BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO 2

LA DEFENSA DEL USUARIO Y DEL ADMINISTRADO

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

AGUSTÍN GORDILLO

Tratado de Derecho Administrativo

PRÓLOGO DE JORGE A. SÁENZ

TOMO 2

La defensa del usuario y del administrado

Octava edición

FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Buenos Aires
2006

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Gordillo, Agustín
Tratado de derecho administrativo, tomo 2 : la defensa del usuario y del administrado - 8a ed. - Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo, 2006.

v. 2, 792 p. ; 23x16 cm.

ISBN 950-9502-38-3

1. Derecho Administrativo. I. Título

CDD 342.06

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
TOMO 2
LA DEFENSA DEL USUARIO Y DEL ADMINISTRADO

1ª edición, Buenos Aires, Macchi, 1975
Reimpresiones varias
2ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 1998
3ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 1998
1ª edición Colombiana, F.D.A. y Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1998
4ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2000
2ª edición Colombiana, F.D.A. y Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2001
1ª edición Venezolana, Caracas, FUNEDA, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo y F.D.A., 2001
5ª edición y 1ª edición Peruana, Lima, ARA Editores y F.D.A., 2003
5ª edición y 1ª edición Brasileña, Belo Horizonte y San Pablo, Editora Del Rey y F.D.A., 2003
6ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2003
7ª edición y 1ª edición Mexicana, México, D.F., UNAM (IIJ), Editorial Porrúa y F.D.A., 2004
8ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2006

I.S.B.N.-10: 950-9502-38-3

I.S.B.N.-13: 978-950-9502-38-3

Copyright by Agustín Gordillo y *Fundación de Derecho Administrativo*
Viamonte 749, piso 10, of. 8, Buenos Aires (C1053ABO), Argentina
Hecho el depósito que marca la ley 11.723
Impreso en la Argentina
Los derechos patrimoniales del autor por la presente edición pertenecen exclusivamente a la *Fundación de Derecho Administrativo* (Inspección General de Justicia N° C-7924). Este libro puede consultarse gratuitamente en **www.gordillo.com, www.gordillo.com.ar** autorizándose la reproducción de su material con cita del autor y editor, título de la obra, sitio en la www, capítulo y parágrafo o nota utilizado. El autor agradecerá cualquier sugerencia o crítica, sea por carta en la dirección arriba indicada, por fax al (5411) 4322-2169, o a los e-mails: **agustin@gordillo.com, gordillo@elsitio.net, gordillo@fibertel.com.ar**

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

INDICE

Prólogo de JORGE A. SÁENZ 27
Acerca de la 8ª edición 37
Prólogo a la sexta edición del T. 2 43
Prólogo a la quinta edición del T. 2 47
Agradecimientos en ocasión de la 4º edición del T. 2 49
Prólogo a la tercera edición 53

SECCIÓN I: LA PRUEBA DE LOS DERECHOS

Capítulo I

LA PRUEBA DE LOS DERECHOS

1. Recapitulación I-1
2. Introducción I-6
2.1. Unidad de la prueba en los distintos procesos I-6
2.2. Creación o aplicación del derecho. Verdad y prueba I-6
2.3. La dispensa de prueba I-7
2.4. La prueba en las facultades regladas y discrecionales I-8
3. Los tiempos de producción de la prueba I-9
3.1. La carga y oportunidad de la prueba I-9
3.2. Prueba en sede administrativa: el expediente I-10
3.2.1. Su carácter de instrumento público o no I-11
3.2.2. La doctrina de los actos propios y el expediente administrativo I-13
3.2.3. La vista y fotocopia del expediente I-14
3.3. La prueba en sede judicial I-14
3.4. Prueba judicial en otra jurisdicción o competencia I-15
3.5. Producción privada de la prueba I-16
3.5.1. Testimonios I-16
3.5.2. Pericias I-16
4. Legalidad y admisibilidad de la prueba I-17

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

4.1. Las pruebas ilegalmente obtenidas. Pruebas reservadas o secretas I-17
4.2. El alegato informal I-17
4.3. Pruebas inadmisibles I-18
4.4. Pruebas que hacen a la privacidad de la persona I-18
5. Medios de prueba I-19
5.1. Prueba testimonial y de absolución de posiciones I-20
5.1.1. De los funcionarios públicos I-20
5.1.2. De los particulares I-20
5.1.3. Testigos expertos I-20
5.2. Pericias e informes técnicos I-21
5.3. Fotografías y video I-21
5.4. Fax, télex, etc I-22
5.5. Prueba de informes I-22
5.6. Grabaciones telefónicas I-23
5.6.1. Telefonía común I-23
5.6.2. Telefonía celular y otras grabaciones I-23
5.7. Otros medios de prueba I-24
6. Gobierno y apreciación de la prueba. Teoría y praxis I-25
6.1. En primera instancia judicial I-25
6.2. En instancia única colegiada I-26
6.3. La importancia de la prueba privada en tales casos I-26
6.4. El prejuzgamiento judicial en casos de instancia colegiada única I-27
6.5. Eficacia y admisibilidad de la prueba I-27

SECCIÓN II : DISTINTOS TIPOS DE DERECHOS

Capítulo II

DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

1. Las categorías de derechos y su defensa II-1
2. En la legislación anterior a la reforma constitucional II-5
3. Los nuevos derechos y garantías de incidencia colectiva II-7
4. Algunos ejemplos actuales II-9
4.1. Derecho a la competencia y al control de los monopolios II-9
4.2. Derechos colectivos de los usuarios: sus intereses económicos. Tarifas y ganancias excesivas e irrazonables II-11
4.3. Derecho a la no discriminación II-14
4.4. Derecho a un medio ambiente sano II-15
4.5. Los bienes y derechos colectivos en el derecho privado II-15
5. La legitimación en los derechos de incidencia colectiva II-16
5.1. El principio general II-16
5.2. Los tres supuestos constitucionales II-16
5.2.1. El propio afectado II-17
5.2.2. Las asociaciones *lato sensu* que propendan a esos fines II-17
5.2.3. Otros casos II-19
6. Procesos en que se aplica II-20
6.1. No solamente el amparo II-20
6.2. La opción por una vía de mayor debate y prueba II-21

