de la LMC), el juez puede rechazar *in limine* la demanda cuando de manera manifiesta advierte que falta algún requisito para su procedencia, es decir, y como señaló Aldo BACRE, no solo cuando carece de los “*requisitos de admisibilidad, sino por evidente infundabilidad de la pretensión que contiene*”<sup>1733</sup>.

#### 3.2.1.2.1.2.1.) La medida cautelar interina.

##### Plazo de vigencia. Reenvío

Cabe, aquí, formular las mismas consideraciones expuestas al tratar la medida cautelar interina durante el trámite de una *medida cautelar anticipada* (ver punto N° 3.2.1.2.1.2.1. de este Capítulo).

#### 3.2.1.2.1.3.) Caducidad y vigencia temporal

3.2.1.2.1.3.1.- Como se dijo, la *medida cautelar anticipada* es la que se interpone luego de agotada la vía administrativa –o, en su caso, después de haberse resuelto el recurso o reclamo administrativo optativo– y antes de la interposición de la demanda anulatoria: su objeto consiste, precisamente, en obtener la suspensión de los efectos del acto hasta tanto en el proceso principal a iniciarse recaiga una sentencia definitiva que adquiera firmeza y pase en autoridad de cosa juzgada, poniendo fin al pleito.

Al respecto, la LMC establece en su art. 8°, inc. 1°, primer párrafo, que “*se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes de la interposición de la demanda, si encontrándose agotada la vía administrativa no se interpusiere la demanda dentro de los diez (10) días siguientes al de*

---

<sup>1731</sup> Por todos: FALCÓN, Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 2006, Tomo 1, p. 942.

<sup>1732</sup> El art. 337 del CPCCN dispone, en lo que aquí interesa, que “*los jueces podrán rechazar de oficio las demandas que no se ajusten a las reglas establecidas, expresando el defecto que contengan*”.

<sup>1733</sup> BACRE, Aldo, *Teoría General del Proceso*, Edición 1996, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo II, p. 346.

su traba”.

Asimismo, el inc. 2° de la citada norma prevé que *“las costas y los daños y perjuicios causados en el supuesto previsto en el primer párrafo del inciso 1 del presente, serán a cargo de quien hubiese solicitado y obtenido la medida caduca, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción de la demanda; una vez iniciada la demanda, podrá requerirse nuevamente si concurrieren los requisitos para su procedencia”*.

Como se ve, si luego de obtenerse una medida cautelar anticipada no se interpone la demanda anulatoria dentro de los diez días<sup>1734</sup> de efectuada su traba, aquella caduca de pleno derecho y el actor, además, no solo deberá hacerse cargo de las cosas y los daños y perjuicios que hubiere causado, sino que tampoco podrá solicitar otra medida cautelar antes de iniciar la demanda.

3.2.1.2.1.3.2.- Ahora bien, cabe preguntarse hasta cuándo debería regir la medida cautelar anticipada si el particular, dentro de los días 10 de su traba, interpone la demanda anulatoria.

Una primera respuesta sería que, con base en lo apuntado en el punto N° 3.2.1.1.1.3. de este Capítulo, la medida cautelar debería regir hasta el dictado de la sentencia definitiva en el proceso principal.

Sin embargo, en una de las previsiones quizás más objetada por parte de la doctrina y la jurisprudencia, la LMC estableció en el primer párrafo del art. 5° que *“al otorgar una medida cautelar el juez deberá fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para su vigencia, que no podrá ser mayor a los seis (6) meses. En los procesos de conocimiento que tramiten por el procedimiento sumarísimo y en los juicios de amparo, el plazo*

---

<sup>1734</sup> El proyecto de *Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo* al que nos hemos referido en más de una oportunidad –ver punto N° 2 del Capítulo XI– estipulaba en su art. 39 que si la suspensión se hubiera otorgado una vez agotada la instancia administrativa y antes de la promoción de la demanda judicial, aquélla caducaría no a los diez días de su traba, sino al cumplirse el plazo de caducidad para interponer la acción, previsto en noventa días, tal como el que rige actualmente (art. 25, LNPA).

Del mismo modo, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la suspensión de los efectos de un acto administrativo obtenida por medio de una medida cautelar anticipada caduca si la demanda no es interpuesta dentro del plazo de los 90 días (cfr.: art. 187, segundo párrafo, del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

*razonable de vigencia no podrá exceder de los tres (3) meses”.*

Asimismo, en el párrafo segundo se previó que *“no procederá el deber previsto en el párrafo anterior, cuando la medida tenga por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2”.*

Finalmente, el art. 5º de la LMC establece que *“al vencimiento del término fijado, a petición de parte, y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el tribunal podrá, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis (6) meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable. Será de especial consideración para el otorgamiento de la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida”.*

En el marco de la LMC es posible concluir que, a menos que estén involucrados sectores socialmente vulnerables, o esté comprometida la vida digna, la salud, derechos de naturaleza alimentaria o ambiental (en cuyo caso no se aplica el plazo contemplado en el primer párrafo del art. 5º), el plazo máximo de vigencia de una medida cautelar no puede superar los seis meses (o, en casos de procesos sumarísimos o de amparo, tres meses), pudiéndose prorrogar, a pedido de parte, por un plazo no mayor a otros seis meses<sup>1735</sup>.

---

<sup>1735</sup> De los fundamentos utilizados por el Poder Ejecutivo de la Nación al enviar el proyecto de lo que hoy es la Ley N° 26.854 (cfr. Mensaje N° 377/2013, Expediente N° 6/13 del Honorable Senado de la Nación), se advierte que el argumento utilizado para la fijación del plazo de vigencia temporal surge de los precedentes de la CSJN en las causas “Clarín” (CSJN, 22/05/2012, “Grupo Clarín S.A. y otros s/medidas cautelares”, Fallos: 335:705) y “Trenque Lauquen” (CSJN, - 15/03/2011, “Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A. Inc. Competencia- c/ E.N. s/ Medida cautelar (autónoma)”, Fallos: 334:259).

Sin embargo, la doctrina que se ha dedicado a estudiar la cuestión es casi unánime al señalar que, en rigor, la Ley de Medidas Cautelares no se adapta estrictamente a los precedentes mencionados.

En primer lugar, en las causas citadas la Corte señaló que el “plazo razonable” de una medida cautelar dependería, entre otros aspectos, de las características particulares de cada supuesto, atendiendo en especial al gravamen que la medida pueda causar a su sujeto pasivo, la naturaleza del proceso o acción en que se la impetra y al alcance de la prolongación excesiva del proceso en comparación con la pretensión de fondo. Es decir, como bien señaló Julio Pablo COMADIRA, en los precedentes invocados en el Mensaje N° 377/2013, la CSJN *“no está alineada con la idea de establecer apriorísticamente un ‘plazo razonable’”* (COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 151 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 253).

Por otra parte, el plazo de seis meses estipulado en la LMC es, además, manifiestamente inferior al fijado por el Máximo Tribunal de la Nación en la causa “Clarín” pues, en rigor, allí se sostuvo como “plazo razonable” treinta y seis meses. Además, no puede soslayarse que al vencimiento de la medida cautelar dictada en esas actuaciones, el término fue prorrogado por la Cámara Civil y Comercial Federal hasta el dictado de la sentencia definitiva, teniendo en cuenta que estaba en una etapa próxima a la sentencia, prórroga que fue convalidada por el Alto Tribunal.

3.2.1.2.1.3.3.- Como dijimos, la vigencia temporal de las medidas cautelares fue una de las cuestiones más debatidas por la doctrina y jurisprudencia.

Independientemente del debate doctrinal sobre la cuestión<sup>1736</sup>, cabe destacar que si bien la Sala II de la cámara del fuero ha convalidado la constitucionalidad de la norma<sup>1737</sup>, en algunos antecedentes recientes, la Sala V, aunque sin declararla inconstitucional<sup>1738</sup>, sostuvo que “*el plazo establecido en el artículo 5 de la ley 26.854 constituye una pauta o parámetro procesal para apreciar el grado de diligencia que la parte interesada en la medida se ha conducido en el proceso (cfr. Fallos 333:1885, consid. 7º), sin que pueda ser interpretada en el sentido de haber instituido la caducidad de pleno derecho, tal como se la establece en el artículo 207 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y en el artículo 8º de la ley 26.854, que resultan de interpretación restrictiva, y no susceptible de ser extendido por analogía*”.

Asimismo, tras señalar que “*la exigencia del ‘plazo razonable’ prevista en el artículo 5º de la 26.854 tiene por finalidad evitar que por vía elíptica se pueda obtener, al amparo de la cautelar, el mismo resultado que se obtendría de una sentencia definitiva favorable a la pretensión sustancial que motiva el juicio*”, precisó que “*la exigencia de requerir, cada seis meses, la prórroga de la vigencia de la medida cautelar previamente decretada aparece como desproporcionada porque es de público y notorio conocimiento que la tramitación del proceso, que tramita por el procedimiento del juicio ordinario excederá por mucho los seis meses previstos en el artículo 5º de la ley 26.854 y las prórrogas previstas por la norma*”<sup>1739</sup>.

---

<sup>1736</sup> Un análisis de la cuestión puede verse en: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 148 y ss. y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 253/254; CASSAGNE, Ezequiel, “Las medidas cautelares...”, op. cit.; PERRINO, Pablo E., “Algunas reflexiones sobre los nuevos medios...”, op. cit., p. 28 y ss.; SIMÓN PADRÓS, Ramiro, “Medidas Cautelares. Causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional” en AA.VV. *Legislación usual: derecho administrativo*, CICERO, Nidia –Directora-, La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo 2, p. 1023 y ss.; VALLEFÍN, Carlos A., *Medidas cautelares...*, op. cit., p. 139 y ss., entre otros.

<sup>1737</sup> CNACAF, Sala II, 16/12/2014, “Lan Argentina S.A. c/ORSNA s/inc. de medida cautelar”

<sup>1738</sup> Distinto es lo que ha sucedido, por ejemplo, en el fuero civil y comercial federal donde la Sala III expresamente declaró la inconstitucionalidad de la norma: CNACCF, Sala III, 06/06/2014, “American Airlines Inc. c/Administración Nacional de Aviación Civil s/nulidad de acto administrativo”.

<sup>1739</sup> CNACAF, Sala V, 20/11/2018, “Cámara empresarial de transporte interurbano en jurisdicción nacional de pasajeros demandado: EN-CNRT s/ inc. apelación”; CNACAF, 11/07/2017, “Editorial Perfil S.A. y otros c/ EN – Minist. Trabajo s/ proceso de conocimiento”. Ya con anterioridad uno de los miembros de la

3.2.1.2.1.3.4.- Por nuestra parte, si bien creemos que no debería haberse previsto un plazo de vigencia temporal pues, como dijimos, las medidas cautelares son accesorias al proceso y no a la instancia, entendemos que la única forma de salvar la constitucionalidad de la norma es interpretando que la prórroga contemplada en la última parte del art. 5° puede ser requerida todas las veces que sea necesario, y no una única vez<sup>1740</sup>.

La posibilidad de que la vigencia de la medida cautelar pueda ser prorrogada todas las veces que sean necesarias lleva a preguntarse si, ante el requerimiento efectuado por el actor, el juez debe correr traslado del pedido a la autoridad pública demandada.

Aun cuando la cuestión no ha sido analizada por la doctrina ni tratada en muchos precedentes jurisprudenciales, lo cierto es que la Sala III de la Cámara del fuero entendió que *“en tanto el traslado del pedido de prórroga receptado por el artículo 5 de la Ley 26.854 no se encuentra normativamente previsto, no se observa que su omisión pueda atender contra el principio de igualdad de partes o el derecho de defensa del recurrente”*, agregando, además, que *“tampoco resulta procedente extender los efectos de lo*

---

Cámara había señalado que *“la determinación de un plazo de vigencia de las medidas cautelares otorgadas, implica a mi criterio desconocer la finalidad misma del proceso cautelar, en punto a los principios constitucionales antes citados. En efecto, es sabido que una de las características principales de las medidas cautelares es que son provisionales y que, por tal razón, las mismas en caso de ser ordenadas tienen eficacia hasta la finalización del pleito y/o hasta que sean modificadas o levantadas por modificación o cesación de las circunstancias que le dieron origen. Por supuesto que dentro de ese marco de análisis deberá evaluarse la conducta de las partes, a los fines de entorpecer o dilatar el pronunciamiento de fondo, pero, en todo caso, ello encuadraría en un supuesto de mala fe procesal, y ante lo cual el juez cuenta con herramientas para evitarlo y/o sancionarlo. Fijarles un plazo de vigencia implicaría un contrasentido, pues sería tanto como suponer que luego de vencido ese plazo -aunque la causa se encuentre en pleno trámite- los hechos que la motivaron habrían perdido virtualidad y ya no incidirían en el resultado del pleito. Todo ello, en mi opinión constituiría una incongruencia con la naturaleza del instituto cautelar, y privaría a los administrados de una tutela efectiva por parte de los jueces”* (CNACAF, Sala V, 26/05/2015, “Cambio García Ramaglio y Cia. S.A. y otros c. Banco Central de la República Argentina s/ entidades financieras - ley 21526 art. 41”, voto del Dr. Gallegos Fedriani).

<sup>1740</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 152 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 253/254; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 805; SIMÓN PADRÓS, Ramiro, “Medidas Cautelares...”, op. cit., Tomo 2, p. 1024/1025; BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 373, entre otros.

La sala II de la cámara del fuero ha señalado que la LMC *“no prohíbe expresamente prorrogar la medida cautelar por más de una vez. Siendo así, no se advierte que, en el particular supuesto de autos, el dispositivo legal resulte inconciliable con el principio constitucional de tutela judicial efectiva, habida cuenta que, su aplicación no impide que de mantenerse las circunstancias fácticas y jurídicas que justifican admitir la tutela anticipada, tal como ocurre en el caso, pueda prorrogarse su vigencia”* (CNACAF, Sala II, 16/12/2014, “Lan Argentina S.A. c/ORSNA s/inc. de medida cautelar”).



*prescripto por el artículo 4 de la ley citada al supuesto aquí examinado. Puesto que, en los casos en que el Legislador ha entendido que debía ser protegido el derecho de defensa de alguna de las partes mediante un traslado previo a la resolución del juzgador, así lo ha dispuesto en forma clara y expresa. Tal es el caso, ante la pretensión de modificación de la cautelar concedida (art. 7, ley cit.), de mejora de la contracautela (art. 12, ley cit.), o de levantamiento de la cautela suspensiva (art. 13, in fine, ley cit.) (cfr. esta Sala, Causa 48729/2013 “R y C Comercial SA c/ EN-M Economía- AFIP y otro s/Proceso de conocimiento”, sentencia del 18 de junio de 2015)”<sup>1741</sup>.*

3.2.1.2.1.3.5.- Finalmente, y en línea con lo expuesto por GARCÍA PULLÉS<sup>1742</sup> y la Sala V en el precedente antes mencionado<sup>1743</sup>, entendemos que ante el vencimiento del plazo de vigencia temporal de la medida cautelar, no podría sostenerse que aquella habría caducado de pleno derecho sino que, en rigor, la autoridad pública demandada debería requerir expresamente al juez interviniente el levantamiento de la medida (art. 202 del CPCCN).

3.2.1.2.1.4.) Efectos de la apelación de las sentencias dictadas contra un reglamento. Remisión

Se aplican, aquí, las mismas consideraciones desarrolladas en el punto N° 3.2.1.1.4. de este Capítulo.

---

<sup>1741</sup> CNACAF, Sala III, 29/03/2016, “Causa 23023/2014 Incidente N° 1 s/Inc. de Medida Cautelar en autos “QND S.A. c/ EN – M. Economía –SCI–AFIP–DGA s/ Medida Cautelar Autónoma”.

<sup>1742</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 805.

<sup>1743</sup> CNACAF, Sala V, 20/11/2018, “Cámara empresarial de transporte interurbano en jurisdicción nacional de pasajeros demandado: EN-CNRT s/ inc. apelación”; CNACAF, 11/07/2017, “Editorial Perfil S.A. y otros c/ EN – Minist. Trabajo s/ proceso de conocimiento”.

3.2.1.2.2.) Junto con la demanda o luego de su interposición: la denominada medida cautelar accesoria

Finalmente, la tercera oportunidad en la que los particulares pueden obtener la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo es mediante la denominada *medida cautelar accesoria* es decir, la que se interpone luego de agotada la vía administrativa –o, en su caso, después de haberse resuelto el recurso o reclamo administrativo optativo– y simultánea o conjuntamente con la demanda anulatoria<sup>1744</sup>.

En éste último supuesto, el objeto de la medida cautelar accesoria consistirá en obtener la suspensión de los efectos del acto hasta tanto en el proceso principal recaiga una sentencia definitiva que adquiera firmeza y pase en autoridad de cosa juzgada, poniendo fin al pleito.

Sin perjuicio de ello, como se verá y al igual que lo apuntado para la medida cautelar anticipada, la LMC ha establecido que este tipo de medidas está sujeto al plazo de vigencia temporal que aquella noma exige al juez determinar.

3.2.1.2.2.1.) Requisitos

Los requisitos para la procedencia de la medida cautelar accesoria están regulados en el art. 13 de la LMC y, en tal sentido, al ser los mismos que los exigidos para la medida cautelar autónoma y anticipada, nos remitidos a lo apuntado al estudiar aquellas medidas.

3.2.1.2.2.1.1.) Inexigibilidad del previo pedido de suspensión en sede administrativa

3.2.1.2.2.1.1.1.- No obstante ello, cabe señalar que, a diferencia de lo que sucede con las *medidas cautelares autónomas*, y al igual que con la *medida cautelar anticipada*,

---

<sup>1744</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “Efectos de las medidas cautelares...”, op. cit.; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 153 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit.; GRIMAU, Juan I., “El informe previo...”, op. cit.

el previo requerimiento de suspensión de efectos en sede administrativa no resulta exigible para la *medida cautelar accesoria* a la demanda<sup>1745</sup>.

Es que, en definitiva, en estos casos no solo no están dados los fundamentos para aquella exigencia –es decir, una vía administrativa pendiente de agotamiento– sino que, además, de la literalidad de la LMC se desprende que aquel pedido previo solo se exige “...*mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa...*”.

3.2.1.2.2.1.1.2.- Asimismo, cabe recordar que, como dijéramos antes, tampoco resulta exigible haber requerido la suspensión de los efectos del acto en sede administrativa cuando se está ante un proceso de amparo (art. 19 de la LMC).

#### 3.2.1.2.2.2.) El informe previo de la autoridad pública. Excepciones. Remisión y visión crítica

Al igual que lo hemos explicado al tratar la *medida cautelar autónoma* y la *medida cautelar anticipada*, previo a resolver sobre la procedencia de la suspensión de efectos de un acto estatal el juez debe requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco días –o tres días, si es un proceso sumarísimo o de amparo–, produzca un informe en los términos del art. 4° de la LMC.

Por consiguiente, remitimos a las consideraciones expuestas al analizar aquellas medidas y reiteramos, también, nuestra opinión crítica sobre el tema, en cuanto a que, con base en los fundamentos allí expuestos, en las medidas cautelares requeridas luego de agotada la vía administrativa, el informe previo no debería, en principio, ser exigido.

---

<sup>1745</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Medidas cautelares...*, op. cit., p. 123; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 154 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit.

#### 3.2.1.2.2.2.1.) La medida cautelar interina.

Plazo de vigencia. Reenvío.

Se aplican, aquí, las mismas consideraciones desarrolladas en el análisis de la medida cautelar interina otorgadas durante el trámite de una *medida cautelar anticipada* (ver punto N° 3.2.1.2.1.2.1. de este Capítulo).

#### 3.2.1.2.2.3.) Vigencia temporal

Cabe, aquí, formular las mismas consideraciones expuestas al tratar la caducidad y vigencia temporal de la *medida cautelar anticipada*.

Sin embargo, debe tenerse especialmente en cuenta que como esta medida cautelar accesoria es requerida conjuntamente o con posterioridad a la presentación de la demanda, no rigen ni el plazo de caducidad previsto para la cautelar *autónoma* (es decir, diez días luego de agotada la instancia administrativa o de resuelto el recurso o reclamo administrativo optativo) ni las *anticipadas* (esto es, diez días de obtenida la tutela cautelar).

#### 3.2.1.2.2.4.) Efectos de la apelación de las sentencias dictadas contra un reglamento. Remisión

En este punto, las conclusiones son las mismas que las expuestas al analizar los efectos de la apelación de las sentencias dictadas contra un reglamento en el marco de una *medida cautelar anticipada*.

#### *3.2.2.) Efectos de la sentencia que acoge favorablemente el pedido de suspensión de efectos de un reglamento*

Por último, resta analizar cuáles son los alcances de los efectos de la decisión judicial que ordena la suspensión de los efectos del acto administrativo de alcance general, es decir, si impacta solamente respecto de quien requirió la medida cautelar o produce

efectos *erga omnes*.

Al respecto, la doctrina parece ser unánime al señalar que la sentencia que dispone la suspensión de los efectos del acto administrativo general, especialmente, de los reglamentos, debe tener, en principio, efectos *erga omnes*<sup>1746</sup>.

Por nuestra parte, y en línea con lo apuntado en el punto N° 3.5. del Capítulo XI al analizar los alcances de la sentencia que declara la *nulidad*, entendemos que, sea en un proceso colectivo o individual, los efectos de una sentencia que dispone la *suspensión* de los efectos de un acto administrativo de alcance general debe tener efectos *erga omnes* en la medida en que, por un lado, la inconstitucionalidad o ilegitimidad sea intrínseca y no por aplicación a un caso concreto y, por otra parte, la sentencia emanare de la propia CSJN o, incluso, cuando mediaren pronunciamientos reiterados provenientes de instancias inferiores, declarativos de la ilegitimidad del acto de alcance general<sup>1747</sup>.

Es decir, si la ilegitimidad del acto administrativo de alcance general se vincula únicamente con la situación particular del reclamante, la suspensión judicial solo debería tener efectos *inter partes*, pero si aquella deriva de una ilegitimidad intrínseca del acto, correspondería otorgarle efectos *erga omnes*<sup>1748</sup>.

Finalmente, hemos de precisar que, en nuestra opinión, no correspondería otorgarle

---

<sup>1746</sup> HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 221. GRECCO, Carlos, *Impugnación de disposiciones...*, op. cit., p. 109/113; MONTEZANTI, Néstor Luis, *Suspensión del acto...*, op. cit., p. 130/131, entre otros.

Una posición diferente asume ALBERTSEN, quien entiende que “*en materia de reglamentos, la suspensión, si procediera, sólo procedería respecto de los casos particulares en los cuales se la planteara. No cabe la suspensión del reglamento sino en lo que respecta a los efectos que producen en casos concretos. Es inadmisibles una suspensión general de un reglamento dispuesta por vía de una medida cautelar; el Juez solo podrá, en su caso, disponer la inaplicación del reglamento en el caso concreto*” (ALBERTSEN, Jorge, “La suspensión administrativa y judicial del reglamento”, en AA.VV., *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 118).

En similar sentido, aunque diferenciando del tipo de proceso de que se trate, BARRA sostiene que “*si la suspensión se refiere a una norma de alcance general (ley, reglamento), obviamente ella alcanzará solo a quien es solicitante de la medida y a otros que puedan ser incididos -favorecidos o perjudicados- por la norma. Es decir, la sentencia no tendrá, de por sí, efectos erga omnes, salvo en los casos de amparos en protección de derechos de incidencia colectiva, si correspondiese por la naturaleza del derecho afectado*” (BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p.372).

<sup>1747</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “¿Cómo obtener la suspensión...”, op. cit.

<sup>1748</sup> En similar sentido: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 462.

efectos *erga omnes* a la sentencia desestimatoria de la pretensión suspensiva del reglamento, sea que la desestimación se funde en deficiencias probatorias o en cualquier otro argumento, incluso de fondo.

#### **4.) Síntesis y cuadro gráfico**

4.1.- A modo de conclusión podemos señalar, entonces, que la suspensión de los efectos del “acto administrativo” en sentido amplio y/o genérico, concepto que incluye tanto a los actos administrativos de alcance *particular* o *general* (normativos –v.gr.: reglamentos– o no normativos), como a los de formación *unilateral* o *bilateral*, tal el caso de los contratos administrativos, puede requerirse tanto en sede administrativa como en sede judicial y, en este último caso, no solo sin haberse agotado la vía administrativa recursiva o reclamatoria sino, también, cuando, habiéndosela agotado, se hubiere interpuesto un recurso o reclamo optativo.

4.2.- Así, pues, en el marco del procedimiento administrativo nacional, ya sea de oficio o a pedido del particular, la Administración podrá suspender los efectos del acto administrativo, concretamente, y en lo que hace a esta tesis, del reglamento, por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta.

Al respecto, cabe tener en cuenta, por un lado, que, como vimos, los supuestos de procedencia para la suspensión de efectos son causales independientes y alternativas y, por otra parte, que si la suspensión de efectos recae sobre un acto administrativo irregular –es decir, un acto afectado de nulidad absoluta–, cuya nulidad es, además, manifiesta o, lo que es igual, ostensible, la Administración Pública debe, obligatoriamente, no solo suspender la ejecución del acto sino, además, anularlo.

4.3.- Asimismo, la suspensión de los efectos del acto puede ser requerida en sede judicial ya sea mientras se tramita el *íter* administrativo o luego de haberlo finalizado.

4.3.1.- Durante la tramitación del procedimiento administrativo la suspensión de los efectos del acto administrativo en sede judicial se cristaliza mediante la denominada *medida cautelar autónoma*.

En el marco de la Ley N° 26.854, e independientemente de nuestra visión crítica sobre el tema, para obtener aquella medida cautelar debe acreditarse simultáneamente: a) un perjuicio grave de imposible reparación ulterior, b) verosimilitud del derecho, c) verosimilitud de la ilegitimidad; d) no afectación del interés público; e) que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles, f) haber solicitado la suspensión de efectos en sede judicial y que la decisión de ésta fue adversa a su petición, o que han transcurrido cinco (5) días desde la presentación de la solicitud sin que ésta hubiera sido respondida.

Previo a resolver la medida cautelar autónoma, el juez debe requerir un informe previo a la autoridad pública demandada con el fin de que se expida sobre el interés público comprometido por la solicitud, pudiéndose expedir, también, sobre las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida.

Por otra parte, la Ley establece que las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de “sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso”, la “vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos”, “la salud”, los derechos de “naturaliza alimentaria o de “naturaleza ambiental”, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada.

Del mismo modo, y con toda lógica, la LMC expresamente prevé que en el marco de un proceso de amparo no resulta exigible haber requerido la suspensión de los efectos del acto en sede administrativa (art. 19).

A su vez, la medida regirá hasta los diez días posteriores a la notificación del acto que agota la instancia administrativa y, además, como su extensión temporal depende de la conducta desplegada por la autoridad pública demandada, de la jurisprudencia del fuero parece desprenderse un criterio amplio para su otorgamiento.

Finalmente, y sin perjuicio de nuestra opinión sobre el tema (ver punto N° 5.1.4.2.1.4. del Capítulo VIII), teniendo en cuenta que el criterio actual de la PTN y de la jurisprudencia de la Cámara del fuero es que el régimen de impugnación –al menos, en forma directa– previsto en la LNPA y su reglamentación resulta *improcedente* para el



caso de los reglamentos delegados y los reglamentos de necesidad y urgencia, la *medida cautelar autónoma* no procedería respecto de ellos.

Es que, en definitiva, si la medida cautelar autónoma es aquella que se interpone durante el agotamiento de la vía administrativa o incluso cuando, habiéndosela agotado, se interpuso un recurso o reclamo administrativo optativo *procedente*, y estos no proceden contra reglamentos delegados o de necesidad y urgencia, es claro que aquel tipo de medida no procede respecto de aquellos actos.

4.3.2.- La suspensión de los efectos del acto administrativo puede requerirse, también, luego de agotada la vía administrativa –o, en su caso, después de haberse resuelto el recurso o reclamo administrativo optativo–, ya sea antes de interponerse la demanda correspondiente o, en su caso, junto con ella.

4.3.2.1.- En el primer caso, es decir, cuando se solicita la suspensión de los efectos del acto administrativo antes de presentar la demanda, se está ante una *medida cautelar anticipada* (la denominación “anticipada” obedece, precisamente, a que se interpone de manera anticipada a la demanda).

Los requisitos para la procedencia de esta medida cautelar son los mismos que los de la medida cautelar autónoma, con la diferencia de que no es necesario haber solicitado previamente la suspensión en sede administrativa.

Asimismo, el juez, previo a resolver la medida, debe requerir el informe previo a la autoridad demandada salvo, claro está, que esté involucrado un sector socialmente vulnerable acreditado en el proceso, la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud, derechos de naturaleza alimentaria o de naturaleza ambiental, en cuyo caso la tutela cautelar podrá tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada.

Si luego obtenerse una medida cautelar anticipada no se interpone la demanda dentro de los diez días de efectuada su traba, aquella caduca de pleno derecho y el actor, además, no solo deberá hacerse cargo de las cosas y los daños y perjuicios que hubiere causado,

sino que tampoco podrá solicitar otra medida cautelar antes de iniciar la demanda.

Finalmente, en el marco de la LMC, y a menos que estén involucrados sectores socialmente vulnerables, o esté comprometida la vida digna, la salud, derechos de naturaleza alimentaria o ambiental, el plazo máximo de vigencia de la medida cautelar no puede superar los seis meses (o, en casos de procesos sumarísimos o de amparo, tres meses), pudiéndose prorrogar, a pedido de parte, por un plazo no mayor a otros seis meses.

Como bien ha destacado la doctrina y la jurisprudencia, aquella prórroga puede ser requerida todas las veces que sea necesario, y no una única vez.

4.3.2.2.- Por último, la suspensión de los efectos del acto administrativo puede ser solicitada junto con la demanda, en cuyo caso se está en presencia de la denominada *medida cautelar accesoria*.

Tanto los requisitos de procedencia de esta medida como los aspectos vinculados con el informe previo a la autoridad demandada, son los mismos que lo de la medida cautelar anticipada.

Asimismo, y a menos que estén involucrados sectores socialmente vulnerables, o esté comprometida la vida digna, la salud, derechos de naturaleza alimentaria o ambiental, el plazo máximo de vigencia de la medida cautelar no puede superar los seis meses (o, en casos de procesos sumarísimos o de amparo, tres meses), pudiéndose prorrogar, a pedido de parte, por un plazo no mayor a otros seis meses.

Dicha prórroga también podrá ser requerida todas las veces que sea necesario.

4.4.- En cualquier supuesto, la resolución judicial que suspende los efectos del acto administrativo es susceptible de ser recurrida por vía de reposición con apelación en subsidio o, directamente, por apelación.

Al resultar aplicables analógicamente las normas del CPCCN, el principio vigente en materia de recursos es que tienen efectos devolutivos –no suspensivos–.

4.4.1.- Sin embargo, en el marco de la LMC, la mera interposición del recurso de apelación contra la sentencia que dispone la suspensión judicial de los efectos de una ley o un reglamento del mismo rango jerárquico (v.gr.: reglamento de necesidad y urgencia o delegado), produce la “suspensión de la suspensión” originalmente concedida o, lo que es lo mismo, que la medida decretada no podría cumplirse hasta que se pronuncie la Cámara.

Ello, claro está, en la medida en que no estén involucrados sectores socialmente vulnerables, o esté comprometida la vida digna, la salud, derechos de naturaliza alimentaria o ambiental.

4.5.- Finalmente, hemos visto que en el marco de la LMC (art. 13, inc. 3°, segundo párrafo) la mera interposición del recurso de apelación contra la sentencia que dispone la suspensión judicial de los efectos de una ley o un reglamento de necesidad y urgencia o delegado, produce la “suspensión de la suspensión” originalmente concedida o, lo que es lo mismo, que la medida decretada no podría cumplirse hasta que se pronuncie la Cámara.

Ello, claro está, en la medida en que no estén involucrados sectores socialmente vulnerables, o esté comprometida la vida digna, la salud, derechos de naturaliza alimentaria o ambiental.

Amén de las críticas esbozadas por la doctrina sobre aquella cláusula legal, por nuestra parte sostenemos que otorgar efectos suspensivos al recurso de apelación interpuesto contra una sentencia recaída en una medida cautelar, además de desnaturalizar la esencia asegurativa que caracteriza a las medidas cautelares, atenta contra el principio constitucional de la tutela judicial efectiva, pues los derechos afectados por el administrado podrían verse afectados durante el lapso que transcurre entre la apelación y la decisión de la Cámara.

Es que, en definitiva, no puede soslayarse la circunstancia de que las medidas cautelares son accesorias al *proceso* y no a la *instancia*.

Además, la LMC, al equiparar los efectos del recurso de apelación contra una sentencia que dispone la suspensión de los efectos de una *ley emanada del Congreso* y los de *un reglamento delegado o de necesidad y urgencia*, ignora que, como hemos visto

a lo largo de los argumentos que sustentan nuestra tesis, aquellos, al ser producto de la función administrativa (por oposición a la legislativa), son una *especie* del *género* acto administrativo, es decir, son actos administrativos en sentido amplio y que, por tanto, ambas normas (ley y reglamento) están sometidas a regímenes jurídicos diferentes.

4.6.- El régimen de las medidas cautelares en el que el Estado es parte ha sido una de las cuestiones que mayor interés ha despertado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a punto tal que se ha llegado a hablar de una “batalla por las medidas cautelares”<sup>1749</sup>.

Resulta indudable que, como vimos al comienzo de este trabajo, en la suspensión de los efectos de un acto administrativo se cristaliza una de las mayores tensiones que existe entre las prerrogativas del Estado y las garantías de los particulares.

De un lado, la prerrogativa estatal de ejecutar por sí y ante sí los actos administrativos que ella dicta y que, como vimos, alteran de manera unilateral la situación jurídica del particular y, por el otro, la garantía de los administrados a la tutelar judicial efectiva.

Es cierto que, en muchos casos, la Administración Pública es reacia a reconocer sus errores y, también, que no suele expedirse sobre los pedidos de suspensión de efectos de actos administrativos o, en su caso, que pospone su resolución al momento en el que la cuestión de fondo es resuelta, obligando al administrado a tener que recurrir a la justicia para que sea ésta quien suspenda los efectos del acto recurrido en aquel procedimiento.

Tampoco se nos escapa que, en ciertas ocasiones, los procesos judiciales suelen caracterizarse por su lentitud, soslayándose que, como agudamente sostuvo el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, “*la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón*”<sup>1750</sup>.

Sin embargo, en modo alguno creemos que la observación de aquella realidad deba llevar, necesariamente, a la supresión de las aludidas prerrogativas estatales pues, por un lado, una norma que pretenda transformar a la Administración en un particular más,

---

<sup>1749</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, 3º edición ampliada, Thomson Cívitas, Madrid, 2004.

<sup>1750</sup> Citado por: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *Las medidas cautelares en la jurisdicción...*, op. cit.

exigiéndole acudir siempre a la Justicia para la ejecución coactiva de sus decisiones, no resistiría el test de razonabilidad<sup>1751</sup>.

Por otra parte, tampoco estamos entre los que sostienen que cuanto más se restrinjan las prerrogativas públicas más aseguradas estarán las garantías de los particulares, sino que, por el contrario, somos de los que creen que quienes ostentan el poder deben actuar en forma prudente y con el fin de satisfacer el interés público comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad, sin anteponer los intereses propios a éste.

El principio la *tutela cautelar efectiva*, como derivación de la tutela judicial efectiva, debería comenzar a instrumentarse no ya como una medida extraordinaria o excepcional sino que, como bien señala JAIME RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, en un instrumento de la tutela judicial ordinaria, adquiriendo así una perspectiva constitucional que las sitúa en el ámbito del denominado Derecho Administrativo Constitucional<sup>1752</sup>.

Las medidas cautelares y, en lo que aquí interesa, aquellas tendientes a obtener la suspensión de los efectos de un acto administrativa, se presentan como un instrumento procesal idóneo para reducir la desigual posición que existen entre la Administración y los particulares<sup>1753</sup>.

La tutela cautelar efectiva contribuye, entonces, al adecuado equilibrio entre las prerrogativas estatales y las garantías de los particulares, equilibrio que, al decir del profesor COMADIRA, se logra adhiriendo “*a una visión servicial y no opresiva de la prerrogativa pública y a una concepción solidaria del derecho individual*”<sup>1754</sup>.

De nada serviría otorgarles protección jurisdiccional a los particulares afectados por un acto administrativo desfavorable si la justicia no se expide de manera oportuna, pues, indudablemente, como dijimos antes, una justicia lenta no es justicia y, en términos del Tribunal Constitucional español en Sentencia, “*desde el punto de vista sociológico y práctico puede seguramente afirmarse que una justicia tardíamente concedida equivale*

---

<sup>1751</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, “Las bases constitucionales...”, op. cit., p. 950.

<sup>1752</sup> Citado por: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *Las medidas cautelares en la jurisdicción...*, op. cit.

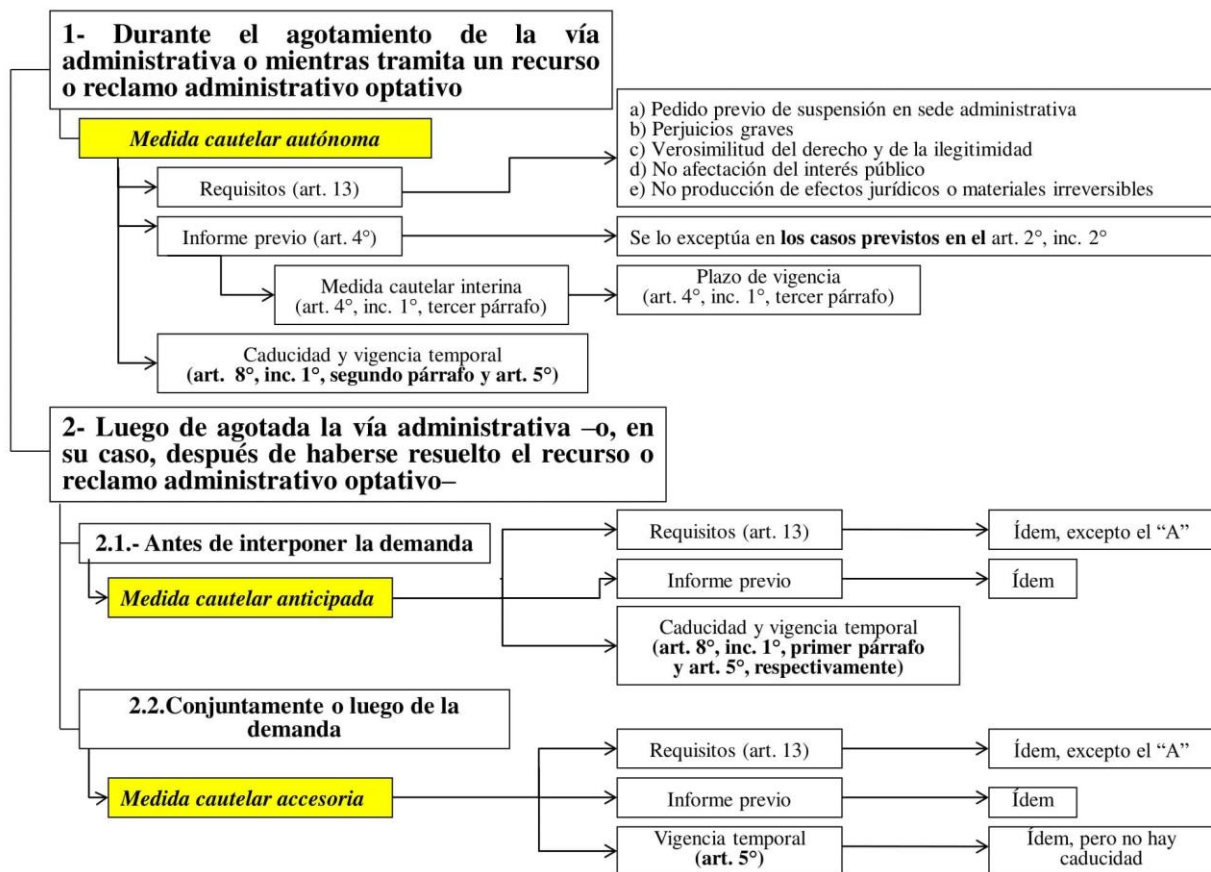
<sup>1753</sup> SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 2, p. 921.

<sup>1754</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 754.

a una falta de tutela judicial efectiva”<sup>1755</sup>.

Es que, en definitiva, y parafraseando un ejemplo utilizado por el Profesor Julio Rodolfo COMADIRA<sup>1756</sup>, acudir a la justicia para luego advertir que esta se despliega lentamente, sería como encender una bomba de agua actuando en el vacío: funciona en apariencia, no cumple con su misión, deja sin contenido la sed de justicia del ciudadano y, eventualmente, se termina arruinando.

4.7.- Las oportunidades en que se puede requerir la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo surge con mayor claridad en el siguiente gráfico:



<sup>1755</sup> Citado por: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *Las medidas cautelares...*, op. cit., p. 52.

<sup>1756</sup> Cfr.: COMADIRA, Julio Rodolfo, “El juez contencioso administrativo...”, op. cit.

## CAPÍTULO XIII

## LA IMPUGNACIÓN DE REGLAMENTOS POR VÍA DEL AMPARO

**1.) Introducción**

1.1.– No resulta posible terminar esta tesis sin, previamente, analizar la viabilidad jurídica de impugnar judicialmente un acto administrativo de alcance general por medio del proceso de amparo previsto en el art. 43 de la Constitución nacional, específicamente regulado en la Ley Nacional de Amparo N° 16.986 (en adelante, “LNA”).

Ello así pues, como vimos tanto en la presentación de esta tesis doctoral<sup>1757</sup> y a lo largo de los diversos Capítulos<sup>1758</sup> que la integran, la prerrogativa del agotamiento de la vía administrativa –o, como la denominan los españoles, la autotutela reduplicativa o en segunda potencia<sup>1759</sup>–, predicable respecto de todos los reglamentos, no es requerida en aquellos supuestos en los que estén dados los requisitos que habilitan acudir a la vía del amparo.

Asimismo, y como se verá *infra*, cuando se impugna cualquier reglamento por la vía de amparo, de la jurisprudencia de la CSJN es posible concluir que si con su dictado se afectan derechos humanos como la vida o la salud, aquellos, además de poder ser impugnados judicialmente de forma *indirecta* o *directa* (es decir, incluso antes de que exista un acto de aplicación), tampoco requieren el previo agotamiento de la vía administrativa.

1.2.– Liminarmente, cabe tener presente que si bien al momento de sancionarse la LNA (1966) nuestra Constitución no preveía expresamente la acción de amparo, con la reforma constitucional del año 1994 aquella fue expresamente incorporada en el citado art. 43 de nuestra Carta Magna que, en lo que aquí interesa, establece:

Artículo 43.- “*Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de*

---

<sup>1757</sup> Ver punto 3 de la presentación, especialmente el punto N° 3.7.

<sup>1758</sup> Así, por ejemplo, en el punto N° 3 del Capítulo I; el punto N° 4 del Capítulo II; el punto N° 2.4. del Capítulo VI; el punto N° 5.1.3.2.4. y 5.4.1.4. del Capítulo VIII y el punto N° 1 del Capítulo XII.

<sup>1759</sup> Ver nota 485.



*autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva... ”.*

La cláusula constitucional transcrita recoge, en líneas generales, lo previsto en el art. 1° de la LNA según el cual *“la acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus”.*

Analizar en profundidad la acción de amparo excede con holgura el límite propuesto para este trabajo, razón por la cual remitimos para su estudio a las obras de aquellos autores que han analizado en detenimiento aquel instituto<sup>1760</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, en esta oportunidad estimamos conveniente abordar, al menos sintéticamente, algunas cuestiones que necesariamente han de tenerse en cuenta al momento de analizar la procedencia del amparo contra actos administrativos de alcance general.

Así, pues, analizaremos brevemente no solo si resulta necesario agotar la vía administrativa previo a la interposición de la demanda de amparo contra un acto administrativo de alcance general –o, en su caso, particular– sino, también, en qué ocasiones, de qué modo y bajo qué presupuestos podrían cuestionarse aquellos actos.

---

<sup>1760</sup> MORELLO, Augusto M. y VALLEFÍN, Carlos A., *El amparo, régimen procesal*, Editora Platense, Buenos Aires, 2004, Quinta Edición; SALGADO, Alf J. y VERDAGUER, Alejandro C., *Juicio de amparo...*, op. cit.; RIVAS, Adolfo Armando, *El amparo*, 3° Edición actualizada, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2003; SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal...*, op. cit., Tomo 3; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit.; BASTERRA, Marcela I., *El Proceso Constitucional de Amparo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013; DÍAZ SOLIMINE, Omar, *Juicio de Amparo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003; DÍAZ, Silvia Adriana, *Acción de amparo*, La Ley, Buenos Aires, 2001; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado...*, op. cit., Tomo 2, p. 456, entre muchos otros.

## **2.) La impugnación de actos administrativos (particulares o generales) como objeto del control amparista**

Tanto el art. 43 de la Constitución nacional como el art. 1° de la LNA, expresamente establecen que toda persona puede iniciar una acción de amparo contra *todo acto de autoridades públicas*.

Si bien no pretendemos analizar aquí cuáles son las diversas clases de “actos” que encuadran en aquella locución, ni qué ha de entenderse por “autoridad pública”, solo diremos ahora que la doctrina es pacífica al señalar que dentro de aquel catálogo se incluyen no solo a los *actos administrativos* sino, también, a toda otra *actuación* de las autoridades públicas.

Así, pues, la noción de “acto” en sentido constitucional abarca tanto a los *actos administrativos*, como a los *hechos administrativos objetivos* (esto es, los comportamientos materiales del órgano en función administrativa) y las *vías de hecho administrativas*<sup>1761</sup> (tanto las diferencias entre “actos” y “hechos”, como las diversas clases de estos últimos pueden verse en el Anexo I de esta tesis doctoral).

---

<sup>1761</sup> Las vías de hecho son aquellos comportamientos materiales del órgano que implican una grosera o grave violación de un derecho o garantía constitucional, o la ejecución de actos cuando se encuentra pendiente algún recurso administrativo de los que en virtud de norma expresa traen aparejada la suspensión de los efectos ejecutorios del acto. Ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 2; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 258 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Las vías de hecho administrativas”, op. cit., p. 55 y ss.

Cabe destacar que según surge del art. 25 inc. “D” de la LNPA, la acción o el recurso contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse en el plazo de 90 o 30 días, respectivamente, computados, en caso de tratarse de hechos o vías de hecho administrativos, “*desde que ellos fueran conocidos por el afectado*”. De esa manera, entonces, se desprende que según la LNPA los *hechos* y las *vías de hecho* no requieren agotamiento de la vía administrativa para acudir ante la Justicia a los fines de su impugnación, pues, como dice la norma, la vía judicial está habilitada desde el momento mismo en que el interesado conoce la existencia de aquéllos. No obstante, si se optara por acudir previamente a la vía administrativa, innecesaria en ambos casos, procederá la vía prevista en el art. 30 de la LNPA. En estos supuestos, creemos que la actuación administrativa generada con motivo del aludido reclamo, debería producir, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1°, inc. “E”, ap. 9° de la LNPA, la suspensión de los plazos legales y reglamentarios, incluso los relativos a la prescripción habida cuenta de que, a pesar de ser un *reclamo innecesario*, éste no resulta *inoficioso*.

En este sentido, la jurisprudencia del fuero ha señalado que la interposición de un reclamo administrativo ante el órgano competente, aun cuando aquél fuese innecesario por aplicación de las disposiciones del art. 32 de la ley, pero no inoficioso por ser una articulación posible del administrado no prohibida por el ordenamiento procedimental, produce la suspensión de los plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción en los términos de la norma comentada, razón por la cual, en tanto las actuaciones administrativas –practicadas con intervención de autoridad competente– continúen, el plazo de la prescripción sigue suspendido (CNACAF, Sala IV, 17/11/1998, “Gallardo”; CNACAF, Sala I, 24/08/04, “Legumbres SACFIA” y, más recientemente, CNACAF, Sala III, 22/10/2019, “Telecom Argentina SA c/ ENACOM s/Proceso de conocimiento”). Ampliar en: CANDA, Fabián, “La incidencia del

Por otra parte, también resulta innegable que la vía del amparo procede contra “omisiones” que con manifiesta ilegitimidad lesionen o amenacen derechos reconocidos por la Constitución nacional pues, como fuera señalado por la doctrina calificada en la materia, “*aunque el agravio proviene generalmente de un hecho o un acto en sentido positivo, nada obsta que sea una omisión la que ocasione la lesión que produce el agravio que habilita el amparo*”<sup>1762</sup>.

---

procedimiento sobre el plazo de prescripción de la acción contencioso administrativa”, en AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2006, p. 103 y ss. Ver, también, GORDILLO, Agustín *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. El Procedimiento Administrativo*, 1ª Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2016, Tomo 4, p. XII-25/26; COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1176 y ss.).

La CSJN, por su parte, en diversos pronunciamientos recientes parece haber adoptado, aunque no de manera tan explícita, el criterio sentado por la Cámara del fuero (CSJN, 10/02/2015, “Formosa, Provincia de c. Tecnicagua S.A. y otros (Estado Nacional) y otros s/ cobro de sumas de dinero”, no publicado en *fallos*; CSJN, 10/02/2015, “Santiago del Estero, Provincia de c/ Estado Nacional y otros s/ Cobro de pesos”, no publicado en *fallos*; CSJN, 24/11/2015, “Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos 338:1389. Un estudio profundo sobre la cuestión puede verse en: GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Influencia sobre el plazo de prescripción del sistema de habilitación de instancia en el contencioso administrativo”, LL 2016-F, 755).

Es que, en definitiva, y tal como recuerdo COMADIRA, “*si el particular tiene, pues, el derecho de peticionar y la Administración, el deber de resolver, ¿por qué, entonces, el ejercicio no irrazonable de ese derecho no habrá de generar el efecto suspensivo previsto por la norma?* (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 96).

<sup>1762</sup> MORELLO, Augusto M. y VALLEFÍN, Carlos A., *El amparo...*, op. cit., p. 21; RIVAS, Adolfo Armando, *El amparo...*, op. cit., p. 339/341; SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal...*, op. cit., Tomo 3, p. 68; MORELLO, Augusto M. – BOTASSI, Carlos A., “Amparo por omisión política: la puesta en marcha del fuero contencioso-administrativo en la provincia de Buenos Aires”, JA 2003-II-152; BASTERRA, Marcela I., *El Proceso Constitucional de Amparo...*, op. cit., p. 12/14, entre muchos otros.

Ciertamente, analizar el “amparo por omisión” excede con holgura el objeto de análisis propuesto, razón por la cual en esta oportunidad solamente diremos que, ante las omisiones manifiestamente ilegítimas, el amparo de nuestro derecho tiene su origen en el llamado “mandamiento de ejecución” (*writ of mandamus* en la terminología anglosajona –SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal...*, op. cit., Tomo 3, p. 68–), a través del cual el juez requerido ordena a la parte demandada y condenada a llevar adelante una determinada acción positiva a la que si bien está obligada por el ordenamiento, no cumple.

En nuestro ordenamiento jurídico nacional, el “mandamiento de ejecución” pierde su carácter tradicionalmente monitorio (unilateral, sin sustanciación), para resultar de una sentencia de condena que procede luego de un juicio de trámite sumarísimo como este y previa contradicción entre los contendientes.

La acción de amparo contra omisiones materiales ilegítimas prevista en la Ley N° 16.986 permite la contradicción, bilateralidad y ciertos medios probatorios (ello, a diferencia de lo que ocurre en otros regímenes provinciales, como en el caso de la Provincia de Río Negro, cuyo constituyente ha preservado la figura del “mandamus” como proceso monitorio para determinado tipo de omisiones –cfr. art. 44 de la Constitución provincial–).

Ahora bien, ante la ausencia del “mandamiento de ejecución” o “mandamus” en estado puro, en el sistema procesal federal es la figura de la acción de amparo la que incluye la totalidad de las situaciones omisivas habilitantes de aquella figura.

En ese orden de cosas, y teniendo en consideración que, en nuestra opinión, los reglamentos, incluso los de necesidad y urgencia y los delegados, son una especie del género acto administrativo (en el caso, actos administrativos de alcance general normativo), cabe preguntarse si aquellos resultan revisables por medio del proceso de amparo, ya sea directa o indirectamente.

Finalmente, y en relación con el alcance del término “autoridad pública”, para el desarrollo del objeto de esta tesis solo cabe recordar que, como vimos tanto en el Capítulo I como en el Capítulo V, el “acto administrativo” (en sentido amplio) deriva genéticamente de la función administrativa y, por tanto, según el criterio mixto que hemos adoptado para delimitar las funciones jurídicas del Estado (Capítulo I), como aquella función está presente en todos los órganos del Estado (es decir, tanto en el Poder Ejecutivo como en el Poder Legislativo y el Poder Judicial, incluyendo los diversos órganos instituidos o integrados en el ámbito de tales Poderes –v.gr.: Defensor del Pueblo o Consejo de la Magistratura–) e, incluso, en ciertos entes no estatales (públicos o privados) (Capítulo II), los *actos* que sean dictados en el ejercicio de aquella función, habrán de ser considerados, al menos genéricamente, actos administrativos y, en consecuencia, objetos de la pretensión amparista.

### 2.1.) Impugnación indirecta de los reglamentos por vía del amparo

2.1.1.- La impugnación indirecta del reglamento por vía del amparo procede cuando se cuestiona un acto administrativo particular aplicativo de aquel. En estos casos, se está ante lo que la doctrina denomina *amparo indirecto*<sup>1763</sup>.

De ese modo, se señala que cuando el art. 43 *in fine* de la Constitución establece que “*el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto*

---

Así, pues, toda omisión material ilegítima que cumplimente los requerimientos generales de la acción de amparo (ilegitimidad manifiesta, lesión o amenaza de derechos reconocidos por la Constitución, tratado o ley, ausencia de un medio procesal más idóneo para accionar) hará admisible esta acción.

Para un análisis vinculado con aquellos supuestos en los que una ley del Poder Legislativo no puede ponerse en práctica por omisión reglamentaria del Poder Ejecutivo, remitimos a lo expuesto en el punto N° 2.5. del Capítulo IX de esta tesis.

<sup>1763</sup> RIVAS, Adolfo Armando, *El amparo...*, op. cit., p. 331; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 568, entre otros.

*u omisión lesiva*”, el constituyente ha previsto expresamente un control de constitucionalidad *indirecto* de la norma (ley, reglamento, etc.) en la que se basa el acto individual de aplicación.

2.1.2.- En la jurisprudencia de nuestra CSJN existen numerosos casos en los que el amparo ha sido considerada la vía idónea para cuestionar *indirectamente* disposiciones reglamentarias.

En tal sentido, resultan ilustrativas las sentencias recaídas en las causas “Outon”<sup>1764</sup>, “Arenzón”<sup>1765</sup>, “Gottschau”<sup>1766</sup>, “Mantecón Valdés”<sup>1767</sup>, entre muchos otros.

En el último caso citado, el actor, un bibliotecario de nacionalidad cubana, inició una acción de amparo contra el acto por el que se le había denegado su inscripción en el concurso convocado por la CSJN para cubrir tres cargos de auxiliar de Biblioteca de esa Corte.

La denegatoria se había fundado en que según el art. 11, punto 1.3. del acto de llamado a concurso (acto administrativo de alcance general no normativo) que, a su vez, se sustentaba en el art. 11 del Reglamento para la Justicia Nacional (acto administrativo de alcance general normativo, es decir, reglamento), establecía como requisito ser argentino.

En el caso, la CSJN declaró la inconstitucionalidad del Reglamento y del acto de llamado a concurso y, en consecuencia, declaró la nulidad del acto administrativo por el que se le había denegado al actor la inscripción en el concurso.

Como se ve, mediante la acción de amparo impetrada contra un acto particular, se efectuó una impugnación indirecta del Reglamento –y, también, del acto administrativo de alcance general no normativo–.

---

<sup>1764</sup> CSJN, 29/03/1967, “Outon, Carlos José, y otros”, Fallos 267:215

<sup>1765</sup> CSJN, 15/05/1984, “Arenzón, Gabriel D. c/ Gobierno Nacional s/ Acción de Amparo”, Fallos 306:400.

<sup>1766</sup> CSJN, 08/08/2006, “Gottschau, Evelyn Patrizia c. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo”, Fallos: 329:2986

<sup>1767</sup> CSJN, 12/08/2008, “Mantecón Valdés, Julio c. Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación - Corte Suprema de Justicia de la Nación - resol. 13/IX/04 (concurso biblioteca)”, Fallos: 331:1715.

2.1.3.- Finalmente, e independientemente de lo establecido en el actual art. 43 de nuestra Constitución de la Nación, lo cierto es que, como veremos en las páginas que siguen, la declaración de inconstitucionalidad de un acto estatal de alcance general (v.gr.: ley o reglamento), ha sido una cuestión que, previo a la reforma constitucional de 1994, generó un gran debate doctrinario y jurisprudencial.

## 2.2.) Impugnación directa de los reglamentos por vía del amparo

2.2.1.- A diferencia de lo visto en el punto anterior, en donde resulta innegable la posibilidad de que un reglamento sea impugnado *indirectamente* por medio de la acción de amparo (art. 43 *in fine* de la Constitución nacional), la impugnación *directa* de una disposición reglamentaria no pareciera tener la misma aceptación por parte de la doctrina.

Es que, según se ha señalado, si bien ante un acto lesivo el amparo es la vía idónea para plantear la inconstitucionalidad de la norma en que se funda, no resultaría procedente, en principio, iniciar una acción de amparo para que se declare la inconstitucionalidad de una ley (en nuestro caso, reglamento)<sup>1768</sup>.

2.2.2.-Sin embargo, la mayoría de la doctrina ha señalado, en criterio que compartimos, que ante una ley y/o reglamento autoaplicativo, es decir, aquellos que afectan de modo directo e inmediato el *status* de los administrados y que, por consiguiente, no requieren de actos administrativos particulares de aplicación para afectar derechos, la acción de amparo se presenta como el medio idóneo para cuestionar su constitucionalidad<sup>1769</sup>.

---

<sup>1768</sup> Ver las diferentes posturas doctrinarias en: SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal...*, op. cit., Tomo 3, p. 89 y ss.

<sup>1769</sup> BASTERRA, Marcela I., *El Proceso Constitucional...*, op. cit., p. 46; MONTI, Laura, “Amparo contra leyes” en obra colectiva *Amparo, Medidas Cautelares y Otros Procesos Urgentes en la Justicia Administrativa*, director CASSAGNE, Juan Carlos, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 69; SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal...*, op. cit., Tomo 3, p. 89 y ss.; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 109/110; PRITZ, Osvaldo A.F., “Amparo contra simples actos de la Administración y proyectos de leyes”, en *Estudios de Derecho Administrativo VI*, Ediciones Dike, Buenos Aires, 2001, p. 203/204; RIVAS, Adolfo Armando, *El amparo...*, op. cit., p. 332, entre otros.



2.2.3.-Asimismo, y teniendo en consideración la doctrina que se extrae de algunos precedentes de la CSJN<sup>1770</sup>, coincidimos con quienes entienden que en aquellos supuestos en los que esté comprometido un derecho humano fundamental<sup>1771</sup>, como sería la vida o la salud, la impugnación *directa* de los reglamentos por vía del amparo, aun cuando no haya existido un acto de aplicación, resulta procedente<sup>1772</sup>.

2.2.4.-A lo expuesto cabe agregar, además, que, tal como lo hemos anticipado en los puntos N° 5.1.4.2.4. y N° 4.3.2.1. de los Capítulos VIII y IX, respectivamente, los *reglamentos de necesidad y urgencia* y los *reglamentos delegados* pueden ser cuestionados *directamente* por vía del amparo<sup>1773</sup>.

---

<sup>1770</sup> CSJN, 18/12/2003, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo - medida cautelar”, Fallos 326:4931, entre otros.

<sup>1771</sup> Al respecto, conviene dejar aclarado, ya desde ahora, que hemos utilizado la expresión “derechos humanos fundamentales” a los simples efectos prácticos o, en otros términos, por razones de comodidad de lenguaje y no porque estemos plenamente convencidos, desde la óptica del derecho público y sin forzar la interpretación de los textos legales, que la expresión técnica empleada sea suficientemente adecuada. Es que, como bien lo ha señalado MANILI, existe un interesante debate en relación con la asimilación de los “derechos humanos” y los “derechos fundamentales” (ampliar en: MANILI, Pablo L., “La difícil tarea de definir el concepto de derechos humanos”, en AA.VV *Derechos Humanos y Control de Convencionalidad*, Carlos D. LUQUE (compilador) – Mario A.R. MIDÓN (director), Contexto, abril 2016, p. 7 y ss.).

<sup>1772</sup> Ver, por todos: CHRISTE, Graciela, *Los derechos sociales en acción: la intersección de los derechos sociales en el derecho administrativo*, Grupo Editorial HS, Buenos Aires, 2017, p. 279.

<sup>1773</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Constitucional*, op. cit., Tomo 3, p. 153; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 160; BASTERRA, Marcela I., *El Proceso Constitucional de Amparo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 19; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 592 y ss.; MIDÓN, Mario A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia...*, op. cit., p. 171 y ss., criterio luego ratificado en la 2° edición corregida y actualizada de su obra, Hammurabi, 2012, p. 263 y ss.; PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia...*, op. cit., p. 280; SALGADO, Alí J. y VERDAGUER, Alejandro C., *Juicio de amparo...*, op. cit., p. 71.

En contra, como ya lo hemos advertido en diversas oportunidades, parecería postularse BARRA, pues al referirse a los DNU, el “*criterio jurisprudencial de revisar la ‘necesidad y urgencia’, como una cuestión fáctica, no condice con la rapidez con que el Congreso debe revisar el mérito del mecanismo utilizado por el presidente. Por lo demás, va de suyo que la vía del amparo nunca sería idónea para controlar la constitucionalidad de los DNU (por tal razón fáctica), a poco que se repare que la confirmación del Congreso, o simplemente la no declaración de nulidad, tornará abstracto cualquier planteo. ¿Cómo se podrá dar lugar a una medida judicial estando en curso el trámite parlamentario de la ley 26.122, sin que pueda interpretarse que tal intervención judicial se encuentra destinada a influir sobre la decisión de los legisladores?*” (BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., Tomo 2, p. 434 y ss. y, antes, en BARRA, Rodolfo C., - LICHT, Miguel N., “Decretos de necesidad y urgencia”, LL 2016-B, 660, especialmente nota N° 12).

Asimismo, también han señalado que los reglamentos delegados pueden ser impugnados de manera directa por vía del amparo, entre otros: CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE,



2.2.5.- No obstante lo expuesto, no puede dejar de señalarse que la inconstitucionalidad de reglamentos y/o leyes también puede plantearse de manera directa por otros mecanismos procesales, como la *acción declarativa de inconstitucionalidad*.

Si bien aquella acción no está expresamente contemplada en el CPCCN, cabe señalar que la justicia ha derivado su existencia de la acción meramente declarativa, prevista en el art. 322 del Código de rito.

Así, a partir del caso “Gomer S.A.”, la CSJN entendió “*que existe en el orden nacional la acción declarativa de inconstitucionalidad...*”<sup>1774</sup> y, desde entonces, receptó la figura encuadrándola en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>1775</sup>.

Si bien escapa al objeto de la presente analizar cuál debería ser el régimen jurídico que debería aplicársele a la acción declarativa de inconstitucionalidad, es decir, si cabe subsumirla en el marco del art. 322 del CPCCN o si, por el contrario, debe reconocérsele sustantividad propia<sup>1776</sup>, en esta ocasión solo diremos que, al igual que ocurre con todas las pretensiones sometidas al conocimiento de los órganos jurisdiccionales, la admisión de la acción declarativa exige que no tenga un simple carácter consultivo ni que importe una indagación meramente especulativa, sino que responda a un caso y que busque precaver de los efectos de “*un acto en ciernes*” o de los de un acto ya dictado, al que se considere ilegítimo<sup>1777</sup>.

---

Santiago, *Tratado de la regulación...*, op. cit., p. 384 y ss.; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 581 y ss.; SALGADO, Alí J. y VERDAGUER, Alejandro C., *Juicio de amparo...*, op. cit., p. 73.

Finalmente, cabe recordar que como vimos a lo largo de los fundamentos que dan sustento a esta tesis, en nuestra opinión y siguiendo el criterio mixto para delimitar las funciones jurídicas del Estado, todos los reglamentos (v.gr.: autónomos, ejecutivos, delegados y de necesidad y urgencia) son producto de la función administrativa –por oposición a legislativa– y, por tanto, actos administrativos en sentido amplio y/o genérico (ampliar este tema en el Capítulo V de esta tesis).

<sup>1774</sup> CSJN, 03/02/1987, “Gomer S.A. c/ Provincia de Córdoba”, Fallos: 310:142.

<sup>1775</sup> CSJN, 20/04/2010, “Administración de Parques Nacionales c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos: 333:487.

<sup>1776</sup> Sobre la cuestión puede verse: BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, op. cit., Tomo 1, p. 141 y ss.; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 2, p. 828 y ss., entre otros.

<sup>1777</sup> CSJN, 22/06/1989, “CONARPESA Continental Armadores de Pesca SA. c/ Chubut, Provincia de s/ acción declarativa”, Fallos: 312:1003.

### **3.) Amparo vs. agotamiento de la vía administrativa**

Luego de haber estudiado la viabilidad jurídica de cuestionar un reglamento por vía del amparo, cabe adentrarse en otro gran debate que se ha dado tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial: ¿es obligatorio agotar la vía administrativa antes de iniciar un proceso de amparo?

Es que, como hemos visto en el punto N° 2.2. del Capítulo XI, según surge de la LNPA, uno de los presupuestos de admisibilidad para la impugnación de actos administrativos –ya sea de alcance particular, o de alcance general– consiste en el agotamiento de la vía administrativa.

Pues bien, según surge del art. 2º, inc. “a” de la LNA –que, insistimos, es anterior a la reforma constitucional del año 1994–, la acción de amparo no será admisible cuando “*existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate*” (énfasis agregado).

Como se ve, de la redacción de la LNA se infiere que el agotamiento de la vía administrativa constituye un recaudo de admisibilidad de la pretensión amparista.

Sin embargo, como vimos antes, a partir del año 1994, el art. 43 de la Constitución nacional establece, entre otras pautas, que “*toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo...*” (énfasis agregado).

Aquella situación, es decir, una ley especial de amparo que exige el previo agotamiento de la vía administrativa, y una cláusula constitucional posterior a la sanción de aquella norma que omite hacer referencia expresa a dicha exigencia, generó un interesante debate sobre la cuestión.

En modo alguno pretendemos agotar aquí el estudio de las diversas opiniones que la temática ha recibido por parte de la doctrina ni la jurisprudencia, pues aquello excedería con holgura el propósito de ésta tesis.

Por tanto, en esta ocasión solo hemos de mencionar que así como se ha señalado que a partir del contenido del nuevo texto del art. 43 de la Carta Magna ya no puede

exigirse al amparista el tránsito previo por la vía administrativa<sup>1778</sup>, otras opiniones destacan que, a pesar de aquella reforma, la voluntad del constituyente fue habilitar a los jueces a remitir el planteo amparista a la instancia administrativa<sup>1779</sup>.

La jurisprudencia tampoco parece ser unánime, pues mientras algunos tribunales han interpretado que luego del año 1994 el agotamiento de la vía se ha vuelto inconstitucional<sup>1780</sup>, otros parecen entender que aquello no puede afirmarse apriorísticamente en todos los casos.

Sobre la cuestión, la CSJN en reiteradas oportunidades sostuvo que la vía del amparo no debe verse obstaculizada por la existencia de procedimientos administrativos previos.

---

<sup>1778</sup> MORELLO, Augusto M. y VALLEFÍN, Carlos A., *El amparo...*, op. cit., p. 35; MONTI, Laura, “Agotamiento de la vía administrativa y tutela judicial efectiva”, en *Estudios de Derecho Público*, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 2013, p. 322; CANDA, Fabián O., “La habilitación de la instancia...”, op. cit., p. 372; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 2, p. XIII-10; ROSATTI, Horacio, *Tratado de derecho...*, op. cit., Tomo II, p. 744; DÍAZ, Silvia Adriana, *Acción de amparo*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 108; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 2, p. 811 y ss.; BALBÍN, Carlos F., *Curso...*, op. cit., Tomo II, p. 815; BARRA, Rodolfo C., “La acción de amparo en la constitución reformada: la legitimación constitucional”, LL 1994-E, 1092; BASTERRA, Marcela I., *El Proceso Constitucional...*, op. cit., p. 33; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado...*, op. cit., Tomo 2, p. 770; SALGADO, Alí J. y VERDAGUER, Alejandro C., *Juicio de amparo...*, op. cit., p. 133; GAMBIER, Beltrán – BARRECI, María Inés, “El amparo: la inadmisibilidad de la acción por la existencia de otras vías frente a la Constitución nacional luego de su reciente reforma”, ReDA N° 18, p. 138; GELLI, María A., *Constitución...*, op. cit., Tomo 2, p. 611; BIDART CAMPOS, Germán, *Manual...*, op. cit., Tomo III, p. 376; LAPLACETTE, Carlos José, “El amparo tras la reforma constitucional de 1994”, en LL, Suplemento Especial, *A 25 años de la reforma constitucional de 1994*, Noviembre 2019, p. 149, OLMOS SONNTAG, María Gimena, “Proceso de Amparo”, en AA.VV., *Derecho Procesal Administrativo*, FERNÁNDEZ, Sergio –Director–, ALONSO REGUEIRA, Enrique –Coordinador, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2019, p. 248, entre muchos otros.

<sup>1779</sup> Ver, entre otros: BADENI, Gregorio, *Tratado...*, op. cit., Tomo III, p. 15 y ss.; SARMIENTO GARCÍA, Jorge H. – URRUTIGOITY, Javier, “Cuestiones sobre el amparo”, en AA.VV., *Tratado de derecho procesal administrativo*, CASSAGNE, Juan Carlos - Director -, 2° Edición actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo 2, p. 498 y ss., entre otros.

<sup>1780</sup> CNACAF, Sala IV, 06/03/2001, “Estancias La Dorita S.A. y otros c/E.N. -Jefatura de Gabinete M° S. -IGJ - decreto 55/00 s/amparo ley 16.986”; CNACAF, Sala II, 19/09/1998, “Saluzzi Delia Susana c/ DINAMARC -M° de Justicia s/amparo ley 16.986”, entre muchos otros.

En el caso “Saluzzi”, la Cámara sostuvo que “*Bidart Campos interpreta que la referencia que la norma constitucional hace del ‘medio judicial más idóneo’ y la omisión de aludir a las vías administrativas, equivale a no obstruir la procedencia del amparo por el hecho de que existan recursos administrativos o de que no se haya agotado una vía de reclamación administrativa previa [...] La omisión en que incurrió la actora al no reclamar previamente ante la autoridad administrativa pertinente, no constituye óbice formal a la procedencia de la acción*” (CNACAF, Sala II, 17/09/1998, “Saluzzi Delia Susana c. DINAMARC -M° de Justicia s/amparo ley 16.986”). En el mismo sentido se pronunció la Sala III, 08/09/1994, “Schroeder, Juan v. Estado Nacional - Sec. Recursos Naturales”.

En el caso “Arbonés” del 03/03/1998, el Máximo Tribunal precisó “*que siempre que aparezca de modo claro y manifiesto el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo*”<sup>1781</sup>.

No se nos escapa que de la causa “Neuquén para el Mundo” del 03/11/1998<sup>1782</sup>, podría llegar a interpretarse que la CSJN volvió a exigir el previo agotamiento de la vía administrativa como presupuesto de admisibilidad de la pretensión del amparo<sup>1783</sup>, pero, no obstante, del precedente “Orlando” del 2005 pareciera desprenderse que el Tribunal Cintero volvió a rechazar aquella exigencia<sup>1784</sup>.

Sin perjuicio de las posturas zigzagueantes que fue adoptando la CSJN sobre este tema, lo cierto es que, como bien ha señalado la doctrina, en los supuestos en los que está en juego la defensa urgente de derechos como la vida y la salud, el Alto Tribunal considera como no exigible la vía administrativa previa a la interposición del amparo<sup>1785</sup>.

Aquellos antecedentes parecieran reflejar, al igual que lo destacamos en el punto N° 3.2.1.1.1.2.1. del Capítulo XII de esta tesis, lo que hace varios años un calificado sector de la doctrina viene planteando, esto es, la necesidad reexaminar el sistema del proceso contencioso administrativo –y, también, el procedimiento administrativo– y reinterpretarlo no ya como un “proceso de pretensiones” sino, antes bien, en un “proceso

---

<sup>1781</sup> CSJN, 03/03/1998, “Arbonés, Mariano Francisco Juan c/ U-N-C s/ amparo”, Fallos 311:208, y fallos allí citados. También la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha precisado que “*no cabe hacer una apreciación meramente ritual para excluir el amparo en razón de existir recursos administrativos de factible utilización, toda vez que el instituto tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias; y tal protección debe ser más propia y menos formalista a tenor de la esencia o calidad del derecho a tutelar*” (SCBA, 28/11/2001, “Olmos, Carlos A. c/ Buddenseig SA y otro s/ accidente de trabajo”)

<sup>1782</sup> CSJN, 03/11/1998, “Neuquén para el Mundo c/ Provincia de Neuquén”, no publicado en fallos.

<sup>1783</sup> Destacamos y enfatizamos que aquella podría ser una interpretación posible pues, en rigor, un calificado sector de la doctrina, al que adherimos, ha entendido que “*la remisión a la vía administrativa se la debe considerar referida implícitamente a la acción procesal ordinaria*” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 246, nota N° 922; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 2, p. 813/815). En contra: BUTELER, Alfonso, *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo 3, p. 448/449.

<sup>1784</sup> CSJN, 04/05/2005, “Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo”, Fallos 328:1708

<sup>1785</sup> MONTI, Laura, “Agotamiento de la vía administrativa y tutela...”, op. cit., p. 323.

de pretensores”<sup>1786</sup>, “en los que lo esencial sea la realización del derecho en el sujeto de la tutela administrativa o judicial”<sup>1787</sup>.

Del mismo modo, y como ya dijéramos, la mayoría de la doctrina considera que si están dados los requisitos que habilitan acudir a la vía del amparo del art. 43 de la Constitución de la Nación, los reglamentos de necesidad y urgencia y los delegados no requerirían agotar la vía respecto de ellos<sup>1788</sup>.

Por nuestra parte, si bien la cuestión la analizaremos en profundidad en otra ocasión, adelantamos que coincidimos con quienes han señalado que con la actual redacción del art. 43 de la Constitución nacional, el agotamiento de la vía administrativa no resulta exigible para la impugnación de actos administrativos –de alcance particular, o general– por vía del amparo.

De tal forma, entonces, sostenemos que el art. 2º, inc. “a” de la LNA ha quedado tácitamente derogado con la reforma constitucional de 1994.

Es que, como bien ha señalado GARCÍA PULLÉS, “ante la claridad del texto constitucional, no es posible predicar que los remedios administrativos se insertan en el trámite de los remedios judiciales más idóneos y, por lo tanto, debe aceptarse que la letra de la Ley Suprema proscribiera la exigencia del agotamiento de la vía, en aquellos casos en que sea procedente el amparo”<sup>1789</sup>.

---

<sup>1786</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Cautelares de provisión...”, op. cit., idea luego reiterada en GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Otras perspectivas...”, op. cit., y, más recientemente, en GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 295, 768 y ss.

<sup>1787</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 295. Señala el autor que “estamos acostumbrados a pensar en lo contencioso, como un remedio que se plantea ante la jurisdicción para que asegure ‘el objeto de la pretensión’ y concrete en el marco de tal aseguramiento el control judicial sobre la Administración Pública. Pero es indudable que esa verdadera garantía de nada servirá si no se realiza de “cara” a aquél que solicita el objeto procesal, pues si la sentencia puede hacerse efectiva pero el beneficiario ha perecido en el camino, ¿cuál ha sido la eficacia del fallo que quisimos preservar? Es en este sentido que cabe convocar a una jurisdicción de pretensores y no meramente de pretensiones, a la luz de algunos criterios recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 768).

<sup>1788</sup> Ver la doctrina citada en la nota N° 1154 en el punto 4.3.2.1., especialmente punto N° 4.3.2.1.2. del Capítulo IX.

<sup>1789</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado...*, op. cit., Tomo 2, p. 770.

### 3.1.) Efectos de la interposición de la demanda del amparo con relación a los plazos recursivos en sede administrativa y demás acciones judiciales

3.1.1.- En el punto anterior concluimos que, a partir de la reforma constitucional de 1994, para interponer una demanda de amparo contra un acto administrativo –sea de alcance particular, o general– no resulta necesario agotar la vía administrativa.

Cabe preguntarse, entonces, cuáles son los efectos prácticos que provoca la promoción de una demanda de amparo en relación con los plazos recursivos en sede administrativa y judiciales.

En otros términos: si ante un acto administrativo de alcance particular el administrado interpusiere una demanda de amparo sin haber agotado la vía administrativa y aquella acción fuera rechazada por los tribunales judiciales, ¿podría sostenerse que al haber dejado transcurrir los plazos administrativos el acto devino firme en sede administrativa y, por tanto, irrevisable en sede administrativa y judicial?<sup>1790</sup>.

3.1.2.- Si bien la doctrina pareciera ser unánime al señalar que la acción de amparo produce indudables efectos en relación con los plazos para interponer recursos administrativos y respecto de la acción ordinaria, la discusión se centra en analizar si aquellos se suspenden o interrumpen.

Así, mientras un sector entiende que la promoción del amparo produce la

---

<sup>1790</sup> Cabe recordar que los actos administrativos de alcance particular no impugnados judicialmente en el plazo establecido en el art. 25 de la LNPA, devienen firmes e irrevisables, perdiéndose la posibilidad de demandar los daños y perjuicios derivados de aquél (CSJN, 24/09/2013, “Asociación Mutual del Personal de Obras y Servicios Públicos c/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente s/ Daños y perjuicios”, Fallos 336:1259; CSJN, 22/05/2012, “Sánchez Granel, Eduardo Alberto y otros c/BCRA s/daños y perjuicios”, Fallos 335:742; CSJN, 24/05/2011, “Distribuidora Química S.A. c/ Estado Nacional s/ Acción declarativa”, no publicado en la colección de Fallos; CSJN, 19/10/2010, “Ruíz, Daniel s/medida autosatisfactiva”, Fallos 333:2001; CSJN, 06/07/2004, “Bottaro, Oscar Eduardo c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía y otro)”, Fallos 327:2828; CSJN, 20/08/1996, “Nava, Alberto Emilio c/ Estado Nacional -Secretaría de Inteligencia del Estado – SIDE- s/ cobro”, Fallos 319:1532; CSJN, 20/08/1996, “Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c. Banco de la Nación Argentina”, Fallos 319:1476 y CNACAF, en pleno, 24/4/1986, “Petracca e Hijos SA y otros v. Estado nacional - Ente Autárquico Mundial ’78”, LL 1986-D-10.

Ello sin perjuicio, claro está, de la admisibilidad de la denuncia de ilegitimidad (ampliar el tema en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

suspensión<sup>1791</sup> de los plazos respectivos, otro señala que aquella los interrumpe<sup>1792</sup>.

La solución, por cierto, no está desprovista de consecuencias prácticas, pues mientras la suspensión consiste en la detención del tiempo útil para prescribir mientras dura la causa suspensiva (es decir, mientras actúa la causa que opera la suspensión, el lapso que transcurre es inútil para prescribir, pero en cuanto dicha causa cesa, el curso de prescripción se reanuda, sumándose al período transcurrido con anterioridad a la suspensión), la interrupción importa la inutilización del lapso transcurrido hasta ese momento (en otras palabras, acaecido un hecho interruptivo de la prescripción, se requerirá el transcurso de un nuevo período completo, sin poder acumular el tiempo anterior)<sup>1793</sup>.

Como se ve, mientras la suspensión mantiene la eficacia de la prescripción pendiente, si bien detenida en su curso, la interrupción borra por completo el tiempo transcurrido.

3.1.3.- Por nuestra parte adherimos a la postura de aquellos que entienden que la promoción de la demanda de amparo *interrumpe* los plazos administrativos y judiciales que estén corriendo pues, en definitiva, aquella parece ser la solución que mejor preserva el derecho a la *tutela administrativa y judicial efectiva*<sup>1794</sup>.

#### **4.) El plazo de caducidad para interponer la demanda de amparo**

4.1.- Otro aspecto que ha generado un intenso debate doctrinario y jurisprudencial es el que se vincula con el plazo de caducidad para interponer la demanda de amparo.

---

<sup>1791</sup> SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 2, p. 816/817.

<sup>1792</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado...*, op. cit., Tomo 2, p. 783 y ss., y, más recientemente, en GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 817; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, “El amparo y las cuestiones políticas no justiciables”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho procesal administrativo*, obra en homenaje a Jesús González Pérez, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, Tomo 2, p. 1552; MAIRAL, Héctor, *Control judicial...*, op. cit., Volumen I, p. 396/397, entre otros.

<sup>1793</sup> LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 136 y p. 692.

<sup>1794</sup> Aquel es, además, el criterio seguido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza: SCJM,13/10/1998, “Costa, Luis Antonio”.



Nuevamente, no pretendemos aquí mencionar y explicar las distintas posturas doctrinarias expuestas sobre el tema<sup>1795</sup>, sino únicamente señalar que la jurisprudencia a nivel nacional considera que, aún después de la reforma constitucional de 1994, el art. 2° inc., “e” de la LPA se mantiene vigente.

Cabe recordar que el citado precepto legal expresamente establece que la acción de amparo no será admisible cuando “*la demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse*”<sup>1796</sup>.

4.2.- Sin embargo, la limitación temporal para la interposición de la demanda de amparo fue jurisprudencialmente atemperada en diversos supuestos:

4.2.1.- Así, la primera variación que sufre el plazo de caducidad contemplado en el art. 2° inc., “e” de la LPA es en aquellos supuestos en los que se producen perjuicios periódicos, es decir, cuando se está en presencia de una ilegalidad continuada, pues tanto la jurisprudencia del fuero<sup>1797</sup> y la CSJN<sup>1798</sup> señalaron que aquel plazo no constituye “*un escollo insalvable a lo requerido en la medida en que con la acción incoada se denuncia*

---

<sup>1795</sup> Una enunciación de las distintas posturas doctrinarias puede verse en: BUTELER, Alfonso, *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo 3, p. 468 y ss.

<sup>1796</sup> En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el art. 4° de la Ley de Amparo local N° 2.145 estableció que “*el plazo para interponer la acción de amparo es de cuarenta y cinco (45) días hábiles contados a partir de que el afectado tuvo conocimiento cierto de la lesión, restricción, alteración o amenaza. En el supuesto de perjuicios periódicos, el plazo comienza a correr respecto de cada uno de éstos. Vencido el plazo indicado, caduca la acción sin perjuicio de la interposición de las acciones ordinarias que correspondieren*”.

Sin embargo, en el marco de una acción de inconstitucionalidad (cfr. art. 113.2 de la Constitución de la CABA), la mayoría de los miembros del Tribunal Superior de Justicia resolvió declarar la inconstitucionalidad del plazo allí estipulado (TSJCABA, 27/12/2007, “Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”).

<sup>1797</sup> CNACAF, Sala V, 05/07/2002, “Tamborini”; CNACAF, Sala IV, “15/10/2009, “Consortio de Propietarios Arce 215 C/ E.N. Dto 2067/08 -M° Planificación resol 1451/08 y otros y otro s/ amparo ley 16.986”; CNACAF, Sala V, 08/06/2010, “Asociación de Magistrados y Funcionarios c/EN -Ley 26.372 Art. 2° s/amparo ley 16.986”; entre muchos otros.

<sup>1798</sup> CSJN, 22/03/2018, “Tejera, Valeria Fernanda c/ Anses y otro s/ varios”, Fallos 341:274; CSJN, 23/02/2012, “Quinteros Virginia”, Fallos 335:76; CSJN, 07/11/2006, “Mosqueda Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para jubilados y pensionados y otros s/ amparo”, Fallos: 329:4918, del dictamen del Procurador General al que adhirió la Corte; CSJN, 18/12/2003, “Mosquera María Elena c/PEN LEY 25561 DTOS. 1570/01 214/02 s/ amparo”, Fallos: 326:1007, entre otros.

*una arbitrariedad o ilegalidad continuada, originada antes de recurrir a la justicia, pero mantenida al momento de accionar y también en el tiempo ulterior”.*

Como se ve, la “ilegalidad continuada” como excepción al plazo de caducidad para interponer la demanda de amparo, consiste en que la situación denunciada no debe traducirse en un hecho único cuyo juzgamiento tardío pueda comprometer la seguridad jurídica, sino que se repite en el tiempo.

4.2.2.- En segundo lugar, y teniendo en consideración que, como vimos, existen reglamentos autoaplicativos, es decir actos de alcance general que no requieren de actos administrativos particulares de aplicación para afectar derechos, entendemos que el plazo de caducidad del art. 2º inc., “e” de la LPA tampoco resultará predicable respecto de su impugnación<sup>1799</sup>.

4.2.3.- Finalmente, y en línea con la idea propuesta por García Pullés a la que antes nos referimos, esto es, la necesidad reexaminar el sistema del proceso contencioso administrativo y reinterpretarlo no ya como un “proceso de pretensiones”, sino en un “proceso de pretensores” en los que lo esencial sea la realización del derecho en el sujeto de la tutela administrativa o judicial, resulta posible advertir una tercera modulación.

En el caso “Koch”, donde dos personas de avanzada edad plantearon un amparo contra las normas del llamado “corralito bancario” luego de vencido el plazo de caducidad para interponer la demanda, la CSJN entendió que *“el plazo establecido por el art. 2º, inciso e), de la ley 16.986, no puede entenderse como un obstáculo procesal infranqueable ni es aceptable la interpretación restrictiva de una vía consagrada en la Constitución Nacional ( art. 43), cuando ha sido invocado y prima facie acreditado que se trata de la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial, y comprometen la salud y la supervivencia misma de los reclamantes”*<sup>1800</sup>.

---

<sup>1799</sup> En igual sentido: SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 119.

<sup>1800</sup> CSJN, 14/02/2012, “Koch Lillian Mercedes c/ PEN Ley 25561 Dto 1570/01 214/02 Boston Citi s/ Amparo”, Fallos 355:44.

4.3.- Finalmente, cabe señalar, por un lado, que el plazo de caducidad para interponer la demanda de amparo se suspenderá cuando el afectado solicite vista de las actuaciones administrativas pues, como vimos en el punto N° 2.2.3. del Capítulo XII, especialmente nota N° 1575, en virtud de lo dispuesto en el art. 76 del RLNPA, desde el día mismo de la presentación del pedido de vista hasta el de su concesión o denegación, inclusive, y durante todo el tiempo que ella dure, el plazo para recurrir administrativamente o iniciar la acción o recurso judicial queda suspendido<sup>1801</sup>.

Por otra parte, y con base en lo dispuesto en el art. 44 del RLNPA, si la notificación del acto administrativo particular de aplicación del reglamento hubiere sido efectuada de manera defectuosa, el término para interponer la demanda de amparo queda reemplazado por el plazo de sesenta días contados desde la recepción de la notificación.

## **5.) La suspensión de los efectos de un reglamento en el marco del proceso de amparo**

5.1.- Otra cuestión que resulta fundamental mencionar es que en el marco del proceso de amparo también resulta posible requerir la suspensión judicial de los efectos del acto administrativo de alcance general –o particular–.

De ese modo, entonces, y al igual que lo destacado en el punto N° 3.2.1. del Capítulo XII, la suspensión podrá requerirse antes de la interposición de la demanda de amparo (medida cautelar autónoma), conjuntamente con ella (medida cautelar anticipada) o posteriormente (medida cautelar accesoria).

5.2.- Naturalmente, en ninguno de los supuestos recién enunciados será necesario agotar la vía administrativa<sup>1802</sup>.

---

<sup>1801</sup> Ibidem. Una posición diferente puede verse en: En contra: BUTELER, Alfonso, *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo 3, p. 477.

<sup>1802</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 246; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 133/134 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 237; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 2, p. 875 y ss.

Por otra parte, cabe señalar que en virtud de lo establecido en el art. 19 de la LMC, tanto el art. 4º, inc. 2º (informe previo de la autoridad pública demandada)<sup>1803</sup> como los arts. 5º (vigencia temporal de la medida cautelar), 7º (modificación de las medidas cautelares) y 20 (inhibitoria), resultan de aplicación al proceso de amparo.

Al respecto, y teniendo en consideración que todo lo vinculado con el *informe previo* y la *vigencia temporal* de las medidas cautelares fue analizado en los puntos N° 3.2.1. del Capítulo XII (específicamente, puntos N° 3.2.1.1.1.2., 3.2.1.2.1.2., 3.2.1.2.2.2. y N° 3.2.1.1.1.3., 3.2.1.2.1.3., 3.2.1.2.2.3., respectivamente), allí nos remitimos.

5.3.- Como hemos adelantado en el punto N° 3.2.1.1.1.4. del Capítulo XII, según el art. 15 de la LNA, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que concede una medida cautelar en el marco de un amparo, debe concederse “en ambos efectos”, es decir, con efectos suspensivos.

De ese modo, según la, la mera interposición del recurso de apelación contra una sentencia cautelar produce la “suspensión de la suspensión” originalmente concedida o, lo que es lo mismo, que la medida decretada no podría cumplirse hasta que se pronuncie la Cámara.

En nuestra opinión, y en línea con lo expuesto a lo largo de los fundamentos que sustentan nuestra tesis, entendemos que esta regulación resulta inconstitucional pues, además de desnaturalizar la esencia asegurativa que caracteriza a las medidas cautelares, atenta contra el principio constitucional de la tutela judicial efectiva, pues los derechos afectados por el administrado podrían verse afectados durante el lapso que transcurre entre la apelación y la decisión de la Cámara.

Es que, en definitiva, como ya lo hemos señalado en las páginas que anteceden, no puede soslayarse la circunstancia de que las medidas cautelares son accesorias al *proceso* y no a la *instancia*.

---

<sup>1803</sup> En doctrina varios han sido los autores que sostuvieron que la aplicación del art. 4º, inc. 2º de la LMC a la resulta inconstitucional. Ver, por todos, TORICELLI, Maximiliano, “La acción de amparo”, en Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019-1, *5 años de la reforma constitucional de 1994-I*, p. 55.

Por lo demás, cabe mencionar que tanto la doctrina autorizada en la materia<sup>1804</sup> como la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal<sup>1805</sup>, han considerado que se trata de una regulación inconstitucional.

5.4.- Por último, si bien la cuestión está debatida y la LMC expresamente señala en su art. 3º, inc. 4º que “*las medidas cautelares no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal*”, destacamos que, en nuestra opinión, debería aceptarse la posibilidad de iniciar un amparo cuyo objeto mismo fuera la suspensión de efectos del acto administrativo.

---

<sup>1804</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal...*, op. cit., Tomo 3, p. 512 y ss.; RIVAS, Adolfo Armando, *El amparo...*, op. cit., p. 647; SALGADO, Alí J. y VERDAGUER, Alejandro C., *Juicio de amparo...*, op. cit., p. 221/222; DÍAZ SOLIMINE, Omar, *Juicio de Amparo...*, op. cit., p. 387; MORELLO, Augusto – VALLEFÍN, Carlos, “Los efectos de la concesión de la apelación contra el auto que dispone el otorgamiento de una medida cautelar en el proceso de amparo”, JA 1993-II-131; CARRIÓ, Genaro, *Recurso de amparo y técnica judicial*, 2º Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 234/234; BACRE, Aldo, *Medidas cautelares...*, op. cit., p. 159; VALLEFÍN, Carlos A., *Protección cautelar...*, op. cit., p. 146; PEYRANO, Jorge W., “El arte de distinguir y el necesario efecto devolutivo de la apelación respecto de la cautelar despachada favorablemente dentro de un juicio de amparo”, LL, 1993-C, 334; TORICELLI, Maximiliano, “La acción de amparo”, op. cit., p. 56; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado...*, op. cit., Tomo 2, p. 836/837; entre muchos otros.

<sup>1805</sup> CNACAF, Sala N° IV, 18/7/1997, “Assorati, Marta Luisa y otros incidente rex. e inap, C.PEN. D. 1317/6 y otro”, misma sala, 04/9/1992, “Romero Feris s/amparo”; Sala III, 31/03/1997, “Defensor del Pueblo c. Estado nacional s/amparo”, entre otros precedentes.

Aquella es, además de lo estipulado en algunos ordenamientos jurídicos provinciales<sup>1806</sup>, la posición de un calificado sector de la doctrina<sup>1807</sup>, la jurisprudencia de la CSJN<sup>1808</sup> y la que se extrae de algunos precedentes judiciales de la Cámara del fuero<sup>1809</sup>.

Fue, también, la posibilidad contemplada en el proyecto de *Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo* –aprobada por el Senado en el año 2008, y al que hicieramos referencia en el punto N° 2 del Capítulo XI– que, en su art. 36, establecía que “*Previa, simultánea o posteriormente a la promoción de la acción contencioso administrativa, podrá solicitarse la suspensión de la ejecución del acto de alcance individual o general, o la adopción de la medida cautelar que resulte idónea para asegurar el objeto del proceso. Dicha suspensión podrá pedirse como medida cautelar o como objeto sustancial de la acción deducida*”.

---

<sup>1806</sup> Según se prevé en el art. 17 del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Tierra del Fuego, “*sin perjuicio de las medidas precautorias que fuesen procedentes de acuerdo con el Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero conforme a los requisitos genéricos y específicos allí establecidos, podrán solicitarse en forma previa, simultánea o posterior a la interposición de la acción, cuantas medidas cautelares fuesen adecuadas para garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida*” (énfasis agregado).

Del mismo modo, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el art. 177 del Código Contencioso Administrativo y Tributario establece que “*las medidas cautelares son todas aquellas que tiene por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado en éste, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida*” (énfasis agregado).

<sup>1807</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 245; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 134/135 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “La suspensión judicial de los efectos del acto...”, op. cit., p. 238; PERRINO, Pablo E., “Algunas reflexiones sobre los nuevos medios...”, op. cit., p. 27/28; BASTERRA, Marcela I., *El Proceso Constitucional...*, op. cit., p. 182/183; VALLEFÍN, Carlos A., *Medidas cautelares...*, op. cit., p. 98 y 123, entre otros.

<sup>1808</sup> CSJN, 07/03/1985, “Hughes Tool Company S.A.C.I.F.I. c/ Nación Argentina”, Fallos: 307:178

<sup>1809</sup> CNACAF, Sala III, 02/04/1985, “Romero”, citado en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 246, nota N° 918,

En un fallo relativamente reciente en el tiempo, la Cámara del fuero también admitió esta posibilidad al sostener que: “*...conforme lo expuesto y decidida la admisibilidad en el caso de la vía aquí intentada, no existe óbice legal para que el juicio de amparo tenga por exclusiva finalidad -en cuanto concierne a la sustancia de la decisión de fondo por emitir-, la suspensión de los efectos de un acto administrativo, bien que en situaciones excepcionales en las que su ejecutoriedad ocasione, por sí misma, un agravio de imposible o dificultosa reparación ulterior al derecho de rango constitucional que se procura tutelar, en tanto y cuanto se compruebe que -como aquí ocurre y ha quedado dicho- la parte actora no tiene a su alcance el empleo de los dispositivos ordinarios y naturales que por otra vía le permitan impugnar el acto que se dice lesivo...*” (CNACAF, Sala II, 12/11/13, “López, Leandro Jeremías c/ EN-M° seguridad-(expte 137/11) s/amparo por mora”).

En igual sentido se perfilaron diversos proyectos de Códigos, como el presentado en el año 2017 y, más recientemente, en el 2019, cuyo art. 37 mantiene idéntica redacción.

## **6.) La declaración de inconstitucionalidad del reglamento en el ámbito del amparo**

6.1.- Finalmente, si bien en las páginas anteriores hemos mencionado la cuestión vinculada con la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos y ordenanzas, lo cierto es que la polémica generada en relación con la regulación establecida en la LNA amerita algunas breves consideraciones.

Según surge del art. 2º, inc. “d” de aquella norma, *“la acción de amparo no será admisible cuando: (...) d) La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas”* (énfasis agregado).

Como se ve, la LNA sancionada en el año 1966 estableció, siguiendo los precedentes de la CSJN emitidos hasta ese entonces<sup>1810</sup>, que la declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se fundamenta el acto lesivo cuestionado no procede en el marco del amparo.

6.2.- Sin embargo, a pocos meses de sancionada la LNA, e independientemente de la restricción prevista en el citado art. 2º, inc. “d”, lo cierto es que la CSJN, a partir del caso “Outon”<sup>1811</sup> precisó que aquel *“no debe reputarse absoluto”*, toda vez que nadie puede sustraer de la esfera de acción del Poder Judicial *“la atribución inalienable y la obligación que tiene”* de respetar la Constitución.

De ese modo, precisó que *“cuando las disposiciones de una ley, decreto u ordenanza resultan claramente violatorias de alguno de los derechos humanos, la existencia de reglamentación no puede constituir obstáculo para que se restablezca de inmediato a la persona en el goce de la garantía fundamental vulnerada; porque de otro modo bastaría*

---

<sup>1810</sup> CSJN, 04/06/1962, “Fernández, Enrique José s/ recurso de amparo”, Fallos: 253:29; CSJN, 28/03/1962, “Oyuela, Enrique Jaime s/ recurso de amparo”, Fallos: 252:167; CSJN, 02/03/1961, “Aserradero Clipper S.R.L. s/ recurso de amparo”, Fallos: 249:221, entre muchos otros.

<sup>1811</sup> CSJN, 29/03/1967, “Outon, Carlos José y otros s/ recurso de amparo”, Fallos: 267:215.



*que la autoridad recurriera al procedimiento de prececer su acto u omisión arbitrarios de una norma previa -por más inconstitucional que ésta fuese- para frustrar la posibilidad de obtener en sede judicial una inmediata restitución en el ejercicio del derecho esencial conculcado”<sup>1812</sup>.*

De esa manera, es posible advertir que a partir del caso “Outon” (cuya doctrina fue reiterada *in re* “Empresa Mate Larangeira Mendes”<sup>1813</sup> y “Arenzón”<sup>1814</sup>), si bien la previsión contenida en el art. 2º, inc. “d” de la LNA constituye el principio general, lo cierto es que para la CSJN aquel admite excepciones, pues no solo precisó que *“debe ser interpretado como el medio razonable concebido para evitar que la acción de amparo sea utilizada caprichosamente con el propósito de obstaculizar la efectiva vigencia de las leyes y reglamentos”*, sino que, además, enfatizó que la declaración de inconstitucionalidad procede *“cuando no existe otro remedio eficaz al efecto”*.

Finalmente, a partir del caso “Peralta”<sup>1815</sup> el Máximo Tribunal de la Nación consolidó su doctrina en cuanto a que el amparo es un instrumento procesal apto para realizar el control de constitucionalidad.

Así, tras señalar que el citado art. 2, inc. “d” *“no puede ser entendido en forma absoluta, porque ello equivaldría a destruir la esencia misma de la institución que ha sido inspirada en el propósito definido de salvaguardar los derechos sustanciales de la persona reconocidos por la Constitución, cuando no existe otro remedio eficaz al efecto”*, destacó que el amparo, en tanto tiene como finalidad *“asegurar la efectiva vigencia de la Constitución misma, no puede recibir un límite legal que impida su finalidad esencial cuando ésta requiere que se alcance la cima de la función judicial, como es el control de la constitucionalidad de normas infraconstitucionales”*.

Así, pues, concluyó que impedirle al Poder Judicial *“establecer si las disposiciones impugnadas resultan o no clara, palmaria o manifiestamente violatorias de las garantías*

---

<sup>1812</sup> CSJN, 07/12/1967, “Empresa Mate Larangeira Mendes, S. A., y otros s/ recurso de amparo”, Fallos: 269:393.

<sup>1813</sup> CSJN, 29/03/1967, “Outon, Carlos José y otros s/ recurso de amparo”, Fallos: 267:215, considerando 6º. En igual sentido: CSJN, 07/12/1967, “Empresa Mate Larangeira Mendes, S. A., y otros s/ recurso de amparo”, Fallos: 269:393.

<sup>1814</sup> CSJN, 15/05/1984, “Arenzón, Gabriel D. c/ Gobierno Nacional s/ Acción de Amparo”, Fallos 306:400.

<sup>1815</sup> CSJN, 27/12/1990, “Peralta, Luis Arcenio y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía, Banco Central s/amparo”, Fallos 313: 1513, considerando 29.

*constitucionales que este remedio tiende a proteger”, implica “contrariar las disposiciones legales que lo fundan al establecerlo como remedio para asegurar la efectiva vigencia de los derechos constitucionales, explícitos o implícitos, así como la función esencial de esta Corte de preservar la supremacía constitucional”.*

6.3.- Ahora bien, como vimos en el punto N° 1 de este Capítulo, con la reforma constitucional de 1994 la acción de amparo fue expresamente incorporada en el art. 43 de nuestra Carta Magna previéndose, en lo que aquí interesa, que en el marco del proceso de amparo “*el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*”.

En consecuencia, resulta harto evidente, al menos desde nuestra perspectiva, que a partir de la reforma constitucional de 1994, el art. 2°, inc. “d” de la LNA –al igual que el art. 2°, inc. “a” que antes vimos– ha quedado tácitamente derogado<sup>1816</sup>.

6.4.- El control de constitucionalidad de las normas –sea en el marco de un amparo o en un proceso ordinario–, si bien es una cuestión ciertamente apasionante que aún genera interesantes debates doctrinarios, excede con holgura el objeto de esta investigación.

No obstante, en esta ocasión, e independiente de la diversidad de cuestiones que son susceptibles de ser analizadas, en esta ocasión solo queremos destacar dos aspectos que, a nuestro modo de ver, resultan de trascendental relevancia:

6.4.1.- Por un lado, que a partir de las sentencias recaídas en los casos “Mill de

---

<sup>1816</sup> En similar sentido: ROSATTI, Horacio, *Tratado de derecho...*, op. cit., Tomo II, p. 743; SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal...*, op. cit., Tomo 3, p. 261; DÍAZ SOLIMINE, Omar, *Juicio de Amparo...*, op. cit., p. 170; RIVAS, Adolfo Armando, *El amparo...*, op. cit., p. 331; MORELLO, Augusto M. y VALLEFÍN, Carlos A., *El amparo...*, op. cit., p. 221; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 299; GELLI, María A., *Constitución...*, op. cit., Tomo 1, p. 615; BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, op. cit., Tomo 1, p. 420/421, entre muchos otros.

Pereyra”<sup>1817</sup>, “Banco Comercial de Finanzas”<sup>1818</sup> y “Lapadú”<sup>1819</sup>, la CSJN ha señalado que el control de constitucionalidad o, como precisara con posterioridad en las causas “Mazzeo”<sup>1820</sup>, “Videla”<sup>1821</sup> y “Rodríguez Pereyra”<sup>1822</sup>, el “control de convencionalidad”,

<sup>1817</sup> CSJN, 27/09/2001, “Mill de Pereyra”, Fallos: 324:3219, con comentario de COMADIRA, Julio Rodolfo - CANDA, Fabián O., “Control de constitucionalidad de oficio de las normas. Un análisis del caso ‘Mill de Pereyra’, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, EDA 2001/2002-181.

Cabe aclarar que, con anterioridad al fallo citado, los Dres. Fayt y Belluscio al votar en disidencia en el caso “Inhibitoria planteada por el Juzgado de Instrucción Militar N° 50 Rosario” (CSJN, 24/04/1984, Fallos 306:303, especialmente considerando 4°), habían precisado que la facultad de examinar las leyes en los casos concretos que se presentan a su decisión, no podía estar supeditada al requerimiento de las partes.

<sup>1818</sup> CSJN, 19/08/2004, “Banco Comercial de Finanzas S.A [en liquidación Banco Central de la República Argentina] s/ quiebra”, Fallos: 327:3117, con comentario de COMADIRA, Julio Rodolfo - CANDA, Fabián O., “La Corte Suprema reafirma el control judicial de oficio de las normas. ‘Banco Comercial de Finanzas’, un fallo en línea con ‘Mill de Pereyra’”, EDA 2004-629.

<sup>1819</sup> CSJN, 23/12/2004, “Lapadú, Oscar Eduardo c/ Estado Nacional [Dirección Nac. de Gendarmería] s/ daños y perjuicios”, Fallos: 327:5723

<sup>1820</sup> CSJN, 13/07/2007, “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad -Riveros-”, Fallos 330:3248. Aquí, el Alto Tribunal señaló que la Corte Interamericana sostuvo que *“es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*.

<sup>1821</sup> CSJN, 31/08/2010, “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, Fallos: 333:1657. En esta causa, la Corte hizo expresa referencia al “control de convencionalidad” de oficio que debería efectuar el Poder Judicial entre las normas jurídicas internas que se aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, teniendo en cuenta para ello no solamente el tratado sino también la interpretación que de él ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención. Concretamente, sostuvo que *“(…) con particular referencia a la declaración de invalidez de normas inferiores a las Leyes Fundamentales, y más allá de las opiniones individuales que los jueces de esta Corte tienen sobre el punto, el Tribunal viene adoptando desde el año 2001 como postura mayoritaria la doctrina con arreglo a la cual una decisión de esa naturaleza es susceptible de ser tornada de oficio (Fallos: 327:3.117). Concordemente, la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso ‘Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú’, del 30 de noviembre de 2007, ha subrayado que los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de ‘convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. También aclaró que esta función no debía quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implicaba que ese control debía ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos procesales formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones”* (Considerando 10).

<sup>1822</sup> CSJN, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, Fallos 335:2333. En la causa citada, el Alto Tribunal expresamente sostuvo que *“la jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues,*

es procedente.

Naturalmente, aquel control solo podrá ejercerse, por principio, en un caso judicial concreto, en tanto se presenta de modo meramente instrumental, como última *ratio*<sup>1823</sup> del ordenamiento jurídico y únicamente viable cuando la norma vulnere en forma cierta un derecho o interés constitucionalmente protegido.

6.4.2.- Por otra parte, y tal como lo apuntáramos en el punto N° 3.5. del Capítulo XI, los efectos de una sentencia que declara la nulidad de un reglamento –en el caso, en el marco del amparo– deben tener, en principio, efectos *erga omnes*<sup>1824</sup>.

Como allí dijéramos, sea en un proceso colectivo o individual, corresponde otorgar efectos *erga omnes* a las sentencias estimatorias de las pretensiones anulatorias de un reglamento en la medida en que, por un lado, la inconstitucionalidad o ilegitimidad sea intrínseca y no por aplicación a un caso concreto, de modo que, cualquiera hubieren sido los integrantes de la litis, la conclusión hubiese sido la misma.

Y, por otra parte, en tanto y en cuanto la sentencia emanare de la propia CSJN o, incluso, cuando mediaren pronunciamientos reiterados provenientes de instancias inferiores, declarativos de la ilegitimidad del acto de alcance general.

Ello, “*por las mismas razones por las cuales corresponde imputar igual consecuencia*

---

*un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango”.*

<sup>1823</sup> Cabe recordar que según tiene dicho la CSJN, la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico: CSJN, 11/07/2019, “Compañía Mega S.A. c/ EN - AFIP DGI- resol. 93/04 94/04”, Fallos 342:1170; CSJN, 21/11/2018, “Standard Bank Argentina SA y otros c/ CNV - resol. 17034/13”, Fallos 341:1675; CSJN, 11/05/2017, “González Castillo, Cristián Maximiliano y otro s/ robo con arma de fuego”, Fallos 340:669; CSJN, 16/03/2016, “Boggiano, Antonio c/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social s/ Proceso administrativo - Inconst. varias”, Fallos 339:323; CSJN, 13/03/2017, “Acosta, José Irineo c/ Compañía Andrade Empresa de Transporte de Pasajeros S.R.L. s/ cobro”, Fallos 330:685; CSJN, 14/09/2000, “Adamini, Juan Carlos c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción de amparo”, Fallos 323:2409; CSJN, 24/02/1981, “Vialco S.A. c/ Agua y Energía Eléctrica. Marrone, Roberto c/ Egom, S.C.A. Banco de Río Negro y Neuquén S.A.”, Fallos 303:248, entre muchos otros.

<sup>1824</sup> Ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, “Apuntes sobre la función administrativa...”, op. cit., especialmente nota N° 50 y, también, en COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, Astrea-Rap, Buenos Aires, 2019, p 39, nota 41.

*al pronunciamiento jurisdiccional que declara la inconstitucionalidad de una ley*”<sup>1825</sup>.

De esa manera, entonces, la sentencia recaída contra un reglamento intrínsecamente inconstitucional o ilegítimo como ser, por ejemplo, aquellos que establecen “categorías sospechosas” por fijar ciertas discriminaciones (v.gr.: en razón de la nacionalidad, el sexo, etc.), habrá de tener efectos *erga omnes*.

Por otra parte, si la inconstitucionalidad o ilegitimidad del acto de alcance general lo fuera únicamente para el caso concreto, la sentencia solo deberá tener efectos *inter partes*.

Así, y a simple título ejemplificativo, cabe recordar lo sucedido en el caso “Iachemet”<sup>1826</sup>, donde la Corte consideró inconstitucional la aplicación a la actora –una anciana de 91 años– del procedimiento previsto en la Ley de Consolidación de Deudas Nº 23.982 para el pago de las sumas correspondientes al haber de pensión que le había sido reconocido judicialmente.

En el caso, el tribunal consideró que el sometimiento de la señora Iachemet a dicho procedimiento importaba no una simple restricción temporal al principio constitucional de la cosa juzgada sino, en rigor, un desconocimiento sustancial del derecho en ésta comprometido pues, sostuvo, resultaba virtualmente imposible que, conforme con el desenvolvimiento natural de los hechos, aquélla llegara a percibir la totalidad del crédito que le fuera reconocido judicialmente.

Como se ve, resulta razonable que, en aquel supuesto, la declaración de inconstitucionalidad de la norma tuviera efectos *inter partes* pues, en rigor, aquella no resulta inconstitucional *per se* sino, antes bien, únicamente para el caso concreto allí planteado.

Finalmente, hemos de precisar que, en nuestra opinión, y en línea con lo sostenido por un sector de la doctrina, no correspondería otorgarle efectos *erga omnes* a la sentencia desestimatoria de la pretensión anulatoria de un reglamento, sea que la desestimación se

---

<sup>1825</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 2, p. 1413 y ss.

<sup>1826</sup> CSJN, 29/04/1993, “Iachemet, María Luisa c/ Armada Argentina s/ pensión (ley 23.226)”, Fallos 316:779.

funde en deficiencias probatorias o en cualquier otro argumento, incluso de fondo<sup>1827</sup>.

*En definitiva, entonces, sea en un proceso colectivo o individual, se trate de un proceso de amparo u ordinario, los efectos de una sentencia que declara la nulidad de un reglamento debe tener efectos erga omnes en la medida en que, por un lado, la inconstitucionalidad o ilegitimidad sea intrínseca y no por aplicación a un caso concreto y, por otra parte, la sentencia emanare de la propia CSJN o, incluso, cuando mediaren pronunciamientos reiterados provenientes de instancias inferiores, declarativos de la ilegitimidad del acto de alcance general. Asimismo, no correspondería otorgarle efectos erga omnes a la sentencia desestimatoria de la pretensión anulatoria de un reglamento, cualquiera hubiere sido el argumento judicial para su desestimación.*

## **7.) Síntesis**

7.1.- A modo de síntesis de lo visto en este Capítulo, es posible concluir que todos los reglamentos, cualquiera sea su clase –v.gr.: reglamentos autónomos, ejecutivos, delegados y de necesidad y urgencia–, pueden ser impugnado por la vía del amparo en la medida en que estén dados los requisitos que habilitan exigidos por el art. 43 de la Constitución de la Nación.

7.2.- Asimismo, mientras pareciera no haber discusión en cuanto a la procedencia del *amparo indirecto* contra reglamentos, la impugnación *directa* (esto es, sin necesidad de que exista un acto administrativo particular de aplicación) de aquellos actos ha generado interesantes debates.

De todos modos, de lo expuesto en las páginas anteriores es posible concluir, al menos

---

<sup>1827</sup> COMADIRA, Julio Pablo – LAGARDE, Fernando, “La cosa juzgada...”, op. cit., p. 209. Como señalan los autores citados, “*el adecuado respeto de los derechos de acceso a la justicia y de defensa en juicio de aquéllos debe prevalecer, según entendemos, sobre el eventual inconveniente que pueda significar para el demandado, en estos supuestos, tener que relitigar el mismo caso contra otro actor*”.

El Anteproyecto de Código Procesal Administrativo de la Nación (1965) elaborado por los doctores Manuel María DIEZ, José María ÁVILA y Agustín GORDILLO establecía en su art. 92 que “*la sentencia en la acción de ilegitimidad, que declare la invalidez del acto impugnado, tiene efectos erga-omnes y puede ser invocada por los terceros; pero el rechazo de la acción no produce efectos de cosa juzgada para quienes no tuvieron intervención en ella*”.

en nuestra opinión, que:

a) ante una ley y/o reglamento autoaplicativo, es decir, aquellos que afectan de modo directo e inmediato el *status* de los administrados y que, por consiguiente, no requieren de actos administrativos particulares de aplicación para afectar derechos, la acción de amparo se presenta como el medio idóneo para cuestionarlos.

b) con base en algunos precedentes de la CSJN y en línea con lo apuntado por un sector de la doctrina, cuando esté comprometido un derecho humano fundamental<sup>1828</sup>, como sería la vida o la salud, la impugnación *directa* de los reglamentos por vía del amparo resulta procedente.

c) los reglamentos de necesidad y urgencia y los reglamentos delegados pueden ser cuestionados *directamente* por vía del amparo.

7.3.- En relación con la discusión generada en torno a si para cuestionar un reglamento por vía del amparo debe agotarse previamente la vía administrativa, cabe concluir que para la CSJN, en los supuestos en los que está en juego la defensa urgente de derechos como la vida y la salud, no resulta exigible su agotamiento.

No obstante, en nuestra opinión y al igual que lo sostiene un calificado sector de la doctrina y algunos precedentes jurisprudenciales, entendemos que con la actual redacción del art. 43 de la Constitución nacional, el agotamiento de la vía administrativa no resulta exigible para la impugnación de actos administrativos –de alcance particular, o general– por vía del amparo.

En otras palabras: sostenemos que el art. 2º, inc. “a” de la LNA ha quedado tácitamente derogado con la reforma constitucional de 1994.

7.3.1.- Independientemente de ello, creemos que si el administrado acudiera a la vía del amparo sin haber agotado la vía administrativa y aquella acción fuera rechazada por los tribunales judiciales, la promoción de la demanda de amparo debe tener efectos

---

<sup>1828</sup> Ver lo expuesto en la nota N° 1771.



*interrumpitivos* sobre los plazos administrativos y judiciales que estén corriendo pues, en nuestra opinión, aquella parece ser la solución que mejor preserva el derecho a la *tutela administrativa y judicial efectiva*.

7.4.- Por otra parte, y en relación con el plazo de caducidad para interponer la demanda de amparo, se concluye que la jurisprudencia a nivel nacional considera que, aún después de la reforma constitucional de 1994, el art. 2º inc., “e” de la LNA se mantiene vigente.

No obstante, la limitación temporal para la interposición de la demanda de amparo se atempera en aquellos supuestos en los que se producen perjuicios periódicos –es decir, cuando se está en presencia de una ilegalidad continuada–, se cuestionan reglamentos autoaplicativos y, asimismo, cuando se busque la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial, y comprometen la salud y la supervivencia misma de los reclamantes.

Naturalmente, el plazo de caducidad para interponer la demanda de amparo se suspenderá cuando el afectado solicite vista de las actuaciones administrativas pues, en virtud de lo dispuesto en el art. 76 del RLNPA, desde el día mismo de la presentación del pedido de vista hasta el de su concesión o denegación, inclusive, y durante todo el tiempo que ella dure, el plazo para recurrir administrativamente o iniciar la acción o recurso judicial queda suspendido.

A lo expuesto se agrega, también, que con base en lo dispuesto en el art. 44 del RLNPA, si la notificación del acto administrativo particular de aplicación del reglamento hubiere sido efectuada de manera defectuosa, el término para interponer la demanda de amparo queda reemplazado por el plazo de sesenta días contados desde la recepción de la notificación.

7.5.- Por otra parte, y al igual que lo estudiado en el Capítulo XII de esta tesis, la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo –entendida esta expresión en su sentido más amplio y genérico, es decir, y en lo que aquí interesa, comprendiendo a los reglamentos– podrá requerirse antes de la interposición de la demanda de amparo

(medida cautelar autónoma), conjuntamente con ella (medida cautelar anticipada) o posteriormente (medida cautelar accesoria).

7.6.- Por último, resulta indudable que con la reforma constitucional de 1994 el art. 2º, inc. “d” de la LNA –al igual que el art. 2º, inc. “a” que antes vimos– ha quedado tácitamente derogado y que, por consiguiente, como bien prevé el art. 43 de la Constitución nacional, “*el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*”.

Vinculado con aquella cuestión, y conscientes del debate que aún existe en la doctrina y la jurisprudencia, estimamos que, sea en un proceso colectivo o individual, se trate de un proceso de amparo u ordinario, los efectos de una sentencia que declara la nulidad de un reglamento debe tener efectos erga omnes en la medida en que, por un lado, la inconstitucionalidad o ilegitimidad sea intrínseca y no por aplicación a un caso concreto y, por otra parte, la sentencia emanare de la propia CSJN o, incluso, cuando mediaren pronunciamientos reiterados provenientes de instancias inferiores, declarativos de la ilegitimidad del acto de alcance general. Asimismo, no correspondería otorgarle efectos erga omnes a la sentencia desestimatoria de la pretensión anulatoria de un reglamento, cualquiera hubiere sido el argumento judicial para su desestimación.



## CONCLUSIÓN Y REFLEXIONES FINALES

### 1) Conclusiones

**1.1.-** A lo largo de esta investigación hemos analizado uno de los institutos más relevantes y siempre actual del derecho en general y del derecho administrativo en particular: los *reglamentos*.

Los reglamentos son, indudablemente, una de las fuentes más trascendentes del campo del derecho administrativo pues, además de constituir, cuantitativamente, el sector más importante del ordenamiento jurídico, con ellos la Administración Pública participa en la génesis del principio de juridicidad, de modo tal que ya no solo se presenta como una simple instancia de ejecución de normas *heterónomas*, es decir, normas que le son impuestas (v.gr.: Constitución, Ley, Tratados), sino que es a la vez, en mayor o menor medida, fuente de normas *autónomas*, en el sentido de que tienen origen en ella misma (v.gr.: reglamentos).

**1.2.-** La tesis que nos hemos propuesto demostrar, y que entendemos ha sido sólidamente argumentada a lo largo de este trabajo, consiste en afirmar que todos los reglamentos, aún los de necesidad y urgencia y los delegados, son una especie del género acto administrativo.

**1.3.-** Con el fin de dar sustento a nuestra tesis, y teniendo en consideración el vínculo indisoluble que existe entre el acto administrativo y la denominada función administrativa, en primer lugar analizamos los diversos criterios y posturas que existen, tanto en el derecho local como en el comparado, para definir y delimitar aquella función.

De ese modo, tras haber caracterizado las distintas funciones jurídicas asumidas por el Estado (v.gr.: función judicial, legislativa y administrativa), llegamos a la conclusión de que, según el criterio mixto al que hemos adherido, el resultado de la *función judicial* –que solo es desplegada por los órganos integrantes del Poder Judicial– es el acto estatal “sentencia”; el de la *función legislativa* –que únicamente la ejerce el Poder Legislativo– el acto estatal “ley” (general o particular) y, por último, el de la *función administrativa* el “acto administrativo”, entendida esta expresión en su sentido más genérico y

comprensivo.

Sostener que el resultado de la función administrativa se traduce en el dictado de actos administrativos en sentido amplio y/o genérico, importa reconocer que su concepto engloba no solo a los actos de alcance particular sino, también, a los de alcance general (normativos –reglamentos– o no normativos) y a los de gestación bilateral, es decir, los contratos administrativos.

*De esa manera, entonces, ha quedado incontestablemente demostrado que el acto administrativo en sentido amplio y/o genérico deriva genéticamente de la función administrativa.*

Ello así a punto tal que, como se vio, allí donde aquella se desarrolle, ora mediante órganos estatales (léase: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial), ora a través de entes no estatales (públicos o privados), habrá actos administrativos en sentido amplio y/o genérico.

Asimismo, destacamos y enfatizamos que el régimen jurídico propio, característico y tipificante de la *función administrativa* es el denominado *régimen jurídico exorbitante*, en virtud del cual se consagra una situación jurídica que coloca a quien ejerce la función administrativa en una posición de supremacía jurídica, es decir, de supraordenación en relación con el particular, colocando a éste, entonces, en una situación de subordinación.

A su vez, precisamos que la subordinación del particular –o administrado– en modo alguno puede ser concebida como una arbitraria sumisión a las declaraciones emitidas en el ejercicio de la función administrativa pues, en definitiva, se trata de una supraordenación y subordinación *juridizada* que se integra, precisamente, por un contenido equilibrado de prerrogativas y garantías, pudiéndose las clasificar a ambas en sustanciales y procesales.

Tal como se demostró a lo largo de los argumentos que sustentaron esta tesis, apuntamos que los reglamentos, incluso los de necesidad y urgencia y los delegados, al tener la naturaleza de actos administrativos (bien que en sentido amplio) y, por consiguiente, ser producto de la función administrativa (por oposición a la legislativa), también están sujetos al régimen jurídico exorbitante característico de aquella función.

En efecto, hemos visto que los reglamentos se presumen legítimos y gozan de

ejecutoriedad, en el sentido de que la Administración los “ejecuta” por sí y ante sí –o como sostiene un sector de la doctrina, los “aplica”– aún en contra de la voluntad del administrado y sin necesidad de acudir a la intervención de la justicia, empleando para ello, de ser necesario y excepcionalmente, procedimientos de ejecución coactiva.

Por otra parte, también precisamos que el agotamiento de la vía administrativa o, como la denominan los españoles, la autotutela reduplicativa o en segunda potencia<sup>1829</sup>, es predicable respecto de aquella especie de acto administrativo.

Por lo demás, y en relación con las prerrogativas recién mencionadas, señalamos que si se tiene en cuenta que, como apuntó PROSPER WEIL, el derecho administrativo es esencialmente un arbitraje históricamente variable entre el poder y la libertad, es más que razonable sostener que el régimen jurídico exorbitante característico de la función administrativa y, por tanto, del derecho administrativo, también ha de estar sometido a las diversas modulaciones que el interés público comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad va sufriendo.

Así, pues, vimos que tanto la presunción de legitimidad como el agotamiento de la vía administrativa ya no se perfilan únicamente como prerrogativas a favor de la Administración sino, también, como garantías a favor de los administrados.

**1.4.-** Luego de haber demostrado que el resultado del ejercicio de la función administrativa es el acto administrativo en sentido amplio y/o genérico y que, por tanto, está indisolublemente asociado con aquella, nos detuvimos en el estudio de cuáles son, para nosotros, las funciones actuales de la teoría del acto administrativo.

Así, pues, sostuvimos que los objetivos que debe cumplir la teoría del acto son, por un lado, la necesidad teórica de nuclear en su marco conceptual las formas de actuación administrativa sometidas a un régimen jurídico homogéneo (a la que llamamos función “teórico-práctica”) y, por otra parte, el imperativo de construir un instrumento técnico

---

<sup>1829</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 542 y ss.

Esta prerrogativa procesal de “agotar la vía administrativa antes de poder acudir al poder judicial” fue denominada por el profesor español TREVIJANO FOS como un “*privilegio hacia dentro*”, por cuanto supone “*que la Administración ha de pronunciarse, expresa o tácitamente, antes de poderla demandar ante los Tribunales ordinarios*” (TREVIJANO FOS, José A., *Tratado...*, ob. cit., p. 458/459).

idóneo para la protección de los derechos e intereses de los administrados e incluso del propio interés público (a la que hemos calificado como función “teleológica”)<sup>1830</sup>.

Por nuestra parte, agregamos, también, la necesidad de pensar que el acto administrativo debe responder, en un Estado Constitucional de Derecho, a satisfacer la *función institucional-republicana*, de manera tal que resulte posible ejercer un control de la actividad administrativa no solo por el resto de los órganos estatales (frenos y contrapesos) sino, también, por la propia administración en la vía jerárquica o en el control de tutela (control preventivo de legalidad de las autoridades jerárquicas de la Administración).

Asimismo, luego de haber pasado revista de cuáles son las funciones actuales de la teoría del acto administrativo, a lo largo de los fundamentos que sirvieron de sustento a nuestra tesis, señalamos que una posible clasificación de las distintas especies que integran el concepto genérico de acto administrativo permite agruparlos, de acuerdo con sus *alcances*, en particulares o generales (normativos –v.gr.: reglamentos– o no normativos) y, según su *gestación*, en unilaterales o bilaterales –es decir, contratos administrativos–.

En ese orden de ideas, y en lo que es objeto de esta tesis, apuntamos que a *los actos de alcance general normativos* se los denomina “reglamentos” y se caracterizan por estar dirigidos a una cantidad indeterminada o indeterminable de personas, sentando una norma y pretendiendo su inserción en el ordenamiento jurídico como fuente permanente de juridicidad. Es decir, innovan el ordenamiento jurídico.

Los segundos, es decir, *los actos administrativos de alcance general no normativo*, si bien al igual que los “reglamentos”, están dirigidos a una cantidad indeterminada de personas, se diferencian de aquellos en que se agotan con su aplicación y no tienen vocación de permanencia.

Es decir, mientras que los actos administrativos de alcance general normativo – reglamentos– se incorporan al ordenamiento jurídico de manera permanente, los actos

---

<sup>1830</sup> En el primer caso, habida cuenta de que si un acto es catalogado como administrativo, los administrados podrán cuestionarlo administrativa y/o judicialmente cuando aquel les produjese un efecto desventajoso; en el segundo, por cuanto ésta función es un medio de preservación de las prerrogativas públicas tendientes a satisfacer de manera directa e inmediata el interés público o bien común.



administrativos de alcance general no normativo se consumen con su aplicación, de ahí que a este temperamento diferenciador se lo denomine consuntivo.

Así, pues, hemos definido al reglamento como una *declaración unilateral emitida por un órgano estatal, o un ente no estatal, en ejercicio de función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productor de efectos jurídicos generales con vocación de permanencia.*

**1.5.-** De lo expuesto surge con meridiana claridad que todos los reglamentos, cualquiera fuera la clase (v.gr.: reglamentos autónomos, ejecutivos, delegados y de necesidad y urgencia), son una especie del género acto administrativo toda vez que, como dijo, son producto de la función administrativa (por oposición a legislativa).

*En otras palabras: si el resultado del ejercicio de la función administrativa es el acto administrativo en sentido amplio y/o genérico, no cabe más que concluir que todos los reglamentos, incluso los delegados y los de necesidad y urgencia, son una especie del género acto administrativo y, por tanto, sometidos al régimen jurídico exorbitante que caracteriza y tipifica a dicha función.*

**1.6.-** Al haber quedado demostrado el aserto de nuestra tesis, es decir, que todos los reglamentos –aún los de necesidad y urgencia y los delegados– son una especie del género “acto administrativo”, por cuanto son producto de la *función administrativa* (por oposición a legislativa), resulta posible afirmar que aquellos tienen un régimen jurídico común con los actos de alcance particular, que, como vimos, se traduce en materia, por ejemplo, de requisitos esenciales para su válida configuración, en el sistema de invalidez, los caracteres, etc.

De esa manera, todos los reglamentos, cualquiera fuera la clase (v.gr.: reglamentos autónomos, ejecutivos, delegados y de necesidad y urgencia), deben cumplir con los requisitos esenciales previstos en la LNPA para ser válidos (competencia, causa, objeto, procedimientos, motivación, finalidad, forma).

En ese orden de ideas, confirmamos que los reglamentos –incluyendo los de necesidad y urgencia y los delegados– deben estar debidamente *motivados*, pues la

motivación no solo es requerida por la LNPA (art. 7, inc. “e”, de la LNPA) sino, además, por la Ley de Ética Pública N° 25.188 (art. 2º, inc. “e”).

Es que, además, *resulta incontestable que la motivación de los actos administrativos (al igual que la del acto estatal “sentencia” y “ley”) es una consecuencia inseparable e inherente del sistema republicano de gobierno adoptado en la Argentina*: si los jueces deben fundar sus sentencias y los legisladores exponer los motivos por los que sancionan una ley, con más razón el Poder Ejecutivo debe expresar ante la comunidad las razones de la decisión adoptada<sup>1831</sup>.

No obstante aquellas similitudes –que, insistimos, vienen dadas por su carácter de acto administrativo–, lo cierto es que como el reglamento y el acto administrativo de alcance particular son *especies* de un mismo *género*, ello justifica que exista un tratamiento jurídico diferente en algunos aspectos normativos.

Es que, como bien señalaban SAYAGUÉS LASO<sup>1832</sup> y TREVIJANO FOS<sup>1833</sup>, el régimen jurídico del reglamento es el de los actos administrativos, aunque con ciertas modulaciones que se derivan de su carácter normativo, tal como expresamente se prevé en diversos ordenamientos provinciales, como en Catamarca, Corrientes, La Rioja, Mendoza, Misiones y Salta.

En el marco de la LNPA y su decreto reglamentario, los reglamentos difieren del acto administrativo de alcance particular en materia de publicidad, jerarquía, su régimen de impugnación, el procedimiento de elaboración, estabilidad, etc.

Por las razones expuestas, entonces, y teniendo en cuenta que uno de los objetivos de la construcción teórica de la noción del acto administrativo es nuclear en él los actos sometidos a un régimen jurídico uniforme (v.gr.: función teórica-práctica), destacamos la necesidad de restringir la definición técnica-estricta de “acto administrativo” a una de las

---

<sup>1831</sup> Ver lo expuesto en las notas N° 157, 158 y 159.

<sup>1832</sup> El citado tratadista sostenía que “no puede dudarse que el reglamento es un acto administrativo y que su régimen jurídico es el que corresponde a los actos administrativos. Ello sin perjuicio de las soluciones peculiares que derivan en mérito a la generalidad de las normas que crea” (SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 43, nota N° 4).

<sup>1833</sup> Como destacara el autor citado, “el régimen jurídico del Reglamento es el de los actos administrativos aunque con desviaciones, derivadas de su carácter normativo” (GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 282).

*sub-especies* de entre las diversas *especies* del mismo *género* que, en nuestra opinión, y como se vio a lo largo de esta tesis, debe quedar reservada a la del acto administrativo de alcance particular.

*En otras palabras: si bien creemos que todo el producto de la función administrativa que produce efectos jurídicos directos sobre terceros habrá de considerarse acto administrativo en sentido amplio o genérico, lo cierto es que la necesidad teórica de nuclear en su concepto las formas de actuación administrativa sometidas a un régimen jurídico homogéneo, que garantice el sistema republicano de gobierno, genere seguridad jurídica y que sea un instrumento idóneo para proteger los derechos y los intereses tanto públicos como privados, lleva a la necesidad de restringir la noción técnica-estricta del término “acto administrativo” a una de las sub-especies de entre las diversas especies del mismo género que, como vimos, es al “acto administrativo de alcance particular”.*

**1.7.-** También hemos visto en el Capítulo IX que los reglamentos, en virtud de la relación o vínculo que aquellos tienen con las leyes y la Constitución nacional, suelen ser clasificados en reglamentos autónomos (art. 99, inc. 1° de la CN), reglamentos de ejecución ejecutivos (art. 99, inc. 2° de la CN), reglamentos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3° de la CN) y, finalmente, en reglamentos delegados (art. 76 de la CN).

En relación con el control judicial de los DNU, sostuvimos que los jueces poseen atribución constitucional no solo para efectuar un control *pleno* o *amplio*, esto es, controlar y verificar las circunstancias fácticas de *necesidad* y *urgencia* alegadas por el Poder Ejecutivo sino, también, para analizar la validez del trámite de elaboración (tal como se extrae de la última jurisprudencia de la CSJN y la de los tribunales en el derecho comparado, como Francia) y, ciertamente, la razonabilidad de la medida adoptada, más allá del lapso que pueda tener el Congreso para pronunciarse.

De ese modo, surge con meridiana claridad que la circunstancia de que el Poder Judicial pueda ejercer un control pleno de los reglamentos de necesidad y urgencia que incluye, entre otros aspectos, verificar la validez del trámite de elaboración, no hace más que reforzar lo demostrado en esta tesis en cuanto a que los DNU son el resultado del ejercicio de la *función administrativa*, por oposición a la *función legislativa*, pues, de ser producto de esta última, los jueces, según se desprende de varios precedentes

jurisprudenciales, no podrían controlar el procedimiento adoptado para su formación y sanción, salvo que se demuestre que faltaron los requisitos mínimos e indispensables.

**En otras palabras: si ante un DNU la Corte puede controlar y verificar, entre otros aspectos, su procedimiento de elaboración pero, ante una Ley, debe abstenerse de examinar el procedimiento adoptado para su formación y sanción –salvo que faltaren los requisitos mínimos e indispensables–, solo cabe concluir que esa “deferencia judicial” obedece a que el DNU es producto de la función administrativa y no de la función legislativa, como lo es la Ley emanada del Congreso.**

En el Capítulo X de esta tesis apuntamos que el régimen legal de la Ley N° 26.122 que regula el trámite legislativo para la aprobación por el Congreso de los reglamentos delegados y los DNU, entre otros, resulta razonable<sup>1834</sup>.

Es que, además de establecer pautas coherentes con la naturaleza que, en nuestra opinión, tienen los DNU y los reglamentos delegados (v.gr.: naturaleza de actos administrativos, pues son el resultado de la función administrativa, por oposición a la legislativa), la solución brindada por el legislador a cuestiones que han generado un apasionante debate doctrinario (silencio del congreso, rechazo unicameral, etc.) es la que, a nuestro modo de ver, no solo mejor protege los derechos de los administrados sino, también, la más favorable a la seguridad jurídica y al aseguramiento de una adecuada gestión del interés público

Por último, también demostramos, entre otras cosas, que el hecho de que los DNU y los reglamentos delegados estén sometidos al control legislativo en modo alguno podría significar que sean normas con sustancia legislativa y, por consiguiente, producto de la *función legislativa*.

Es que, como dijimos, ante circunstancias excepcionales que requieren de respuestas urgentes no susceptibles de ser afrontadas mediante el trámite previsto por la Constitución nacional para la sanción de las leyes, el dictado de un DNU constituye una facultad *propia, originaria* y, por ende, *inherente* al Poder Ejecutivo, razón por la cual el control

---

<sup>1834</sup> Al respecto, no resulta ocioso recordar que algunos autores sostuvieron que si bien el criterio plasmado en la ley podría discutirse desde la perspectiva de su acierto, conveniencia y cautela, lo cierto es que aquel no puede reputarse inconciliable con el texto constitucional (SAGÜES, Néstor Pedro, “La regulación legislativa de los decretos de necesidad y urgencia (DNU)”, en JA 2006-IV, 1040).

posterior del Congreso sobre esa potestad que le es propia al Poder Ejecutivo –al menos *inicialmente*–, en modo alguno puede alterar su naturaleza *administrativa* y, por tanto, su derivación del ejercicio de la *función administrativa*.

En el caso de los reglamentos delegados, y teniendo en consideración los conceptos de función legislativa, administrativa y judicial que hemos brindado al adherir al criterio mixto para delimitar las funciones jurídicas del Estado, también enfatizamos que son producto de la *función administrativa* pues, en definitiva, con su dictado el Poder Ejecutivo regula *per se* y con arreglo a los límites constitucionales previstos en el art. 76, actividades que le son *propias* pero que, sin embargo, por incidir sobre la esfera jurídica de los administrados requieren, para su desarrollo, de sustento normativo legal.

Como señalaba COMADIRA, “*la delegación legislativa es procedente respecto de la regulación de actividades que aun siendo propias del Poder Ejecutivo deben, sin embargo, disciplinarse por ley formal en tanto afectan derechos individuales o bien corresponden a materias específicamente asignadas por la Constitución al Congreso*”<sup>1835</sup>.

De esa manera, tanto los arts. 76 y 99, inc. 3° de la Constitución de la Nación como la Ley N° 26.122 –que regula, en lo que aquí interesa, el régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia y de delegación legislativa–, no hicieron más que reglamentar una competencia propia del Poder Ejecutivo.

**1.8.-** Finalmente, a lo largo de esta investigación nos hemos detenido a estudiar algunos aspectos procesales vinculados con la impugnación judicial de los reglamentos.

Así, pues, no solo analizamos cuáles son los presupuestos de admisibilidad de la pretensión judicial anulatoria de un reglamento por vía de demanda (esto es, agotamiento de la vía administrativa e interposición de la demanda dentro de los plazos de caducidad correspondientes) sino, también, en cuál ha de ser los efectos que debe otorgársele a la sentencia que declara la nulidad de un reglamento.

---

<sup>1835</sup> Ibidem. En igual sentido: MATA, Ismael, “Facultades reglamentarias de las autoridades reguladoras...”, op. cit., p. 97; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración...*, op. cit., Tomo 1, p. 548, especialmente nota N° 1195; IVANEGA, Miriam M., “Consideraciones generales acerca de los reglamentos administrativos...”, op. cit., p. 289, entre otros.

Por otra parte, no solo nos detuvimos en el análisis de cómo obtener la suspensión de los efectos de un reglamento en sede administrativa y en sede judicial sino que, además, estudiamos la impugnación de aquellos por vía del amparo.

## 2) Reflexiones finales

**2.1.-** Independientemente de lo expuesto, no queremos dejar de señalar que, amén del concepto que uno adopte de acto administrativo, cabe tener siempre presente que el interés público, que en modo alguno implica desvinculación del interés privado<sup>1836</sup>, debe gobernar toda la actuación del Estado.

Es que, en definitiva, el interés público, gestionado vicarialmente por la administración, engloba los intereses de cada ciudadano, de modo que, paradójicamente, el interés público que, en apariencia, es el interés de una de las partes (la administración), integra, en rigor, el interés de la otra parte (el administrado), con la cual parece estar en oposición. Hacer prevalecer un interés (el público) sobre otro (el privado) es, por eso, consagrar y proteger el propio interés que se sacrifica formalmente.

El interés público es la sangre que corre por las venas de la función administrativa y quienes ejerzan esta función deben respetar la juridicidad, como fuente y límite de todo su accionar.

Estamos absolutamente convencidos de que solo una juridicidad respetuosa de la persona como sujeto y fin del orden jurídico<sup>1837</sup>, asegurará actos administrativos justos (en cualquiera de sus especies, particulares, generales, bilaterales) y, además, que todas las construcciones jurídicas que el hombre pueda realizar de nada sirven si quien las aplica no lo hace en forma honesta y desinteresada.

---

<sup>1836</sup> Ello así pues, como bien se ha señalado, el interés privado concurre como dato de ineludible reconocimiento y protección en las normas procedimentales del derecho administrativo (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 4). Se ha señalado que “*el bien común – idéntico al interés público – (...) se determina también a partir de intereses privados (...); la libertad fundamental se convierte en parte integrante del interés público*” (HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, op. cit., p. 243).

<sup>1837</sup> La Corte sostuvo que “*el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo – más allá de su naturaleza trascendente – su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental*” (CSJN, 07/11/2006, “Mosqueda Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios para Jubilados y Pensionados y otro”, Fallos: 329:4918)

**2.2.-** Finalmente, no podemos terminar esta tesis sin apuntar que no escapa a nuestra conciencia que, a pesar de los límites jurisprudenciales, legales y constitucionales que existen en materia reglamentaria, en algunas ocasiones, ciertamente excepcionales, el Poder Ejecutivo suele usar y abusar de aquellas prerrogativas.

De tal forma, por ejemplo, los reglamentos de necesidad y urgencia –que, como vimos, son una potestad inherente del Poder Ejecutivo– podría tornarse antes que una norma “necesaria y urgente” frente a “circunstancias excepcionales”<sup>1838</sup> en un decreto meramente conveniente a los intereses políticos del gobierno de turno.

Es que, como destacara MONTESQUIEU “*la experiencia muestra eternamente que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él; y continuará haciéndolo hasta que le pongan límites. ¡Quién lo diría, la virtud misma con necesidad de límites! Para que no sea posible abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder*”<sup>1839</sup>.

No obstante, la frustración espiritual que experimenta el jurista ante la observación de la realidad, no debería constituirse en obstáculo al reconocimiento de la potestad constitucional, sino, antes bien, en estímulo para insistir en la formación virtuosa de nuestros ciudadanos y gobernantes.

El Padre de la Constitución, como suele llamarse a ALBERDI, mostraba su preocupación en relación con la elección de los altos funcionarios y proclamaba que “*se debe preferir en general, para la elección de los funcionarios, el juicio de talento; el juicio práctico, es decir, el talento de proceder, al talento de escribir y de hablar, en los negocios del gobierno. En Sud América, el talento se encuentra a cada paso; lo menos común que por allí se encuentre es lo que impropiamente se llama sentido común, buen*

---

<sup>1838</sup> Circunstancias que, como hemos señalado, deberían ser interpretadas como aquellas que se configuran ante una pública y notoria situación excepcional de grave perturbación económica, social, política o de la salud pública y que, además, representan el máximo peligro para el país.

<sup>1839</sup> MONTESQUIEU, Charles de, “*Del espíritu de las leyes*”, Editorial Altaza S.A., Barcelona, 1993, Libro XI, Cap. IV, p. 114.

Es que, como destacara el escritor y teólogo francés François FÉNELON “*el poder sin límites, es un frenesí que arruina su propia autoridad*”.



*sentido o juicio recto*”<sup>1840</sup>.

No estamos entre los que sostienen que cuanto más se restrinjan las prerrogativas públicas más aseguradas estarán las garantías de los particulares sino que, antes bien, somos de los que creen que quienes ostentan el poder deben actuar en forma prudente y en aras al bien común, sin anteponer los intereses propios a aquel.

El problema, en definitiva, no estaría en el reconocimiento del ejercicio constitucional de funciones administrativas materialmente legislativas al Poder Ejecutivo, sino en la carencia de una idoneidad específica en quienes ejercen el poder: la comprometida con los valores republicanos y morales. Es que, como enseñaba Santo Tomás de Aquino, el derecho de gobernar está reservado exclusivamente a los prudentes.

*“Debemos tomar conciencia de que el problema constitucional de la Argentina no es el texto de su Constitución, el problema es su incumplimiento. Y para ello la solución no está tan lejos, ni requiere de superhombres. La construcción de una República es algo cotidiano y rutinario. No requiere de actos mágicos, ni de gestos grandilocuentes. Si bien puede comenzar con gestas heroicas, luego requiere, inevitablemente, que todos los días, al salir a trabajar, gobernantes y gobernados, lo hagamos con el firme propósito de cumplir con las reglas de Ulpiano: “vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo” y, por supuesto, cuidando de que lo demás también las cumplan*”<sup>1841</sup>.

Como destacara GONZÁLEZ PÉREZ, *“la ejemplaridad y la honradez son virtudes que deben presidir la actuación de los servidores públicos. El político y el funcionario deben respetar los estándares de conducta de la sociedad, la conducta moral exigible y exigida en la normal convivencia de las personas estimadas honestas*”<sup>1842</sup>.

Así, pues, la exigencia moral de la actuación del servidor público debería superar con

---

<sup>1840</sup> ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Cap. XXIV.

<sup>1841</sup> BIANCHI, Alberto B., *El poder del Poder Ejecutivo*, conferencia dictada en ocasión de su incorporación a la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, Buenos Aires, 15 de mayo de 2014, publicado en eIDial.com - DC22B2

<sup>1842</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *“La ética en la administración pública”*, 2º Edición, Cívitas, Madrid, Madrid, 2000, p. 42.

creces la conducta de los agentes de la vida económica privada<sup>1843</sup>.

No creemos que sea utópico aguardar que quienes nos gobiernan cumplan con nuestras expectativas de compartimientos virtuosos; entendiéndolo, claro está, que a igual compromiso deben someterse todos los ciudadanos toda vez que, como señalaba COMADIRA, “*la conducta virtuosa no se puede lucir en la función pública si antes no está vigente en la propia convivencia ciudadana*”<sup>1844</sup>.

Abrigamos la íntima convicción de que una Argentina democrática y republicana, liderada con base en valores y principios éticos<sup>1845</sup>, donde las virtudes de la prudencia y la justicia sean características de sus habitantes, ya sean gobernantes o gobernados, no resulta una mera utopía.

El futuro de la Argentina dependerá de los gobernantes que democráticamente seleccionemos y, naturalmente, los que éstos designen para dirigir nuestros organismos institucionales.

La probidad, la prudencia, la justicia y la templanza deben regir la conducta de todos los funcionarios públicos del Estado, de forma tal que ese comportamiento mantenga y promueva la confianza pública en las instituciones, hoy tan deteriorada.

Creemos fervientemente que nuestros representantes deben aspirar a construir una república que, como apuntara VACLAV HAVEL en su discurso de asunción como presidente de Checoslovaquia, “*sirva al individuo y que, por tanto, albergue la esperanza de que el individuo la sirva a ella a su vez. Una república de personas enteras, porque sin ellas es imposible solucionar ninguno de nuestros problemas, ya sean humanos, económicos, medioambientales, sociales o políticos*”.

---

<sup>1843</sup> RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, “Principios de ética pública ¿corrupción o servicio?”, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1993, p. 12.

<sup>1844</sup> El profesor COMADIRA señalaba que “*si el anhelo social de ética pública no pretende alcanzar también a la propia conducta de los ciudadanos cuando éstos se vinculan de cualquier modo con el Estado, la regulación no sólo se muestra como jurídicamente incompleta, sino que, y por sobre todo, se evidencia como una muestra más de hipocresía social*” y agregaba, a su vez, que “*a partir de la experiencia moral personal debemos ser capaces de contribuir a la consolidación de un sistema ético público que basado en los principios universales de la recta razón, abarque, en su ámbito, de modo omnicompreensivo, a todos los sujetos realmente involucrados: funcionarios y ciudadanos*” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, Op. cit., p. 615/616).

<sup>1845</sup> Es que, como enseña SAGÜÉS, uno de los presupuestos de la democracia es, precisamente, el presupuesto ético (SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El factor ético, presupuesto de la democracia”, ED 81-868).

Para ello, el ejercicio del poder requerirá *“tanto para su empleo como para su control, de equilibrio, de prudencia, de una ponderación que excluye toda deformación estatista o individualista”*<sup>1846</sup>.

Aquel equilibrio del que tanto hablaba mi querido padre y maestro, el profesor Julio Rodolfo COMADIRA, es el que *“debe concretarse entre las prerrogativas de la Administración Pública y las garantías de los particulares, adhiriendo una visión servicial y no opresiva de la prerrogativa pública y a una concepción solidaria del derecho individual”*<sup>1847</sup>.

Todos los abogados, y especialmente los abogados del Estado, cualquiera sea el puesto que se ocupe en la maquinaria administrativa, deben tomar conciencia elevado valor que tiene el servicio público que brindan y ser fieles a la justicia y no, como en algunas ocasiones ciertamente excepcionales suele suceder, hacia el jefe del gobierno de turno, sus actos y decisiones. Es que, en rigor, el derecho debe enmarcar a la política y no ésta a aquel.

Lo verdaderamente importante es mantener una coherencia moral entre nuestro obrar y nuestras creencias<sup>1848</sup> para que, *“llegado el funcionario honesto al ocaso de su existencia, en su fuero interno, la conciencia, juzgadora insobornable de la intimidación, no dejará de proyectar un análisis retrospectivo de su trayectoria. Y ese balance final, de cuya evaluación ninguna criatura escapa, le dará, ya que ha obrado con justicia, la templanza de espíritu necesaria para culminar con serenidad su tránsito por la vida temporal, porque lo habrá coronado con fe y convicción; ahí, donde el crepúsculo se confunde con el amanecer”*<sup>1849</sup>.

---

<sup>1846</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Op. cit., p. 16.

<sup>1847</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p 754.

<sup>1848</sup> Un ejemplo de ello es la vida y obra de Santo Tomás Moro a quien, en el año 2000, el Papa Juan Pablo II proclamó modelo para los políticos y administradores, por su *“ejemplo imperecedero de coherencia moral”* (Cfr. Carta Apostólica del Papa Juan Pablo II para la proclamación de Santo Tomás Moro como patrono de los gobernantes y de los políticos, Roma, 31 de octubre de 2000).

<sup>1849</sup> Extracto del prólogo realizado por Julio Rodolfo COMADIRA a la obra de Jaime RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ *“Ética, Poder y Estado”*, Rap, Buenos Aires, p. 20.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABAD HERNANDO – ILDARRAZ, “*La acción de lesividad*”, JA 1975–474, sección doctrina.
- ABERASTURY (h), Pedro – CILURZO, María Rosa, *Curso de procedimiento administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 390.
- ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006.
- ABRUÑA PUYOL, Antonio, “El concepto de Administración Pública”, en AA.VV., *La ley de procedimiento administrativo general. Diez años después, Libro de Ponencias de las Jornadas por los 10 años de la Ley de Procedimiento Administrativo General*, ZEGARRA VALDIVIA, Diego – BACA ONETO, Víctor – Coordinadores–, Palestra Editores, Lima, 2011, p. 15 y ss.
- AGUILAR VALDÉS, Oscar, “Análisis y comentarios al art. 24 de la LNPA”, en AA.VV. *Procedimiento Administrativo*, POZO GOWLAND, Héctor M. - HALPERÍN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando, - Directores-, La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 559.
- AGUILAR VALDEZ, Oscar R. – STUPENENGO, Juan Antonio, “Impugnación judicial de actos administrativos. Comentarios a los arts. 23/27 de la LNPA” en AA.VV. “*Legislación usual: derecho administrativo*”, CICERO, Nidia –Directora-, La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo 1, p. 426.
- AJA ESPIL, Jorge A., *Constitución y poder, historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, Tipografía Editora Argentina S.A, Buenos Aires, 1987.
- ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Cap. XXIV.
- ALBERTSEN, Jorge, “La suspensión administrativa y judicial del reglamento”, en AA.VV., *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones

- RAP, Buenos Aires, 2009, p. 118.
- ALESSI, Renato, *Instituciones de derecho administrativo*, Traducción de la 3° edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Editorial Bosch, Barcelona, 1970, Tomo 1.
  - ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2012.
    - “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa* 5 (1988), Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, p. 139 a 151.
  - ALLEN, Tom, *The Right to Property in Commonwealth Constitutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
  - ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Acto administrativo*, Advocatus, Córdoba, 2008.
    - “Actos administrativos que emanan de personas públicas no estatales y personas privadas”, *LLC* 2004 (agosto), 659.
    - “Acto administrativo y sujeto emisor”, en *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 361.
    - “Principios y alcances del control constitucional” en AA.VV., *Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, p. 339/346
  - ÁLVAREZ, Fernando D., “Algunas reflexiones en torno al principio de razonabilidad en la actuación de la Administración Pública”, *JA* 2005-I-970.
    - “La cuestión del control de constitucionalidad por la Administración pública”, en COMADIRA, Julio Pablo e IVANEGA, Miriam M., *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 20/21.

- APRILE, Natalia S., “La acción de lesividad”, en TAWIL, Guido Santiago (Director), *Derecho Procesal Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 917 y sigs.
  - “Publicidad, validez y eficacia del acto administrativo”, en AA.VV. *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago – Director –, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 499 y ss.
- APUD, Marcos, “Función administrativa y ejecución de sentencias: pautas para una correcta instrumentación de las mandas judiciales”, tesina inédita presentada para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2020.
- ASTARLOA HUARTE – MENDICOA, Ignacio, “Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español”, RAP, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, N° 106.
- ARBALLO, Gustavo, “‘Consumidores Argentinos’, la Corte y los DNU de segunda generación”, en <http://www.saberderecho.com/2010/05/consumidores-argentinos-la-corte-y-los.html>, consultada por última vez el 26/08/2020.
- BACRE, Aldo, *Medidas cautelares. Doctrina y jurisprudencia*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2005.
- BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 3° Edición Actualizada y Ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2010, Tomo I, II y III.
  - *Tratado de Derecho Constitucional*, 2° Edición Actualizada y Ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2006, Tomo II.
  - *Reforma constitucional e instituciones políticas, Ad-Hoc*, 1994.
- BAEZA, Carlos R., “República y división de poderes. A propósito de las leyes reglamentarias de los decretos de necesidad y urgencia; delegación legislativa y Consejo de la Magistratura”, El Dial – DC9A8.
- BALBÍN, Carlos, *Reglamentos Delegados y de Necesidad y Urgencia*, La Ley, Buenos Aires, 2004.
  - *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2008, Tomo II.

- BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos*, Astrea-Rap, Buenos Aires, 2018, Tomo 1 y Tomo 2.
  - “Legislación de fuente presidencial y reglamento administrativo” en AA.VV. *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 281 y ss.
  - *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Tomo 1 (2002) y Tomo 3 (2006).
  - “Reglamentos administrativos”, LL, 1999-F, 1034.
  - “Decretos de necesidad y urgencia. El caso ‘Rodríguez’”, LL 1998-B, 1362.
  - “La acción de amparo en la constitución reformada: la legitimación constitucional”, LL 1994-E, 1092.
  - *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, Ábaco, Buenos Aires, 1989.
  - *Contrato de Obra Pública*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1986, Tomo 1.
  - *Principios de derecho administrativo*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980.
  - “Efectividad de la tutela judicial frente a la Administración”, ED 107:419.
  - “La potestad reglamentaria de la Administración Pública”, RAP 1:009.
- BARRA, Rodolfo C., - LICHT, Miguel N., “Decretos de necesidad y urgencia”, LL 2016-B, 660.
  - “Los decretos delegados”, LL 2016-C, 1170.
  - “Los decretos ejecutivos presidenciales”, LL 2016-E, 559.
- BARRAZA, Javier I., *Tratado de derecho administrativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, Tomo 1.



- “La impugnación judicial de actos de alcance general”, en TAWIL, Guido Santiago (Director), *Derecho Procesal Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 393.
- BARRAZA, Javier I., - SCHAFRIK, Fabiana H., “Los actos de gobierno y los actos institucionales”, RAP 237:020.
- BASSET, Úrsula C., “La vulnerabilidad como perspectiva: Una visión latinoamericana del problema. Aportes del sistema interamericano de derechos humanos”, en BASSET, Úrsula C y otros, *Tratado sobre la vulnerabilidad*, Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 19 y ss.
- BASTERRA, Marcela I., *El Proceso Constitucional de Amparo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013.
- BERÇAITZ, Miguel A., *Teoría general de los contratos administrativos*, 2º Edición, Buenos Aires, Desalma, 1980.
- BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique, *Manual de acto administrativo*, 3º Edición, Librería Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá, 2004.
- BIANCHI, Alberto, *La delegación legislativa*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1990.
  - *La separación de poderes. Un estudio desde el derecho comparado*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019.
  - “Una aproximación constitucional a la ley nacional de procedimientos administrativos”, en *Procedimiento Administrativo. A 20 años de la reforma constitucional*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Astrea Ediciones RAP, Buenos Aires, 2015, p. 614
  - “Constitución y Administración (una relación tensa y compleja)”, ED 208–990.
  - “El caso ‘Promenade’ y la llamada inderogabilidad singular de reglamentos en un controvertido fallo”, REDA, año 1, Nros. 1 y 2, p. 377.

- ¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?, LL 1995-A, 397.
- “La acción de amparo y los límites de la potestad revocatoria de la Administración Pública”, ED 108-592.
- “Dimensión actual de la delegación legislativa”, REDA 42:723
- “El control de los reglamentos de ejecución por medio del recurso extraordinario”, ED 108:895.
- *Control de constitucionalidad*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, 2ª edición actualizada, reestructurada y ampliada, Tomo 1 y Tomo 2.
- “Anotaciones sobre los conceptos de administración pública y función administrativa”, ED 129:266.
- “El poder del Poder Ejecutivo”, conferencia dictada en ocasión de su incorporación a la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, Buenos Aires, 15 de mayo de 2014, publicado en elDial.com - DC22B2.
- “La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica”, LL 1991-C, 153.
- “Horizontes de la delegación legislativa luego de la reforma de la Constitución”, REDA N° 17, p. 379 y ss.
- “El control judicial bajo la doctrina de la *deferencia*”, en AA.VV. *Control de la Administración Pública*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, p. 523 y ss.
- “Los entes regulados”, en AA.VV. *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Astrea Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004, p. 149 y ss.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Tomo I y Tomo III, Buenos Aires, Ediar, 1997.

- *El Derecho Constitucional del Poder*, Ediar, Buenos Aires, 1967, Tomo II.
- “*La Constitución y su fuerza normativa*”, EDIAR, Buenos Aires, 1995.
- “Los decretos de necesidad y urgencia” LL 2001–A, 1114.
- “La intervención por decreto de urgencia a un Concejo Deliberante en La Rioja”, ED 162:550.
- “Los decretos de necesidad y urgencia y el control constitucional”, LL 1998-B, 287.
- BIDEGAIN, Carlos María, “El control de constitucionalidad y la Procuración del Tesoro”, en la revista *120 años de la Procuración del Tesoro 1863-1983*, p. 34.
- BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, 5° Edición, Depalma, Buenos Aires, 1955, Tomo I y Tomo II.
  - *La locución justo y razonable en el derecho y en la jurisprudencia*, en *Estudios de Derecho Público: I, Derecho Administrativo*, Tomo 1, Buenos Aires, 1950.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, “El Poder Ejecutivo presidencial”, en AA.VV., *Pensamiento Constitucional*, N° 3, Año III, MDC-Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1996, p. 85 y ss.
- BOBBIO, Norberto, “La razón del derecho (observaciones preliminares)”, *Doxa 2* (1985), Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, p. 17 y ss.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Segunda Edición, Thomson – Cívitas, Madrid, 2004.
  - *La teoría del acto administrativo*, Madrid, Iustel, 2005.
- BOQUERA OLIVER, José M., *Derecho Administrativo*, 10° Edición revisada y ampliada, Cívitas, Madrid, 1996, Tomo 1.
- BOSCH, Jorge Tristán, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1951.

- BOTASSI, Carlos A., “Retroactividad del acto administrativo”, en A.A.V.V. “*Acto administrativo y reglamento*”, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 179.
  - “Habilitación de instancia y derechos humanos”, LL, 2000-F, p. 594.
- BOTASSI, Carlos A. – OROZ, Miguel H.E., *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, 2º Edición Corregida, actualizada y ampliada, Librería Editora Platense, La Plata, 2011.
- BREWER CARÍAS, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, Volumen II y Volumen III.
- BUJ MONTERO, Mónica, “El acto administrativo”, en AA.VV., *Manual de Derecho Administrativo*, FARRANDO, Ismael (H.) –MARTÍNEZ, Patricia R. – Directores-, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 160 y ss.
  - “Reglamentos y otros actos de administración. Los hechos administrativos”, en AA.VV., *Manual de Derecho Administrativo*, FARRANDO, Ismael (H.) –MARTÍNEZ, Patricia R. –Directores-, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 259 y ss.
- BUSTELO, Ernesto N., “Suspensión de la ejecución del acto administrativo en el marco del procedimiento administrativo”, en *Estudios de Derecho Administrativo IX*, Ediciones Dike, Buenos Aires, 2003, p. 329.
- BUTELER, Alfonso, *Derecho Administrativo Argentino*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, Tomo 1.
- CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.
- CALMES, Silvia, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, París, 2001.
- CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio, “Sobre el Derecho administrativo europeo”, en AA.VV., *El nuevo derecho administrativo. Libro en homenaje al Prof. Dr. Enrique Rivero Ysern*, Ratio Legis Librería Jurídica, Salamanca, 2011, p. 103 y ss.

- CANASI, José, *Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1974, Vol. II, Parte Especial.
- CANDA, Fabián O., “Decretos legislativos: el control judicial de los decretos delegados y de necesidad y urgencia”, en AA.VV., *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 181 y ss., especialmente p. 187.
  - “Perfiles constitucionales de la delegación administrativa (materias y sujeto pasivo de la delegación en un fallo de la sala I del Fuero Contencioso-administrativo”, EDA 2001/2002-139.
  - “El vicio en el elemento forma. La teoría de la subsanación”, en AA.VV. *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago – Director –, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 650/651.
  - “*El debido proceso adjetivo. La llamada “teoría de la subsanación”*”, en AA.VV. *Procedimiento Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 145 y ss.
  - “La legitimación en el procedimiento administrativo nacional”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Procedimiento y Proceso Administrativo*, LexisNexis Abeledo–Perrot UCA, Buenos Aires, 2005, p. 131 y ss.
  - “La revocación del acto administrativo regular”, en AA.VV. *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago – Director –, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 799 y ss.
  - “La responsabilidad penal de los agentes de la administración pública”, en AA.VV. “*Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*”, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, p. 617 y ss.

- “La habilitación de la instancia contencioso administrativa”, en TAWIL, Guido Santiago (Director), *Derecho Procesal Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 356.
- “Principios convencionales del procedimiento administrativo. El principio de “tutela administrativa efectiva”. Creación y evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional”, EDA 2015-732.
- “La suspensión de efectos del acto administrativo en sede administrativa y judicial”, en AA.VV. *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 707.
- “El elemento subjetivo en la contratación administrativa: ¿necesariamente una de las partes debe ser el Estado?” en AA.VV., *Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 65 y ss.
- “La incidencia del procedimiento sobre el plazo de prescripción de la acción contencioso administrativa”, en AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*”, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2006, p. 103 y ss.
- “La revocación del acto administrativo regular”, en AA.VV., *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 799.
- “El control de los reglamentos de necesidad y urgencia por la Corte Suprema, a través de ciertos precedentes paradigmáticos”, ED 186:631.
- “La desviación de poder: del Consejo de Estado a la Corte IDH, del derecho administrativo local al derecho administrativo convencional. El caso “Granier” (Radio y Televisión de Caracas) y el derecho administrativo como derecho convencional concretizado Segunda Parte.

El instituto en el sistema interamericano”, en DPI, Diario Administrativo N° 93, suplemento del 01/12/2015.

- CANDA, Fabián O., – COMADIRA, Julio Pablo, “Cuestiones relativas a la habilitación de la instancia judicial en un fallo de la CS (El caso “Resch” y la aplicación de la LNPA a las Fuerzas Armadas y de Seguridad; la inhabilitación de oficio de la instancia judicial y la necesidad imperiosa de un Código Contencioso Administrativo)”, EDA, 2005-719.
- CANDA, Fabián O. – SAMMARTINO, Patricio M., “El amparo constitucional y sus relaciones con los demás cauces formales de tutela (el “Núcleo vital” del amparo en la Constitución reformada)”, JA 1996-IVA-827.
- CANN, Steven J., *Administrative Law*, 2ª ed., Sage Publications, Thousand Oaks – London – New Delhi, 1998.
- CANOSA, Armando, *Procedimiento Administrativo: Recursos y Reclamos*, 3º Edición actualizada y ampliada, Rap, Buenos Aires, 2017, Tomo 1 y Tomo 2; y 1º Edición, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008.
  - “El defensor del pueblo y el control de la administración, en AA.VV. *Control de la Administración Pública*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, p. 393 y ss.
  - “Alcance de la denominada tutela administrativa efectiva”, RAP 323-75.
  - “Análisis y comentarios al art. 80 del decreto 1759/1972”, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, POZO GOWLAND, Héctor M. - HALPERÍN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando, -Directores-, La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo III, p. 1210.
  - “La pretensión procesal administrativa y su vinculación con el concepto de recurso en el derecho administrativo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*, 2º Edición, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo 1, p. 572



- CAMPOLIETTI, Federico, “La presunción de legitimidad del acto administrativo, en A.A.V.V., Acto Administrativo”, TAWIL, Guido Santiago - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 263 y ss.
- CAPUTI, María Claudia “Las cláusulas accidentales del acto administrativo”, en AA.VV. “*Acto administrativo y reglamento*”, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 131 y ss.
- CARBONELL PORRAS, Eloísa – MUGA, José Luis, *Agencias y procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- CARRILLO, Marc, “¿El Decreto-ley: excepcionalidad o habitualidad?”, *Revista de las Cortes Generales*, N° 11, 1987.
- CARNELUTTI, Francesco, *Metodología del derecho*, 2° Edición, Traducción de Ángel Ossorio, Uteha, México, 1962.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría general del Estado*, Traducción al español por José León Depetre, México, 1948.
- CARRIÓ, Genaro, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Astrea, Buenos Aires, 1973.
  - *Recurso de amparo y técnica judicial*, 2° Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.
- CASSAGNE, Ezequiel, “El dictamen de los servicios jurídicos de la Administración”, LL 2012-D, 1340.
  - “Las medidas cautelares contra la Administración Pública. Su regulación especial”, en AA.VV., *Derecho administrativo, Estado y república*, CARDONA, Juan Carlos –Director– Astrea, Buenos Aires, 2019, Tomo 3, p. 278 y ss.
- CASAS, Florencia M., “Los decretos de necesidad y urgencia en la Provincia de Tucumán: Su constitucionalización y ruptura del equilibrio entre los poderes del Estado”, en AA.VV., *Ensayos de derecho administrativo en la provincia de*

*Tucumán*, GONZÁLEZ NAVARRO, Augusto (Director), Tucumán, EDUNT, 2013, p. 25 y ss.

- CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, 10° Edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo 1 y Tomo II; 11 y 12 Edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2016 y 2018, respectivamente, Tomo 1
  - *Derecho administrativo*, 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8° y 9° Edición actualizada, Lexis Nexis, Buenos Aires, 1983, 1986, 1991, 1993, 1996, 1998, 2002, 2006 y 2008, respectivamente, Tomo 1.
  - *Los grandes principios del Derecho Público. Constitucional y Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015.
  - *El contrato administrativo*, 2° Edición, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.
  - *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971.
  - “El control jurisdiccional de la actividad reglamentaria y demás actos de alcance general”, LL, 2001–E, 1226.
  - “Inmutabilidad del acto administrativo dictado con prescindencia de dictamen jurídico en el procedimiento impositivo”, ED 70–376.
  - “La suspensión de los actos en la sede administrativa y judicial”, en AA.VV., *Procedimiento administrativo, Ponencias del IV Encuentro hispano argentino sobre derecho administrativo*, RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime -Director-, Xunta de Caricia, Santiago de Compostela, 1994, p. 144.
  - “Sobre la impugnación de reglamentos y demás actos de alcance general en la LNPA y en el RLNPA”, ED 131:911.
  - “Efectos de la interposición de los recursos y suspensión de los actos administrativos”, ED 153-994.

- “Sobre fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia”, LL 1991-E, 1179.
- “Reflexiones sobre el papel del Estado y del derecho en las situaciones de necesidad y emergencia”, EDA, Junio 2020, N° 6, ED-CMXXI-422.
- CASSAGNE, Juan Carlos, - PERRINO, Pablo E., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.
- CASSESE, Sabino, *Las bases del Derecho Administrativo*, Traducción de Luis Ortega, Instituto nacional de Administración Pública, Madrid, 1994.
- CASSINELLO AUBAN, Emilio, “*El proceso de lesividad*”, EL FORO, México D.F., Órgano de la Barra Mexicana. Colegio de Abogados, Volumen: 1964-44, p. 85.
- CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *La delegación legislativa y el Estado regulatorio. Una mirada crítica al agujero negro de la regulación*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2017.
  - *Tratado de la regulación para el abastecimiento*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2015.
  - “Los reglamentos del Poder Ejecutivo. Propuesta de guía para su estudio y el análisis de casos (primera parte)”, en *Temas de Derecho Administrativo*, Erreius, Noviembre 2020, p. 1091 y ss.
- CELOTTO, Alfonso, “Abuso del decreto de necesidad y urgencia y control de la Corte Constitucional en Italia”, en “*Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*”, Buenos Aires, Ediar, 2003 p. 595 y ss.
- CHIACCHIERA CASTRO, Paulina R. – CALDERÓN, Maximiliano R., “Los decretos de necesidad y urgencia en las provincias”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Público*, ALONSO REGUEIRA, Enrique –Director–, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2013, p. 433 y ss.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, Tomo 1.

- CHRISTE, Graciela, *Los derechos sociales en acción: la intersección de los derechos sociales en el derecho administrativo*, Grupo Editorial HS, Buenos Aires, 2017.
- CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2º edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2009.
  - “Una aplicación cuestionable del principio de razonabilidad”, LL 2002-B, 953.
  - “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”, LL 2009-B, 1249.
- CLÈVE CLÈMERSON, Merlín, “A atividade legislativa do poder executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.
- COMADIRA, Fernando G., *La acción de lesividad*, Astrea-Rap, Buenos Aires, 2019.
  - “El reglamento administrativo. Concepto y diferencias con otras figuras”, REDA N° 125:951.
  - “Apuntes sobre la función administrativa y los criterios para delimitarla”, EDA 2016-443.
  - “La jerarquía como principio de la organización administrativa”, EDA 2018-582.
  - “Anulación del acto administrativo irregular y declaración de lesividad: algunas cuestiones que plantea la denominada “acción de lesividad” en *El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo. A 200 años de la Declaración de la Independencia. En homenaje al Prof. Julio R. Comadira*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2017, p. 35 y ss.
  - “La suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo estable” en AA.VV. *Cuestiones Estructurales de Derecho Administrativo*.

- Instituciones, buena administración y derechos individuales*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2018, p. 361 y ss.
- “Régimen jurídico de la función administrativa reglamentaria” en AA.VV., *Fuentes y Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Rap, Buenos Aires, 2019, p. 449 y ss.
  - “Decretos de Necesidad y Urgencia: ¿Facultad inherente del Poder Ejecutivo?”, Carta de Noticias N° 6 de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires, Julio, 2013.
  - “Efectos de las medidas cautelares autónomas en función de la oportunidad procesal en que se solicitan”, comentario a fallo: CNACF, Sala III, 25/10/2012, “*Toulemonde Marcelo Osvaldo c/ Estado Nacional – M° Defensa – Armada- Resol 11/21 13/12 s/ medida cautelar autónoma*”, Carta de Noticias N° 2 de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires, Marzo, 2013, p. 15.
  - “Naturaleza jurídica de los contratos administrativos y de los actos dictados durante su formación y ejecución: oportunidad y legitimación para su impugnación”, RAP, N° 503-504, Septiembre-Octubre 2020, p. 27 y ss.
  - “¿Cómo obtener la suspensión de los efectos de un acto administrativo en sede judicial?”, elDial.com - DC2BBE.
- COMADIRA, Guillermo F., “Los precedentes administrativos” en AA.VV. *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 321.
    - “Nuevas tecnologías en el procedimiento administrativo”, en *Procedimiento Administrativo. A 20 años de la reforma constitucional*,

Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Astrea Ediciones RAP, Buenos Aires, 2015, p. 463 y ss.

- COMADIRA, Julio Pablo – LAGARDE, Fernando, “La cosa juzgada en el proceso contencioso administrativo”, en AA.VV., *Tratado de derecho procesal administrativo*, CASSAGNE, Juan Carlos - Director -, 2º Edición actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo 2, p. 163 y ss.
- COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho Administrativo*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019.
  - “¿Cuándo el particular ‘conoce el vicio’ del acto administrativo? A propósito del artículo 18 de la LNPA”, Suplemento de Derecho Administrativo de elDial.com, elDial.com DC20C.
  - “El procedimiento de anulación de oficio del acto administrativo y el reglamento”, en *Procedimiento Administrativo. A 20 años de la reforma constitucional*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, p. 508 y ss.
  - “La potestad normativa de los entes reguladores”, en RAP 405:161.
  - “La situación jurídica subjetiva de los oferentes, autoexcluidos y terceros en los procedimientos de selección contractual y durante la ejecución y extinción de los contratos”, en AA.VV., *Derechos, Garantías y Potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2014, p. 271.
  - “El régimen de nulidades del acto administrativo y el nuevo Código Civil y Comercial”, en AA.VV. *Cuestiones Estructurales de Derecho Administrativo. Instituciones, buena administración y derechos individuales*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2018, p. 11.
  - “La presunción de legitimidad del acto administrativo como prerrogativa y garantía: concepto, fundamento, límites y consecuencias”, en AA.VV.

*El Derecho Administrativo Hoy. 16 años después*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2013, p. 51 y ss.

- “Ejecutoriedad del acto administrativo: presiones conceptuales y límites”, en AA.VV., *El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo. A 200 años de la Declaración de la Independencia. En homenaje al Prof. Julio Rodolfo Comadira, 25 años del MDA*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2017, p. 25 y ss.
- “La delegación de facultades del Poder Ejecutivo”, en AA.VV., *Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2012, p. 72 y ss.
- “Del escrutinio estricto de la Corte estadounidense a la presunción de inconstitucionalidad en el derecho argentino y su impacto en el derecho administrativo”, EDA 264-8.
- “La suspensión judicial de los efectos del acto administrativo en la nueva ley de medidas cautelares en las que el Estado es parte”, en AA.VV., *Control Público y Acceso a la Justicia*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2016, Tomo 2, p. 233 y ss.
- “Las vías de hecho administrativas”, en A.A.V.V., *III Congreso de Derecho Administrativo en El Salvador*, Corte Suprema de Justicia – Departamento de Publicaciones, San Salvador, 2016.
- “La Administración pública frente a la ley inconstitucional o inconvencional en el procedimiento administrativo”, en POZO GOWLAND - HALPERÍN - AGUILAR VALDEZ - LIMA - CANOSA (Directores),



- Procedimiento administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 833/858.
- “Impugnación administrativa de los actos de alcance general”, en AA.VV., *Fuentes y Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Rap, Buenos Aires, 2019, p. 75 y ss.
  - “Principio de juridicidad, competencia administrativa y responsabilidad del Estado por omisión”, en COMADIRA, Julio Pablo e IVANEGA, Miriam Mabel (Coordinadores), *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 1219 y ss.
  - COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, con la colaboración de Laura M. MONTI, La Ley, Buenos Aires, 2002, Tomo I.
    - *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, 2º Edición Actualizada y Ampliada, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 1996 y 2003, respectivamente.
    - *La anulación de oficio del acto administrativo, la denominada cosa juzgada administrativa*, segunda edición actualizada, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998.
    - *La licitación pública (Nociones, principios, cuestiones)*, 2º Edición, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006.
    - *El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2003.
    - *Acto Administrativo municipal (en la municipalidad de la ciudad de Buenos Aires y en los municipios de la provincia de Buenos Aires)*, Depalma, Buenos Aires, 1992.
    - *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

- “El juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa). Los intereses a proteger”, EDA 2015:659.
- “Valiosos aportes de la Corte Suprema a la teoría general del acto y del contrato administrativo”, en COMADIRA, Julio Rodolfo (director), *Elementos de Derecho Administrativo*, Colección de Análisis Jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 665.
- “Una experiencia docente en el posgrado del Derecho Administrativo. A diez años del inicio del Master en Derecho Administrativo”, EDA, 01/02-611.
- “Los criterios para delimitar el alcance de la competencia de los órganos y los entes del Estado”, en *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2005, p. 31 y ss.
- “Algunas consecuencias de la aplicación del principio de juridicidad de la Administración en la formación y ejecución de la contratación administrativa” en AA.VV., *La contratación pública*, CASSAGNE, Juan Carlos – YSERN, Enrique Rivero –Directores-, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, Tomo 2, p. 637, especialmente p. 658.
- “Los reglamentos de necesidad y urgencia (Fundamento. Su posible regulación legislativa)”, LL 1993-D, 750.
- “Control judicial de la actividad discrecional de la Administración Pública”, en A.A.V.V., BOTASSI, Carlos (Director) y OROZ, Miguel H. E. (Coordinador), *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, 3° Edición, Librería Editora Platense, La Plata, 2011, p. 261/300.
- “El caso ‘Gorordo’: Nueva jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de habilitación de la instancia y revisión judicial de la denuncia de ilegitimidad”, EDA 181:960.
- “Los Reglamentos Delegados” en AA.VV. “Acto administrativo y reglamento”, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho

- Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 679 y ss.
- “La posición de la Administración pública frente a la ley inconstitucional”, REDA N° 1, Buenos Aires, mayo-agosto 1989, p. 151/165.
  - “El juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa). Los intereses a proteger”, EDA 2016:659.
  - *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
  - “El control judicial de las decisiones del Consejo de la Magistratura (con particular referencia a los procedimientos de selección de magistrados)”, en AA.VV. *Control de la Administración Pública*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, p. 23 y ss.
  - Dictamen del 28/11/1997 emitido en su carácter de Jefe del Gabinete de Asesores del Ministerio de Justicia de la Nación, RAP 234:33.
  - COMADIRA, Julio Rodolfo - CANDIA, Fabián O., “La Corte Suprema reafirma el control judicial de oficio de las normas. ‘Banco Comercial de Finanzas’, un fallo en línea con ‘Mill de Pereyra’”, EDA 2004-629.
    - “Control de constitucionalidad de oficio de las normas. Un análisis del caso ‘Mill de Pereyra’, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, EDA 2001/2002-181.
  - COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 1 y Tomo 2.
  - COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge, *Derecho Administrativo Argentino*, Porrúa, México, 2006.

- COMADIRA, Julio Rodolfo – SAMMARTINO, Patricio M., “Medidas cautelares e interés público”, en Revista de Derecho Público, Ed. Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, Tomo 2002-1, p. 327 y ss.
- COPPA, Sergio A., “La acción de lesividad”, en COMADIRA, Julio Pablo e IVANEGA, Miriam Mabel (Coordinadores), *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Ad-Hoc, buenos Aires, 2009, p. 501/516.
- CÓRDOBA CASTROVERDE, D., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 1999.
- CORRÁ, María Inés, “La contratación pública electrónica”, en AA.VV. *Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p 281 y ss.
- CORTELEZZI, Juan Agustín, “El acto administrativo digital”, en AA.VV., *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 925 y ss.
- COSCULELLA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, 9º Edición, Cívitas, 1998
- COVIELLO, Pedro J. J., “La denominada ‘zona de reserva de la administración’ y el principio de legalidad administrativa”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1998, p. 193.
  - “El voto de la juez Carmen M. Argibay en la causa ‘Massa’ ”, EDA, 2007–498).
  - “La causa y el objeto del Acto Administrativo”, en la obra colectiva *Acto Administrativo y Reglamento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, p. 33 y ss.

- “Los límites de la potestad reglamentaria”, en AA.VV., *Fuentes y Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Rap, Buenos Aires, 2019, p. 37 y ss.
- “El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo”, en Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú (DERECHO-PUCP), Lima, 2011, N° 67.
- “La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN”, en CASSAGNE, Juan Carlos y RIVERO YSERN, Enrique, *La contratación pública*, Tomo I, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 108 y ss.
- “La motivación de las decisiones de los órganos colegiados”, RAP 417:41.
- “Dominio eminente y limitaciones a la propiedad en el derecho argentino y latinoamericano”, en AA.VV., *Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2012, p. 505 y ss.
- “Raíces históricas del derecho administrativo y su actualidad. Apuntes para su estudio”, EDA, Agosto2020, N° 8, ED-CMXXV-521.
- “Concepción cristiana del Estado de derecho”, ED 129:923.
- COZZI, Adalberto E., “El proyecto de ley nacional de procedimientos administrativos y su reglamentación”, Jus, 1971, N° 19, p. 163.
- CREO BAY, Horacio D., *Amparo por mora de la Administración pública*, 2° Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1995.
- DAVIS, Kenneth Culp, *Administrative Law. Cases – Text - Problems*, Sixth Edition, American Casebook Series, St. Paul, Minnesota, 1977.
- DAVIS, Kenneth Culp - PIERCE, Richard J., *Administrative Law Treatise*, 3ª ed., Little Brown &Co., Boston, 1994, Vol. 2.

- DE LA RIVA, Ignacio M., “El control de los decretos legislativos en el marco de la Ley N° 26.122”, en AA.VV., *Fuentes y Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Rap, Buenos Aires, 2019, p. 509 y ss.
  - “Apuntes sobre la licitación pública”, en A.A.V.V., *Tratado General de los Contratos Administrativos*, CASSAGNE, Juan Carlos, –Director–, La Ley, Buenos Aires, 2013, Tomo 2, p. 743 y ss.
- DELPIAZZO, Carlos E., *Derecho Administrativo General*, Tercera Edición Actualizada y Ampliada, Editorial y Librería Jurídica Amalio M. Fernández, Montevideo, 2020, Volumen 1.
- DÍAZ, Silvia Adriana, *Acción de amparo*, La Ley, Buenos Aires, 2001.
- DÍAZ SOLIMINE, Omar, *Juicio de Amparo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.
- DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación en el procedimiento administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
  - “El conocimiento del vicio por el administrado y la revocación del acto viciado de nulidad absoluta. La interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso ‘Almagro’”, ED 178:676.
- DIEZ, Manuel María, *Derecho Procesal Administrativo (Lo contencioso administrativo)*, con la colaboración de Tomás HUTCHINSON, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1996.
  - “La administración moderna”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, enero–marzo de 1975, p. 16.
  - *Derecho Administrativo*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, Tomo II.
  - *Derecho Administrativo*, 2ª edición renovada y actualizada, Plus Ultra, Buenos Aires, Tomo I, 1976.
  - *El Acto Administrativo*, Segunda Edición, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1961.

- DROMI, Roberto José, *Derecho Administrativo*, 11° Edición, Ciudad Argentina, Buenos Aires – Madrid – México, 2006.
  - “Acción de lesividad”, *Revista de la Administración Pública*, N° 88, Madrid, 1979, p. 222.
- DUFFY, Marcelo D., – FACIO, Rodolfo E., “Proceso contencioso administrativo federal. Habilidad de la instancia judicial”, en AA.VV. *Proceso contencioso administrativo federal*, BALBÍN, Carlos F. -Director-, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, Tomo 1, p. 217/219.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Desaplicación del reglamento ilegal”, AA.VV., *Activa Actividad Reglamentaria de la Administración*, Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Administrativo, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1989, p. 71.
- ECHAGUE, María Eugenia, “La participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos”, *RAP* 470:39.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco, “La legislación delegada y los decretos de urgencia en la Constitución de 1993”, AA.VV., *Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 10*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, p. 183 y ss.
- ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, Décimo tercera edición, Tecnos, 1999, Volumen I/1.
- EMILI, Eduardo O., “Los decretos de necesidad y urgencia a partir de la reforma constitucional preadjudicación”, en AA.VV., *La reforma constitucional reformada*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo (IEDA), Buenos Aires, 1995, p. 399 y ss.
- ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado general de procedimiento administrativo, con la explicación completa de las leyes 19.549, 21.686 y decretos reglamentarios 1759/1972, 1744/1973, 3700/1977*, 2ª edición, Buenos Aires, 1981.
  - *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Depalma, Bs. As., 1989.



- *Compendio de derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1984, Tomo 1.
- ESCUIN PALOP, *El recurso contencioso-administrativo de lesividad*, p. 227.
- ESTEVE PARDO, José, “Los reglamentos de directa aplicación (art. 39.3, LJCA) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en RAP N° 108:215.
- FACIO, Rodolfo E., “Expropiaciones” en CICERO, Nidia (Directora), “*Legislación usual: derecho administrativo*”, La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo 2, p. 761.
- FANELLI EVANS, María A., “Los decretos de necesidad y urgencia y el agotamiento de la vía administrativa”, REDA 2006-55-194.
  - “Ritualismo inútil. Un límite constitucional a la regla del previo agotamiento de la vía administrativa”, RAP 334:28.
  - “La retroacción y el derecho a la jurisdicción”, ReDA 2006:891.
- FANELLI EVANS, Guillermo, “Los decretos de necesidad y urgencia y la reforma de la constitución nacional”, en AA.VV. *Estudios sobre la reforma constitucional*, CASSAGNE, Juan Carlos -Director-, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 216.
- FARRANDO, Ismael (H.) “Estado, poder, órganos y funciones”, en AA.VV., *Manual de Derecho Administrativo*, FARRANDO, Ismael (H.) –MARTÍNEZ, Patricia R. –Directores-, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 1 y ss.
- FERNÁNDEZ, Mariano Javier, “El acto administrativo verbal”, EDA 2018-704.
- FIORINI, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1968, Tomo I.
  - *Derecho Administrativo*, Segunda Edición Actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, Tomo I y Tomo II.
  - “Los actos administrativos generales y su impugnación en la Ley N° 19.549”, LL 149:908.
  - “Inexistencia de las reservas del poder administrador”, LL 152-964.
  - *¿Qué es el contencioso?*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.

- FLEINER, Flitz, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Sicientia Verlag Aale, Tübingen, 1963.
- FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Institutos de Estudios Políticos, Madrid, 1958.
- FRANCAVILLA, Ricardo H., “La inderogabilidad singular del reglamento”, en AA.VV., *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 583.
- GALARCE, Lino B., “Sobre la motivación de las leyes”, REDA 2004: 953.
- GALEANO, Juan J., “Principio de juridicidad. Noción, fundamento y caracteres. Su recepción en la jurisprudencia administrativa y judicial”, en COMADIRA, Julio Pablo e IVANEGA, Miriam Mabel (Coordinadores), *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Ad-Hoc, buenos Aires, 2009, p. 23 y ss.
- GALLEGO ANIBITARTE, Alfredo “Derecho Público, Derecho Constitucional y Derecho Administrativo en España, RAP 89:19.
- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002.
- GAMBIER, Beltrán - ZUBIAUR, Carlos, “Las medidas cautelares contra la administración: fundamentos, presupuestos y aplicación del artículo 12 de la Ley 19.549”, LL 1993-D, 706.
- GAMBIER, Beltrán – BARRECI, María Inés, “El amparo: la inadmisibilidad de la acción por la existencia de otras vías frente a la Constitución nacional luego de su reciente reforma”, ReDA N° 18, p. 138.
- GAMBIER, Beltrán, “La potestad sancionatoria de la administración en materia disciplinaria: ¿actividad reglada o discrecional?; lo atinente a la oportunidad, mérito o conveniencia del dictado del acto (A propósito de una doctrina de la

Procuración del Tesoro)” en AA.VV., *130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación. 1863–1993*, Buenos Aires, 1994, p. 146/162

- “Las notificaciones en el procedimiento administrativo”, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1999, p. 321.
- GASCÓN Y MARÍN, José, *Tratado de Derecho Administrativo*, Undécima Edición Revisada, Madrid, 1950, Tomo 1.
- GENTILE, Horacio J., “El Poder Ejecutivo como legislador”, LNC 2008-7-768.
- GARCÍA LEMA, Alberto M., “Un nuevo caso de delegación legislativa. La ley 25414”, *El Derecho Constitucional*, 2001/2002-275.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *RAP* 38:159.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Decimoquinta Edición, Madrid, 2011, Tomo 1.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Séptima Edición, de la Revista de Occidente, Madrid, 1964.
- GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.
  - *Tratado de lo contencioso administrativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, Tomo 1 y Tomo 2.
  - “La impugnación de actos administrativos de alcance general”, *ED* 148:853.
  - “Los efectos de la sentencia anulatoria de un acto de alcance general. Algunas perspectivas procesales, constitucionales y de derecho administrativo”, *ReDA* N° 33/35, p. 163 y ss.

- *Medidas “cautelares autónomas” en el contencioso administrativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
- “Efectos de la sentencia anulatoria de un reglamento. Perspectivas procesales, constitucionales y de derecho administrativo”, LL 2000-C, 1166.
- “La impugnación de reglamentos en protección de derechos económicos, sociales y culturales”, en AA.VV., *El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo. A 200 años de la Declaración de la Independencia. En homenaje al Prof. Julio Rodolfo Comadira, 25 años del MDA*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2017, p. 129 y ss.
- “Influencia sobre el plazo de prescripción del sistema de habilitación de instancia en el contencioso administrativo”, LL 2016-F, 755.
- “Perspectivas del contencioso administrativo”, LL 2012-E, 1270 (primera parte) y LL 2012-F, 1116 (segunda parte).
- “Efectos de la reclamación administrativa previa después del fallo ‘Biosystems’”, en *Procedimiento Administrativo. A 20 años de la reforma constitucional*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Astrea Ediciones RAP, Buenos Aires, 2015, p. 126.
- “El sistema de control contencioso administrativo en el ámbito federal de la república”, en AA.VV. GARCÍA PULLÉS, Fernando R., –Director- *El contencioso administrativo en la Argentina (análisis del sistema federal, de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, Tomo I, p. 1 y ss.
- “Cautelares de provisión en el contencioso administrativo”, en ReDA N° 2009:303.
- “Otras perspectivas del contencioso administrativo”, LL 2012-F, 1116.
- “Las vías administrativas en la impugnación de reglamentos y los efectos administrativos de las sentencias judiciales que los anulan”, en AA.VV.

*Cuestiones del contencioso administrativo*, CASSAGNE, Juan Carlos – Director-, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 303 y ss.

- GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de derecho administrativo*, 3º Edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974, Tomo 1.
  - *Los Actos Administrativos*, Cívitas, Madrid, 1991.
- GARRIDO FALLA, Fernando – FERNÁNDEZ PASTRANA, José M, *Régimen Jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Madrid, Cívitas, 1993.
- GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, 4º Edición, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, Volumen 1.
  - *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Tecnos, 2001, Tomo III.
  - *Las transformaciones del Régimen Administrativo*, 2º Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.
- GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada* 4º edición ampliada y actualizada, La ley, Buenos Aires, 2009, Tomo 1 y Tomo 2.
  - *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 3º edición ampliada y actualizada, La ley, Buenos Aires, 2005.
  - “La autonomía del Banco Central y los decretos de necesidad y urgencia en los casos ‘Pérez Redrado’ y ‘Pinedo’”, en LL 2010-A, 267.
  - “Controles sobre los decretos de necesidad y urgencia. De ‘Rodríguez’ a ‘Verrocchi’, ¿el regreso de ‘Peralta’?” LL 2000-A, 86.
  - “Criterios de interpretación y posiciones institucionales de la Corte Suprema (2004-2009)”, LL 2009-F, 946.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La inconstitucionalidad e inconvencionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte (Ley 26.854)”, en LL, Suplemento Especial, Mayo 2013, p. 69.

- GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, 6° edición, Reimpresión inalterada, Depalma, Buenos Aires, 1987.
- GÓMEZ DÍAZ, Ana Belén, *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, Iustel, Madrid, 2014.
- GONZÁLEZ ARZAC, Alberto, “La competencia de los órganos administrativos”, ED 49-887.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, McGraw–Hill, Madrid, 1996.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo Español*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1987, Tomo 1.
- 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)*, 2ª Edición, Madrid, Cívitas, 1999, Tomo 1 y Tomo 2.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa -Ley 29/1998, de 13 de julio-*, 3º Edición, Madrid, Cívitas, 1998, Tomo 2.
  - *El proceso de lesividad*, Revista de Administración Pública, N° 25, Madrid, 1958, p. 127.
  - *El administrado*, Colección FUNDAP, México, 2003.
  - *Manual de derecho procesal administrativo*, 2a ed., Madrid, Cívitas, 1992.
  - “La ética en la administración pública”, 2º Edición, Cívitas, Madrid, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ SALINAS, Jesús, “Notas sobre algunos puntos de referencia entre ley, reglamento y acto administrativo”, Madrid, RAP 121:159.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1974, Tomo 1.

- *Tratado de derecho administrativo. Parte General*, 3° edición, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1995, Tomo 1.
- *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. Parte General*, 1° edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2010, Tomo 1.
- *Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del administrado*, Octava edición, Buenos Aires, 2006, Tomo 2.
- *Tratado de Derecho Administrativo. El acto administrativo*, 10 edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2010, Tomo 3.
- *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. El procedimiento administrativo*, 1° edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2016, Tomo 4.
- *Procedimiento y recursos administrativos*, 2ª edición corregida y aumentada Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1971.
- GORDILLO, Agustín (Director), *Procedimiento administrativo*, LexisNexis-Depalma, Buenos Aires, 2003, Serie Legislación Comentada.
- GOROSTEGUI, Beltrán, *El Dictamen Jurídico Administrativo*, Segunda edición corregida y aumentada, El Derecho, Buenos Aires, 2014.
- GRAU, Armando E., *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*, La Plata, Librería Editora Platense, 1971.
- GRECCO, Carlos, *Impugnación de disposiciones reglamentarias*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988
- GRIMAU, Juan I., “El informe previo en el régimen federal de medidas cautelares en las causas en que el Estado es parte o interviene. Régimen, naturaleza jurídica, análisis constitucional e implicancias prácticas”, EDA suplemento del 04/04/2019.
- GUAITA, Aurelio, *El Proceso administrativo de lesividad*, Bosch, Barcelona, 1953.



- GUASP DELGADO, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.
- GUIBOURG, Ricardo A., – GHIGLIANI, Alejandro M. – GUARINONI, Ricardo, V, *Introducción al conocimiento científico*.
- GÜIDI, Graciela, “Impugnación de reglamentos”, en AA.VV., *Acto y procedimiento administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1975, p. 124 y ss.
- GUSMAN, Alfredo S., *Juicio de amparo por mora de la administración*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014.
  - “De las causas donde la autoridad administrativa sea parte actora”, en BALBÍN, *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentado y Concordado*, Tercera Edición Actualizada y Ampliada, Tomo 2, p. 961.
  - “La estabilidad del acto administrativo a treinta años de la conformación del régimen legal”, EDA 2007–671.
- GUZMÁN, Leandro, *Derecho a una sentencia motivada*, Astrea, Buenos Aires, 2014.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, Traducción e índices por Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- HALPERÍN, David A. - CATTANI, Horacio R., *El recurso de reconsideración en el procedimiento administrativo nacional*, Revista Diké, Año I, Nro. 1, p. 55.
- HALPERÍN, David A., “Cuestiones vinculadas a las diferencias entre el acto administrativo y el reglamento”, REDA 2012–79–221.
  - “La publicidad de los actos estatales: notificación y publicación”, en AA.VV. *Procedimiento Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago – Director –, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 279.
  - “Naturaleza de los actos emanados de las personas públicas no estatales”, REDA 2013-87-747.

- “Los plazos en el procedimiento administrativo” en AA.VV. *Procedimiento Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago – Director –, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 253 y ss.
- “La promoción de medidas cautelares pendiente el agotamiento de la vía administrativa”, ED 166:532.
- “Las sentencias del Tribunal Fiscal y la prohibición de innovar”, REDA 1:131.
- HERRERA DE VILLAVICENCIO, *Acción de lesividad en Tucumán y Nación*, RAP 336:309.
- IHERING, Rudolf Von, *El espíritu del derecho romano*, Librería Editorial Carlos Bailly-Baillere, Madrid, 1891, Tomo III.
- HOSPERS, John, *Introducción al análisis filosófico*, Versión española de Julio César Armero San José, Alianza Editorial, Madrid, 1985, Tomo I.
- HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Astrea, Buenos Aires, 1985, Tomo 1 y 2.
  - *Régimen de Procedimientos Administrativos*, 10º Edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2017.
  - *Derecho Procesal Administrativo*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2009, Tomo II y Tomo III.
  - “Régimen jurídico de los reglamentos”, AA.VV., *Actividad Reglamentaria de la Administración*, Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Administrativo, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1989.
  - *Las Corporaciones Profesionales*, F.D.A., Buenos Aires. 1982.
  - “La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional”, ED 124:677.

- “Acto administrativo” en AA.VV., *Tratado jurisprudencial y doctrinario*, HUTCHINSON, Tomás, - Director -, La Ley, Buenos Aires, 2010, Tomo 1, Vol. 1, p. 221.
- “Los actos de alcance general” en AA.VV., *Tratado jurisprudencial y doctrinario*, HUTCHINSON, Tomás, - Director -, La Ley, Buenos Aires, 2010, Tomo 1, Vol. 1, p. 441 y ss.
- “El Poder Judicial y su función administrativa”, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo, Plus Ultra*, 1976, N° 13, p. 35 y ss.  
“De la irrevisibilidad a la revisibilidad jurisdiccional de la función administrativa del Poder Judicial”, *Sup. Adm.*2010 (agosto), 63.  
“Algunas reflexiones sobre la regulación de las medidas cautelares en las que interviene el Estado”, *SJA* 25/09/2013, 22 y en *JA* 2013-III, Cita Online.  
“Los procedimientos de urgencia en el derecho administrativo argentino”, en AA.VV., *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo,1996, p. 298.
- ILDARRAZ, Benigno, “El proceso de lesividad”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*, 2° Edición, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo 2, p. 614.
- IVANEGA, Miriam Mabel, *Principios de la Administración Pública*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2005.
  - “Actos administrativos de entes públicos no estatales”, en AA.VV. *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 403 y ss.
  - “Consideraciones acerca del reclamo administrativo previo y la excepción del ritualismo inútil”, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1999, p. 154.

- “Alcance de la presunción de juridicidad en la República Argentina”, en AA.VV. *El acto administrativo como fuente del derecho administrativo en Iberoamérica (Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo)*, Congrex S.A., Panamá, 2009, p. 44 y ss.
- “Consideraciones generales acerca de los reglamentos administrativos y las decisiones administrativas del Jefe de Gabinete de Ministros en materia presupuestaria”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, CASSAGNE, Juan Carlos –Director–, Buenos Aires, La Ley, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2009, p. 285.
- “Apuntes acerca de la potestad disciplinaria de la administración”, EDA 2006:362.
- “Reflexiones sobre los principios del procedimiento administrativo”, en *Procedimiento Administrativo. A 20 años de la reforma constitucional*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Astrea Ediciones RAP, Buenos Aires, 2015, p. 343 y ss.
- *Control público*, Astrea-Rap, Buenos Aires, 2016.
- JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, “La legitimación en el procedimiento administrativo: evolución, alcance y límites”, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, POZO GOWLAND, Héctor M. - HALPERÍN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando, -Directores-, La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 212 y ss.
- JIMENA QUESADA, Luis, “La motivación de la legislación en el parlamentarismo francés”, *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, N° 9, 2000, p. 167 y ss.
- JINETA LOBO, Ernesto, “Reglamento, circulares e instrucciones: como fuente de derecho administrativo en Costa Rica”, en AA.VV. *El acto administrativo como fuente del derecho administrativo en Iberoamérica (Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo)*, Congrex S.A., Panamá, 2009, p. 287 y ss.
- JUAN XXIII, Encíclica “*Mater et Magistra*”.

- KRAUSE, Bernardo R., “La retroactividad del acto administrativo”, LL 1978-C, 623.
- LACAVALA, Federico, “Decisiones administrativas automáticas y derechos”, en Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018-1, *Derechos humanos y nuevas tecnologías*, p. 235
- LAGARDE, Fernando M., “El recurso de revisión”, “, en AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*”, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2006, p. 382.
  - “Manifestaciones del control legislativo sobre el Poder Ejecutivo”, en AA.VV., *Control Público y Acceso a la Justicia*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2016, Tomo 2, p. 143 y ss.
- LANDA, César, “Los decretos de urgencia en el Perú”, en AA.VV., *Pensamiento Constitucional*, N° 9, Año IX, MDC-Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2004, p. 131 y ss.
- LAPLACETTE, Carlos José, “El amparo tras la reforma constitucional de 1994”, en LL, Suplemento Especial, *A 25 años de la reforma constitucional de 1994*, Noviembre 2019, p. 148 y ss.
- LAWSON, Gary, *Federal Administrative Law*, 5ª ed., American Casebook Series, 2009.
- LEGUIZAMÓN, Gustavo S., “Lo contencioso administrativo en la provincia del Chaco”, en AA.VV. GARCÍA PULLÉS, Fernando R., –Director- *El contencioso administrativo en la Argentina (análisis del sistema federal, de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, Tomo I, p. 692.
- LEÓN ZAA, Juan Carlos, *El estado de excepción en el constitucionalismo andino: especial consideración de Chile y Perú*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2014, disponible en <http://eprints.ucm.es/24605/1/T35116.pdf>, consultado por última vez el 04/03/2021.

- LINARES MARTÍNEZ, Aurilivi, “El proceso de lesividad: ¿una vía contencioso-administrativa en manos de la Administración?”, en AA.VV., *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, ARISMENDI, Alfredo A. y CABALLERO ORTIZ, Jesús (Coordinadores), Cívitas, Madrid, 2003, Tomo II, p. 2233.
- LINARES, Juan F., *Fundamentos de derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1975.
  - *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1974.
  - *Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1986.
  - “Los reglamentos autónomos en el orden federal”, LL 1981-D, 1217.
  - “La garantía de defensa ante la Administración”, LL 142-1137.
  - “Competencia administrativa y prohibiciones implícitas”, RADA, N° 2, p. 15 y ss.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Reglas para la interpretación constitucional. Según la doctrina y la jurisprudencia*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1988.
  - *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Segunda Edición, Plus Ultra, Buenos Aires, 1980, Tomo VI.
  - *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, Tomo IX.
- LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte General*, 16° Edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, Tomo I.
- LLOBREGAT, José Garberí, “El proceso de lesividad”, en AA.VV., *Derecho Procesal Administrativo*, SENDRA, Vicente Gimeno – CATENA, Víctor Moreno – LLOBREGAT, José Garberí –GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Serrano Nicolás, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, p. 742 y ss.
- LOGAR, Ana Cristina “Las medidas cautelares en el nuevo código contencioso administrativo de la provincia de buenos aires”, en AA.VV., *El nuevo proceso*

*contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Tercera Edición, Buenos Aires, Librería editora Platense, 2011, p. 494.

- LONIGRO, Félix V., “La potestad reglamentaria del presidente”, en Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020-1, *Poder Ejecutivo*, p. 373 y ss.
  - “Peor el remedio que la enfermedad”, La Nación, 14/09/2006.
- LOÑ, Félix R., “El debate sobre la reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia”, El Dial – DC921, Publicado el: 03/07/2006.
- LONG, Marceau –WEIL, Prosper –BRAIBANT, Guy –DEVOLVÉ, P. - GENEVOIS, B, *Los grandes fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa*, Ediciones Librería del Profesional, París, 2000.
- LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, Astrea, Buenos Aires, 2005, Tomo 1 y Tomo 2.
- MADARIAGA GUTIÉRREZ, Mónica, *Seguridad jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI*, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.
- MAIORANO, Jorge, “El Defensor del Pueblo”, en obra colectiva *El Derecho Administrativo Argentino, Hoy*. Editorial Ciencias de la Administración, Bs. As, 1996, p. 108 y ss.
- MAIRAL, Héctor - HUTCHINSON, Tomás - BIANCHI, Alberto - MONTI, Laura, *La reforma de la ley 25.344 y las garantías del administrado*, LL Actualidad del 15 y 20/11/2001.
- MAIRAL, Héctor, A., *Control judicial de la administración pública*, Depalma, Buenos Aires, 1984, Volumen I.
  - *La doctrina de los actos propios y la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1988.
  - *Licitación pública. Protección jurídica de los oferentes*, Depalma, Buenos Aires, 1975.



- “Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento”, REDA N° 2, p. 223 y ss.
- “Los plazos de caducidad en el Derecho administrativo argentino”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho procesal administrativo*, obra en homenaje a Jesús González Pérez, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, Tomo 1, p. 902.
- “Los meros pronunciamientos administrativos”, en AA.VV., *Derecho administrativo —Homenaje al Profesor Miguel S. MARIENHOFF—*, CASSAGNE, Juan Carlos –Director–, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1988, p. 651 y ss.
- “Hacia una noción más acotada del acto administrativo (donde se explica cómo los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios públicos”, Res Pública Argentina, Ed. RAP, Buenos Aires, 2011-1 y 2, p. 7 y ss.
- MANILI, Pablo, “Las medidas cautelares contra el Estado frente al bloque de constitucionalidad”, en LL, Suplemento Especial, Octubre 2014, p. 112.
  - “La difícil tarea de definir el concepto de derechos humanos”, en AA.VV *Derechos Humanos y Control de Convencionalidad*, Carlos D. LUQUE (compilador) – Mario A.R. MIDÓN (director), Contexto, abril 2016, p. 7 y ss.
- MARCER, Ernesto, *Demandas contra el Estado*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Quinta edición actualizada, 1º reimpresión, Buenos Aires, 2000, Tomo I.
  - *Tratado de derecho administrativo*, Cuarta Edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, Tomo II.
  - *Tratado de derecho administrativo*, Cuarta Edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, Tomo III-A.

- “El acto administrativo bilateral y la Corte Suprema de Justicia. Lo atinente al contrato y al cuasicontrato administrativo”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, nro. 61.
- “El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público”, LL 1989-E, 963).
- MARIOTTI, Alexandre, *Medidas Provisórias*, Editora Saraiva, São Pablo, 1999.
- MATA, Ismael, “Las nuevas tecnologías en la organización administrativa”, en AA.VV., *Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2012, p. 331 y ss.
  - “Facultades reglamentarias de las autoridades reguladoras en Argentina”, en AA.VV., *Derecho administrativo iberoamericano (Discrecionalidad, justicia administrativa y entes reguladores)*, Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, Ciudad de Panamá, 18 a 19 septiembre de 2009, Florida, U.S.A.: Congrex, 2009, p. 83 y ss.
- MATILLA CORREA, Andry, “El Derecho Administrativo: sobre su origen histórico” en AA.VV., *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime – Rodríguez, Libardo; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen –Coordinadora–, INAP, Granada, 2015, p. 73 y ss.
- MEILÁN GIL, José Luis, “El acto administrativo como categoría jurídica”, EDA 2009–663.
- MELAZZI, Luis A., “Revocación por ilegitimidad del acto administrativo (con especial referencia al régimen de la LNPA)”, REDA 2010–975.
- MERTEHIKIAN, Eduardo, “Validez y eficacia del acto administrativo. Comentario al fallo “Frávega” de la Sala I de la CNACAF”, RAP 210:165.
- MESEGUER YEBRA, Joaquín, *La declaración de lesividad de los actos administrativos anulables*, Bosch, Barcelona, 2000.

- MIDÓN, Mario A. R., *Decretos de Necesidad y Urgencia. En la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales*, 1º edición, La Ley, Buenos Aires, 2001 y 2º edición corregida y actualizada, Hammurabi, 2012.
  - “DNU: Una ley más próxima al desencanto que a la ilusión”, en AA.VV., *El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina*, Compilador Jorge Horacio GENTILE, Fundación Konrad Adenauer, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Montevideo, 2008, p. 959 y ss.
  - “La abusiva potestad de dictar decretos de necesidad y urgencia”, en *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020-1, *Poder Ejecutivo*, p. 59 y ss.
- MINORINI LIMA, Ignacio, “La revocación del acto administrativo irregular”, en AA.VV., *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 770.
- MIOLANO, José Luis, “Límites de la potestad revocatoria de la Administración: La acción de lesividad”, en *Estudios de Derecho Administrativo IX*, Ediciones Dike, Buenos Aires, 2003.
- MOLINA GUAITA, Hernán, *Derecho constitucional*, 9º Edición, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 295.
  - “Los decretos con fuerza de ley en la Constitución”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* N° XXII, Valparaíso, Chile, 2001, p. 421, disponible en <http://rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/492/461>, consultado por última vez el 04/03/2021.
- MONTESQUIEU, Charles de, *El espíritu de las leyes*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 6ª Edición, 1984, Libro XI, Cap. 6 “*De la constitución de Inglaterra*”.
- MONTEZANTI, Néstor Luis, *Suspensión del acto administrativo*, 2º Edición ampliada y actualizada, Astrea, Buenos Aires, 2009.

- MONTEQUÍN, Marina Ávila, “El control judicial de los reglamentos de necesidad y urgencia y reglamentos delegados”, en TAWIL, Guido Santiago (Director), *Derecho Procesal Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 651 y ss., entre muchos otros.
  - “Las nulidades manifiestas y no manifiestas”, en A.A.V.V., *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 555 y ss.
- MONTI, Laura M., *La teoría jurídica del acto administrativo*, Documentación Administrativa, N° 267-268, Madrid, INAP, Septiembre 2003-Abril 2004, p. 251
  - “Emergencia y contratos administrativos”, en Sup. Esp. *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, 2004 (mayo), 06/05/2004, 64.
  - “Consideraciones sobre la retroactividad en el ámbito del derecho administrativo”, ED 176-739.
  - “El agotamiento de la instancia administrativa”, en AA.VV. *Control de la Administración Pública*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, p. 209 y ss.
  - “La jerarquía y la competencia como principios de la organización administrativas”, en AA.VV., *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, p. 113.
  - “El acceso a las actuaciones administrativas. La vista en el procedimiento administrativo”, en A.A.V.V., *Procedimiento Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 271.
  - “Acto Institucional”, en AA.VV., *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 325 y ss.

- “Amparo contra leyes” en obra colectiva *Amparo, Medidas Cautelares y Otros Procesos Urgentes en la Justicia Administrativa*, director CASSAGNE, Juan Carlos, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 69.
- “Agotamiento de la vía administrativa y tutela judicial efectiva”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Público*, ALONSO REGUEIRA, Enrique – Director–, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2013, p. 324/325.
- “La reciente jurisprudencia de la CSJN en materia de acto administrativo”, en AA.VV., *Derecho administrativo, Estado y república*, CARDONA, Juan Carlos –Director– Astrea, Buenos Aires, 2019, Tomo 2, p. 257 y ss.
- MONTI, Laura M., – MURATORIO, Jorge I., “La aplicación de la ley nacional de procedimientos administrativos a los actos de los entes públicos no estatales”, REDA, Buenos Aires, Depalma, 1993, N° 14, p. 517 y ss.
- MORAND–DEVILLER, Jacqueline, *Curso de Derecho Administrativo. Curso. Temas de reflexión. Comentarios y análisis de fallos.*, Traducción a cargo de Zoraida Rincón Ardila u Juan Carlos Peláez Gutiérrez, Traducción a la 10° edición actualizada, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- MORELLO, Augusto M. y VALLEFÍN, Carlos A., *El amparo, régimen procesal*, Editora Platense, Buenos Aires, 2004, Quinta Edición.
  - “Los efectos de la concesión de la apelación contra el auto que dispone el otorgamiento de una medida cautelar en el proceso de amparo”, JA 1993-II-131.
- MORELLO, Augusto M. – BOTASSI, Carlos A., “Amparo por omisión política: la puesta en marcha del fuero contencioso-administrativo en la provincia de Buenos Aires”, JA 2003-II-152.
- MORELLO, Augusto M.; SOSA, Gualberto I.; BERIZONCE, Roberto O. *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, cuarta edición ampliada y actualizada, 2015, Tomo III.

- MORILLO – VELARDE PÉREZ, José, “El Decreto-Ley en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional”, en AA.VV., *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, Cívitas, 1989.
- MORENO MOLINA, Ángel Manuel, *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos, *El proceso contencioso de lesividad: catorce años después de su incorporación en el derecho peruano*”, en A.A.V.V., *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, XV Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, San Juan, Puerto Rico, 2015. Tomo 2, p. 715.
- MOSSO GIANNINI, César A., “Legislación delegada y de necesidad y urgencia en la provincia de Mendoza”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo VIII*, Ediciones Dike, Buenos Aires, 2003, p. 279 y ss.
- MUÑOZ, Guillermo A., “Impugnación del Reglamento”, AA.VV., *Activa Actividad Reglamentaria de la Administración*, Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Administrativo, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1989, p. 137
- MUÑOZ, Ricardo A. (h), “Fuentes del procedimiento administrativo electrónico”, en AA.VV., *Fuentes y Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Rap, Buenos Aires, 2019, p. 523 y ss.
  - “La inteligencia artificial en la Administración Pública y los derechos fundamentales”, en EDA, Mayo 2020, N° 5, ED-CMXIX-357.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Iustel, Madrid, 2011, Tomo IV.
- MURATORIO, Jorge I., “La Administración Pública como sujeto del procedimiento administrativo: la competencia del órgano”, en AA.VV., *Procedimiento y proceso administrativo*, CASSAGNE, Juan Carlos –Director–, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 105 y ss.

- “Situación jurídica del usuario del servicio público. Participación en el control. La tutela administrativa y judicial”, en AA.VV. *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Astrea Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004, p. 299 y ss.
- “Acto de alcance general, plúrimo y plurindividual”, en AA.VV., *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 785.
- “Los contratos administrativos viciados de nulidad absoluta (Acción de lesividad. Alternativas)”, LL 1995–D, 1205.
- “Impugnación de reglamentos de necesidad y urgencia y de reglamentos delegados. Acceso a la instancia judicial”, en AA.VV. *Cuestiones del contencioso administrativo*, CASSAGNE, Juan Carlos –Director–, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 379.
- “¿Actos administrativos tácitos?”, en AA.VV. *Acto Administrativo y Reglamento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 396 y ss.
- “La actividad interna de la Administración, la organización administrativa, el procedimiento administrativo y las relaciones interadministrativas”, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, POZO GOWLAND, Héctor M. - HALPERÍN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando, -Directores–, La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 664.
- “Centralización descentralización, concentración y desconcentración (algunos aspectos del régimen jurídico de los entes descentralizados)”, en AA.VV., *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005, p. 223.



- “El dictamen jurídico en la Administración Pública Nacional”, REDA 2002-535.
- “Licitación pública: competencia vs. colusión”, en REDA 71:83
- NAVARRO MEDAL, Karlos, “El derecho administrativo en Nicaragua”, en AA.VV. *Derecho Administrativo. México, Centroamérica y República Dominicana*, NAVARRO MEDAL, Karlos – MORENO MOLINA, José Antonio (coordinadores), Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (Inej), Nicaragua, 2018, p. 173 y ss.
- NAVEIRA DE CASANOVA, Gustavo J., “El nuevo régimen procesal del juicio de apremio”, en AA.VV. *El procedimiento tributario*, ALTAMIRANO, Alejandro C. (Coordinador), Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 463 y ss.
  - “La causa ‘AFIP c/ Intercorp’: algunas reflexiones sobre el art. 92 de la ley de procedimiento fiscal”, La Ley Online, AR/DOC/4809/2010.
- NEWMAN, John Henry, *La Fe y la Razón. Quince Sermones predicados ante la Universidad de Oxford*, Ediciones Encuentro, España, p. 342.
- NIELSEN, Federico, “El recurso de reconsideración”, en AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, p. 661 y ss.
  - “La razonabilidad y la eficiencia como principios generales de la contratación administrativa”, en AA.VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2007, p. 563.
- NOWAK, John E. – ROTUNDA, Ronald D., *Constitutional Law*, Sixth Edition, Hornbook Series, St. Paul, Minnesota, 2000.
- OLMOS SONNTAG, María Gimena, “Proceso de Amparo”, en AA.VV., *Derecho Procesal Administrativo*, FERNÁNDEZ, Sergio –Director–, ALONSO REGUEIRA, Enrique –Coordinador, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2019, p. 248.

- OROZ, Miguel H.E., “DNU y decretos delegados en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires. El quebrantamiento de la legalidad y la renuncia a su control”, en *Suplemento de Derecho Administrativo de La Ley*, agosto 2010, p. 181.
- OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, 2º Edición inalterada traducida por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Depalma, Buenos Aires, 1982.
- OVIEDO, Laura, “Los reglamentos singulares en el derecho administrativo actual”, EDA 2011-449.
- OYHANARTE, Julio, “*Poder político y cambio estructural en la Argentina. Un estudio sobre su desarrollo*”, en “Recopilación de sus obras”, Buenos Aires, La Ley, 2001.
- PADILLA, Miguel M., “La delegación legislativa en la reforma constitucional”, en LL 1997-D, 914.
- PALAZZO, Eugenio L., “*Las Fuentes del Derecho en el Desconcierto de Juristas y Ciudadanos*”, Buenos Aires, FECIC, 2004.
- PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, 2º Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, Tomo I.
- PANTOJA BAÚZA, Rolando, “El concepto de función administrativa en el Derecho chileno”, en AA.VV., *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor (Coordinador), Ediciones Paredes, Caracas-Venezuela, 2007, Tomo 1, p. 491 y ss.
- PARADA, Ramón, *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1993.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 5º Edición Revisada y Actualizada, Tirant lo blanch, Valencia, 2012.
  - *El concepto del Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984.

- PENAGOS, Gustavo, *El acto Administrativo*, 7° Edición Corregida, Ampliada y actualizada, Ediciones Librería del Profesional, 2001, Tomo 2.
- PEARSON, Marcelo M., *Manual de Procedimiento Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia. Límites y control. En la doctrina, en la jurisprudencia y en la reforma constitucional*, Depalma, 1995, Buenos Aires, p. 273 y ss.
  - “La Comisión Bicameral Permanente y el Sistema de Control de la “Legislación del Poder Ejecutivo”, en A.A.V.V., *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 839.
  - “El llamado a licitación”, en AA.VV. *Contratos Administrativos*, FARRANDO, Ismael –Director-, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2002, p. 283/284.
  - “El juez de amparo y la ‘constitucionalización’ del derecho administrativo”, en AA.VV., *El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo. A 200 años de la Declaración de la Independencia. En homenaje al Prof. Julio Rodolfo Comadira, 25 años del MDA*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2017, p. 526.
  - “La declaración legislativa de ‘nulidad absoluta e insanable’ del DNU y la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *Sup. Adm.* 2010 (agosto), 161.
  - “El silencio del Congreso”, en A.A.V.V., *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, en AA.VV., PÉREZ GUILHOU – SEISDEDOS – ÁBALOS DE MOSSO – BUJ MONTERO – CASTORINA DE TARQUINI – GÓMEZ SANCHÍS – KEMELMAJER DE CARLUCCI – LIVELLARA – LUNA – MARTÍNEZ –

MARTÍNEZ PERONI – MORALES – PÉREZ HUALDE (A) – PÉREZ HUALDE (D. J.) – SEGOVIA (G) – SEGOVIA (J. F.), Depalma, Mendoza, 1995, p. 447 ss.

- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Octava Edición, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- PÉREZ SAMMARTINO, Osvaldo A, “La reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia. Un remedio peor que la enfermedad”, *La Ley*, Sup. Act. 17/08/2006.
- PERRINO, Pablo E., “La delegación legislativa”, en obra colectiva *El Derecho Administrativo Argentino, Hoy*. Editorial Ciencias de la Administración, Bs. As, 1996, p. 122 y ss.
  - “El derecho a la tutela administrativa efectiva”, en AA.VV., *El derecho Administrativo Hoy. 16 años después*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2013, p. 75.
  - “La pretensión procesal administrativa como objeto del proceso contencioso administrativo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*, 2º Edición, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 534.
  - “Los reglamentos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en AA.VV., *Acto administrativo y Reglamento*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 674.
  - “Algunas reflexiones sobre los nuevos medios de tutela urgente frente al Estado. La denominada tutela anticipatoria y autosatisfactiva”, en AA.VV., *Control Público y Acceso a la Justicia*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2016, Tomo 2, p. 9 y ss.
- PERRINO, Pablo Esteban - TRIBIÑO, Carlos Roberto, *La justicia contencioso-administrativa en la provincia de Buenos Aires*, Depalma, Buenos Aires, 1999.

- PETRA RECABARREN, Guillermo M., “Contratos en función administrativa”, JA 1978-I, p. 702.
- PETRELLA, Alejandra, “Legitimación para impugnar judicialmente los pliegos licitatorios”, en AA.VV. “*Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*”, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p 158.
- PEYRANO, Jorge W., “El arte de distinguir y el necesario efecto devolutivo de la apelación respecto de la cautelar despachada favorablemente dentro de un juicio de amparo”, LL, 1993-C, 334.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, “Estados de excepción constitucional y reforma constitucional”, Ius et Praxis, Talca, V. 8, N° 1, 2002. p. 223/250, disponible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122002000100013](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100013), consultado por última vez el 04/03/2021.
- PIERCE, Richard J. (Jr.), *Administrative Law*, Second Edition, Foundation Press, 2012.
- POLITI, Mariana Adela, “El reclamo administrativo impropio”, en TAWIL, Guido Santiago (Director), *Derecho Procesal Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, P. 465.
- PONCE ARIANES, *La nueva regulación de la revisión de oficio*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Salamanca, 1995.
- POZO GOWLAND, Héctor, “Reglamentos”, en AA.VV., *Fuentes de Derecho Administrativo*, BOULLAUDE, Gustavo –Director–, Estudios de Derecho Administrativo XIII, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo (IEDA), Lexis Nexis, 2007, p. 201 y ss.
  - “Análisis y comentarios al art. 25 del decreto 1759/1972”, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, POZO GOWLAND, Héctor M. - HALPERÍN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando, -Directores-, La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo III, p. 611.

- PRITZ, Osvaldo A.F., “Acto de alcance general”, en *Estudios de Derecho Administrativo IX*, Ediciones Dike, Buenos Aires, 2003, p. 397 y ss.
  - “Una óptica provincial sobre los decretos de necesidad y urgencia”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo VIII*, Ediciones Dike, Buenos Aires, 2003, p. 225 y ss.
  - “Amparo contra simples actos de la Administración y proyectos de leyes”, en *Estudios de Derecho Administrativo VI*, Ediciones Dike, Buenos Aires, 2001, p. 185 y ss.
- QUADRA-SALCEDO, Tomás, “La delegación legislativa en la Constitución”, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Cívitas, 1991, p. 325 y ss.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto – BENEDETTI, Miguel Ángel – CENICACELAYA, María de las Nieves, “*Derecho Constitucional Argentino*”, Tomo II, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Segunda edición actualizada, Zavalía, Buenos Aires, 1997.
  - “Los Decretos de necesidad y urgencia en la reforma de 1994”, en A.A.V.V. *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 521/530.
  - *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Comentada*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1996.
  - *Derecho Constitucional*, 3º edición actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1993.
  - “La sentencia de la Corte Suprema en la causa de los aeropuertos. Clave para entender el desequilibrio institucional de los argentinos”, LL 1998-B, 987.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Introducción al Estudio del Derecho*, Décimo segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1997.

- RENNELLA, María Paula, “Control parlamentario de los derechos de necesidad y urgencia y decretos delegados”, en AA.VV. *Control de la Administración Pública*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, p. 651 y ss.
  - “Facultades del Poder Ejecutivo ante una ley inconstitucional: vigencia de la doctrina de la Procuración del Tesoro”, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Elementos de Derecho Administrativo*, Colección de Análisis Jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 45.
- REJTMAN FARAH, Mario, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, La Ley, Buenos Aires, 2000.
- REHNQUIST, William H., *The Supreme Court*, New Edition, Alfred A. Knopf, New York, 2001.
- REVIDATTI, Gustavo A., *Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1984, Tomo 1 y Tomo 2.
- RIVAS, Adolfo Armando, *El amparo*, 3° Edición actualizada, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2003.
- ROCA, Santiago, “El acto administrativo digital en el marco del nuevo procedimiento administrativo”, en *Doctrina Pública Federal*, Buenos Aires, Rap, N° 1, 2003, p. 109 y ss.
- ROEHRSEN, Guglielmo, *La justicia administrativa en Italia*, Depalma, Buenos Aires, 1986.
- RODRÍGUEZ, María José, *El acto administrativo tributario*, Depalma, Buenos Aires, 2004.
  - “La aplicación de la L.N.P.A. a los contratos administrativos”, en AA.VV. *Procedimiento Administrativo*, POZO GOWLAND, Héctor M. - HALPERÍN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando, -Directores-, La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 127.



- “La atmósfera de derecho público de la contratación administrativa: El régimen exorbitante”, Revista Conceptos, UMSA, Dossier Especial – Derecho Comercial y Empresarial, Año 95 (Nº 508 / Abril 2020), 245 – 271 (también disponible online en [file:///C:/Users/fcoma/Downloads/Dra. Mar%C3%ADa Jos%C3%A9 Rodr%C3%ADguez La Atm%C3%B3sfera 27-1 1 .pdf](file:///C:/Users/fcoma/Downloads/Dra._Mar%C3%ADa_Jos%C3%A9_Rodr%C3%ADguez_La_Atm%C3%B3sfera_27-1_1_.pdf), consultado por última vez el 04/03/2021
- “Una redefinición de sustancial de la noción de cláusula exorbitante de la contratación administrativa en la jurisprudencia francesa: el *arret* Axa France Iard (TC, 2014)”, en [https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/doctrina MJR.pdf](https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/doctrina_MJR.pdf), consultado por última vez el 04/03/2021.
- “El control de legalidad en sede administrativa. La gravitación de las características del órgano sobre el alcance y modalidades del control de legalidad”, en AA.VV., *Control Público y Acceso a la Justicia*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2016, Tomo 1, p. 305 y ss.
- RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, “Presentación a la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública”, RAP 423:159.
  - “Principios de ética pública ¿corrupción o servicio?”, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1993.
  - “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-Administrativa en España”, Scientia Iurídica – Tomo LIV, Nº 301, 2005.
- ROSATTI, Horacio, *Tratado de derecho constitucional*, 2º Edición ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, Tomo II.
  - “Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema jurídico argentino”, LL 2003-F, 1283.

- RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho Administrativo. General y colombiano*, 17 Edición, Temis, Bogotá, 2011.
- RUIZ MOLLEDA, Juan C., “El control parlamentario de los decretos de urgencia en Perú”, en AA.VV., *Pensamiento Constitucional*, N° 7, Año VII, MDC-Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2000, p. 503.
- SA ZEICHEN, Gustavo, “El expediente administrativo electrónico en el nuevo ecosistema GDE”, en AA.VV., *Fuentes y Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Rap, Buenos Aires, 2019, p. 543 y ss.
  - “La Administración pública, el derecho administrativo y las nuevas tecnologías: El caso de las contrataciones electrónicas del Estado”, en COMADIRA, Julio Pablo e IVANEGA, Miriam Mabel (Coordinadores), *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 403 y ss.
- SACRISTÁN, Estela B., “Impugnación administrativa de los reglamentos de necesidad y urgencia y delegados (la cuestión de su naturaleza legislativa)”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Procedimiento y Proceso Administrativo*, LexisNexis Abeledo–Perrot UCA, Buenos Aires, 2005, p. 309 y ss.
  - “La administración legisladora (y dos saludables recaudos)”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho procesal administrativo*, obra en homenaje a Jesús González Pérez, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, Tomo 1, p. 391 y ss.
  - “La motivación como requisito esencial del acto administrativo”, en AA.VV. *Acto administrativo y reglamento*”, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 65 y ss.
  - “Control judicial del Estado de Sitio y de la Intervención Federal” en AA.VV., *Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*, Jornadas organizadas por el

Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, p. 689 y ss.

- “Una aproximación a los límites de la discrecionalidad del legislador”, *Prudentia Iuris*, N° 78, 2014, p. 89 y ss.
- SALAS, Javier, “Los decretos-leyes en la teoría y en la práctica constitucional”, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Cívitas, 1991.
- SALGADO, Alí J. y VERDAGUER, Alejandro C., *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2005.
- SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos I., “La delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo” en AA.VV., *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, SABSAY, Daniel A. – Director–, MANILI, Pablo L. –Coordinación–, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, Tomo 3, p. 870 y ss.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Normas conexas de la Constitución Nacional. Leyes 24.588, de garantía de los intereses federales, y 24.620, de convocatoria a elecciones*, Astrea, Buenos Aires, 1996.
  - *Derecho procesal constitucional. Hábeas corpus*, 5º edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2020, Tomo 4.
  - *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, 5º edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, Tomo 3.
  - *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 4º edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, Tomo 1 y Tomo 2.
  - *Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2017, Tomo 2.
  - *Elementos de derecho constitucional*, 3º Edición, Tomo II, Buenos Aires, Astrea, 1999.

- “El Poder Ejecutivo podría legislar con el tercio de una Cámara del Congreso”, La Ley, Sup. Act. 27/08/1985.
- “Oposición entre un decreto de necesidad y urgencia y una ley de delegación legislativa”, JA 2003-II-1313.
- “Los decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado y derecho argentino”, LL 1985-E-798.
- Banco Comercial de Finanzas “El factor ético, presupuesto de la democracia”, ED 81-868.
- “El concepto de ‘vida digna’ en la ley 26.854 sobre medidas cautelares”, REDA 89:1399.
- “Legislación del Poder Ejecutivo detraída del Poder Legislativo”, en “Revista de derecho bancario y de la actividad financiera”, N° 1/2, p. 137.
- “La regulación legislativa de los decretos de necesidad y urgencia (DNU)”, en JA 2006-IV, 1040.
- “La declaración del estado de sitio por decreto de necesidad y urgencia”, LL 1990-A, 45.
- SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración. En el Estado Constitucional Social de Derecho*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 1 y Tomo 2.
  - “Impugnación de actos de alcance general. La ‘dispensa’ del reclamo impropio como resultado habilitante de acceso a la jurisdicción”, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1999, p. 82.
  - “Medidas cautelares en los casos en los que es parte el Estado: ideas rectoras y características del sistema legal vigente”, en AA.VV., *Control Público y Acceso a la Justicia*, Jornadas organizadas por el Departamento

de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2016, Tomo 2, p. 335.

- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*, Sexta Edición, Tecnos, 2010.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1991.
  - *Principios de Derecho Administrativo General*, 4º Edición, Iustel, Madrid, 2016, Tomo II.
  - *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público*, Segunda Edición, Institutos de Estudios Administrativos, Madrid, 1975.
- SANTIAGO, Alfonso (h)– VERAMENDI, Enrique – CASTRO VIDELA, Santiago M., “El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo”, La Ley, Buenos Aires, 2019.
- SANTIAGO, Alfonso “Régimen constitucional de los reglamentos ejecutivos”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Vol. XIII: Fuentes del Derecho Administrativo, I.E.D.A., Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007.
  - *Bien común y derecho constitucional. El personalismo solidario como techo ideológico del sistema político*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002.
  - “La relación entre el derecho natural y el derecho positivo en el sistema jurídico argentino”, LL 1997-D-1099.
- SANTIAGO, Alfonso – VERAMENDI, Enrique, “Una norma decisiva en la configuración de nuestro sistema jurídico e institucional. Comentarios iniciales a la ley 26122. El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo”, JA 2006–IV–1358.
  - “Valiosas y oportunas definiciones de la Corte Suprema sobre el control judicial de los DNU”, ED 236:66.

- SANTIAGO, Alfonso (h.) – CORNEJO, Valentín Thury, *Tratado sobre la delegación legislativa*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003.
- SARAIVA FRÍAS, Bernardo, “Los decretos de necesidad y urgencia”, LL 2018-B, 990.
- SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., “La acción de lesividad”, en *Estudios de Derecho Administrativo X*, Ediciones Dike, Buenos Aires, 2004, p. 229.
  - *Concesión de Servicios Públicos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
  - “La jefatura administrativa del presidente de la Nación”, en PÉREZ GUILHOU y otros, *Atribuciones del presidente argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 233.
  - “El amparo y las cuestiones políticas no justiciables”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho procesal administrativo*, obra en homenaje a Jesús González Pérez, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, Tomo 2, p. 1552 y ss.
  - “Algunos aspectos de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo de la provincia de Mendoza”, ReDA 2019-125.
- SARMIENTO GARCÍA, Jorge - PETRA RECARREN, Guillermo M., *Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza N° 3909. Concordada y comentada.*, Ediciones AVGVSTVS, Mendoza, 1973.
- SARMIENTO GARCÍA, Jorge H. – URRUTIGOITY, Javier, “Cuestiones sobre el amparo”, en AA.VV., *Tratado de derecho procesal administrativo*, CASSAGNE, Juan Carlos - Director -, 2° Edición actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo 2, p. 498 y ss.
  - “Comentario sobre la delegación legislativa en la reforma constitucional”, en AA.VV., *La reforma constitucional interpretada*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 367 y ss.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo. Parte General*, 2° Edición, Montevideo, 1972, Tomo I y Tomo II.
- SCHMITT, Carl J., *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial S.A, Madrid, 1982.

- SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, 3ª ed., Little Brown & Co., Boston – Toronto – London, 1991.
- SCIACCA, Fabiana J., “El procedimiento administrativo, la modernización y las TIC”, en Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020-1, *Poder Ejecutivo*, p. 293 y ss.
- SEGURA ORTEGA, Manuel, *La racionalidad jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998.
- SEIJAS, Gabriela, *La ejecutoriedad del acto administrativo*, en COMADIRA, Julio Pablo e IVANEGA, Miriam Mabel (Coordinadores), *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 520.
- SESÍN, Juan Domingo, *El derecho administrativo en reflexión*, 1º Edición, RAP, Buenos Aires, 2011.
- SESÍN, Juan D. – CHIACCHIERA CASTRO, Paulina R., *Los colegios profesionales. Régimen jurídico público*, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2012.
- SILVA TAMAYO, Gustavo E., *Desviación de poder y abuso de derecho*, Monografías Jurídicas, N° 157, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006.
- SILVESTRI, Beatriz E. - GONZÁLEZ ARZAC, Rafael M., “La instancia administrativa previa a la judicial en la Ley N° 19.549 (Recursos y reclamos)”, ED, 72-763.
- SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado. Introducción y fuentes*, Cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- SIMÓN PADRÓS, Ramiro, “Consideraciones sobre los actos administrativos de las personas públicas no estatales”, REDA N° 2006, p. 963 y ss.
  - “Medidas Cautelares. Causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional” en AA.VV. *Legislación usual: derecho administrativo*,



CICERO, Nidia –Directora-, La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo 2, p. 1024/1025.

- SOLA, Juan V., *Control de Constitucionalidad*, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, 2002.
- SORIA, Daniel F., “Las vías administrativas previas en el contencioso federal”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho procesal administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, Tomo 1, p. 836.
- SPISSE, Rodolfo R., “La tutela judicial efectiva ante una ley inconstitucional”, LL 2013-F, 560.
- STONE, Geoffrey R. – SEIDMAN, Louis M. – SUNSTEIN, Cass R. – TUSHNET, Mark V. – KARLAN, Pamela S., *Constitutional Law*, Seventh Edition, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2013.
- STORTONI, Gabriela A., “Ultraactividad del reglamento”, en AA.VV., *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 181 y ss., especialmente p. 415.
- STUPENENGO, Juan A., “Notas sobre el efecto de los recursos dirigidos contra medidas cautelares dictadas contra el Estado (con especial referencia a la ley 26.854)”, EDA 2013-701.
- SUAREZ, Gladis, “Dictámenes notificados” en AA.VV. *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 597 y ss.
- SULLIVAN, Kathleen M. – GUNTHER, Gerald, *Constitutional Law*, Fourteenth Edition, University Casebook Series, New York, 2001.
- TAWIL, Guido Santiago, *Administración y Justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1993, Tomo 1 y 2.

- “El concepto de acto administrativo”, en AA.VV. “*Acto Administrativo*”, TAWIL, Guido Santiago - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 117.
- “Reforma constitucional y potestad reglamentaria de la Administración”, La Ley, Sup. Act. 22/12/1994.
- “Recepción constitucional de los reglamentos de necesidad y urgencia. Análisis del texto constitucional”, RAP 194:77.
- “Sobre el futuro del procedimiento administrativo”, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*”, POZO GOWLAND, Héctor M. – HALPERÍN, David – AGUILAR VALDEZ, Oscar – JUAN LIMA, Fernando – CANOSA, Armando, –Directores–, La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 6 y ss.
- “A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de los nuevos entes reguladores”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1998, p. 1363.
- TAWIL, Guido S. - MINORINI LIMA, Ignacio J., *El estado y el arbitraje: primera aproximación*, RAP 337-9.
- TOLLER, Fernando M., “El moderno derecho a la tutela judicial efectiva: de las garantías formales al derecho a la protección de los derechos materiales”, REDA 2003-543.
- TORICELLI, Maximiliano, “La acción de amparo”, en Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019-1, “5 años de la reforma constitucional de 1994-I”, p. 55.
  - “Formas de funcionamiento del Poder Ejecutivo Nacional”, en Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020-1, *Poder Ejecutivo*, p. 283 y ss.).
- TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, Third Edition, Foundation Press, New York, 2000, Vol. 1.

- USLENGHI, Alejandro, “Régimen jurídico de la potestad reglamentaria”, en AA.VV., *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 487.
  - “Audiencias Públicas”, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1999, p. 295.
- VALLEFÍN, Carlos A., *Medidas cautelares frente al estado. Continuidades y rupturas*, 1ª edición, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013.
  - *Protección Cautelar Frente al Estado*, LexisNexis, Buenos Aires, 2002
- VANOSSI, Jorge R., “Los Reglamentos de Necesidad y Urgencia”, JA, 1987–IV–885.
- VENTURA, Adrián, “Los decretos de necesidad y urgencia: un salto a la vida constitucional”, en Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002-1, *La emergencia económica*, p. 155 y ss.
- VERAMENDI, Enrique, “La delegación legislativa en las Constituciones italiana y española ¿Verdaderas fuentes del art. 76 de la Constitución Nacional?, REDA 52-393.
  - “La irretroactividad del acto administrativo”, en AA.VV. *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago – Director –, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 353 y ss.
- VERBIC, Francisco, “El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado Nacional y su potencial incidencia en el campo de los procesos colectivos”, Cita Online: AR/DOC/1947/2013.
- VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho Constitucional Comparado*, Traducción e introducción por Pablo Lucas Verdú, Segunda Edición, Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1985.

- VIDAL QUERA, Gastón en “Decretos de necesidad y urgencia y decretos dictados en uso de facultades delegadas: ¿y el control de la Comisión Bicameral Permanente?”, ED 206–949.
- VIGO, Rodolfo, L., *Interpretación Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.
  - “Los principios generales del Derecho”, JA 1986-III-860.
- VILLAR PALASÍ, José Luis, *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección Publicaciones, Madrid, 1968.
  - *Apuntes de Derecho Administrativo. Parte General*, Universidad a Distancia, Madrid, 1997.
- VILLAR PALASÍ, José L. - VILLAR EZCURRA, José L., *Principios de derecho administrativo*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección Publicaciones, Madrid, 1992, Tomo 1.
- VILLARRUEL, María Susana, “El precedente administrativo”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, CASSAGNE, Juan Carlos –Director–, Buenos Aires, La Ley, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2009, p. 75.
  - “La posición de la Administración frente a la ley inconstitucional”, en *El Derecho Administrativo Hoy, 16 años después*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2013, p. 415/421.
  - “El veto: ¿acto administrativo?”, en AA.VV., *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 221 y ss.
- VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1950, Tomo I.

- VILLEGAS, Walter A., “La ley general de expropiaciones N° 21.499 con relación a su precedente”, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, 1977, N° 15-16, p. 18.
- WALINE, Jean, *Précis de Droit Administratif*, Éditions Montchrestein, París, 1969, Tomo 1.
- WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, Cívitas, Madrid, 1986.
  - “La crisis del criterio del contrato administrativo”, traducción de Eduardo Soto Kloss, *Revista de Derecho Público*, 1986, N° 39-40, p. 163 y ss.
- YLARRI, Juan S., *La emergencia económica. El control de constitucionalidad de la situación de emergencia económica y su declaración normativa*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2020.
- YOUNG, Carlos Alberto, “Antecedentes y bases históricas de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, *RAP* 46:10.
- ZAMBRANO, Pedro, “Medidas cautelares ‘autónomas’ y la garantía de defensa en juicio: ¿Por el artículo 230 del Código Procesal o por el artículo 12 de la ley 19.549?”, *LL* 1998-C, 344.
- ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Arayú, Parte general, 1954, Tomo I.
- ZAVALA EGAS, Jorge, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Edilez S.A., Quito.
- ZILLI DE MIRANDA, Martha, “Acto Administrativo en la Ciudad de Buenos Aires”, en AA.VV. *Acto Administrativo y Reglamento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 631 y ss.
- ZELAYA, Simón F., “Forma del acto administrativo”, en AA.VV., *Acto administrativo y procedimiento*, DIEZ, Manuel M. –Director–, Plus Ultra, Buenos Aires, 1975.
- ZOMMER, Laura, “Política Decretos: ni necesarios ni urgentes”, *La Nación*, 06/08/2006.

- ZUNINO, Ángel, *La acción de lesividad*, LLC 2005, 367.

## JURISPRUDENCIA CITADA

### 1) Corte Interamericana de Derechos Humanos

#### *1.1.) Sentencias.*

- 31/01/2001, “Tribunal Constitucional vs Perú”
- 02/02/2001, “Baena Ricardo y otros”.
- 06/02/2001, “Ivcher Bronstein”
- 09/03/2006, “Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay”
- 04/07/2006, “Ximenes López vs. Brasil”
- 19/09/2006, “Claude Reyes y otros”
- 24/08/2010, “Comunidad indígena Xakmok Ksek vs. Paraguay”
- 01/07/2011, “Chocrón Chocrón vs. Venezuela”.
- 31/08/2012, “Furlán y familia vs. Argentina”

#### *1.2.) Opiniones consultivas.*

- OC N° 06/1986 del 09/05/1956
- OC N° 13/1993 del 16/07/1993

### 2) Corte Suprema de Justicia de la Nación.

#### *2.1.) Sentencias.*

- 28/11/1871, “Criminal c/ Andrade, Crisólogo”, Fallos 11:405
- 18/02/1908, “Ferrocarril Central Córdoba, extensión a Buenos Aires c/ Santiago Valige s/ Expropiación”, Fallos 108:269
- 16/12/1925, “Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital”, Fallos 145:307
- 20/06/1927, “A. M. Delfino y Cía.”, Fallos 148:430.
- 30/06/1941, “Ganadera “Los Lagos” S.A. c/ Nación Argentina”, Fallos 190:142.



- 1946, “Noticias Gráficas”, Fallos 5205:545
- 17/05/1957, “Raúl O. Mouviel y otros”, Fallos 237:636.
- 22/07/1959, “Santoró, Nicolás c. Favaro, Orestes”, Fallos 244:219
- 22/07/1960, “Sindicato Argentino de Músicos”, Fallos 248:800.
- 19/09/1960, “Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio, José suc.”, Fallos 247:646
- 02/03/1961, “Aserradero Clipper S.R.L. s/ recurso de amparo”, Fallos: 249:221
- 16/02/1962, “Acuña Hnos. y Cía., S. R. L. c. Provincia de Santiago del Estero”, Fallos 252:39
- 28/03/1962, “Oyuela, Enrique Jaime s/ recurso de amparo”, Fallos: 252:167
- 04/06/1962, “Fernández, Enrique José s/ recurso de amparo”, Fallos: 253:29
- 26/06/1963, “Banco Hipotecario Nacional c. Provincia de Córdoba”, Fallos 256:104.
- 20/09/1963, “Soria de Guerrero, Juana Ana c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.”, Fallos 256:55.
- 27/10/1964, “Lopardo, Miguel”, Fallos 264:206
- 29/03/1967, “Outon, Carlos José, y otros”, Fallos 267:215
- 18/10/1967, “Cía. Argentina de Electricidad, S.A. c/ Nación”, Fallos 269:120
- 07/12/1967, “Empresa Mate Larangeira Mendes, S. A., y otros s/ recurso de amparo”, Fallos: 269:393
- 05/03/1969, “Universidad Bartolomé Mitre”, Fallos 273:134
- 15/07/1970, “Hochbaum, Salomón I.”, Fallos: 277:205
- 04/04/1973, “Gómez, José s/ Jubilación”, Fallos 285:223
- 30/10/1973, “Sociedad Máquinas Hoffman Limitada c/ Dirección General Impositiva”, Fallos 287:150
- 16/05/1974, “Sindicato de los Trabajadores de la Industria Lechera de la Capital Federal y partidos adyacentes”, Fallos 288:398
- 07/10/1976, “Moyano Marclina”, Fallos 296:45.

- 23/12/1976, “Metalmecánica S.A.C.I. c/ Nación”, Fallos 296:672
- 28/12/1976, “De Martín, Alfredo c/ Banco Hipotecario Nacional”, Fallos 296:723
- 28/06/1977, “Cima, María Cristina c/ S.A. Télam.”, Fallos 298:172
- 11/08/1977, “Banco del Interior y Buenos Aires S.A. c/ Kupferberg de Olsak Rywka”, Fallos 298:472
- 28/03/1978, “Radio Suipacha”, Fallos 300:271.
- 26/12/1978, “Galián, Edgar c/ Provincia de Corrientes”, Fallos 300:1292
- 25/10/1979, “Duperial S.A.I.C. c/ Nación”, Fallos 301:953
- 11/12/1980, “Barraco Aguirre, Rodolfo c/ Universidad Nacional de Córdoba”, Fallos 302:1503
- 24/02/1981, “Vialco S.A. c/ Agua y Energía Eléctrica. Marrone, Roberto c/ Egom, S.C.A. Banco de Río Negro y Neuquén S.A.”, Fallos 303:248
- 21/07/1981, “Gómez, Alberto s/ jubilación”, Fallos 303:1006
- 15/04/1982, “Schirato, Gino c/ Nación Argentina”, Fallos 304:490
- 15/06/1982, “D’Ambra, Salvador Osvaldo c/ Nación Argentina. Cima S.C.A. c/ Nación Argentina”, Fallos 304:849
- 17/06/1982, “Quinteros, Mariano Modesto c/ Demoliciones Centro”, Fallos 304:871
- 24/04/1984, “Inhibitoria planteada por el Juzgado de Instrucción Militar N° 50 Rosario”, Fallos 306:303
- 15/05/1984, “Arenzón, Gabriel D. c/ Gobierno Nacional s/ Acción de Amparo”, Fallos 306:400
- 28/08/1984, “Baeza, Aníbal R. c. Gobierno Nacional”, Fallos 306:1125
- 18/12/1984, “Dufour, Arturo Aquiles c/ Nación Argentina”, Fallos 306:2040
- 03/09/1985, “Guardia, Carlos Eduardo y otra”, Fallos 307:1779
- 10/10/1985, “Nista, Orlando y otros c/ Junta Nacional de Granos”, Fallos 307:1936
- 15/10/1985, “Domínguez, Alberto Roberto c/ U.N.R. s/ recurso de amparo”, Fallos: 307:1964.

- 25/11/1985, “Sanchis Ferrero, J. A: c/ Corte Suprema de Justicia”, Fallos 311:2423
- 03/12/1985, “Granada, Jorge Horacio s/ recurso de hábeas corpus en su favor”, Fallos 307:2284
- 24/04/1986, “Durusse de Fernández, Graciela Belkis c/ Provincia de Santa Fe”, Fallos 308:633
- 30/09/1986, “Basigaluz Sáez, Laura Ema c/ Ministerio de Educación y Justicia”, Fallos: 308:1861
- 30/12/1986, “Espiro, Nicolás Alejo”, Fallos 308:2650
- 03/02/1987, “Gomer S.A. c/ Provincia de Córdoba”, Fallos: 310:142
- 12/02/1987, “Soñes, Raúl Eduardo c/ Administración Nacional de Aduanas”, Fallos 310:172
- 24/02/1987, “César y Antonio Karam SCICA”, Fallos 310:360
- 26/02/1987, “Bodegas y Viñedos Giol EEI y C.”, Fallos: 310:380
- 18/08/1987, “Sosa de Basso, María Angélica y Basso María Cristina c/ Buenos Aires, Provincia de y Municipalidad de Junín”, Fallos 310:1578
- 29/09/1987, “Mendoza, Provincia de c/ Estado Nacional”, Fallos: 310:1928
- 10/03/1988, “Bagnat, Juan Carlos c/ Estado Nacional (Est. Mayor Gral. Naval) s/ retiro militar”, Fallos 311:255
- 10/03/1988, “Persoglia, Sergio Damián c/ Provincia de Buenos Aires (Hon. Senado) s/ demanda contencioso – administrativo”, Fallos 311:263
- 22/08/1988, Fabris, Marcelo H. c/ Nación Argentina –Poder Judicial de la Nación, Fallos 311:1517
- 06/09/1988, “Diarios y Noticias S.A. c/ Formosa, Provincia de s/ cobro de australes y devolución de equipos”, Fallos 311:1791
- 27/09/1988, “De León, Marcelo Isaac v. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo”, Fallos 311:1974
- 08/11/1988, “Repetto, Inés M. c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 311:2272

- 28/02/1989, “Farmacia Roca S.C.S. c/ Inst. Nac. de Seguridad Social para Jubilados y Pensionados s/ contencioso – administrativo”, Fallos 312:234
- 07/03/1989, “Navone Spalding Sociedad de Hecho c/ Catamarca, Provincia de s/ cobro de australes”, Fallos 312:282
- 27/04/1989, “Fortunato Arrufat SAIC. y F. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de australes”, Fallos 312:606
- 22/06/1989, “CONARPESA Continental Armadores de Pesca SA. c/ Chubut, Provincia de s/ acción declarativa”, Fallos: 312:1003
- 29/06/1989, “Estado Nacional Mrio. de Economía Sec. de Intereses Marítimos c/ Arenera ‘El Libertador S.R.L.’ y/u otro s/ cobro de pesos”, Fallos: 312:1098
- 08/08/1989, “Sire, Guillermo Eduardo c/ Estado Nacional (Fuerzas Armadas de la República Argentina - Comando en jefe de la Armada Argentina) s/ daños y perjuicios”, Fallos: 312:1250
- 03/10/1989, “Bonis, Pedro”, Fallos: 312:1891
- 13/03/1990, “Cohen, Rafael c/ Instituto Nacional de Cinematografía s/ nulidad de resolución”, Fallos 313:228.
- 29/03/1990, “Dulcamara SA. c/ ENTel. s/ cobro de pesos”, Fallos: 313:376
- 11/12/1990, “Firestone de la Argentina SAIC. s/ recurso de apelación -IVA. - medida de no innovar, Fallos: 313:1420
- 27/12/1990, “Peralta, Luis Arcenio y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía, Banco Central s/amparo”, Fallos 313: 1513
- 08/10/1991, “Astilleros Alianza S.A. de Construcciones Navales, Industrial, Comercial y Financiera c/ Estado Nacional (PEN.) s/ daños y perjuicios (incidente)”, Fallos: 314:1202
- 03/03/1992, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de australes”, Fallos: 315:158
- 01/09/1992, “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c. Echenique, Benjamín Martínez”, Fallos 315:1830.
- 08/09/1992, “Davaro, Saúl c/ Telecom SA. s/ juicio de conocimiento”, Fallos 315:1883

- 06/10/1992, “Construcciones Taddía SA. c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ cobro”, Fallos 315:2217.
- 23/12/1992, “Rodríguez Varela, Florencio c. Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Fallos 315:2990
- 02/03/1993, “Cinplast IAPSA. c/ ENTel. s/ ordinario”, Fallos: 316:212
- 27/04/1993, “Video Cable Comunicación S.A. c/ Instituto Nacional de Cinematografía”, Fallos: 316:766
- 29/04/1993, “Iachemet, María Luisa c/ Armada Argentina s/ pensión (ley 23.226)”, Fallos 316 :779
- 30/06/1993, “Argüello Varela, Jorge Marcelo v. Nación Argentina –CSJN–, Fallos 315:1551
- 28/09/1993, “Marozzi, Eldo”, Fallos 316:2090
- 26/10/1993, “Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 316:2454
- 02/12/1993, “Cocchia, Jorge v. Estado nacional”, Fallos 316:2624
- 07/12/1993, “YPF. S.A. c/ Construcciones Saddemi S.A. s/ contrato administrativo”, Fallos: 316:2771
- 09/12/1993, “Massalin Particulares S.A. c/ Dirección General Impositiva”, Fallos: 316:2922
- 23/06/1994, “Aranzazu, Rosa Griselda y otros c/ Provincia de Buenos Aires (Cámara de Diputados) s/ demanda contencioso administrativa.”, Fallos 317:683
- 20/12/1994, “Inmar S. A. c. Provincia de Entre Ríos y otros”
- 14/02/1995, “Menzaghi, Darío y otro c/ Banco Central de la República Argentina s/ cobro”, Fallos: 318:63.
- 23/02/1995, “Czerniecki, Julio Héctor s/ apela multa”, Fallos: 318:137
- 07/03/1995, “Ríos, Eugenio”, Fallos 318:273
- 05/04/1995, “Gypobras S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ contrato de obra pública” Fallos: 318:441

- 20/04/1995, “Pazos, Eliana B. c. Consejo Nac. de Educ. Técnica —CONET—”, Fallos 318:554
- 04/05/1995, “Horvath, Pablo c. Fisco Nacional -D.G.I.-”, Fallos 318:676
- 04/05/1995, “Zuteco S.A. v. Sociedad Mixta Siderúrgica Argentina”, Fallos 318:838
- 06/06/1995, “Video Club Dreams c. Instituto Nacional de Cinematografía”, Fallos 318:1154
- 05/09/1995, “Digier, Agustín Arturo c/ Caja Nacional de Previsión para Trabajadores Autónomos”, Fallos: 318:1700
- 12/09/1995, “Barrose, Luis Alejandro c/ Ministerio del Interior – art. 3º ley 24.043”, Fallos 318:1707
- 23/11/1995, “Grinbank, Daniel Ernesto - incidente - c/ Fisco Nacional (Dirección General Impositiva)”, Fallos: 318:2431
- 23/11/1995, “Laboratorios Ricar S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/ daños y perjuicios”, Fallos 318:2311.
- 25/06/1996, “Pérez Cuesta SACI. c/Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad (prohibición de innovar)”, Fallos: 319:1069
- 20/08/1996, “Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c. Banco de la Nación Argentina”, Fallos 319:1476
- 20/08/1996, “Nava, Alberto Emilio c/ Estado Nacional -Secretaría de Inteligencia del Estado – SIDE- s/ cobro”, Fallos 319:1532
- 22/04/1997, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c. Provincia de Buenos Aires y otro s/ acción declarativa”, Fallos 320:690
- 26/12/1996, “Monges, Analía M. c/ UBA. – resol. 2314/95”, Fallos 319:3148
- 16/12/1997, “Herpazana S.R.L. c/ Banco de la Nación Argentina s/ contrato administrativo”, Fallos 320:2808
- 17/12/1997, “Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c. Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 320:2851

- 17/02/1998, “Almagro, Gabriela y otra”, Fallos 321:169
- 17/02/1998, “S.A. Organización Coordinadora Argentina”, Fallos 321:174
- 03/03/1998, “Arbonés, Mariano Francisco Juan c/ U-N-C s/ amparo”, Fallos 311:208
- 17/03/1998, “Banco Florencia S.A. c/ Modern Plastic S.A. s/ ejecución hipotecaria”, Fallos 321:330.
- 17/03/1998, “Cic Trading S.A. c/ Estado Nacional (DGI) s/ juicio de conocimiento”, Fallos 321:347
- 17/03/1998, “Kupchik, Luisa Spak de y Kupchik, Alberto Mario c/ B.C.R.A. y Estado Nacional (M.E.) s/ varios”, Fallos 312:366
- 27/08/1998, “Barneda, Carmen Albina y otros c/ Provincia de Buenos Aires (Poder Legislativo)”, Fallos 321:2373
- 29/09/1998, “Cancela, Omar Jesús c/ Artear SAI. y otros”, Fallos 321:2637
- 03/11/1998, “Neuquén para el Mundo c/ Provincia de Neuquén”, no publicado en *fallos*.
- 24/11/1998, “Della Blanca, Luis E. y otro c. Industria Metalúrgica Pescarmona S.A.”, Fallos 321:3123.
- 15/12/1998, “Nobleza Piccardo SAIC. y F. c/ Estado Nacional - Dirección General Impositiva s/ repetición DGI”, Fallos 321:3487.
- 04/02/1999, “Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María v. Estado nacional (Ministerio de Cultura y Educación”, Fallos 322:73
- 09/03/1999, “Padres de alumnos de colegios dependientes de la UNC. interpone recurso art. 32 ley 24.521”, Fallos 322:270.
- 31/03/1999, “Tajes, Raúl Eduardo c/ Estado Nacional (EMGE) s/ retiro militar y fuerzas de seguridad”, Fallos: 322:551
- 19/05/1999, “AADI – CAPIF Asociación Civil Recaudadora c/ LU6 Radio Atlántica”, Fallos 322:775
- 30/06/1999, “Tantucci, Oscar Ricardo c/ EN. - M° de Educación y Justicia empleo público”, Fallos 322:1318, entre muchos otros
- 18/08/1999, “Verrocchi, Ezio D. c. Administración Nac. de Aduanas”, Fallos 322:1726



- 19/08/1999, “Franco, Rubén O. y otros c. Ministerio de Defensa”, Fallos 322:1868
- 19/08/1999, “Blascetta, José Luis c/ FEMESA s/ acción meramente declarativa”, Fallos: 322:1859.
- 16/05/2000, “Cadipsa SA v. Estado nacional y otros, s/nulidad de acto administrativo”, Fallos 323:1146
- 02/06/2000, “Guida, Liliana c. Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 323:1566
- 11/07/2000, “Servicios Empresarios Wallabies S.R.L. c/ Salta, Provincia de s/ incumplimiento de contrato”, Fallos 323:1841
- 05/12/2000, “Ingeniería Omega Sociedad Anónima c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Fallos 323:3924
- 02/08/2000, “Risolia de Ocampo, María J. c. Rojas, Julio C. y otros.”, Fallos 323:1934.
- 29/08/2000, “Famyl S.A. c/ Estado Nacional s/ acción de amparo”, Fallos 323:2256.
- 14/09/2000, “Adamini, Juan Carlos c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción de amparo”, Fallos 323:2409
- 14/08/2001, “Raimbault, Manuel y otros c. Provincia de Tierra del Fuego”, Fallos 324:2381
- 25/09/2001, “Carl Chung Ching Kao v. La Pampa, Provincia de s/ cobro de pesos”, Fallos 324:3019
- 27/09/2001, “Mill de Pereyra”, Fallos: 324:3219
- 11/12/2001, “La Internacional Empresa de Transporte de Pasajeros c/ CNRT –resol. 675/98–”, Fallos 324:4289
- 01/02/2002, “Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita interv. urgente en: Smith, Carlos A. con P.E.N. s/sumarísimo”, Fallos 325:28
- 09/04/2002, “Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo”, Fallos 325:524.
- 16/04/2002, “Cámara de Comercio, Industria y Producción c/ Administración Federal de Ingresos Públicos s/ amparo”, Fallos 325:645
- 21/05/2002, “Adidas Argentina y otros c/ E.N. – M°. de Economía –resol. 987/97, 512/98 y 1506/98 s/ amparo ley 16.986”, Fallos 325:1038

- 18/07/2002, “Gartner, Ángel E. c/. Comité Federal de Radiodifusión”, Fallos 325:1808
- 22/08/2002, “Tobar, Leónidas c. Contaduría General del Ejército”, Fallos 326:2059
- 20/09/2002, “Zofracor S.A. c. Estado Nacional”, Fallos 325:2394.
- 10/10/2002, “Tachella, Mabel Angela c/ D.G.I. – Administración Federal de Ingresos Públicos s/ amparo”, Fallos 325:2600
- 05/11/2002, “Radiodifusora Mediterránea S.R.L. c/ Estado Nacional –amparo–”, Fallos 325:2875
- 11/03/2003, “Defensor del Pueblo de la Provincia de Santiago del Estero c/ Tucumán Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ acción de amparo”, Fallos 326:663
- 20/05/2003, “Algodonera San Nicolás S.A. y otros c. Ciudad Buenos Aires”, Fallos 326:1614
- 21/08/2003, “Magnarelli, César Adrián c/ Misiones, Provincia de y otros s/ cobro de pesos”, Fallos 326:2940
- 01/09/2003, “Cooperativa de Trabajo Fast Limitada v. Estado nacional – Poder Ejecutivo de la Nación – dec. 1002/1999”, Fallos 326 :3180
- 30/09/2003, “El Rincón de los Artistas c. Htal. Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ordinario”, Fallos: 326:3700
- 21/10/2003, “Selcro S.A. c/ Jefatura Gabinete Mos. deci. 55/00 (dto. 360/95 y 67/96) s/ amparo ley 16.986”, Fallos: 326:4251
- 18/12/2003, “Mosquera María Elena c/PEN LEY 25561 DTOS. 1570/01 214/02 s/ amparo”, Fallos: 326:1007
- 10/02/2004, “Indicom S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de pesos”, Fallos 327:84
- 15/06/2004, “Mercofrut c/ Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva”, Fallos: 327:2330
- 06/07/2004, “Bottaro, Oscar Eduardo c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía y otro)”, Fallos 327:2828

- 19/08/2004, “Banco Comercial de Finanzas S.A [en liquidación Banco Central de la República Argentina] s/ quiebra”, Fallos: 327:3117
- 24/08/2004, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros –causa n° 259”, Fallos 327:3312
- 14/10/2004, “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986”, Fallos 327:4185
- 26/10/2004, “Resch, Héctor Juan c/ M° del Interior - Policía Federal s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de seg”, Fallos: 327:4681
- 16/11/2004, “Cha Huen S.A. Minera y otros c/ Y.P.F. Soc. del Estado s/ juicios de conocimientos”, Fallos: 327:4932, del dictamen del Procurador General al que adhirió la Corte.
- 16/11/2004, “Chiodi, Carlos Aníbal y otros c/ Salta, Provincia de y otro s/ acción de amparo”, Fallos: 327:5111
- 16/11/2004, “Hoofdt, Pedro Cornelio Federico c. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos: 327:5118
- 07/12/2004, “Leguizamón, Romero, Abel y otra c/ I.S.S.J. y P. s/ ordinario”, Fallos 327:5559
- 23/12/2004, “Lapadú, Oscar Eduardo c/ Estado Nacional [Dirección Nac. de Gendarmería] s/ daños y perjuicios”, Fallos: 327:5723
- 29/03/2005, “Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios.”, Fallos: 328:566
- 05/04/2005, “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96 – Sec. Ener. y Puertos (Expte. N° 750– 002119/96)”, Fallos 328:651
- 19/04/2005, “Federación de Empresarios de Combustibles”, Fallos 328:940
- 04/05/2005, “Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo”, Fallos 328:1708
- 10/05/2005, “Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición”, Fallos 328:1268.
- 11/10/2005, “Compañía de Circuitos Cerrados S.A. c/ Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva”, Fallos: 328:3638

- 14/02/2006, “Saralegui, Francisco c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo”, Fallos 329:123
- 21/03/2006, “Punte Roberto Antonio c/ Tierra del Fuego”, Fallos 329:809
- 18/07/2006, “Daus, Oscar Normando c/ M° del Interior y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos: 329:2886
- 08/08/2006, “Gottschau, Evelyn Patrizia c. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo”, Fallos: 329:2986
- 21/10/2006, “Defensoría del pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones –Resol 2926/99 s/Amparo Ley N° 16.986”, Fallos 329:4542
- 31/10/2006, “Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones – Resol. 2926/99 s/ amparo ley 16.986”, Fallos 329:4542.
- 07/11/2006, “Mosqueda Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios para Jubilados y Pensionados y otro”, Fallos: 329:4918
- 27/12/2006, “Cardiocorp S.R.L. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”
- 27/12/2006, “Massa, Juan Agustín c/Poder Ejecutivo Nacional – dto. 1570/01 y otro s/amparo ley 16.986”, Fallos 329:5913
- 24/04/2007, “Comisión Nacional de Valores c/ Establecimiento Modelo Terrabusi S.A. s/ transferencia paquete accionario a Nabisco”, Fallos: 330:1855
- 08/05/2007, “Stutz, Oscar c/PLN – Cámara de Diputados”, Fallos 330:2206
- 22/05/2007, “Pluspetrol Energy S.A. c/ENRE resol. 458/02”, Fallos: 330:2286
- 13/07/2007, “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad - Riveros-”, Fallos 330:3248.
- 04/09/2007, “Asociación de Generadores de Energía Eléctrica de la República Argentina c/Estado Nacional - Secretaría de Energía de la Nación”, Fallos 330:3836
- 08/04/2008, “Charpín, Osvaldo José René c/E.N. –Poder Judicial de la Nación CSJN– s/empleo público”, Fallos 331:536
- 13/05/2008, “Siper Aviación S.A. c/ Catamarca, Provincia de y otros s/ cobro de pesos”, Originario, S. 596. XXXIII

- 12/08/2008, “Mantecón Valdés, Julio c. Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación - Corte Suprema de Justicia de la Nación - resol. 13/IX/04 (concurso biblioteca)”, Fallos: 331:1715
- 21/10/2008, “Facultad de Ciencias Médicas (U.N.L.P.) c/Universidad Nacional de La Plata s/nulidad actos administrativos - MC art. 32 ley 24.521”, Fallos 331:2257
- 04/11/2008, “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN-PEN – Ley N° 25.414 – Decreto N° 1.204/2001 s/amparo”, Fallos: 331:2406
- 16/12/2008, “Provincia de Formosa (Banco de la Provincia de Formosa) c. Dirección General Impositiva”, Fallos 331:2769
- 24/02/2009, “Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/amparo-ley 16.986”, Fallos: 332:111
- 24/02/2009, “Rodríguez, Roberto Mario s/impugnación art. 32 de la ley 24.521 y art. 25 inc. d de la ley 19.549”, Fallos 332:166
- 04/08/2009, “Sciammarella, Romeo c/EN-Ministerio de Educación s/proceso de conocimiento”, Fallos 332:1651
- 11/08/2009, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional – PEN- M° de Eco. Obras y Serv. Púb. Y otros s/ amparo ley 16.986”, Fallos: 332:111
- 23/02/2010, “Municipalidad de Gualeguaychú c/Entre Ríos, Provincia de y otros s/acción de amparo”, Fallos 333:108
- 23/03/2010, “Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de General Pueyrredón s/repetición”, Fallos 333:255
- 20/04/2010, “Administración de Parques Nacionales c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos: 333:487
- 11/05/2010, “Tiempo Nuevo SRL v. res. 73 9/06 – CNRT (expte. 12.201/01)”, Fallos 333:600
- 19/05/2010, “Consumidores Argentinos c/EN – PEN – Dto. 558/02 – SS – ley 20.091 s/amparo ley 16.986”, Fallos 333:633
- 15/06/2010, “Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Intercorp S.R.L. s/ Ejecución fiscal”, Fallos 333:935

- 15/06/2010, “Thomas Enrique c/Estado nacional s/amparo”, T. 117. XLVI; REX
- 13/07/2010, “Centrales Térmicas Patagónicas S.A. c/ Estado Nacional –M° de Economía y Obr. y Serv. Públ”, Fallos 333:1192
- 31/08/2010, “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, Fallos: 333:1657.
- 19/10/2010, “Ruíz, Daniel s/medida autosatisfactiva”, Fallos 333:2001
- 15/03/2011, “Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A. Inc. Competencia- c/ E.N. s/ Medida cautelar (autónoma)”, Fallos: 334:259
- 24/05/2011, “Distribuidora Química S.A. c/ Estado Nacional s/ Acción declarativa”, no publicado en la colección de Fallos
- 28/11/2011, “Aceval Pollacchi, Julio César c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ despido”, Fallos 334:799
- 13/12/2011, “Alfacar S.A. s/ Concurso Prev. s/ Inc. de revisión por HSBC Bank Argentina S.A.”, Fallos 334:1703
- 14/02/2012, “Koch Lillian Mercedes c/ PEN Ley 25561 Dto 1570/01 214/02 Boston Citi s/ Amparo”, Fallos 355:44.
- 23/02/2012, “Quinteros Virginia”, Fallos 335:76
- 24/04/2012, “Q. c., s. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, Fallos: 335:452.
- 22/05/2012, “Sánchez Granel, Eduardo Alberto y otros c/BCRA s/daños y perjuicios”, Fallos 335:742
- 03/07/2012, “YPF S.E. c/ ESSO S.A.P.A. y otros s/ Proceso de conocimiento”, Fallos 335:1227
- 31/07/2012, “Lix Klett S.A.I.C. (s/ quiebra) c/Biblioteca Nacional - Sec de Cultura de la Nación s/cobro de sumas de dinero”, Fallos 335:1385
- 22/08/2012, “Aguirre, Raúl B. v. Comisión Nacional Reguladora del Transporte – CNRT”, no publicado en *Fallos*

- 13/12/2011, “Alfacar S.A. s/ Concurso Prev. s/ Inc. de revisión por HSBC Bank Argentina S.A.”, Fallos 334:1703
- 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, Fallos 335:2333.
- 27/12/2012, “Grupo Clarín S.A. y otros s/medidas cautelares”, Fallos: 335:2600
- 21/02/2013, “Pérez Ortega, Laura Fernanda c. Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/empleo público”, Fallos 336:131.
- 11/06/2013, “Establecimiento Liniers S.A. c/ E.N.”
- 24/09/2013, “Asociación Mutual del Personal de Obras y Servicios Públicos c/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente s/ Daños y perjuicios”, Fallos 336:1259
- 04/02/2014, “Compañía de Tierras del Sud Argentino S.A. c/ Chubut, Provincia de y otros s/acción declarativa”, Fallos 337:23
- 11/02/2014, “Biosystems S.A. c/ Estado Nacional – Ministerio de Salud – Hospital Posadas s/ Contrato Administrativo”
- 15/04/2014, “Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/amparo”, Fallos 337:388
- 20/08/2014, “Zartarián, Juan Jorge c. Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/plena jurisdicción”
- 10/02/2015, “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/Amparo”, Fallos: 338:29
- 10/02/2015, “Formosa, Provincia de c. Tecnicagua S.A. y otros (Estado Nacional) y otros s/ cobro de sumas de dinero”, no publicado en *fallos*
- 10/02/2015, “Santiago del Estero, Provincia de c/ Estado Nacional y otros s/ Cobro de pesos”, no publicado en *fallos*
- 20/08/2015, “Anadón, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ despido”



- 24/11/2015, “Santa Fe, Provincia de c/ Estado nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, Fallos 338:1389.
- 22/12/2015, “Terruli, Jorge Miguel c/González, Manuel Enrique y otros s/ejecución hipotecaria”, no publicado en *Fallos*.
- 24/12/2015, “Córdoba, Provincia de c/ Estado Nacional y otro s/ medida cautelar”, no publicado en *Fallos*
- 16/03/2016, “Boggiano, Antonio c/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social s/ Proceso administrativo - Inconst. varias”, Fallos 339:323
- 28/06/2016, “Estado Nacional – Fuerza Aérea Argentina c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de pesos/sumas de dinero”, Fallos 339:876
- 18/08/2016, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad – CEPIS– y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ Amparo Colectivo”, Fallos 339:1077
- 13/03/2017, “Acosta, José Irineo c/ Compañía Andrade Empresa de Transporte de Pasajeros S.R.L. s/ cobro”, Fallos 330:685
- 11/05/2017, “González Castillo, Cristián Maximiliano y otro s/ robo con arma de fuego”, Fallos 340:669
- 06/06/2017, “Buenos Aires, Provincia de c/ Estado nacional y otras s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos”, Fallos 340:745
- 20/02/2018, Cooperativa de Provisión de Servicios Telefónicos y otros Servicios Públicos y Comunitarios de Cen. c/ Estado Nacional s/ cumplimiento de contrato, no publicado en *Fallos*.
- 22/03/2018, “Tejera, Valeria Fernanda c/ Anses y otro s/ varios”, Fallos 341:274
- 30/10/2018, “V., M. C. y otro s/ determinación de la capacidad”
- 21/11/2018, “González Victorica, Matías y otros c/ EN - AFIP DGI - dto. 1313/93 s/ proceso de conocimiento”, Fallos 341:1625
- 21/11/2018, “Standard Bank Argentina SA y otros c/ CNV - resol. 17034/13”, Fallos 341:1675

- 18/12/2018, “Blanco, Lucio Orlando c/ ANSeS s/ reajustes varios”, Fallos: 341:1924
- 26/03/2019, “García, María Isabel c/A.F.I.P. s/acción meramente declarativa de Inconstitucionalidad”, Fallos: 342:411
- 26/03/2019, “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación –R.A.F. y L.R.H. de F.”
- 04/06/2019, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, CSJ 140/2011 (47-B) / CS1.
- 04/06/2019, “Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires c/ Estado Nacional Argentino (Ministerio de Energía y Minería) y otro s/ amparo colectivo”, Fallos 342:969
- 11/07/2019, “Compañía Mega S.A. c/ EN -AFIP DGI- resol. 93/04 94/04”, Fallos 342:1170
- 29/08/2019, “Equity Group Consultores SRL c/ EN - PJN - Consejo Magistratura s/ diligencia preliminar”, Fallos 342:1434
- 03/12/2019, “Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa Puga, Luis Alberto c/ EN –PSA- s/ Proceso de Conocimiento”.
- 26/12/2019, “P., S. M. y otro s/ homicidio simple”, Fallos 342:2389.
- 24/04/2020, “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”, Fallos 343:195.
- 21/08/2020, “S.R.L. Colombres Hnos. c/ AFIP / DGI s/ impugnación de acto administrativo”, no publicado en *Fallos*.

## 2.2.) Acordadas

- Acordada N° 04/2017
- Acordada N° 28/2014
- Acordada N° 32/2014
- Acordada N° 12/2016
- Acordada N° 15/2016

- Acordada N° 17/2016

### 3) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

- 20/02/1984, “Villar de Puenzo, Leticia”, LL 1984-D, 141
- 02/06/1987, “Promenade”
- 28/11/2001, “Olmos, Carlos A. c/ Buddenseig SA y otro s/ accidente de trabajo”
- 04/09/2002, “Club Estudiantes de la Plata c. Municipalidad de La Plata s/amparo”
- 19/03/2003, “Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires s/ Amparo”
- 23/12/2003, “Fernández, Viviana B. y otro c. Provincia de Buenos Aires”, LL 2004-C, 1086.
- 01/12/2004, “Iberargen S.A. c/Instituto Provincial de Lotería y Casino s/Amparo”
- 08/07/2008, “Utilducto S.A. contra Aguas Bonaerenses S.A. Pretensión anulatoria”.

### 4) Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Catamarca

- 22/11/2019, “Quipildor, Cirilo Justo c/Municipalidad de Antofagasta de la Sierra”.

### 5) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy

- 13/10/1998, “Vázquez, Pedro Emilio v. Municipalidad de El Talar”

### 6) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza

- 29/07/2003, “Drot de Gourville E. y otros v. Provincia de Mendoza”
- 13/10/1998, “Costa, Luis Antonio”.

### 7) Corte de Justicia de Salta

- 04/02/2014, “Secretaría de Trabajo y Previsión Social c. Vicente Moncho Construcciones S.R.L. s/ recurso de inconstitucionalidad”.

-

8) Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Santa Cruz

- 30/11/2005, “G., M. Y. c. Municipalidad de Gobernador Gregores”.

9) Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán

- 04/09/2017, “Iriarte Luis y otra vs. Provincia de Tucumán s/ Inconstitucionalidad”, sentencia N° 1405.

10) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal

*10.1.) Sala en Pleno.*

- 24/4/1986, “Petracca e Hijos SA y otros v. Estado nacional - Ente Autárquico Mundial '78”, LL 1986-D-10

*10.2.) Sala de FERIA.*

- 22/01/2010, “Pinedo, Federico y otros v. Estado Nacional”.
- 18/05/2011, “Córdoba Salvador y otros c/ EN - Dirección General de Fabricaciones Militares s/ Empleo Público”

*10.3.) Sala I.*

- 12/09/1995, “Frávega S.A.”, LL 1996-C-30
- 17/09/1998, “Saluzzi Delia Susana c. DINAMARC -M° de Justicia s/amparo ley 16.986”.
- 16/03/1999, “EDESA S.A. –incidente med. c/ EN – Secretaría de Energía – Disp. SSE 74/1998 s/ medida cautelar (autónoma)
- 31/03/2000, “Dima Juan Carlos c/ Comisión Nac. de Energía Atómica s/empleo público”
- 15/03/2001, “Young, Silvia Norma y otros c/ E.N. y otro s/ proceso de conocimiento”
- 24/08/2004, “Legumbres SACFIA”

- 10/09/2013, “Fernández Clarisa Lorena y otros c/EN-M0 Defensa, res. 59/96, 178/13 s/amparo ley 16.986”
- 07/11/2013, “Rugby Equipment SA c/EN-AFIP-SCI s/proceso de conocimiento”
- 28/11/2018, “Puga, Luis Alberto c/ EN –PSA- s/ Proceso de Conocimiento”
- 05/12/2014, “Banco de Valores S.A. y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ recurso directo de organismo externo”
- 14/02/2017, “Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ E.N. s/ Amparo Ley 19.986”.

#### *10.4.) Sala II.*

- 02/10/1980, “Jaskelson, Raquel c. Gobierno nacional”
- 19/11/1992, “Fernández Morán”
- 08/09/1994, “Schroeder, Juan v. Estado Nacional - Sec. Recursos Naturales”
- 18/06/1996, “Late S.A. c/ E.N. –Fuerza Aérea– M° de Defensa s/ contrato de obra pública”
- 17/09/1996, “Quesoro S.A.”
- 19/09/1998, “Saluzzi Delia Susana c/ DINAMARC -M° de Justicia s/amparo ley 16.986”
- 04/05/2000, “American Airlines Inc. c. Secretaría de Comercio e Inversiones - DISP. DNCI 1085/99”,
- 11/07/2000, “Metrogas S.A. c/Resol. Enargas 374/96 (ENARGAS)”.
- 23/10/2001, “Castillo, Carlos A. y otros c/ Dirección General de Fabricaciones Militares s/ empleo público”
- 10/08/2004, “Lagunilla S.A. c/ Inspección General de Justicia –Deci. 55/00– s/ proceso de conocimiento”
- 20/10/2004, “Econor S.A. –inc. Rendición de Cuentas c/ Consejo Federal de la Energía Eléctrica (CFEE) s/ Diligencia preliminar”
- 14/12/2004, “Piaggi, Ana I. c/ Universidad Nacional de Buenos Aires s/ Resolución N° 3.582/2000”

- 13/03/2008, “Arte Radiotelevisivo Argentino SA v. Estado nacional”, publicado en LL 2008–C, 632
- 05/05/2011, “Multiscope S.A. c/ EN –M° Economía– Resol 47/07 AFIP DGA (8 PACKING L) s/ Proceso de Conocimiento”
- 25/10/2012, “Toulemonde Marcelo Osvaldo c/ Estado Nacional – M° Defensa – Armada- Resol 11/21 13/12 s/ medida cautelar autónoma”.
- 12/11/2013, “López, Leandro Jeremías c/ EN-M° seguridad-(expte 137/11) s/amparo por mora”
- 16/12/2014, “Lan Argentina S.A. c/ORSNA s/inc. de medida cautelar”
- 19/11/2015, “López Larsen, Pablo c/ Administración de Parques Nacionales s/ proceso de conocimiento”
- 31/03/2016, “Resta Milagros y Chiappe María Jesús SH c/EN-AABE y otro s/medida cautelar (autónoma)”
- 27/04/2017, “Incidente N° 1 – Demandado: AySA y otro s/ Inc. Apelación”, Exp. N° 47.210/2016.
- 10/05/2018, “Kingston, Patricio c/EN-M Justicia DDHH s/amparo por mora”

#### *10.5.) Sala III.*

- 03/05/1984, “Moresco”
- 12/06/1984, “Bautista”
- 21/02/1985, “Galligo, Gustavo”
- 02/04/1985, “Romero”
- 04/11/1986, “Allende”
- 04/12/1986, “Bigdei-Or SA”
- 16/08/1990, “Avanzada, S. A. c. Gas del Estado”
- 20/02/1995, “EDESUR S.A. c/ E.N.R.E. -Resol. ENRE N° 18/95”

- 05/02/1997, “Fernández, Raúl Evencio y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ proceso de conocimiento”
- 31/03/1997, “Defensor del Pueblo c. Estado nacional s/amparo”
- 27/05/2005, “Colbún SA v. Res. 2687/2002, 2773/2002, 2796/2003, 2812/2003 Enargas”
- 26/06/2001, “Mackentor SACCIAIF”
- 04/11/2004, “Compañía Argentina de Seguros ANTA S.A. c/ A.F.I.P. –D.G.I.- s/D.G.I.”
- 27/05/2005, “Colbún SA v. Res. 2687/2002, 2773/2002, 2796/2003, 2812/2003 Enargas”
- 11/12/2006, “Jugos del Sur S.A. c/ Estado Nacional (P.E.N.) s/ Juicios de Conocimientos”
- 03/10/2007, “Pérez, Ángel Norberto c. EN - M° Justicia y DDHH – Ley 24.043 (expte. 450506/98)”
- 19/02/2010, “Prima S.A v. Telefónica de Argentina S.A y otro”
- 03/06/2014, “G., S. y otros c/ EN - Ministerio de Educación - Ley 25053 y otro s/ empleo público”
- 06/06/2014, “American Airlines Inc. c/Administración Nacional de Aviación Civil s/nulidad de acto administrativo”
- 29/03/2016, “Causa 23023/2014 Incidente N° 1 s/Inc. de Medida Cautelar en autos “QND S.A. c/ EN – M. Economía –SCI–AFIP–DGA s/ Medida Cautelar Autónoma”
- 27/02/2018, “Bahía Energías Renovables SA C/ En -M Energía y Minera s/medida cautelar. (Autónoma)”
- 22/10/2019, “Telecom Argentina SA c/ ENACOM s/Proceso de conocimiento”

#### *10.6.) Sala IV.*

- 27/04/1982, “Yacimientos Carboníferos Fiscales c. Frabia S.A.”, ED, 102-233
- 12/02/1985, “Cabuli, Víctor v. Gobierno Nacional”
- 13/02/1986, “Golod, Adolfo c/ Estado Nacional –Tribunal de Cuentas de la Nación– s/ Ordinario”
- 25/09/1986, “Conafer”



- 07/03/1989, “Baragiola”
- 30/03/1989, “De la Torre”
- 19/10/1989, “Vitale”
- 14/08/1990, “Menzani, Carlos y otros c/ Osplad”
- 25/06/1991, “Eaton I.C.S.A. c. B.C.R.A.”
- 04/09/1992, “Romero Feris s/amparo”
- 18/07/1995, “Díaz, Ramona”
- 14/09/1995, “Nidera Argentina S.A. c/ E.N. (BCRA) s/ varios”.
- 25/10/1995, “Distribuidora de Gas del Centro S.A. c/ M° de Economía Y O.S.P. -Resol. 1063/94- (ENERGAS 5/93, 16/93)
- 10/12/1996, “Caplan, Ariel Rolando c/ Telefónica de Argentina S.A. y otros s/ amp. proc. sumarísimo (art. 321 inc. 2 C.P.C.C.N.)”
- 09/05/1997, “Consumidores libres COOP.LTDA. y otro c/ Presidencia de la Nación”
- 18/07/1997, “Assorati, Marta Luisa y otros incidente rex. e inap, C.PEN. D. 1317/ 6 y otro”
- 17/10/1997, “Consumidores libres -Coop. ltda. de previsión de serv. c/ Telefónica de Argentina y otro s/ amp. proc. Sumarísimo”
- 17/10/1997, “Villano José Luis c/ Ministerio de Economía y Trabajo y Seguridad Social s/ proceso de conocimiento”
- 09/03/1998, “ADECUA”
- 17/11/1998, “Gallardo”
- 15/04/1998, “Santa Lucía Cristal S.A.C.I. y F. c/ Administración Nacional de Aduanas”
- 21/08/1998, “Youssefian, Martín c/ Secretaría de Comunicaciones”.
- 06/04/1999, “Ize, Susana Enriqueta c/ Caja Nacional de Ahorro y Seguro s/empleo público”
- 29/12/1999, “Thompson c. EN s./Amparo ley 16.986”

- 09/02/2000, “Fernández, Horacio Ezequiel v. Poder Ejecutivo Nacional- Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/dec. 290/1995, Empleo público”
- 04/05/2000, “Luaces, Roberto Jorge v. Poder Ejecutivo nacional. Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos, dec. 29011995 y otro s/empleo público”
- 06/03/2001, “Estancias La Dorita S.A. y otros c/E.N. -Jefatura de Gabinete M° S. -IGJ - decreto 55/00 s/amparo ley 16.986”
- 20/03/2001, “Liberman c. PEN”.
- 30/10/2001, “Bejarano, Nicanor Norberto y otro c/ D.G.F.M. s/ empleo público”
- 07/07/2001, “Wu Hairong c/ DNM s/ amparo por mora”
- 07/05/2002, “Pombar, Luis Marta c. E.N.”
- 20/07/2006, “Bilbao Julia Liliana y otro c/ EN -M° Interior PFA -dto. 2744 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg”
- 15/10/2009, “Consortio de Propietarios Arce 215 C/ E.N. Dto 2067/08 -M° Planificación resol 1451/08 y otros y otro s/ amparo ley 16.986”
- 20/05/2010, “Gasc, Javier Orlando c/ Estado Nacional –M° del Interior- P.N.A. s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg”
- 01/06/2011, “La Nueva Metropól SATACI v. Estado Nacional - Ministerio de Planificación y otros”
- 23/06/2015, “Inc de medida cautelar en autos “Blue Mail SA c/ EN - CNC s/medida cautelar (autónoma)”
- 05/11/2013, “Romeri Ariel Luis c/ EN -AFIP- DGI RESOL 1279/12 (CRSS) s/ Dirección General Impositiva”
- 17/05/2016, “Mengucci, Darío Luciano c/ EN - M Relaciones Exteriores y Culto s/ medida cautelar (autónoma)”
- 11/04/2017, “Fundación Que Sea Justicia c/ EN y otro s/ medida cautelar (autónoma)”
- 11/07/2017, “Doljanin, Nicolás Juan c/ EN – MJDDHH s/ Indemnizaciones – Ley 24.043 – art. 3°”

- 10/04/18, “Incidente de recurso de queja en autos Asociación del Personal de los Hipódromos, Agencias, Apuestas y afines de la República Argentina c/EN - Lotería Nacional SE y otro s/proceso de conocimiento
- 14/08/2018, “Federación de Asociaciones de Empleadas c/ EN - ERAS y otro s/ medida cautelar”
- 12/03/2019, “ABC S.A. c. EN - Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas y de Seguridad s/ medida cautelar (autónoma)”
- 27/06/2019, “AFIP - DGI c/ Tabacalera Sarandí SA S/ medida cautelar AFIP”

*10.7.) Sala V.*

- 26/06/1991, “Bevacqua”
- 20/10/1995, “Consumidores Libres Coop. Ltda. de Prov. Serv. De Acc. Com. c/ Estado nacional”, JA 1996–II–534.
- 28/03/00, “Camuzzi Gas Pampeana”
- 16/04/2000, “Mozqueda Mazalián, Jorge y otro c/ BCRA s/amparo por mora”
- 17/04/2000, “Rodríguez Fuchs, Carlos c/ Minist. de Salud y Acción Social”
- 07/11/2001, “Gas Nea S.A. c. Resolución 2346/01 - Enargas (expte. 4934)”
- 05/07/2002, “Tamborini”
- 11/06/2009, “Pérez Segovia, Claudio M.”
- 08/06/2010, “Asociación de Magistrados y Funcionarios c/EN -Ley 26.372 Art. 2° s/amparo ley 16.986”
- 02/11/2010, “Naveira, Carlos A.”
- 13/01/2011, “Tubos Transelectric”
- 20/04/2011, “Guzner Baragiola S. c/ Estado Nacional s/ amparo por mora”
- 20/04/2011, “Mendoza, Sebastián Julián v. Estado Nacional (E.M.C.E.)
- 22/02/2012, “Edenor S.A. c/ Resolución N° 578/2010 – ENRE”

- 26/05/2015, “Cambio García Ramaglio y Cía. S.A. y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ entidades financieras – Ley 21.526, art. 41”
- 11/10/2016, “Incidente N° 1 - Actor: Idp SA Demandado: EN-Oficina Nacional de Contrataciones y otro s/inc apelación”
- 11/07/2017, “Editorial Perfil S.A. y otros c/ EN – Minist. Trabajo s/ proceso de conocimiento”.
- 22/03/2018, “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN-DNM s/ Amparo Ley 16.986”
- 20/11/2018, “Cámara empresarial de transporte interurbano en jurisdicción nacional de pasajeros demandado: EN-CNRT s/ inc. apelación”.

### 11) Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal

#### *11.1.) Juzgado de FERIA*

- 12/01/2015, “Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional y otros c/ EN – Procuración General de la Nación s/ Amparo Ley 16.986

#### *11.2.) Juzgado N° 1*

- 02/12/2019, “Incidente N° 1 - Actor: Centro de Graduados del Liceo Naval Militar “Alte Guillermo Brown” s/ Inc. de Medida Cautelar”
- 27/12/2019, “Incidente N° 1 - Actor: Centro de Graduados del Liceo Naval Militar “Alte Guillermo Brown” s/ Inc. de Medida Cautelar”

#### *11.3.) Juzgado N° 2*

- 05/06/2016, “Federación Argentina de Colegios de Abogados c/EN-PEN, ley 26.855 s/Proceso de conocimiento”

#### *11.4.) Juzgado N° 3*

- 06/06/2013, “Rizzo, Jorge Gabriel y otro c/ EN – PEN – Ley 26.855 s/ amparo Ley 16.986”
- 01/07/2015, “Cabral, Luis María c/ EN - Consejo de la Magistraturas/proceso de conocimiento
- 03/11/2015, “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires c/ EN - Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación s/ proceso de conocimiento”

#### *11.5.) Juzgado N° 6*

- 05/06/2013, “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otros c/ PEN s/ Proceso de conocimiento”
- 06/06/2013, “Pitte Fletcher Denis c/EN-PEN s/ amparo ley 16.986
- 07/06/2013, “Javkin, Pablo c/ EN – PEN – Ley 26.855 s/ proceso de conocimiento”

#### *11.6.) Juzgado N° 10*

- 04/06/2013, “Será Justicia -Inc. med. Cautelar- c/EN-PEN, ley 26.855 s/Proceso de conocimiento”

#### *11.7.) Juzgado N° 11*

- 04/09/2013, “Lan Argentina S.A. - Moritan c/ ORSNA s/ medida cautelar (autónoma)”, LL 2013-E, 158.

### 12) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal

#### *12.1.) Sala III*

- 06/06/2014, “American Airlines Inc. c/Administración Nacional de Aviación Civil s/nulidad de acto administrativo”

### 13) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional

#### *13.1.) Sala V*

- 04/06/1984, “Barrionuevo, César C. y otro”

### 14) Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA

#### *14.1.) Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

- 19/04/2001, “Argüello, Jorge Martín Arturo c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad
- 20/04/2001, “Doy, Miguel c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y nulidad”
- 24/10/2006, “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”
- 27/12/2007, “Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”

#### *14.2.) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA*

##### 14.2.1.) Sala 1

- 19/05/2003, “García Elorrio, Javier María c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)”, Expediente N° 3586/0.

*14.3.) Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA*

14.3.1.) Juzgado N° 1

- 15/11/2001, “García Elorrio, Javier María c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)”, Expediente N° 3586/0.

14.3.2.) Juzgado N° 3

- 5/03/2013, “Vertrans S.A. c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)”.

15.) Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación.

- Dictámenes 34:201
- Dictámenes 64:100
- Dictámenes 67:189
- Dictámenes 68:239
- Dictámenes 70:118
- Dictámenes 72:137
- Dictámenes 77:220
- Dictámenes 77:305
- Dictámenes 79:233
- Dictámenes 81:236
- Dictámenes 84:102
- Dictámenes 86:221
- Dictámenes 87:145
- Dictámenes 91:364
- Dictámenes 97:241



- Dictámenes 100:191
- Dictámenes 101:87
- Dictámenes 102:213
- Dictámenes 113:248
- Dictámenes 114:45
- Dictámenes 114:376
- Dictámenes 114:495
- Dictámenes 121:93
- Dictámenes 125:205
- Dictámenes 132:184
- Dictámenes 137:145
- Dictámenes 137:148
- Dictámenes 137:231
- Dictámenes 145:19
- Dictámenes 146:364
- Dictámenes 150:362
- Dictámenes 151:219
- Dictámenes 153:213
- Dictámenes 154:344
- Dictámenes 154:473
- Dictámenes 156:64
- Dictámenes 156:450
- Dictámenes 157:12
- Dictámenes 159:83
- Dictámenes 159:533

- Dictámenes 161:6
- Dictámenes 161:452
- Dictámenes 162:326
- Dictámenes 163:147
- Dictámenes 164:292
- Dictámenes 168:282
- Dictámenes 168:292
- Dictámenes 168:929
- Dictámenes 169:442
- Dictámenes 170:155
- Dictámenes 172:52
- Dictámenes 175:119
- Dictámenes 176:116
- Dictámenes 177:76
- Dictámenes 178:96
- Dictámenes 178:165
- Dictámenes 179:95
- Dictámenes 180:125
- Dictámenes 183:98
- Dictámenes 183:275
- Dictámenes 186:140
- Dictámenes 189:72
- Dictámenes 192:24
- Dictámenes 192:28
- Dictámenes 195:49

- Dictámenes 197:129
- Dictámenes 197:182
- Dictámenes 198:115
- Dictámenes 198:124
- Dictámenes 198:230
- Dictámenes 199:97
- Dictámenes 200:133
- Dictámenes 201:126
- Dictámenes 201:179
- Dictámenes 205:128
- Dictámenes 206:159
- Dictámenes 207:155
- Dictámenes 207:212
- Dictámenes 207:272
- Dictámenes 207:517
- Dictámenes 210:137
- Dictámenes 210:205
- Dictámenes 210:355
- Dictámenes 211:442
- Dictámenes 211:171
- Dictámenes 212:410
- Dictámenes 214:68.
- Dictámenes 215:189
- Dictámenes 216:34
- Dictámenes 216:196

- Dictámenes 216:296
- Dictámenes 217:46
- Dictámenes 217:169
- Dictámenes 218:36
- Dictámenes 219:167
- Dictámenes 220:44
- Dictámenes 221:44
- Dictámenes 221:124
- Dictámenes 221:161
- Dictámenes 222:7
- Dictámenes 222:198
- Dictámenes 223:02
- Dictámenes 223:11
- Dictámenes 223:191
- Dictámenes 223:228
- Dictámenes 224:119
- Dictámenes 225:46
- Dictámenes 225:209
- Dictámenes 226:35
- Dictámenes 237:341
- Dictámenes 228:69
- Dictámenes 228:152
- Dictámenes 229:94
- Dictámenes 229:147
- Dictámenes 231:249

- Dictámenes 232:128
- Dictámenes 232:184
- Dictámenes 232:200
- Dictámenes 232:250
- Dictámenes 232:252
- Dictámenes 233:94
- Dictámenes 233:287
- Dictámenes 233:329
- Dictámenes 233:340
- Dictámenes 233:499
- Dictámenes 234:66
- Dictámenes 234:161
- Dictámenes 234:465
- Dictámenes 234:472
- Dictámenes 234:588
- Dictámenes 235:143
- Dictámenes 235:231
- Dictámenes 235:326
- Dictámenes 235:446
- Dictámenes 235:524
- Dictámenes 236:138
- Dictámenes 236:212
- Dictámenes 236:306
- Dictámenes 236:315
- Dictámenes 236:91

- Dictámenes 236:273
- Dictámenes 236:315
- Dictámenes 237:13
- Dictámenes 237:341
- Dictámenes 238:140
- Dictámenes 238:414
- Dictámenes 238:427
- Dictámenes 239:90
- Dictámenes 239:196
- Dictámenes 239:210
- Dictámenes 241:79
- Dictámenes 241:249
- Dictámenes 241:321
- Dictámenes 241:391
- Dictámenes 242:042
- Dictámenes 242:112
- Dictámenes 242:252
- Dictámenes 242:438
- Dictámenes 242:504
- Dictámenes 242:626
- Dictámenes 243:47
- Dictámenes 243:89
- Dictámenes 243:288
- Dictámenes 244:272
- Dictámenes 244:673

- Dictámenes 245:69
- Dictámenes 245:422
- Dictámenes 245:443
- Dictámenes 245:459
- Dictámenes 245:466
- Dictámenes 245:501
- Dictámenes 245:508
- Dictámenes 245:69
- Dictámenes 246:532
- Dictámenes 246:617
- Dictámenes 247:92
- Dictámenes 248:188
- Dictámenes 248:192
- Dictámenes 248:364
- Dictámenes 248:486
- Dictámenes 248:546
- Dictámenes 249: 337
- Dictámenes 249:347
- Dictámenes 249:465
- Dictámenes 247:479
- Dictámenes 249:592
- Dictámenes 249:741
- Dictámenes 251:153
- Dictámenes 251:339
- Dictámenes 253:38



- Dictámenes 253:45
- Dictámenes 255:586
- Dictámenes 256:134
- Dictámenes 257:151
- Dictámenes 254:339
- Dictámenes 256:364
- Dictámenes 259:362
- Dictámenes 259:388
- Dictámenes 261:61
- Dictámenes 261:407
- Dictámenes 262:187
- Dictámenes 262:548
- Dictámenes 263:54
- Dictámenes 263:139
- Dictámenes 263:319
- Dictámenes 266:212
- Dictámenes 266:293
- Dictámenes 267:579
- Dictámenes 268:69
- Dictámenes 268:172
- Dictámenes 270:169
- Dictámenes 272:072
- Dictámenes 274:64
- Dictámenes 274:325
- Dictámenes 277:196

- Dictámenes 279:297
- Dictámenes 302:180
- Dictámenes 302:383
- Dictámenes 303:167
- Dictámenes 305:12
- Dictámenes 305:514
- Dictámenes 303:167
- Dictámenes 304:201
- Dictámenes 306:194 bis
- Dictámenes 309:253
- Dictámenes 311:212
- Dictámenes 312:227
- Dictámenes 312:340

#### 16.) Dictámenes de la Oficina Nacional de Contrataciones

- Dictamen ONC N° 214/2014 del 02/06/2014
- Dictamen ONC N° 11/2016 del 03/03/2016
- Dictamen ONC N° IF-2016-04539091-APN-ONC#MM del 14/12/2016

#### 17.) Dictámenes de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

- IF-2020-16420080-GCABA-DGEMPP del 03 de julio de 2020 emitido en el marco del expediente N° 14692204/MGEYA-SISC/18.
- IF-2020-21020799-GCABA-PG del 01/09/2020 emitido en el marco del expediente electrónico N° 19004734-SSAYPM-2020.

## ANEXOS

1) Anexo I: Actividad jurídica y no jurídica de la Administración

ACTIVIDAD JURÍDICA Y NO JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN  
 HECHOS, ACTOS ADMINISTRATIVOS Y OTROS ACTOS DE LA  
 ADMINISTRACIÓN

<b>1.) INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>847</b>
<b>2.) ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA NO PRODUCTORA DE EFECTOS JURÍDICOS.....</b>	<b>849</b>
2.1.) HECHOS Y ACTOS NO JURÍDICOS .....	849
<b>3.) ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA PRODUCTORA DE EFECTOS JURÍDICOS.....</b>	<b>850</b>
3.2.) HECHOS ADMINISTRATIVOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	850
3.2.1.) <i>Consecuencias jurídico-prácticas de la distinción entre hechos y actos administrativos .....</i>	<i>856</i>
3.2.2.) <i>Conclusión: síntesis diferencial entre hechos y actos.....</i>	<i>859</i>
3.3.) OTROS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN QUE PRODUCEN EFECTOS JURÍDICOS .....	861
3.3.1.) <i>Precisiones conceptuales .....</i>	<i>861</i>
3.3.2.) <i>Actos interorgánicos.....</i>	<i>862</i>
3.3.2.1.) El caso de ciertos dictámenes .....	864
3.3.2.1.1.) Precisiones conceptuales .....	864
3.3.2.1.2.) Los dictámenes notificados .....	868
3.3.2.1.3.) Dictámenes conformados: el “visto bueno” o “conforme” .....	870
3.3.2.1.4.) Dictámenes dictados en el marco de una licitación pública.....	872
3.3.2.1.4.1.) Dictamen de preadjudicación.....	873
3.3.2.1.4.2.) Preadjudicaciones condicionadas.....	875
3.3.2.1.4.3.) Dictamen de preselección o de evaluación de ofertas.....	876
3.3.3.) <i>Actos interadministrativos.....</i>	<i>878</i>
3.3.4.) <i>Actos institucionales. Diferencias con los actos políticos o de gobierno. Remisión .....</i>	<i>880</i>
3.3.5.) <i>Actos regidos parcialmente por el derecho privado: los actos mixtos. Remisión .....</i>	<i>883</i>

**4.) SÍNTESIS..... 883**

## **1.) Introducción**

1.1.- A lo largo de los diversos fundamentos esbozados a lo largo nuestra tesis doctoral hemos demostrado que todos los reglamentos, aún los de necesidad y urgencia y los delegados, son una especie del género acto administrativo.

Para así concluir, destacamos que según el criterio mixto para delimitar las funciones jurídicas del Estado, el resultado del ejercicio de la *función administrativa* es el “acto administrativo”, entendida esta expresión en su sentido más genérico y comprensivo.

Sostener que el resultado de la función administrativa se traduce en el dictado de actos administrativos en sentido amplio y/o genérico, importa reconocer que su concepto engloba no solo a los *actos administrativos de alcance particular* sino, también, a los *actos administrativos de alcance general* (normativos –reglamentos– o no normativos) y a los *actos administrativos de gestación bilateral*, es decir, los contratos administrativos.

Ello así a punto tal que, como se vio, allí donde aquella se desarrolle, ora mediante órganos estatales (léase: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial), ora a través de entes no estatales (públicos o privados), habrá actos administrativos en sentido amplio y/o genérico.

Asimismo, destacamos y enfatizamos que el régimen jurídico propio, característico y tipificante de la *función administrativa* es el denominado *régimen jurídico exorbitante*, en virtud del cual se consagra una situación jurídica que coloca a quien ejerce la función administrativa en una posición de supremacía jurídica, es decir, de supraordenación en relación con el particular, colocando a éste, entonces, en una situación de subordinación.

Tal como se demostró a lo largo de los argumentos que sustentaron nuestra tesis, apuntamos que los reglamentos, incluso los de necesidad y urgencia y los delegados, al tener la naturaleza de actos administrativos (bien que en sentido amplio) y, por consiguiente, ser producto de la función administrativa (por oposición a la legislativa), también están sujetos al régimen jurídico exorbitante característico de aquella función.

En efecto, hemos visto que los reglamentos se presumen legítimos, gozan de ejecutoriedad, en el sentido de que la Administración los “ejecuta” por sí y ante sí –o como sostiene un sector de la doctrina, los “aplica”– aún en contra de la voluntad del administrado y sin necesidad de acudir a la intervención de la justicia, empleando para

ello, de ser necesario y excepcionalmente, procedimientos de ejecución coactiva.

Por otra parte, también precisamos que el agotamiento de la vía administrativa o, como la denominan los españoles, la autotutela reduplicativa o en segunda potencia, es predicable respecto de aquella especie de acto administrativo.

De todos modos, e independientemente de ello, también precisamos que si bien creemos que todo el producto de la función administrativa que produce efectos jurídicos directos sobre terceros habrá de considerarse acto administrativo en sentido amplio o genérico, lo cierto es que la necesidad teórica de nuclear en su concepto las formas de actuación administrativa sometidas a un régimen jurídico homogéneo, que garantice el sistema republicano de gobierno, genere seguridad jurídica y que sea un instrumento idóneo para proteger los derechos y los intereses tanto públicos como privados, lleva a la necesidad de restringir la noción técnica-estricta del término “acto administrativo” a una de las sub-especies de entre las diversas especies del mismo género que, como vimos, es al “acto administrativo de alcance particular”.

1.2.- Ahora bien, existe un punto que resulta de trascendental importancia para la correcta comprensión de la teoría del acto administrativo y, por tanto, del *reglamento como especie de aquel género* pero que, por exceder el objeto de la tesis doctoral planteada, hemos dejado para analizar en este Anexo, tal como dijéramos en el punto N° 2 del Capítulo VI de la investigación.

Nos referimos, concretamente, a una de las primeras clasificaciones que la gran mayoría de los autores que han estudiado al “acto administrativo” aceptan y que consiste en aquella que, dentro de la actividad administrativa en general, distingue la no productora de efectos jurídicos de la que sí los produce<sup>1850</sup>.

---

<sup>1850</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 2; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo. El acto administrativo*, 10 edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2010, Tomo 3, II-1 y, también, en *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. Parte General*, 1° edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2010, Tomo 1, p. X-2; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo. Parte General*, 2° Edición, Montevideo, 1972, Tomo II, p. 381, entre otros.

Hemos adherido a dicha clasificación en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, Astrea-Rap, Buenos Aires, 2019, p. 155 y ss.

## **2.) Actividad administrativa no productora de efectos jurídicos**

### **2.1.) Hechos y actos no jurídicos**

En relación con la actividad administrativa no generadora de efectos jurídicos, y sin adentrarnos en un análisis profundo de la cuestión, por cuanto, como bien se ha precisado, su estudio carece de interés para el derecho administrativo<sup>1851</sup>, cabe señalar que se la puede dividir en *hechos* y *actos* no jurídicos.

El común denominador de ambas categorías es que no producen consecuencias en el ámbito de la juridicidad, es decir, no producen efectos jurídicos.

Sin embargo, existe una diferencia sustancial entre *hechos no jurídicos* y *actos no jurídicos* que, como se verá en el punto que sigue, será de trascendental importancia para la correcta comprensión de la teoría del acto administrativo.

Los *hechos no jurídicos* no son otra cosa más que una operación u actuación física o material: el ingreso de un ministro a su despacho, la limpieza de una oficina, servirse un café, el profesor que da su clase de pie o sentado, o camina durante la impartición de aquella, etc.<sup>1852</sup>.

Los *actos no jurídicos*, en cambio, importan un proceso intelectual exteriorizado o declaración, es decir, la extrinsecación de una idea: la decisión de un ministro de cancelar una reunión con su gabinete, un profesor recomienda a un alumno la lectura de un libro

---

<sup>1851</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, ob. cit., p. 2; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho Administrativo*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, p. 258 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Las vías de hecho administrativas”, en A.A.V.V., *III Congreso de Derecho Administrativo en El Salvador*, Corte Suprema de Justicia – Departamento de Publicaciones, San Salvador, 2016, p. 57/58. Ver, también, SAYAGUÉS LASO, quien señala que “*está sobreentendido que se estudian únicamente los hechos de la administración que tienen trascendencia jurídica, pues los hechos no jurídicos no interesan al derecho administrativo*” (SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado...*, ob. cit., Tomo II, p. 381, nota N° 5).

<sup>1852</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *Acto Administrativo municipal (en la municipalidad de la ciudad de buenos aires y en los municipios de la provincia de buenos aires)*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 1; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. X-6; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 258 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Las vías de hecho administrativas”, op. cit., p. 57/58; DELPIAZZO, Carlos E., *Derecho Administrativo General*, op. cit., Volumen 1, p. 301; CALDERÓN MORALES, Hugo Harald, “El acto administrativo en Guatemala”, en AA.VV. *El acto administrativo como fuente del derecho administrativo en Iberoamérica (Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo)*, Congrex S.A., Panamá, 2009, p. 447 y ss.



sobre un tema; un funcionario felicita a otra persona, etc.<sup>1853</sup>.

Esta diferenciación entre “hecho” y “acto” que, como se dijo, resulta en principio irrelevante cuando nos ocupamos de la actividad no productora de efectos jurídicos de la Administración, es esencial a la hora de analizar la actividad administrativa que sí los produce, pues será el punto de partida para la adecuada comprensión de la ulterior noción que daremos del “acto administrativo” y “reglamento”.

### **3.) Actividad administrativa productora de efectos jurídicos**

Ahora bien, en el esquema que hemos propuesto, encontramos que junto a la actividad administrativa no productora de efectos jurídicos está aquella otra que sí produce consecuencias jurídicas y que, a su vez, se la puede clasificar en “hechos administrativos” y “actos administrativos” –estos últimos, en sentido amplio y/o genérico–.

Como acertadamente se ha apuntado, la distinción entre hechos y actos, esencialmente relevante en relación con la actividad productora de efectos jurídicos, es el punto de partida de una adecuada comprensión de la noción ulterior de acto administrativo<sup>1854</sup>.

#### **3.2.) Hechos administrativos y actos administrativos**

3.2.1.- De ese modo, entre la actividad administrativa productora de efectos jurídicos, podemos mencionar al *hecho administrativo*, es decir, aquel “*acontecimiento de la naturaleza o comportamiento material del órgano administrativo, que produce la adquisición, modificación, transferencia o extinción de relaciones jurídicas*”<sup>1855</sup>.

Del concepto de “hecho administrativo” al que hemos adherido se colige que aquel puede clasificarse en “hechos administrativos objetivos”, es decir, acontecimientos de la naturaleza que no suponen el accionar humano (ej.: una inundación, un incendio, el tiempo, el espacio, la medida, etc.) y en “hechos administrativos subjetivos”, esto es,

---

<sup>1853</sup> Ibidem.

<sup>1854</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 2; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 258 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Las vías de hecho administrativas”, op. cit., p. 57/58.

<sup>1855</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 2.

aquellos comportamientos materiales o actuaciones físicas del órgano administrativo.

En definitiva, entonces, el hecho administrativo es un mero acontecimiento natural o comportamiento material del órgano administrativo que produce consecuencias sobre relaciones jurídicas.

3.2.2.- Frente a los hechos administrativos, encontramos al *acto administrativo* que, como señalara COMADIRA, “...*implica, en cambio, la existencia de una exteriorización intelectual proveniente de su autor, realizada mediante la palabra escrita, oral u otro signo convencional o ideográfico dirigida a la mente del o los destinatarios del acto*”<sup>1856</sup>.

Los actos administrativos *lato sensu*, si bien al igual que los hechos administrativos, producen consecuencias sobre relaciones jurídicas, se diferencian de aquel en que *nunca* son un simple acontecimiento natural o comportamiento material del órgano administrativo -*aun cuando de ese comportamiento se pueda inferir la voluntad del órgano administrativo*<sup>1857</sup>- sino que, por el contrario, *implican una declaración, un proceso intelectual*.

En similar sentido, la PTN ha señalado que mientras el acto administrativo constituye una declaración, en tanto traduce al mundo exterior un proceso de tipo intelectual, los hechos administrativos consisten en comportamientos materiales que implican una actividad física de la Administración<sup>1858</sup>.

Sobre la cuestión, cabe aclarar que hemos destacado y enfatizado que, en nuestra opinión, aun cuando del comportamiento material del órgano administrativo se pueda inferir su voluntad se está en presencia de un “hecho administrativo” y no, en rigor, de un “acto administrativo”, pues, en nuestra opinión, los actos tácitos solo pueden concebirse a partir de actos administrativos expresos y como derivación implícita de aquellos (ampliar en el punto N° 2.1.1.1.2. del Capítulo VI de la tesis).

---

<sup>1856</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 2. En igual sentido, recientemente, DELPIAZZO, Carlos E., *Derecho Administrativo General*, op. cit., Volumen 1, p. 333.

<sup>1857</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 2; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 258 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Las vías de hecho administrativas”, op. cit., p. 58; COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p. 161.

<sup>1858</sup> Dictámenes 238:319; 240:124, 240:165, entre otros.

3.2.2.1.- Así, siguiendo las enseñanzas del profesor COMADIRA, entendemos que la manifestación tácita de la declaración en la que el acto consiste no se concibe sino como un elemento implícitamente contenido en el acto expreso<sup>1859</sup>.

Sobre el tema se han esbozado básicamente dos posturas.

La primera admite la posibilidad de que se configuren actos administrativos tácitos tanto a partir de comportamientos materiales (v.gr.: hechos administrativos) como de actos administrativos expresos<sup>1860</sup>.

Para otra postura, que es, en rigor, a la que hemos adherido, solo es viable la configuración de un acto administrativo tácito cuando es inferible de uno expreso<sup>1861</sup>.

Julio Pablo COMADIRA ejemplifica claramente las consecuencias prácticas entre ambas posturas: ante un acto administrativo que ordena demoler un edificio que amenaza ruina, la demolición efectuada por la cuadrilla municipal se constituye como el hecho administrativo de ejecución de aquel acto administrativo. Ahora bien, si no se hubiera dictado previamente el acto administrativo, y solo se concibiera la existencia de actos tácitos a partir de actos expresos, estaríamos frente a una vía de hecho administrativa mientras que, si se admitiera la existencia de actos administrativos tácitos a partir de comportamientos materiales, podría eventualmente considerarse que la actuación material de demolición lleva implícito el acto administrativo que lo ordena<sup>1862</sup>.

Un ejemplo de acto tácito derivado de lo expreso sería el caso del otorgamiento del

---

<sup>1859</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, ob. cit., p. 67

<sup>1860</sup> MURATORIO, Jorge, “¿Actos administrativos tácitos?”, en AA.VV. *Acto Administrativo y Reglamento*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 396 y ss. Cabe destacar, a su vez, que para el autor citado mientras el acto que se infiere de un comportamiento material es un “acto tácito”, el que resulta inferible de un acto expreso es “implícito”, aunque ambas figuras tienen el mismo régimen jurídico.

En el ámbito provincial, la Ley de Procedimientos Administrativos de La Pampa en su art. 34 el art. 34 considera expresamente acto administrativo el hecho o acción material que traduzca indubitable e inequívocamente la voluntad de la Administración Pública.

<sup>1861</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, ob. cit., p. 67; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 266 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Las vías de hecho administrativas”, op. cit., p. 61.

<sup>1862</sup> COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 268 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Las vías de hecho administrativas”, op. cit.

permiso de uso de un bien del dominio público a un particular, pues este implicaría la revocación del permiso anteriormente otorgado a otro administrado sobre el mismo bien; otro supuesto podría ser que un ministro que presenta su renuncia y que, sin ser aceptada expresamente por el Poder Ejecutivo, este último designa a un nuevo ministro en el lugar de aquél. En ambos ejemplos hay un acto administrativo expreso –otorgamiento de permiso y designación del nuevo ministro– que supone un acto administrativo tácito –revocación del permiso anterior y aceptación de la renuncia del antecesor–.

3.2.3.- Lo hasta aquí expuesto no implica, claro está, que exista una desvinculación total entre el hecho y el acto administrativo pues, en rigor, en muchas ocasiones el acto administrativo requerirá, para su ejecución, del hecho administrativo.

Así, y a simple título ejemplificativo, ante un acto administrativo (en el caso, de alcance particular) que ordena la demolición de un edificio que amenaza ruina o la clausura de un local, la demolición efectuada por la cuadrilla especial o la colocación de la faja de clausura en la puerta del establecimiento, se constituyen como los hechos administrativos de ejecución del acto.

Sin embargo, si bien los hechos administrativos, por lo general, consisten en la ejecución del acto administrativo, lo cierto es que también existen casos en los que el acto administrativo no requiere de un hecho administrativo para ejecutarse (como sería el otorgamiento de la licencia de conducir –que implica un juicio de valor sobre la aptitud de una persona para manejar un vehículo automotor– o la emisión de una partida de defunción o de nacimiento –que constituye una mera certificación de hechos–)<sup>1863</sup> o, incluso, supuestos en los que el acto administrativo se mantenga en el plano de la mera explicitación intelectual (funcionario designado que no asume, persona premiada que no retira el premio, etc.).

Por otra parte, si bien un calificado sector de la doctrina acepta la existencia de hechos

---

<sup>1863</sup> Como bien ha precisado GORDILLO “*El acto, pues, nunca contiene la ejecución de la idea que expresa (ello se refiere, obviamente, a los casos en que el acto consiste en una decisión, esto es, una declaración de voluntad: pues si la administración se limita a tomar nota de algo, o emitir alguna opinión o juicio, no hay ejecución conceptualmente posible de dicho acto)*” (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. X-3).

administrativos sin una declaración previa formal<sup>1864</sup>, lo cierto es que, en nuestra opinión, y tal como hemos señalado con anterioridad<sup>1865</sup>, no puede aceptarse que existan hechos administrativos subjetivos sin el previo dictado de un acto administrativo expreso, escrito o verbal<sup>1866</sup>.

Aquel parece ser, además, el criterio seguido no solo en distintas leyes de procedimientos administrativos provinciales (v.gr.: Provincia de Buenos Aires<sup>1867</sup>, Chubut<sup>1868</sup> y Córdoba<sup>1869</sup>) sino, también, en el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de España<sup>1870</sup>.

Asimismo, el comportamiento material en que consiste el hecho administrativo subjetivo puede corresponder tanto a la ejecución de un acto administrativo (v.gr.: demolición de un edificio que amenaza ruina), como a la pura materialidad de su producción (v.gr.: pérdida de un expediente)<sup>1871</sup>.

---

<sup>1864</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, p. III-1 y ss.; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Cuarta Edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, Tomo II, p. 208/220; TAWIL, Guido Santiago, “Hechos y actos de la administración”, en AA.VV., *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 3 y ss.

<sup>1865</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p. 159.

<sup>1866</sup> En tal sentido, bien se ha señalado que “ante un hecho de la Administración no cabe presuponer que existe un acto previo que lo avala. El acto debe manifestarse por un medio claramente inteligible, intelectualmente separable, distinto y anterior al hecho. No importa que la declaración de voluntad administrativa sea escrita, oral o por signos (...) y tampoco interesa que preceda por un lapso mensurable al hecho de ejecutar lo resuelto” (BOTASSI, Carlos A. – OROZ, Miguel H.E., *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, 2º Edición Corregida, actualizada y ampliada, Librería Editora Platense, La Plata, 2011, p. 557).

<sup>1867</sup> Según surge del art. 109 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Buenos Aires N° 7647, “la Administración pública no iniciará ninguna actuación material que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento jurídico”.

<sup>1868</sup> Según surge del art. 82 inc. 1º de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Chubut N° 920, “la Administración Pública no iniciará actuaciones materiales que limiten derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento jurídico”.

<sup>1869</sup> Según surge del art. 99 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Córdoba N° 6658, “la Administración pública no iniciará ninguna actuación que limite derechos de los particulares sin que, previamente, haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento jurídico”.

<sup>1870</sup> De conformidad con lo establecido en el art. 97, inc. 1º del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de España aprobado por Ley N° 39/2015, “las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico”.

<sup>1871</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 3; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, 10º Edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 89, entre otros.

3.2.4.- Por último, así como la diferencia esencial entre el *hecho administrativo* y el *acto administrativo* es que éste último importa una *declaración* emitida en el ejercicio de la *función administrativa* y que *produce efectos jurídicos directos* respecto de terceros<sup>1872</sup>, no debemos confundirlo con aquellos otros actos que si bien, como tales, importan una declaración –es decir, el resultado de un proceso intelectual–, o no producen efectos jurídicos directos sobre los administrados o, en caso de generarlos, no son considerados técnicamente producto de la *función administrativa* ni, por consiguiente, *actos administrativos*.

3.2.5.- Cabe asimismo señalar que no deben confundirse los hechos administrativos, con las denominadas “vías de hecho” administrativas mencionadas en el art. 9° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (en adelante, LNPA), es decir, los comportamientos materiales del órgano que implican una grosera o grave violación de un derecho o garantía constitucional, o la ejecución de actos cuando se encuentra pendiente algún recurso administrativo de los que en virtud de norma expresa traen aparejada la suspensión de los efectos ejecutorios del acto<sup>1873</sup>.

---

<sup>1872</sup> Sin perjuicio de las distintas definiciones que se han dado del “acto administrativo”, parece haber consenso en la doctrina en que aquel se caracteriza esencialmente por producir efectos jurídicos directos respecto de terceros (COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, ob. cit., p. 5; DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, Tomo II, p. 208; LINARES, Juan F., *Fundamentos de derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 187 y 207; TAWIL, Guido Santiago, “El concepto de acto administrativo”, en AA.VV., *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 136/137; BALBÍN, Carlos F., *Curso...*, op. cit., Tomo II, p. 2; ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Acto administrativo*, Advocatus, Córdoba, 2008, p. 15; MONTI, Laura M., *La teoría jurídica del acto administrativo*, Documentación Administrativa, N° 267-268, Madrid, INAP, Septiembre 2003-Abril 2004, p. 251; SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración. En el Estado Constitucional Social de Derecho*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 1, p. 232; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, ob. cit., Tomo 3, Cap. IV-30; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, 10ª Edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo 1, p. 543; entre muchos otros).

<sup>1873</sup> Ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 2; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 258 y, antes, en COMADIRA, Julio Pablo, “Las vías de hecho administrativas”, op. cit., p. 55 y ss.

Cabe destacar que según surge del art. 25 inc. “D” de la LNPA, la acción o el recurso contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse en el plazo de 90 o 30 días, respectivamente, computados, en caso de tratarse de hechos o vías de hecho administrativos, “*desde que ellos fueran conocidos por el afectado*”. De esa manera, entonces, se desprende que según la LNPA los *hechos* y las *vías de hecho* no requieren agotamiento de la vía administrativa para acudir ante la Justicia a los fines de su impugnación, pues, como dice la norma, la vía judicial está habilitada desde el momento mismo en que el interesado



### 3.2.1.) Consecuencias jurídico-prácticas de la distinción entre hechos y actos administrativos

La distinción entre hechos y actos administrativos, que no siempre resulta sencillo advertirla<sup>1874</sup>, está destinada a tener consecuencias jurídicas prácticas de insoslayable

---

conoce la existencia de aquéllos. No obstante, si se optara por acudir previamente a la vía administrativa, innecesaria en ambos casos, procederá la vía prevista en el art. 30 de la LNPA. En estos supuestos, creemos que la actuación administrativa generada con motivo del aludido reclamo, debería producir, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1º, inc. “E”, ap. 9º de la LNPA, la suspensión de los plazos legales y reglamentarios, incluso los relativos a la prescripción habida cuenta de que, a pesar de ser un *reclamo innecesario*, éste no resulta *inoficioso*.

En este sentido, la jurisprudencia del fuero ha señalado que la interposición de un reclamo administrativo ante el órgano competente, aun cuando aquél fuese innecesario por aplicación de las disposiciones del art. 32 de la ley, pero no inoficioso por ser una articulación posible del administrado no prohibida por el ordenamiento procedimental, produce la suspensión de los plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción en los términos de la norma comentada, razón por la cual, en tanto las actuaciones administrativas –practicadas con intervención de autoridad competente– continúen, el plazo de la prescripción sigue suspendido (CNACAF, Sala IV, 17/11/1998, “Gallardo”; CNACAF, Sala I, 24/08/04, “Legumbres SACFIA” y, más recientemente, CNACAF, Sala III, 22/10/2019, “Telecom Argentina SA c/ ENACOM s/Proceso de conocimiento”). Ampliar en: CANDA, Fabián, “La incidencia del procedimiento sobre el plazo de prescripción de la acción contencioso administrativa”, en AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2006, p. 103 y ss. Ver, también, GORDILLO, Agustín *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. El Procedimiento Administrativo*, 1ª Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2016, Tomo 4, p. XII-25/26; COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1176 y ss.).

La CSJN, por su parte, en diversos pronunciamientos recientes parece haber adoptado, aunque no de manera tan explícita, el criterio sentado por la Cámara del fuero (CSJN, 10/02/2015, “Formosa, Provincia de c. Tecnicagua S.A. y otros (Estado Nacional) y otros s/ cobro de sumas de dinero”, no publicado en *fallos*; CSJN, 10/02/2015, “Santiago del Estero, Provincia de c/ Estado Nacional y otros s/ Cobro de pesos”, no publicado en *fallos*; CSJN, 24/11/2015, “Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos 338:1389. Un estudio profundo sobre la cuestión puede verse en: GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Influencia sobre el plazo de prescripción del sistema de habilitación de instancia en el contencioso administrativo”, LL 2016-F, 755).

Es que, en definitiva, y tal como recuerda COMADIRA, “*si el particular tiene, pues, el derecho de peticionar y la Administración, el deber de resolver, ¿por qué, entonces, el ejercicio no irrazonable de ese derecho no habrá de generar el efecto suspensivo previsto por la norma?*” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, con la colaboración de Laura M. MONTI, La Ley, Buenos Aires, 2002, Tomo I, p. 96).

<sup>1874</sup> Señala GORDILLO que “*la distinción entre acto y hecho no siempre es fácil, en la práctica, por cuanto el hecho también es en alguna medida expresión de voluntad administrativa; pero en líneas generales puede afirmarse que el acto se caracteriza porque se manifiesta a través de declaraciones provenientes de la voluntad administrativa y dirigidas directamente al intelecto de los particulares a través de la palabra oral o escrita, o de signos con un contenido ideográfico (el gesto del agente de tránsito al elevar el brazo para detener el tránsito; las señales usuales de tránsito, tales como flechas, círculos, etc.); el hecho, en cambio, carece de ese sentido mental y constituye nada más que una actuación física o material*” (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 1, p. X-2).



valoración.

3.2.1.1.- Entre las principales consecuencias jurídico-prácticas cabe mencionar, por ejemplo, que mientras el *acto administrativo de alcance particular* –ora irregular, ora regular– puede adquirir estabilidad en sede administrativa (cfr.: arts. 17 y 18 de la LNPA) y, por tanto, ser inextinguible por el sujeto emisor<sup>1875</sup>, al *hecho administrativo*, en cambio, no le son aplicables aquellas previsiones.

A su vez, los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad, es decir, la suposición relativa de que aquel ha sido dictado con arreglo a las normas jurídicas que debieron condicionar su emisión; los hechos administrativos, por el contrario, no están investidos de ese carácter esencial.

Por otra parte, mientras para la impugnación judicial de los actos administrativos se requiere del previo agotamiento de la vía administrativa<sup>1876</sup>, los hechos administrativos son susceptibles de ser cuestionados directamente ante la justicia (cfr. art. 25 de la LNPA)<sup>1877</sup>.

3.2.1.2.- Las consecuencias jurídico-prácticas de la distinción entre hecho y acto puede verse de manera clara en el enriquecedor debate jurisprudencial que se ha generado

---

<sup>1875</sup> Sobre la estabilidad de los actos administrativos de alcance general, ver lo dicho en el punto N° 4 del Capítulo VIII de la tesis. Ver, también, lo apuntado en nuestra obra: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p. 96 y ss. y, antes, en COMADIRA, Fernando G., “Anulación del acto administrativo irregular y declaración de lesividad: algunas cuestiones que plantea la denominada “acción de lesividad” en *El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo. A 200 años de la Declaración de la Independencia. En homenaje al Prof. Julio R. Comadira*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2017, p. 39 y ss., especialmente p. 491.

<sup>1876</sup> La impugnación del acto administrativo individual se efectúa por medio de recursos. Los actos administrativos de alcance general –normativos o no normativos–, en cambio, pueden impugnarse de dos formas: a) de manera directa, por medio del “reclamo impropio”, es decir, impugnando el acto general directamente, sin esperar su aplicación concreta; b) de manera indirecta, es decir, impugnando los actos aplicativos del acto de alcance general. En estos supuestos los vicios que invalidan el acto administrativo no provienen de éste sino del acto de alcance general que le da origen (ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, “Régimen jurídico de la función administrativa reglamentaria” en AA.VV. *Fuentes y procedimiento administrativo. Cuestiones actuales y perspectivas*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2019, p. 449 y ss., especialmente p. 473).

<sup>1877</sup> Ver lo dicho en la Nota N° 1873.

en relación con la naturaleza jurídica que debe atribuírsele a las *liquidaciones de haberes*: mientras la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) ha señalado que constituyen simples *hechos administrativos*, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y la PTN han entendido que son *actos administrativos* (en la especie, de alcance particular).

Así, *in re* “Podestá” (1989), la Corte sostuvo por remisión al dictamen del procurador fiscal, que la circunstancia de que la Caja hubiere dispuesto, unilateralmente, dejar de abonar un adicional al personal retirado no puede considerarse como contraria al art. 17 de la LNPA, por cuanto “*el derecho de los actores a percibir un determinado monto deviene de la ley que ha establecido el sistema de cálculo, sobre la base de la remuneración del personal en actividad, y no surge, en cambio, de acto administrativo alguno del ente previsional. Este sólo se limita a una operación aritmética, corrigiendo el haber que dispensa, cada vez que se altera el sueldo del activo, mediante una liquidación que no importa acto o declaración de voluntad de la que surgen derechos subjetivos*”<sup>1878</sup>.

Sin embargo, tanto el Máximo Órgano Asesor<sup>1879</sup> como la Cámara del fuero en la causa “Nandín” (2008), han señalado que las liquidaciones del monto pagado en concepto de un incentivo, previsto legalmente, a un agente de planta permanente por el desempeño de sus funciones comportan “*actos de ejecución de marco legal aplicable*”<sup>1880</sup>.

3.2.1.3.- Por nuestra parte, como ya adelantáramos, entendemos que el pago de la remuneración a los empleados públicos constituye un típico acto administrativo de alcance particular, pues, en rigor, importa una exteriorización intelectual producida por la Administración, “*dirigida a los destinatarios del acto que implica un proceso intelectual traducido al exterior de su autor. Se contrapone, así, al hecho, en cuanto éste representa, simplemente, una actuación física o material del órgano*”<sup>1881</sup>.

---

<sup>1878</sup> CSJN, 25/07/1989, “Podestá, Eulogio Alberto y otros c/ Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal s/ cobro de australes”, Fallos 312:1188

<sup>1879</sup> Dictámenes: 235:143; 238:319; 240:124; 240:165; 249:337, 302:048, entre otros

<sup>1880</sup> CNACAF, Sala III, 17/03/2008, “Nandín, Jorge A. v. Estado Nacional”

<sup>1881</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 206, nota N° 804.

Es que, en definitiva, como se verá más adelante, conceptualizar al acto administrativo como una “declaración”, significa que aquel consiste en la exteriorización de una idea, una extrinsecación de un proceso intelectual, que traduce un juicio de valor u opinión, una simple constatación de hechos o, finalmente, una declaración de voluntad o decisión<sup>1882</sup>.

Del mismo modo, la PTN ha precisado que el acto administrativo comprende no solo la manifestación de voluntad, sino también la certificación de hechos llegados a conocimiento de la Administración y que, por consiguiente, al ser el certificado un acto administrativo debe estar sujeto a todas las normas que prescribe y exige la ley 19.549<sup>1883</sup>.

### 3.2.2.) Conclusión: síntesis diferencial entre hechos y actos

A modo de síntesis podemos decir, entonces, que la actividad administrativa en general puede clasificarse en la *no productora de efectos jurídicos* y la que *sí los produce*.

Ambas categorías, a su vez, pueden clasificarse en *hechos y actos*; la diferencia esencial entre uno y otro radica en que los primeros, no suponen una exteriorización intelectual mientras que, por el **contrario**, los actos sí implican el desarrollo de un proceso intelectual exteriorizado o declaración.

Asimismo, la nota característica, esencial e inherente que distingue al *acto administrativo* propiamente dicho de otros actos (declaraciones), es que el primero produce *efectos jurídicos directos* respecto de terceros.

Veámoslo con un ejemplo:

El Consejo Superior de una Universidad Nacional Pública dicta la Resolución N° 10/2005 por la que aprueba el Reglamento para la Provisión de Cargos de Profesores Titulares de la Universidad Pública.

Luego de ello, la Facultad de Derecho de aquella Universidad dicta la Resolución N°

---

<sup>1882</sup> Ampliar en: COMADIRA Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 5/8. Igual criterio fue seguido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, con cita del autor mencionado: CNACAF, Sala IV, 20/05/2010, “Gasc, Javier Orlando c/ Estado Nacional –M° del Interior– P.N.A. s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg”

<sup>1883</sup> Dictámenes 156:64; 303:448.

15/2015 en la que convoca a un concurso público para cubrir el cargo de profesor titular en distintas materias.

Mediante Resolución N° 20/2016 los Sres. Martínez, Gutiérrez y Fernández son designados en las cátedras de “Derecho Administrativo. Parte General”, “Derecho Constitucional Profundizado” y “Derecho Ambiental”, respectivamente.

Como consecuencia de aquella Resolución, el Sr. Martínez comienza a dictar las clases correspondientes; en algunas ocasiones las dicta sentado, en otras, parado y, asimismo, suele felicitar a los alumnos cuando éstos responden correctamente las preguntas que él hace.

Del ejemplo abstracto que acabamos de proponer se pueden diferenciar diversas clases de actuaciones administrativas, a saber:

- a) Hechos no jurídicos: el Sr. Martínez está parado o sentado frente a los alumnos.
- b) Actos no jurídicos: el Sr. Martínez felicita a los alumnos por las respuestas correctas.
- c) Hechos administrativos: el Sr. Martínez imparte la clase por la que fue designado –comportamiento material de ejecución del acto de designación–.
- d) Actos administrativos: en el ejemplo podemos apreciar la existencia de distintos actos administrativos;
  - d.1.- *acto administrativo de alcance general normativo –reglamento–*: La Resolución N° 10/2005 por la que se aprueba el Reglamento para la Provisión de Cargos de Profesores Titulares de la Universidad Pública;
  - d.2.- *acto administrativo de alcance general no normativo*: La Resolución N° 15/2005 por la que se convoca a concurso docente;
  - d.3.- *acto administrativo de alcance particular*: La Resolución N° 20/2006 por la que se designa como profesores titulares 2016 a los Sres. Martínez, Gutiérrez y Fernández (más concretamente, como veremos, se trata de un acto pluriindividual);

### 3.3.) Otros actos de la Administración que producen efectos jurídicos

#### 3.3.1.) *Precisiones conceptuales*

Como ya hemos adelantado, existen otros actos emitidos por la Administración que si bien, como tales, importan una declaración –es decir, el resultado de un proceso intelectual–, no producen efectos jurídicos directos sobre los administrados o, en caso de generarlos, no son considerados técnicamente producto de la *función administrativa* ni, por consiguiente, *actos administrativos*.

Analizar pormenorizadamente todos y cada uno de aquellos actos (v.gr.: declaraciones) excedería, sin duda alguna, el marco de la investigación propuesta.

Sin embargo, si se tiene en consideración que, como dijimos en las páginas que anteceden y profundizaremos más adelante, *el acto administrativo en sentido amplio deriva genéticamente de la función administrativa* y, a su vez, que aquel es la forma esencial en que la Administración Pública expresa su voluntad, resulta conveniente mencionar, al menos tangencialmente, algunos de ellos y, a su vez, efectuar ciertas precisiones conceptuales.

Previo a ello, debemos advertir al lector que<sup>1884</sup>, a diferencia del uso común que suele dársele a la expresión “actos de la Administración”, en este trabajo seguiremos la línea conceptual brindada por GARCÍA PULLÉS<sup>1885</sup>, quien entiende que serán actos de la Administración todas aquellas declaraciones que no son actos administrativos.

De tal forma, entonces, el concepto “acto de la Administración” abarcará a todos aquellos actos que, como tales, no son un simple acontecimiento natural o comportamiento material del órgano administrativo, sino que, por el contrario, importan un proceso intelectual exteriorizado –declaración– pero que, no obstante, o no afectan de

---

<sup>1884</sup> Es que, como enseña HOSPERS, “cuando empleamos una palabra de manera contraria al uso común, debemos informar a nuestros oyentes acerca de qué pretendemos que signifiquen nuestras palabras cuando las usamos. Y viceversa, cuando no informamos a nuestros oyentes de qué pretendemos que signifiquen nuestras palabras al usarlas, tienen derecho a dar por supuesto que las estamos usando en su sentido convencional, en otras palabras, que estamos siguiendo el uso común”. Dicho de otra manera, “cualquiera puede usar el sonido que se le antoje para referirse a lo que quiera, siempre y cuando aclare a qué se está refiriendo al utilizar el sonido” (HOSPERS, John, *Introducción al análisis filosófico*, Versión española de Julio César Armero San José, Alianza Editorial, Madrid, 1985, Tomo I, p. 19/20).

<sup>1885</sup> GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 45 y ss.

manera directa e inmediata a los administrados o, de hacerlo, no pueden ser considerados, técnicamente, actos administrativos, pues no son el resultado de la función administrativa propiamente dicha.

Entre los principales actos de la Administración podemos mencionar, a simple título ejemplificativo, a los actos interorgánicos, los actos institucionales, los interadministrativos, los actos sometidos al derecho privado, etc.

### 3.3.2.) *Actos interorgánicos*

En primer lugar, y dentro de la actividad jurídica de la administración, cabe mencionar la existencia de *actos interorgánicos*, producto de las relaciones que se establecen entre dos o más órganos de un mismo ente o persona jurídica pública estatal, y que resultan del hecho de que aquellos no pueden actuar independientemente, sino que la unidad o integralidad del ente o persona jurídica a la que pertenecen impone que tengan que hacerlo vinculándose y relacionándose unos con otros<sup>1886</sup>.

Se ha precisado que las relaciones interorgánicas pueden ser de colaboración (ej.: propuestas, proyectos o diseños de políticas), de conflicto (como ser, por ejemplo, los que se dictan en cuestiones de competencia entre distintos órganos), de subordinación o jerarquía (circulares e instrucciones de un superior a un jerárquico), de carácter consultivo (v.gr.: informes, dictámenes) o de control (aquellos que surgen de las auditorías internas) y que, a pesar de esa diversidad, todas las relaciones deben concurrir hacia una sola finalidad: la que corresponda al ente o persona jurídica a la cual pertenecen<sup>1887</sup>.

Estos actos no producen efectos jurídicos directos respecto de terceros, sino que agotan sus efectos en la esfera interna de la Administración.

En tal sentido, la jurisprudencia ha señalado que las decisiones emitidas en el marco

---

<sup>1886</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo –Coordinador, colaborador y actualizador–, *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 1, p. 212 /213. Los autores citados señalan que las relaciones interorgánicas son, necesariamente, jurídicas “*pues si así no fuera se debería reconocer la existencia de cierta actividad interna que no sería jurídica*”.

<sup>1887</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 555; IVANEGA, Miriam M., *Principios de la Administración Pública*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2005, p. 129. Ampliar en: GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 270 y ss. Por nuestra parte, hemos adherido a dicha clasificación en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, Astrea-Rap, Buenos Aires, 2019, p. 155 y ss.

de una relación interorgánica “*despliegan sus efectos en el plano interno de la Administración Pública, entendida como organización colectiva característica y resultan, en la medida que no lesionen –en forma directa e inmediata- derechos e intereses de los particulares, excluidas de la fiscalización judicial provocada por la correspondiente impugnación*”<sup>1888</sup>.

En consecuencia, al tratarse de actos que no producen efectos jurídicos directos respecto de terceros, el Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (en adelante, RLNPA) ha establecido, acertadamente, que no son impugnables por recursos<sup>1889</sup>.

Un ejemplo de este tipo de actos serían, como ya dijéramos y profundizaremos a continuación, los dictámenes jurídicos (típicos actos<sup>1890</sup> interorgánicos de consulta, incluso cuando sean de requerimiento obligatorio y, eventualmente, de efectos vinculantes) o, también, los actos que ordenan instruir un sumario administrativo<sup>1891</sup>.

---

<sup>1888</sup> CNACAF, Sala V, 20/10/1995, “Consumidores Libres Coop. Ltda. de Prov. Serv. De Acc. Com. c/ Estado nacional”, JA 1996-II-534.

<sup>1889</sup> Art. 80 del RLNPA: “*Las medidas preparatorias de decisiones administrativas, inclusive informes y dictámenes, aunque sean de requerimiento obligatorio y efecto vinculante para la administración, no son recurribles*”.

<sup>1890</sup> Insistimos, los actos interorgánicos son, valga la redundancia, “actos”, es decir, el resultado de un proceso intelectual exteriorizado o declaración.

<sup>1891</sup> Si bien un calificado sector de la doctrina sostiene que el acto que da inicio al sumario administrativo reviste la naturaleza jurídica de acto administrativo (GORDILLO, Agustín *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. El Procedimiento Administrativo*, 1ª Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2016, Tomo 4, p. VI-14), por nuestra parte entendemos que, en rigor, es un acto interorgánico.

Si la nota definitoria, esencial e inherente del acto administrativo propiamente dicho es la producción de efectos jurídicos directos respecto de terceros –es decir, la configuración, modificación, suspensión o extinción de derechos subjetivos–, mal podría entenderse que el acto que dispone la apertura de una instrucción sumarial sea considerado un verdadero “acto administrativo” pues, en definitiva, aquel no incide directa e inmediatamente en la esfera de los derechos e intereses del particular creando o imponiendo situaciones jurídicas sino que, antes bien, agota sus efectos en la esfera interna de la administración.

El ilustre jurista francés PROSPER WEIL, al analizar los actos jurídicos de la administración, señaló que “*la apertura de una investigación*”, al “*no modificar el ordenamiento jurídico*”, no constituye un acto administrativo –en rigor, el autor citado habla de “*decisión ejecutoria de la administración*” productora de efectos jurídicos– (WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, Cívitas, Madrid, 1986, p. 85).

Por consiguiente, al tratarse de actos interorgánicos y no actos administrativos propiamente dichos, el acto que ordena la apertura del sumario administrativo sería irrecurrible y, como bien ha señalado Repetto, “*el recurso que se deduzca tendrá que ser desestimado*” (REPETTO, Alfredo L., *Procedimiento administrativo disciplinario: el sumario*, Tercera edición ampliada y actualizada, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, p. 39).

En tal sentido, la PTN ha señalado que “*la decisión de instruir sumario no es susceptible de ser*



Sin embargo, una cuestión que al día de hoy sigue siendo debatida es si, en ciertas ocasiones, los dictámenes pueden ser considerados actos administrativos. Del mismo modo se ha debatido, por ejemplo, la naturaleza jurídica que cabe atribuirle a determinados “actos” que se dictan durante el procedimiento de la licitación pública.

Veamos.

### 3.3.2.1.) El caso de ciertos dictámenes

#### 3.3.2.1.1.) Precisiones conceptuales

3.3.2.1.1.1.-. Como lo hemos anticipado, tanto los dictámenes como los informes, aun cuando sean de requerimiento obligatorio y, eventualmente, de efectos vinculantes<sup>1892</sup>, no

---

*recurrir conforme la doctrina anterior citada en ‘Dictámenes’, 110:34, pues dicho acto no puede afectar derecho o interés legítimo ya que sólo habilita para verificar hechos y recién luego del llamado a prestar declaración indagatoria, el trámite se endereza hacia un sujeto determinado” (Dictámenes 256:364; 251:72; 159:113; 110:34; 99:146, entre otros).*

La jurisprudencia, por su parte, si bien no se refirió exclusivamente al acto de instrucción, sino a la sustanciación de un sumario administrativo en el que aún no se había decidido si correspondía aplicar, o no, una sanción al actor, precisó que “no puede ser motivo de agravio la sustanciación del sumario instruido ya que de su compulsión se desprende que el recurrente ejerció su derecho de defensa y que la instrucción no está finalizada por lo que no existen motivos válidos para presumir la afectación de derechos o garantías constitucionales” (CNACAF, Sala II, 15/12/2009, “Oyola Rodolfo, c/ Estado nacional – Fondo Nacional de las Artes”).

Recientemente, la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en línea con la postura que aquí proponemos, entendió que “el acto que ordena el inicio del trámite sumarial, constituye un típico acto interno de la Administración, tendiente a adquirir conocimientos de hechos no aclarados, dilucidarlos y decidir si ameritan la formulación de cargos. Hasta tanto dicha investigación se traduzca en una resolución definitiva que califique con sanción o sobreseimiento el accionar del o los involucrados, no trasciende la esfera discrecional administrativa y por lo tanto no es susceptible de ser recurrida” (ver IF-2020-16420080-GCABA-DGEMPP del 03 de julio de 2020 emitido en el marco del expediente N° 14692204/MGEYA-SISC/18).

<sup>1892</sup> Los dictámenes vinculantes son aquellos cuyas conclusiones son de seguimiento obligatorio para la Administración activa. Sin embargo, en estos supuestos, a pesar de que el asesoramiento reviste el carácter de vinculante, no por ello dejará de ser un dictamen pues, como ha precisado la doctrina, si bien el órgano decisor no puede modificar el tenor del acto consultivo, siempre tendrá la opción de no adoptar la decisión (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Quinta edición actualizada, 1° reimpresión, Buenos Aires, 2000, Tomo I, p. 96/97; MURATORIO, Jorge I., “El dictamen jurídico en la Administración Pública Nacional”, REDA 2002-535; GOROSTEGUI, Beltrán, *El Dictamen Jurídico Administrativo*, Segunda edición corregida y aumentada, El Derecho, Buenos Aires, 2014, p. 54, entre otros).

En nuestra opinión, creemos que si una norma impone a la autoridad administrativa el seguimiento del criterio técnico de un órgano asesor, aquella puede abstenerse de actuar, pero si “*quiere proveer no lo puede hacer sino con el contenido indicado en el acto de la autoridad consultiva*” (ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Arayú, Parte general, 1954, Tomo I, p. 353). En igual sentido: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 163, especialmente nota N° 558.

pueden ser considerados, técnicamente, actos administrativos pues, en rigor, aquellos no son más que un típico acto interorgánico de consulta<sup>1893</sup>.

La jurisprudencia ha sostenido que los dictámenes constituyen un acto previo a la emisión de la voluntad administrativa que se integran como una etapa de carácter consultivo deliberativo en el procedimiento de conformación de la voluntad estatal, por lo que no revisten la calidad de acto administrativo en sentido estricto, ya que no producen un efecto jurídico directo e inmediato<sup>1894</sup>.

Del mismo modo, se sostuvo que aquellos son meros actos preparatorios de la voluntad administrativa sin efecto decisorio y sin la aptitud de obligar por sí mismos al órgano, con competencia para resolver: el dictamen, como tal, no es susceptible de ser impugnado<sup>1895</sup>.

3.3.2.1.1.2.-. Los dictámenes jurídicos –al igual que los informes– pertenecen, según la clasificación de la actividad administrativa hecho en el punto 2.2., a la actividad jurídica de la Administración –pues, en definitiva, producen efectos jurídicos– y, dentro de esta, a la categoría de "actos"<sup>1896</sup>, toda vez que son el resultado de un proceso intelectual –v.gr.: declaración–.

Sin embargo, los informes y dictámenes jurídicos –aun cuando sean de requerimiento obligatorio y eventualmente de efectos vinculantes– no pueden ser considerados actos

---

Del mismo modo, sostuvo DIEZ que el órgano de la Administración activa no está obligado a pronunciarse, y en este caso de nada valdrá el parecer vinculante; pero si aquella emite el acto, no puede hacerlo sin tomar en consideración el contenido del parecer de la Administración consultiva (DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo...*, op. cit., Tomo I, 190/191).

<sup>1893</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 212; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 270 y ss.; IVANEGA, Miriam M., *Principios...*, op. cit., p. 129.

<sup>1894</sup> CNACAF, Sala II, 16/9/93, "Von der Becke, Edmundo c/ Estado nacional – Ministerio de Economía".

<sup>1895</sup> CNACAF, Sala III, 21/06/2011, "Molinos Río de la Plata v. AFIP-DGI" y 26/03/1996, "Saguier, Marcelo H. c/ E.N. -Min. del Interior- s/ empleo público". En igual sentido: PTN 181:151; 183:150; 185:174; 199:97; 235:175. Sobre el tema también puede verse: GOROSTEGUI, Beltrán, *El Dictamen Jurídico...*, op. cit., p. 69 y ss.

<sup>1896</sup> En el caso de los dictámenes jurídicos, quienes han estudiado en profundidad el tema expresamente han señalado que "constituyen una manifestación intelectual, una exteriorización de pensamiento. Esto lo diferencia de los hechos administrativos" (GOROSTEGUI, Beltrán, *El Dictamen Jurídico...*, op. cit., p. 84). GORDILLO, por su parte, también ha señalado que los dictámenes son una declaración (ver: GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., Tomo 3, II-3).

administrativos en sentido estricto.

Los actos administrativos, como vimos, son aquellas declaraciones que producen efectos jurídicos directos respecto de terceros ajenos a la Administración, es decir, inciden directamente en la esfera de los derechos e intereses de los particulares.

Los dictámenes, en cambio, si bien al igual que los actos administrativos propiamente dichos, producen efectos jurídicos directos, la diferencia sustancial está en que mientras los segundos inciden directamente en la esfera de los derechos e intereses de los particulares, los primeros, en cambio, solo en el procedimiento administrativo, es decir, en el ámbito interno de la Administración.

Por ello, como ha precisado la Cámara del fuero, con cita del profesor COMADIRA, quedan excluidos del concepto de acto administrativo *“los actos que, no obstante producir efectos incluso directos en el ámbito interno de la administración, carecen de tales consecuencias en el ámbito externo de ésta”*<sup>1897</sup>.

3.3.2.1.1.3.-. Aun cuando de los dictámenes o informes se pudieran eventualmente derivar ciertos efectos jurídicos, dichas consecuencias serán el producto resultante del acto administrativo que acoja –o no– el criterio allí propiciado<sup>1898</sup>.

Por ello, al no afectar de manera directa e inmediata a los particulares, la normativa nacional –v.gr.: art. 80 RLNPA–<sup>1899</sup>, la PTN<sup>1900</sup> y la doctrina ha sostenido, acertadamente, que no son susceptibles de ser impugnados mediante recursos administrativos<sup>1901</sup>.

---

<sup>1897</sup> CNACAF, Sala IV, 01/06/2011, “La Nueva Metrópol SATACI v. Estado Nacional - Ministerio de Planificación y otros”).

<sup>1898</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, ob. cit., p. 15; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, ob. cit., Tomo 3, II-3; TAWIL, Guido Santiago, “El concepto...”, ob. cit., 149/150.

<sup>1899</sup> El RLNPA ha establecido en su art. 80 que *“las medidas preparatorias de decisiones administrativas, inclusive informes y dictámenes, aunque sean de requerimiento obligatorio y efecto vinculante para la Administración, no son recurribles”*

<sup>1900</sup> Dictámenes 169:442; 198:230; 211:442; 216:296; 223:02; 229:94; 231:249; 232:128; 245:69; 248:188; 263:139, entre muchos otros.

<sup>1901</sup> MURATORIO, Jorge I., “El dictamen jurídico en la Administración Pública Nacional”, REDA 2002-535; CANOSA, “Análisis y comentarios al art. 80 del decreto 1759/1972”, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, POZO GOWLAND, Héctor M. - HALPERÍN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando, -Directores-, La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo III, p. 1210, entre muchos otros.

La irrecurribilidad de los actos detallados en el art. 80 RLNPA implica que una vez emitidos aquéllos, el procedimiento debe continuar, sin que sea menester esperar a que sean consentidos por el interesado y aunque éste interponga un recurso de cualquier naturaleza<sup>1902</sup>.

Sin perjuicio de reconocer la improcedencia de interponer recursos administrativos contra dictámenes jurídicos, la doctrina admitió como excepción la impugnación de aquellos actos preparatorios que generan indefensión del administrado<sup>1903</sup>.

En ese sentido, la PTN asignó el carácter de acto administrativo y consideró, por tanto, objeto posible del recurso de reconsideración el dictamen de una Dirección General de Asuntos Jurídicos que generó la caducidad automática del procedimiento provocando el archivo consecuente de las actuaciones<sup>1904</sup>.

Por otra parte, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la CACAyT., por mayoría, y en criterio que no compartimos, consideró admisible la pretensión de amparo contra un dictamen no vinculante tras señalar que ese "*acto preparatorio inserto en el procedimiento administrativo constituiría, en atención a las particulares circunstancias del caso, la "amenaza" de los derechos invocada por las accionantes*" teniendo en consideración, para así resolver, que junto con el dictamen existía un proyecto

---

Sin perjuicio de la irrecurribilidad del dictamen, el primero de los autores señalados precisó que "*si bien el acto preparatorio de la decisión final no puede ser objeto de recursos administrativos, en tanto no constituye manifestación final de un procedimiento, y, por ende, no incide en la esfera jurídica del particular, esto no empuja a que el particular esté inhibido de manifestar cuanto estime pertinente en protección de la posible, futura y eventual afectación de sus derechos, para lo cual puede hacer las presentaciones que considere convenientes en el procedimiento administrativo en que es parte interesada, a través de observaciones, aclaraciones o reservas*". En similar sentido se expidió el segundo autor citado.

Por otra parte, un sector de la doctrina ha señalado que el hecho de que "*el dictamen sea un acto típicamente irrecurrible es una mera cuestión de política legislativa y no de naturaleza jurídica (...) Por eso no sería técnicamente defectuoso, si la ley admitiera que previo al dictado del acto se impugnara el dictamen a través de un recurso. El costo tal vez sería una –aún– menor agilidad del procedimiento administrativo, si se admite la interposición de recursos en medio de su trámite, pero ello, insistimos, es una cuestión más de política legislativa que de técnica jurídica*" (GOROSTEGUI, Beltrán, *El Dictamen Jurídico...*, ob. cit., p. 74/75).

<sup>1902</sup> FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Emilio – SENDÍN, Emilio, *Procedimiento administrativo nacional. Dec.-ley 19549/72 y Reglamento aprobado por decreto 1759/72, glosados y concordados*, Buenos Aires, Astrea, 1974, p. 64.

<sup>1903</sup> ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado general...*, ob. cit., p. 277; COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, ob. cit., Tomo 2, p. 1246

<sup>1904</sup> Dictámenes 223:02

de decreto que declaraba desierta una licitación<sup>1905</sup>.

3.3.2.1.1.4.-. En definitiva, entonces, los informes y dictámenes jurídicos, aun cuando sean de requerimiento obligatorio y, eventualmente, de efectos vinculantes, no son actos administrativos pues no producen efectos jurídicos directos respecto de terceros<sup>1906</sup>: son, en cambio, típicos actos interorgánicos de consulta.

3.3.2.1.1.5.-. Ahora bien, como dijimos, la cuestión acerca de la naturaleza de ciertos dictámenes ha generado interesantes debates doctrinarios y jurisprudenciales. Veamos.

#### 3.3.2.1.2.) Los dictámenes notificados

3.3.2.1.2.1.-. En el marco de la LNPA y su reglamentación, no está prevista la notificación de los informes o dictámenes, pero, no obstante, en algunas ocasiones ciertas reparticiones han adquirido la práctica de hacerlo.

La mera circunstancia de que un dictamen sea notificado a las partes de un procedimiento administrativo, en modo alguno puede hacerle cambiar su naturaleza y, por ejemplo, convertirlo en acto administrativo.

Cabe recordar, aquí, que el acto administrativo es, en un sentido técnico estricto, aquella declaración emitida en el ejercicio de la función administrativa que produce un efecto jurídico directo e individual respecto de terceros. El dictamen, por su parte, si bien es una declaración que produce un efecto jurídico directo, no afecta a terceros, pues dichos efectos permanecen en el ámbito interno de la Administración, careciendo de tales consecuencias en el ámbito externa de ésta.

De ese modo, aun cuando la Administración notificare un dictamen jurídico, éste seguiría siendo un acto interorgánico, pues no crea o impone situaciones jurídicas, es decir, no incide directamente en la esfera de los derechos e intereses de los particulares.

---

<sup>1905</sup> CACAyT., Sala 2°, 11/06/2004, “Bricons S.A.I.C.F.I. y otros c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA).

<sup>1906</sup> En igual sentido: GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones...*, ob. cit., p. 276.

3.3.2.1.2.2.-. Sin embargo, y a pesar de que, como vimos, para la PTN los dictámenes jurídicos no pueden ser calificados como actos administrativos, lo cierto es que también sostuvo que si la notificación del dictamen es ordenada por la autoridad llamada a decidir, entonces sí se está en presencia de un acto administrativo.

Así, el Máximo Órgano Asesor precisó que “*cuando se dispone la notificación al administrado del contenido de un asesoramiento emitido por el servicio jurídico competente, tales actos deben ser considerados como "decisorios" en la medida en que fuere ordenado por el órgano facultado para decidir el fondo de la cuestión*”<sup>1907</sup>.

Como se ve, la PTN pareciera considerar que en la notificación del dictamen jurídico ordenada por la autoridad llamada a decidir se está en presencia de un acto administrativo tácito.

En otras palabras: para la PTN, de la notificación del dictamen efectuada por la autoridad competente se deriva tácitamente la declaración en la que el acto administrativo consiste.

No obstante, en nuestra opinión, en modo alguno podría aceptarse la configuración de actos administrativos derivados de la notificación de dictámenes –sea ésta practicada por el órgano competente para resolver o no– pues, como ya dijéramos en los puntos 2.2.1. del Capítulo II y ampliaremos en el punto 2.1.1.1.2. del Capítulo VII, el acto tácito solo puede generarse a partir de un acto expreso<sup>1908</sup>.

---

<sup>1907</sup> Dictámenes 239:210; 214:183; 198:230, entre otros.

<sup>1908</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, ob. cit., p. 15. En igual sentido: SUAREZ, Gladis, “Dictámenes notificados” en AA.VV. *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 597 y ss.; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, ob. cit., p. 91/92.

Así, el caso del otorgamiento del permiso de uso de un bien del dominio público a un particular implica la revocación del permiso anteriormente otorgado a otro administrado sobre el mismo bien; el caso de un ministro que presenta su renuncia y que, sin ser aceptada expresamente por el Poder Ejecutivo, este último designa a un nuevo ministro en el lugar de aquél. En ambos ejemplos hay un acto administrativo expreso –otorgamiento de permiso y designación del nuevo ministro– que supone un acto administrativo tácito –revocación del permiso anterior y aceptación de la renuncia del antecesor–.

### 3.3.2.1.3.) Dictámenes conformados: el “visto bueno” o “conforme”

3.3.2.1.3.1.- Una cuestión diferente es el denominado “*visto bueno*” o el “*conforme*” que, en ciertas ocasiones, suelen utilizar los funcionarios para expresar la conformidad con lo manifestado en un informe o dictamen, evitando, así, la repetición.

Aquella práctica, además, tuvo sustento normativo expreso durante la vigencia del derogado Decreto N° 333/1985<sup>1909</sup>, cuyo art. 6.3.2.1. establecía “*Repeticiones: Debe evitarse la repetición de informes o dictámenes. Cuando un funcionario desee expresar conformidad con lo manifestado en un informe o dictamen, se limitará a colocar la siguiente leyenda: V° B°, pase a ...*”

3.3.2.1.3.2.- La doctrina, al analizar el control interno dentro de la Administración pública, definió al denominado “visto bueno” como el acto por medio del cual se controla la legitimidad del acto emitido por otro órgano administrativo<sup>1910</sup>.

De tal forma, y a diferencia de la “aprobación”, donde se puede analizar la legitimidad y en ciertas ocasiones la oportunidad, mérito y conveniencia del acto, en el “visto bueno” solo se puede analizar su legitimidad: es un “asentimiento” –por ajustarse a derecho– que los órganos administrativos otorgan a un acto del controlado.

3.3.2.1.3.3.- En un precedente jurisprudencial donde el entonces Secretario de la Función Pública, tras haber insertado la palabra “conforme” en un dictamen jurídico, lo remitió a otra repartición, la jurisprudencia del fuero señaló que “*el ‘visto bueno’ o ‘conforme’ es un acto administrativo de aprobación del criterio de otro órgano*”<sup>1911</sup>.

Una sentencia interesante fue dictada el 13/04/1994, pues allí se sostuvo que “*la sola aserción de ‘conforme’ puesta por el Interventor al costado de su firma, luego del*

---

<sup>1909</sup> Derogado por Decreto N° 336/2017.

<sup>1910</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, ob. cit., Tomo I, p. 626/627; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., 1972, Tomo I, 205; LINARES, Juan F., *Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 328; IVANEGA, Miriam M., *Control Público*, Astrea-Rap, Buenos Aires, 2016, p. 114, entre otros.

<sup>1911</sup> CNACAF, Sala III, 10/05/1990, “Naso, Santiago c. Estado nacional”



*dictamen legal que luce a fs. 172/173 del expediente administrativo, no reúne los requisitos exigidos en el artículo 7° de la ley 19.549. Del modo en que está expresada la voluntad del funcionario sólo puede extraerse una coincidencia con las argumentaciones desarrolladas por su asesor jurídico, pero de ninguna manera el acto -llamémosle de algún modo- de 'conformidad' cumple el requisito de motivación, pues con aquella sola mención de 'conforme' no se está expresando en forma concreta las razones que indujeron a emitir el acto, no consignándose los hechos y antecedentes que le sirvieron de causa (incs. b y d)"<sup>1912</sup>.*

Como se ve, la Cámara, tras reconocer la calidad de acto administrativo al "conforme" insertado por la autoridad llamada a decidir, sostuvo que aquel debía declararse nulo por no cumplir con los requisitos exigidos por la LNPA.

No obstante, en otra oportunidad, la Cámara del fuero sostuvo que era improcedente declarar la nulidad de un acto administrativo en el que el funcionario competente, con base en el Anexo I del Decreto N° 333/85, había prestado "*conformidad al dictamen de la Asesoría Legal y al informe del Departamento de Contrataciones que lo precede*", pues el acto estaba integrado con estos<sup>1913</sup>.

3.3.2.1.3.4.- Por nuestra parte, creemos que el denominado "visto bueno" o "conforme" es, a pesar de su mezquindad, un acto administrativo propiamente dicho pues, en rigor, se trata de un acto de aprobación del criterio propuesto por otro órgano<sup>1914</sup> cuyo uso, además, y como ya dijéramos, estaba expresamente previsto en la normativa citada.

Consideramos, sin embargo, que, en estos supuestos, para que el acto administrativo esté suficientemente motivado será necesario que sea notificado junto con los dictámenes o informes correspondientes<sup>1915</sup>.

---

<sup>1912</sup> CNACAF, Sala IV, 13/04/1994, "Posee de Bonomi, Ana María c/ Instituto de Servicios Sociales Bancarios s/ Juicio de Conocimiento"

<sup>1913</sup> CNACAF, Sala II, 01/02/2000, "Bramco S.A. c. Banco Central"

<sup>1914</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, ob. cit., p. 14, nota N° 30. En igual sentido: TAWIL, Guido Santiago, "El concepto...", ob. cit., p. 150, especialmente nota N° 132

<sup>1915</sup> Se trata, en definitiva, de la denominada motivación "*in aliunde*" del acto administrativo la que ha sido aceptada por la mayoría de la doctrina nacional: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, ob. cit., Tomo 1, p. 111;

#### 3.3.2.1.4.) Dictámenes dictados en el marco de una licitación pública

Una particular situación ocurre en el marco del procedimiento de licitación pública pues<sup>1916</sup>, como se verá, algunos de los dictámenes que son emitidos durante el *iter* licitatorio, no obstante su denominación, no se limitan a producir efectos jurídicos *ad intra* sino que, por el contrario, afectan de manera directa e inmediata a los particulares.

Por ello, si tenemos en cuenta que, como en reiteradas oportunidades ha señalado la Corte, “*las instituciones jurídicas no dependen del nomen iuris que se les dé o asigne por los otorgantes del acto o legislador incluso, sino de su verdadera esencia jurídica*”<sup>1917</sup>, llegaremos a la conclusión de que aquellos “dictámenes” que inciden de manera directa e inmediata en la situación jurídica de los administrativos han de ser considerados, más allá

---

GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, ob. cit., Tomo 1, p. X-28, entre otros. En contra: TAWIL, Guido S. – MONTI, Laura M., *La motivación del acto administrativo*, op. cit., p. 73.

La Procuración del Tesoro de la Nación, por su parte, también admitió la motivación *in aliunde* o extracontextual: Dictámenes 310:106, 272:050, 259:042, 242:467, 236:91, entre muchos otros.

Ciertamente, consideramos inadmisibles la motivación posterior del acto administrativo pues, en rigor, esta posibilidad implicaría aceptar el saneamiento de un acto nulo, de nulidad absoluta e insanable.

<sup>1916</sup> La licitación pública ha sido definida como el “*modo de selección de contratistas de entes públicos en ejercicio de la función administrativa por medio del cual éstos invitan públicamente a una cantidad indeterminada de posibles interesados para que, con arreglo a los pliegos de bases y condiciones pertinentes, formulen propuestas de entre las cuales se seleccionará la más conveniente al interés público*” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación pública (Nociones, principios, cuestiones)*, 2º Edición, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 1/3).

Ahora bien, como señaláramos en el texto, la licitación pública es un *procedimiento* y no, antes bien, un acto complejo. Así lo ha entendido tanto la doctrina (COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación Pública...*, ob. cit., p.5/6; BARRA, Rodolfo C., *Contrato de Obra Pública*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1986, Tomo 2, p. 489; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Cuarta Edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, Tomo III-A, p. 190/191; FIORINI, Bartolomé y MATA, Ismael, *Licitación Pública. Selección del contratista estatal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 15; IVANEGA, Miriam M., “El procedimiento de la licitación pública”, *elDial.com* - DC1747; REJTMAN FARAH, Mario, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, p. 23; entre muchos otros) y la jurisprudencia (CSJN, 22/04/1986, “Hotel Internacional I guazú SA v. Nación Argentina”, Fallos 308:618; CSJN, 09/12/1988, “Radeljak, Juan C. v. Administración General de Puertos, s/ordinario”, Fallos 311:2831; CSJN, 07/12/2001, “Chubut, Provincia del v. Centrales Térmicas Patagónicas SA s/sumario”, Fallos 324:4199; CSJN, 14/10/2004, “Astorga Bracht, Sergio y otro v. Comfer - decreto 310/1998 s/amparo ley 16.986”, Fallos 327:4185; CSJN, 27/08/1991, “Copimex C.A.C. e I.S.A. c. Alessia S.A.C.I.F. y A.G.”, 27/8/1991, Fallos 314:899; CSJN, 27/12/2006, “Cardiocrp SRL v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 329:5976, entre otros).

<sup>1917</sup> CSJN, 04/05/1995, “Horvath, Pablo c/ Fisco Nacional (DGI.) s/ ordinario (repetición)”, Fallos: 318:676; CSJN, 11/06/2013, “Establecimiento Liniers S.A. c/ E.N.”

de su denominación, verdaderos actos administrativos.

Es que, en definitiva, un acto consultivo deja de ser tal si pretende, *per se*, generar derechos u obligaciones para los administrados.

#### 3.3.2.1.4.1.) Dictamen de preadjudicación

Una de las etapas<sup>1918</sup> –aunque optativa<sup>1919</sup>– que suele haber previo a la adjudicación de un contrato administrativo es la que se cristaliza con la emisión del "dictamen de preadjudicación", el que ha sido definido como "*el estudio previo, realizado por intermedio del organismo licitante, sobre la concurrencia de todos los elementos y recaudos pertenecientes a cada uno de los posibles candidatos a la adjudicación definitiva*"<sup>1920</sup>.

El dictamen de preadjudicación es, como su nombre lo indica, un dictamen, es decir, un acto interorgánico de consulta, un acto preparatorio que, como tal, no resulta vinculante para el órgano decisor de la adjudicación –perteneciente a la Administración activa– a quien va dirigido<sup>1921</sup>.

Sobre la cuestión, la PTN ha precisado que la preadjudicación es un "simple acto de

---

<sup>1918</sup> Una enunciación aproximativa de las diversas etapas que existen en el procedimiento de licitación pública puede verse en: COMADIRA, Fernando Gabriel, "Naturaleza jurídica de los contratos administrativos...", op. cit., p. 36. Ver, también: COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación Pública...*, ob. cit., p. 8 y ss.

<sup>1919</sup> Se ha señalado que "*salvo que esté previsto en las normas generales o en los pliegos que se confeccionen para determinada licitación, no es un paso de ineludible cumplimiento*" (MONTI, Laura M., "Las categorías jurídicas de la preadjudicación y la precalificación en el ámbito de la licitación pública", LL 2000-C, 112).

Del mismo modo, aunque refiriéndose al contrato de obra pública, DRUETTA–GUGLIELMINETTI han señalado que "*la 'preadjudicación' no es un requisito esencial en el trámite de la licitación; sólo rige cuando se la establezca expresamente*" (DRUETTA, Ricardo – GUGLIELMINETTI, Ana P., *Ley 13064 de Obras Públicas. Comentada y anotada*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 146).

<sup>1920</sup> MÓ, Fernando, *Régimen legal de las obras públicas*, 2º Edición actualizada y aumentada, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 169.

<sup>1921</sup> MONTI, Laura M., "Las categorías jurídicas...", ob. cit.

En ese esquema, la PTN sostuvo que la preadjudicación "*es, en esencia, un acto de carácter consultivo, obligatorio, sólo en cuanto debe producirse necesariamente, pero que carece de carácter vinculante en tanto el órgano con competencia para aprobar en definitiva la licitación puede válidamente apartarse de él*" (Dictámenes 131:202).

Administración"<sup>1922</sup>, un acto preparatorio de la voluntad de la Administración<sup>1923</sup> consistente en el estudio de todos los elementos y recaudos pertinentes a cada uno de los posibles candidatos a la adjudicación definitiva, para la determinación de la propuesta más conveniente<sup>1924</sup> para el ente, valorando la calidad, el precio y la idoneidad del oferente y las demás condiciones de la oferta.

La preadjudicación, como tal, no debería contener más que el juicio de valor de la autoridad competente para dictarlo acerca del mérito de las ofertas presentadas<sup>1925</sup>.

De lo expuesto se deduce que la preadjudicación no es un acto administrativo propiamente dicho toda vez que, en rigor, no genera efectos jurídicos directos respecto de terceros, es decir, no incide directamente en la esfera de los derechos e intereses de los particulares creando o imponiendo situaciones jurídicas<sup>1926</sup>.

Por consiguiente, al tratarse de un dictamen, la preadjudicación no sería, en principio,

---

<sup>1922</sup> Dictámenes 204:169.

<sup>1923</sup> Dictámenes 202:151; 198:140.

<sup>1924</sup> Dictámenes 202:151. La CSJN, por su parte, sostuvo que la preadjudicación es una etapa que tiene por fin posibilitar el control de los restantes oferentes en orden a la obtención de la oferta más conveniente (CSJN, 07/07/1992, “Raffo y Mazieres SA. s/ contencioso administrativo de plena jurisdicción e ilegitimidad”, Fallos 315:1561”.

<sup>1925</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación Pública...*, ob. cit., p. 40.

<sup>1926</sup> También han señalado que la preadjudicación no constituye un acto administrativo, entre otros: COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación Pública...*, ob. cit., p. 40; MONTI, Laura M., “Las categorías jurídicas...”, ob. cit.; BARRA, Rodolfo C., *Contrato de Obra Pública...*, ob. cit., Tomo 2, p. 643; BEZZI, Osvaldo Máximo, *El contrato de obra pública*, Segunda edición ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 70/71; LAMOGLIA, Carlos M., “Comisiones de evaluación en los trámites licitatorios: su función y la naturaleza jurídica de las opiniones que emiten (¿actos administrativos o dictámenes?)”, en A.A.V.V., *Tratado General de los Contratos Administrativos*, CASSAGNE, Juan Carlos, –Director–, La Ley, Buenos Aires, 2013, Tomo 2, p. 957 y ss.; FANELLI EVANS, Guillermo, “La preselección de oferentes en la licitación pública”, ED 97:897; EMILI, Eduardo O., “La preadjudicación”, en AA.VV., *Manual de Derecho Administrativo*, FARRANDO, Ismael (H.) –MARTÍNEZ, Patricia R. – Directores–, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 315 y ss.; MARTÍNEZ, Armando Héctor, “Simple actos de la Administración”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Vol. IX: El Procedimiento Administrativo en la República Argentina, I.E.D.A., Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 449 y ss.; REJTMAN FARAH, Mario, *Régimen de Contrataciones...*, ob. cit., p. 246; entre muchos otros.

Desde una perspectiva diferente, GORDILLO señaló que la preadjudicación “*es un acto administrativo interlocutorio, que no produce todavía los efectos definitivos de la adjudicación pero resulta susceptible de impugnación por la vía recursiva*” (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del administrado*, Octava edición, Buenos Aires, 2006, Tomo 2, p. XII–41). En una postura similar, FIORINI-MATA señalaron que se trata de “*actos administrativos definitivos y no meros actos de administración*” (FIORINI, Bartolomé y MATA, Ismael, *Licitación Pública...*, ob. cit., p. 142).

impugnable<sup>1927</sup>.

Aquel es, además, el criterio que actualmente se ha seguido en las normas que regulan las contrataciones administrativas a nivel nacional<sup>1928</sup>.

#### 3.3.2.1.4.2.) Preadjudicaciones condicionadas

En el punto anterior vimos que la preadjudicación no es, técnicamente, un acto administrativo pues, en definitiva, no genera, de modo directo e inmediato, efectos jurídicos directos respecto de terceros.

Sostuvimos, entonces, que aquella es, en líneas generales, un acto meramente preparatorio de la decisión final, el cual, en rigor, no debería contener más que el juicio de valor de la autoridad competente para dictarlo acerca del mérito de las ofertas presentadas.

Una situación muy diferente es el caso de las denominadas “preadjudicaciones condicionadas”, esto es, cuando la preadjudicación se sujeta a la condición de que el o, incluso, los oferentes cumplan con ciertos requisitos exigidos en el pliego, esenciales o no.

---

<sup>1927</sup> En ese esquema, BARRA, luego de señalar que el dictamen de preadjudicación no es un acto administrativo, precisó que las presentaciones u observaciones que los oferentes hagan “*no deben considerarse impugnaciones en el estricto sentido del término –pues un dictamen no es susceptible de ser impugnado– sino meras observaciones, tendientes a modificar la selección que en principio efectuó el licitante, demostrando la mayor conveniencia de su propia oferta en relación a la preadjudicada*” (BARRA, Rodolfo C., *Contrato de Obra Pública...*, ob. cit., Tomo 2, p. 644).

Un sector de la doctrina, aunque refiriéndose a los dictámenes en general, ha señalado que el hecho de que el dictamen sea un acto típicamente irrecurrible es una mera cuestión de política legislativa y no de naturaleza jurídica, por lo que la circunstancia de que eventualmente se prevea su impugnación no le hará perder el carácter de dictamen, agregando que “*por eso no sería técnicamente defectuoso, si la ley admitiera que previo al dictado del acto se impugnara el dictamen a través de un recurso. El costo tal vez sería una –aún– menor agilidad del procedimiento administrativo, si se admite la interposición de recursos en medio de su trámite, pero ello, insistimos, es una cuestión más de política legislativa que de técnica jurídica*” (GOROSTEGUI, Beltrán, *El Dictamen Jurídico...*, ob. cit., p. 74/75 y, también, p. 55).

<sup>1928</sup> Así, el art. 68 de la Disposición N° 62/2016 que aprueba el Manual de Procedimiento del Régimen de Contrataciones prevé que el dictamen será elevado sin más trámite a la autoridad competente para concluir el procedimiento de selección. Igual solución preveía la reglamentación del régimen de contrataciones aprobada con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto N° 1030/2016 (cfr. arts. 154 del Decreto N° 893/2012).

Sin embargo, con anterioridad a las normas mencionadas, el viejo régimen de contrataciones establecía que el dictamen de preadjudicación podía ser impugnado (cfr.: art. 80 del Decreto N° 436/2000).

En aquellos supuestos, el cumplimiento o no de los condicionamientos impuestos en la preadjudicación produce un efecto jurídico directo para los destinatarios, el que puede variar desde su desplazamiento del procedimiento hasta la obtención de la preadjudicación<sup>1929</sup>.

Por ello, en estos casos, la “preadjudicación condicionada”, al afectar de manera directa e inmediata la situación jurídica de los administrados, deja de ser una simple preadjudicación para convertirse en un verdadero acto administrativo, con todas las consecuencias jurídicas que ello importa, especialmente en materia impugnatoria<sup>1930</sup>.

Es que, en definitiva, si las instituciones jurídicas no dependen del *nomen iuris* que se les asigne, sino, antes bien, de su verdadera esencia jurídica, la teoría de la calificación jurídica lleva necesariamente a considerar que aquellos actos consultivos que afectan de manera directa e inmediata a los particulares, han de ser considerados, más allá de su autocalificación, verdaderos actos administrativos.

#### 3.3.2.1.4.3.) Dictamen de preselección o de evaluación de ofertas

3.3.2.1.3.3.1.- En el ámbito nacional, el procedimiento de licitación pública puede ser de etapa única o múltiple: el primer caso se da cuando la comparación de las ofertas y de las calidades de los oferentes –es decir su evaluación– se realizan en un mismo paso, el segundo, en cambio, cuando aquella evaluación se realice en dos o más etapas o fases.

De acuerdo con lo previsto en el art. 26 del Decreto N° 1023/2001 que, como dijimos al comienzo de esta tesis, aprobó el “Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”, la licitación o el concurso públicos o privados serán de etapa única cuando la comparación de las ofertas y de las calidades de los oferentes se realice en un mismo acto.

A su vez, la normativa dispone que cuando las características específicas de la prestación, tales como el alto grado de complejidad del objeto o la extensión del término

---

<sup>1929</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación Pública...*, ob. cit., p. 40.

<sup>1930</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación Pública...*, ob. cit., p. 40/41. En igual sentido: MONTI, Laura M., “Las categorías jurídicas...”, ob. cit.

del contrato lo justifiquen, la licitación o el concurso público o privado deberán instrumentarse bajo la modalidad de etapa múltiple<sup>1931</sup>.

3.3.2.1.3.3.2.- Pues bien, en el marco de una licitación pública de etapa múltiple o de “doble sobre”, luego de la apertura del primer sobre (sobre “A”), las impugnaciones recíprocas entre los oferentes y la evaluación de las ofertas, se emite el denominado “dictamen de preselección”<sup>1932</sup>.

El dictamen de preselección<sup>1933</sup> se refiere a la evaluación que hace la Comisión Evaluadora de las ofertas técnicas de los oferentes y, a diferencia de la preadjudicación que vimos antes, constituye un verdadero acto administrativo pues genera efectos jurídicos directos e inmediatos sobre los oferentes<sup>1934</sup>, cuales son, que quienes no fueron preseleccionados no serán considerados en la siguiente etapa del procedimiento de licitación pública y, por ende, no podrán ser contratistas de la Administración.

---

<sup>1931</sup> Un profundo estudio acerca de si la implementación de un procedimiento licitatorio o concursal público de etapa múltiple se inscribe como una potestad discrecional de la Administración, o bien, como facultad reglada, puede verse en: BARRIONUEVO, Emmanuel, “Licitación y concurso públicos de etapa múltiple: el recurso a ellos ¿potestad reglada o discrecional de la Administración?”, EDA 2017-684 y ss.

<sup>1932</sup> Cabe aclarar que en las licitaciones públicas que tramitan bajo la modalidad de etapa única, se emite lo que se llama “dictamen de evaluación de las ofertas” (cfr.: Título I, Capítulo VII, art. 71 y ss. del Decreto N° 1030/2016 que aprobó el Reglamento del “Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”, en adelante RRCAN. Ver, también, los arts. 27 y ss. del Título I, Capítulo VII de la citada Disposición N° 62/2016).

Finalmente, cabe señalar que similar regulación ha sido establecida para las contrataciones nacionales de Obras Públicas pues, según surge del reciente “Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para las Contrataciones de Obras Públicas” aprobado por Disposición N° 22/2019, en las licitaciones de etapa única se emite el “dictamen de evaluación” (art. 6.10) y, en las de etapa múltiple, el “dictamen de precalificación” o “preselección” (art. 6.17).

<sup>1933</sup> Sobre el punto, el art. 65 del Título IV, Capítulo II del “Manual de procedimientos del Régimen Nacional de Contrataciones de la Administración Nacional” aprobado por Disposición N° 62/2016, establece que “*la Comisión Evaluadora analizará los aspectos de las propuestas técnicas presentadas, y emitirá el dictamen de preselección, dentro del término de CINCO (5) días contados a partir del día hábil inmediato siguiente a la fecha de recepción de las actuaciones, el que será notificado a todos los oferentes dentro de los DOS (2) días de emitido. En caso de haberse presentado observaciones emitirá en dicho dictamen su opinión fundada sobre las mismas*”.

<sup>1934</sup> En igual sentido: FANELLI EVANS, Guillermo, “La preselección...”, ob. cit.; MONTI, Laura M., “Las categorías jurídicas...”, ob. cit.; EMILI, Eduardo O., “La preadjudicación”, ob. cit., p. 315 y ss.; entre otros. Cabe aclarar, nos obstante, que si bien los autores citados se refieren a lo que con anterioridad al régimen jurídico vigente se denominaba “precalificación” o “preselección”, el plexo normativo actual que rige la licitación pública bajo la modalidad de etapa múltiple, como vimos, hace referencia al “dictamen de preselección”.



3.3.2.1.3.3.3.- De ese modo la teoría de la calificación jurídica lleva a sostener que el denominado “dictamen de preselección” que se emite en las licitaciones públicas que tramitan bajo la modalidad de doble sobre o etapa múltiple –y, en su caso, el “dictamen de evaluación de las ofertas” en las de etapa única–, al incidir de manera directa e inmediata en la esfera jurídica de los particulares, debe ser considerado un verdadero acto administrativo y no un puro y simple dictamen.

En ese sentido, el art. 11 inc. “d” del citado Decreto N° 1023/2001 expresamente prevé que la preselección de los oferentes en la licitación con etapa múltiple se instrumenta por medio “del dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en el art. 7 de la ley 19549”<sup>1935</sup>.

### 3.3.3.) Actos interadministrativos

3.3.3.1.- Están, a su vez, los *actos interadministrativos*, es decir, aquellos que nacen como consecuencia de las relaciones trabadas entre distintos entes o personas jurídicas públicas estatales<sup>1936</sup>.

El profesor COMADIRA ejemplifica claramente los dos supuestos enunciados: relaciones entre autoridades de un Ministerio y una entidad autárquica, o entre entidades

---

<sup>1935</sup> La impugnación del “dictamen de preselección” que, como dijimos, es el que se emite en los procedimientos de licitación pública de doble sobre o etapa múltiple, está prevista, además, en el art. 66 de la Disposición N° 62/2016. En el caso de las licitaciones de etapa única, la impugnación al “dictamen de evaluación de las ofertas” está regulada en el art. 73 del Decreto N° 1030/2016 (RRCAN).

Del mismo modo, en las contrataciones nacionales de Obras Públicas, según surge del citado “Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para las Contrataciones de Obras Públicas”, tanto el “dictamen de evaluación” (para las licitaciones de etapa única –art. 6.10–) como el “dictamen de precalificación” o “preselección” (para los casos de licitaciones de etapa múltiple –art. 6.17–) son impugnables (arts. 6.14 y ss.).

<sup>1936</sup> Como recuerda COMADIRA, en un trabajo en coautoría con WINKLER, relación interadministrativa es aquella “que vincula a dos o más personas públicas estatales, ya se trate del Estado en sentido lato (Nación o provincia) o de cualquiera de las personas jurídicas públicas estatales que constituyen entidades descentralizadas, poseedoras de personalidad jurídica propia”. Concordantemente, no resultan incluíbles los entes que, aunque públicos, no fueran estatales, y sería posible encontrar relaciones jurídicas de este tipo tanto entre entidades pertenecientes a una misma jurisdicción o esfera de gobierno, cuanto entre aquéllas de diferente jurisdicción (v. gr., entre la Nación y una provincia), aunque en este último caso pensamos que –en principio– el estudio particularizado de su régimen aplicable corresponde prioritariamente al derecho constitucional, sin perjuicio de la aplicación ‘supletoria’ de los principios existentes en el derecho administrativo” (COMADIRA, Julio Rodolfo – Winkler, Nora, Paula, “Las contrataciones interadministrativas...”, op. cit.).

autárquicas entre sí<sup>1937</sup>.

La PTN, por su parte, ha señalado que *“la relación jurídica interadministrativa es aquella que vincula a dos o más personas públicas estatales, ya se trate del Estado en sentido lato (Nación o provincia o Ciudad Autónoma de Buenos Aires) o de cualquiera de las personas públicas estatales que constituyen entidades descentralizadas, poseedoras de personalidad jurídica propia”*<sup>1938</sup>.

3.3.3.2.- En estos supuestos, al trascenderse el ámbito interno de las relaciones intraórganos, sí producen efectos jurídicos directos externos, pero, a diferencia de los actos administrativos, cuyos efectos jurídicos directos e inmediatos afectan a terceros, los actos interadministrativos solo afectan a los distintos entes o personas jurídicas públicas estatales que intervienen en la relación jurídica en cuestión.

Cabe agregar, también, que la doctrina ha ido incorporando en el espectro de relaciones interadministrativas, las relaciones que involucran a las empresas del Estado, las sociedades de economía mixta, las sociedades del Estado y las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria<sup>1939</sup>.

3.3.3.3.- Como se ve, si bien ambos actos tienen carácter jurídico, la principal diferencia entre los actos interorgánicos y los interadministrativos, es que los primeros son producto de una relación en la que intervienen al menos dos órganos de un mismo ente o persona jurídica pública estatal, mientras que en los últimos una o ambas partes poseen personalidad jurídica propia<sup>1940</sup>.

---

<sup>1937</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 247.

<sup>1938</sup> Dictámenes 234:645; 263:395.

<sup>1939</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 131/132; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 73; MURATORIO, Jorge I., “Los conflictos interadministrativos nacionales”, en REDA N° 19/20, p. 461 y ss.; SACRISTÁN, Estela B., “Régimen jurídico de las relaciones interorgánicas e interadministrativas. Los conflictos interadministrativos”, en AA.VV. *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2005, p. 439 y ss.

<sup>1940</sup> *Ibidem*.

La consecuencia de ello es clara: si bien los actos interorgánicos y los interadministrativos no producen efectos jurídicos directos respecto de terceros, los últimos, a diferencia de los primeros, cuyos efectos se agotan en la esfera *interna* de la Administración, producen efectos jurídicos directos en la esfera *externa* de la Administración<sup>1941</sup>.

3.3.3.4.- Por último, ha de señalarse que una de las notas esenciales de las relaciones interadministrativas es que a los sujetos intervinientes no le resultan aplicables las prerrogativas de poder público.

En ese sentido, así como la doctrina ha precisado que “*en el marco de una vinculación entre dependencias estatales no puede acudirse a la ejecutoriedad de los actos administrativos o la autotutela administrativa (declarativa, ejecutiva, agresiva, etc.*”<sup>1942</sup>, la PTN en reiteradas ocasiones apuntó que “*en la esfera de las relaciones de naturaleza interadministrativa (...) no resulta admisible concebir la existencia de prerrogativas exorbitantes de poder público entre dos personas que integran la Administración Pública Nacional*”<sup>1943</sup>.

#### 3.3.4.) Actos institucionales. Diferencias con los actos políticos o de gobierno. Remisión

3.3.4.1.- Como hemos mencionado en la tesis (especialmente en el punto N° 2.1.1. del Capítulo II), así como el acto administrativo en sentido amplio y/o genérico son el resultado de la *función administrativa*, se señala que el producto del ejercicio de la *función*

---

<sup>1941</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo I, p. 132.

<sup>1942</sup> GALLI BASUALDO, Martín, “Los actos interadministrativos”, en AA.VV., *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 27. En igual sentido: SACRISTÁN, Estela B., “Régimen jurídico...”, op. cit.; COMADIRA, Julio Rodolfo – Winkler, Nora, Paula, “Las contrataciones interadministrativas...”, op. cit.; IVANEGA, Miriam M., *Principios...*, op. cit., p. 170; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 322, entre otros.

Desde otra perspectiva, se ha señalado que “*habida cuenta precisamente del precepto del art. 99, inc. 1, de la Const. nacional, parece perfectamente procedente que el presidente, en su carácter de jefe de Estado y de la Administración, imponga sus decisiones a los entes que coadyuvan a los fines de aquél, pero jamás se le superponen*” (MONTEZANTI, Néstor Luis, *Suspensión del acto administrativo*, 2° Edición ampliada y actualizada, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 58).

<sup>1943</sup> Dictámenes 236:569; 237:358; 239:139; 242:330, 252:200 279:296, entre muchos otros.

*política o gubernamental* se traduce en la emisión de *actos institucionales*.

Si bien la cuestión la analizamos con mayor profundidad en aquel punto, solo diremos aquí que aquellos actos –que, insistimos, no son producto de la función administrativa ni de la función judicial o legislativa sino, en rigor, de la función política o gubernamental–, son los que se dictan para asegurar o lograr la organización y subsistencia misma del Estado, sin afectar con inmediatez derechos de los particulares.

Tal sería el caso, por ejemplo, de la declaración de guerra o del estado de sitio<sup>1944</sup>, la intervención federal a las provincias<sup>1945</sup>, la celebración de tratados internacionales<sup>1946</sup>, el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>1947</sup>, el veto<sup>1948</sup>, convocatoria y prórroga de sesiones ordinarias del Congreso, la convocatoria a sesiones extraordinarias en el Congreso, etc.

3.3.4.2.- Como se dijo, la característica de aquel tipo de actos es que no afectan de manera directa los derechos de los administrados y, por tanto, se sostiene que no son susceptibles de revisión judicial.

Cabe aclarar, sin embargo, que la no justiciabilidad de aquel tipo de actos no importa que ellos no puedan generar actos de aplicación que sí afecten derechos subjetivos, razón por la cual, cuando ello ocurre, aquellos últimos son susceptibles de pleno control judicial (v.gr.: detención de una persona)<sup>1949</sup>.

En ese entendimiento, en el Capítulo mencionado vimos que diversos proyectos de normas reguladoras del proceso contencioso administrativo de la Nación, tras señalar que la competencia contencioso administrativa no procederá respecto de actos institucionales

---

<sup>1944</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, (ESCOLA, Héctor, Jorge y COMADIRA, Julio Pablo: coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo I, p. 396 y, antes, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 22; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 765/766, entre otros.

<sup>1945</sup> Ibidem.

<sup>1946</sup> Ibidem.

<sup>1947</sup> Ibidem.

<sup>1948</sup> Ampliar en: VILLARRUEL, María Susana, “El veto: ¿acto administrativo?”, op. cit., p. 221 y ss.

<sup>1949</sup> CSJN, 03/12/1985, “Granada, Jorge Horacio s/ recurso de hábeas corpus en su favor”, Fallos 307:2284. Hemos descripto y analizado el caso en la nota N° 141, razón por la cual allí nos remitimos.

tales como los actos institucionales, la declaración de guerra, la celebración de tratados internacionales, la intervención federal a las provincias o a la ciudad de Buenos Aires y la declaración del estado de sitio, establece que sí serán susceptibles de enjuiciamiento tanto las controversias que se susciten con motivo de los efectos o consecuencias de los respectivos actos de ejecución, como el juzgamiento de las indemnizaciones que en cada caso correspondan.

3.3.4.3.- Ciertamente, no debe confundirse el acto “institucional” con los denominados “actos políticos o de gobierno”.

Estos últimos, como oportunamente se verá, son los que para un gran sector de la doctrina se vinculan con las finalidades superiores o trascendentes del Estado, es decir, actos que hacen a su conducción o dirección superior pero que, al igual que los actos administrativos propiamente dichos, afectan de manera directa e inmediata la situación jurídica de los particulares y, por tanto, están sometidos al régimen jurídico de la función administrativa (v.gr., indulto, conmutación de penas, el dictado de reglamentos de necesidad y urgencia, etc.).

En relación con estos últimos actos, MARIENHOFF y COMADIRA señalan que la distinción con los “actos administrativos” es meramente “conceptual”, en el sentido de que no traducen una diferencia que se concrete en principios “jurídicos” ni en el régimen jurídico aplicable<sup>1950</sup>.

*En otras palabras: si bien los “actos políticos o de gobierno” tienen en común con los “actos administrativos” que ambos afectan con inmediatez la esfera jurídica de los particulares, razón por la cual están sometidos a los mismos principios y regímenes jurídicos, se diferencian en que los primeros responden a finalidades superiores o trascendentes del Estado; los “actos institucionales”, por su parte, producto de la “función política o gubernamental”, son emitidos con el objeto de asegurar o lograr la organización y subsistencia misma del Estado y, a diferencia de los “actos políticos o de gobierno” y los “actos administrativos”, al no alterar de manera directa los derechos de*

---

<sup>1950</sup> Tan es así que, como señala MARIENHOFF, “la diferencia es sólo de efectos ‘didácticos’, pues facilita el estudio analítico de la materia” (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., Tomo II, p. 705).

*los administrados, se sostiene que no son susceptibles de revisión judicial.*

*3.3.5.) Actos regidos parcialmente por el derecho privado: los actos mixtos. Remisión*

Por último, así como los actos y contratos administrativos son el resultado de la función administrativa y los actos institucionales son producto de la función gubernamental, se señala que el producto del ejercicio de la *función administrativa impropia* se traduce en actos y contratos de objeto privado o, en otros términos, “contratos regidos parcialmente por el derecho privado” o “contratos mixtos”.

La denominación mencionada obedece a que su dictado y/o celebración no dejan de suponer el despliegue de una función administrativa, aunque incidida en parte por el derecho privado donde, por “política de gestión”, el derecho administrativo como derecho común de la Administración, no se aplica con exclusividad<sup>1951</sup>.

Por otra parte, y teniendo en consideración que la cuestión fue estudiada en el punto N° 2.1.2. del Capítulo II de la tesis, en esta oportunidad solo hemos de señalar que la particularidad de aquel tipo de actos –que, insistimos, no son el resultado de la función administrativa en sentido estricto y que, por ende, no cabe conceptualizarlos como “actos administrativos”–, es que no están sujetos a un régimen exclusivo de derecho administrativo, lo que no importa que resulten marginados de la juridicidad administrativa y privada, en lo que ambas sean pertinentes.

Tal sería el caso, por ejemplo, de aquellos dictados en el marco de una actividad de tipo comercial o industrial, como la desplegada por las entidades bancarias oficiales destinadas a operaciones o contratos de naturaleza mercantil con los particulares<sup>1952</sup>.

#### **4.) Síntesis**

4.1.- A modo de conclusión de lo señalado en este Anexo I es posible sostener,

---

<sup>1951</sup> Ibidem. Ver, también, COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 5.

<sup>1952</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “Apuntes sobre la función administrativa...”, op. cit.

entonces, que la actividad administrativa puede ser clasificada en dos grandes grupos, la no productora de efectos jurídicos de aquella otra que sí tiene consecuencias en el ámbito de la juridicidad o las relaciones jurídicas.

4.2.- En relación con la primera clasificación vimos que puede ser subdividida en hechos no jurídicos y actos no jurídicos y, además, que si bien ambas categorías no son aptas para producir, por sí mismos, efectos jurídicos, enfatizamos que aquella catalogación es de trascendental importancia para la correcta comprensión de la teoría del acto administrativo y, por tanto, el punto de partida para el adecuado entendimiento de la noción que dimos de “reglamento” y “acto administrativo” en nuestra tesis doctoral.

En efecto, mientras los *hechos no jurídicos* no son otra cosa más que una operación u actuación física o material, los *actos no jurídicos*, en cambio, importan un proceso intelectual exteriorizado o declaración, es decir, la extrinsecación de una idea.

4.3.- De ese modo, entonces, al trasladar aquella diferencia entre “hecho” y “acto” al ámbito de la actividad administrativa que sí produce consecuencias jurídicas, advertimos que existen “hechos administrativos” y “actos administrativos”.

4.3.1.- Los *hechos administrativos* son aquellos acontecimientos de la naturaleza o comportamientos materiales del órgano administrativo que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de relaciones jurídicas.

De ese modo, los hechos administrativos pueden clasificarse en “hechos administrativos objetivos”, es decir, acontecimientos de la naturaleza que no suponen el accionar humano (ej.: una inundación, un incendio, el tiempo, el espacio, la medida, etc.) y en “hechos administrativos subjetivos”, esto es, aquellos comportamientos materiales o actuaciones físicas del órgano administrativo.

4.3.2.- Los *actos administrativos*, por su parte, consisten en una declaración, lo que implica que, a diferencia de los hechos administrativos, traducen una exteriorización



intelectiva proveniente de su autor, realizada mediante la palabra escrita, oral u otro signo convencional o ideográfico dirigida a la mente del o los destinatarios del acto.

Es que, mientras el acto administrativo constituye una declaración, en tanto traduce al mundo exterior un proceso de tipo intelectual, los hechos administrativos consisten en comportamientos materiales que implican una actividad física de la Administración.

En otras palabras: los actos administrativos *lato sensu*, si bien al igual que los hechos administrativos, producen consecuencias sobre relaciones jurídicas, se diferencian de aquel en que *nunca* son un simple acontecimiento natural o comportamiento material del órgano administrativo -aun cuando de ese comportamiento se pueda inferir la voluntad del órgano administrativo- sino que, por el contrario, implican una declaración, un proceso intelectual.

En definitiva, entonces, conceptualizar al acto administrativo –de alcance particular o de alcance general– como una “declaración” significa que aquel consiste en la exteriorización de una idea, una extrinsecación de un proceso intelectual, que traduce un juicio de valor u opinión, una simple constatación de hechos o, finalmente, una declaración de voluntad o decisión. Aquella puede darse a conocer, además, mediante la palabra escrita, oral u otro signo convencional o ideográfico dirigida a la mente del o los destinatarios del acto.

4.4.- Asimismo, existen otros actos que emite la Administración pero que, a diferencia de los actos administrativos propiamente dichos –en sentido amplio y/o genérico–, no producen efectos jurídicos directos *respecto de terceros* como, por ejemplo, los actos interorgánicos, los actos interadministrativos, los actos institucionales, etc.

4.4.- Finalmente, también precisamos que así como la diferencia esencial entre el *hecho administrativo* y el *acto administrativo* es que éste último importa una *declaración* emitida en el ejercicio de la *función administrativa* y que *produce efectos jurídicos directos* respecto de terceros, no debemos confundirlo con aquellos otros actos que si bien, como tales, importan una declaración –es decir, el resultado de un proceso intelectual– que, además, produce efectos jurídicos directos *respecto de terceros*, no son

considerados técnicamente producto de la *función administrativa* ni, por consiguiente, *actos administrativos*.

Así, por ejemplo, cabe mencionar a los actos y contratos de objeto privado o, en otros términos, los “contratos regidos parcialmente por el derecho privado” o “contratos mixtos” que, como dijimos, son producto de la función administrativa impropia (ej.: los actos dictados en el marco de una actividad de tipo comercial o industrial, como la desplegada por las entidades bancarias oficiales destinadas a operaciones o contratos de naturaleza mercantil con los particulares).

4.5.- De esa manera, entonces, si sostenemos que todos los reglamentos, aún los de necesidad y urgencia y los delegados, son una especie del género acto administrativo, resulta una consecuencia lógica que en el Capítulo VII, al definir al reglamento, hayamos considerado que aquel consiste en una *declaración* emitida en el ejercicio de la *función administrativa* y que, además, está llamado a generar consecuencias en el ámbito de la jurisdicción o las relaciones jurídicas.