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

7. El proceso de conocimiento de la ley de defensa del consumidor II-22
7.1. La legitimación de las asociaciones II-22
7.2. La legitimación adicional obligatoria del ministerio público II-23
7.3. Proceso de conocimiento II-23
7.4. Cláusulas nulas y recomposición del contrato. Interpretación más favorable al consumidor o usuario II-23
7.5. En caso de duda a favor del consumidor II-25
7.6. Plazos de caducidad y prescripción II-25
7.7. Cómputo de la prescripción II-26
8. Las restricciones empíricas y cómo superarlas II-26
8.1. Primera restricción empírica II-26
8.2. Segunda restricción empírica II-27
8.3. Tercera limitación II-27
9. La resistencia al cambio II-28
10. El esquema clásico y su evolución II-29
10.1. Derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple II-29
10.2. Interés difuso II-29
10.3. La ley de defensa del usuario y del consumidor II-30
10.4. Los arts. 41 a 43 de la Constitución II-30
10.5. El derecho a la previa audiencia pública II-30
11. Algunas novedades en materia de licencias y negociaciones II-33
12. Prospectiva II-34

Capítulo III

EL DERECHO SUBJETIVO EN EL DERECHO DE INCIDENCIA COLECTIVA

1. Introducción III-1
2. Problemas procesales III-3
3. El derecho subjetivo como interés III-9
4. El derecho subjetivo como interés exclusivo y excluyente y la pluralidad de pretensiones III-14
5. El interés legítimo, derecho subjetivo y derecho de incidencia colectiva III-15
6. Casos III-19
6.1. Pluralidad de pretensiones en las tarifas de servicios públicos y derecho a la salud III-19
6.2. El ejercicio de la profesión de abogado III-20
6.3. El caso de los carteles y la seguridad vial III-21
6.4. El caso de las rampas para discapacitados III-22
6.5. El caso de los bancos de datos y la privacidad III-23
6.6. El caso del ciudadano *Gambier*. El derecho a la vigencia del principio de legalidad. Otros derechos colectivos III-28
6.7. El caso de los medidores de agua III-31
6.8. El caso de los profesionales monotributistas III-31
6.9. El caso de los contribuyentes monotributistas III-31
6.10. Amparo contra el pliego de una licitación, sin comprar el pliego III-32
6.11. Otros amparos contra el despilfarro público III-32
6.12. Conclusiones para el comienzo del siglo XXI III-32

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Capítulo IV

EL INTERÉS LEGÍTIMO

1. Legitimación e interés legítimo IV-1
2. Ilegitimidad o inoportunidad del acto impugnado y legitimación para atacarlo IV-3
3. Cuándo se decide si hay o no legitimación IV-4
4. El "interés personal y directo" como elemento de la noción de "interés legítimo" IV-5
5. El interés debe ser de un círculo definido y limitado de individuos IV-5
6. El interés personal y directo IV-6
7. Origen y significado actual de este requisito IV-8
8. Su antigua interpretación en la práctica argentina. Superación IV-9
9. Las asociaciones IV-11
10. El interés puede ser patrimonial o moral IV-12
11. El interés puede ser subjetivo IV-13
12. El interés puede ser actual, eventual o retrospectivo IV-14
13. Interpretación de este principio en la práctica argentina IV-14
14. Evolución actual. El resurgimiento de la denuncia de ilegitimidad IV-15
15. El problema del interés en los recursos interpuestos en subsidio IV-15
16. El interés retrospectivo IV-16
17. Cuándo se aprecia el interés IV-16
18. El interés moral ultraactivo IV-17
19. El interés moral exclusivo o dominante IV-19

SECCIÓN III : LA LESIÓN DE LOS DERECHOS

Capítulo V

EL "PODER DE POLICÍA"

1. Poder o función. Autoridad o libertad V-1
2. Atribución o servicio público V-4
3. Origen y evolución. El poder de policía en el Estado de Policía y en el Estado liberal V-6
4. Caracteres clásicos generales V-7
5. Su cambio en el Estado actual V-8
6. La promoción del bienestar social y el "poder de policía" V-12
7. La crisis de la "noción" de "poder de policía" V-13
8. Otros caracteres antiguos de la "policía" V-14
9. Pérdida de identidad propia V-15
10. Caracteres en la doctrina actual. Crítica V-16
11. La distinción entre "policía" y "poder de policía." Crítica V-17
12. El régimen jurídico de la "policía." Crítica V-18

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

13. Fundamento político autoritario V-20
14. La inversión del principio. Los derechos individuales como principio, la limitación a los mismos como excepción V-21
15. Conclusiones. La purificación de la técnica científica V-22
15.1. Facultades de la administración V-22
15.2. Facultades del Congreso V-25

Capítulo VI

SERVICIOS PÚBLICOS

1. Origen y evolución VI-1
1.1. Origen VI-1
1.2. Fines de siglo XIX y comienzos del XX VI-2
1.3. La época de las nacionalizaciones VI-3
1.4. Las privatizaciones de fines del siglo XX VI-4
1.4.1. Privatizaciones con desmonopolización VI-4
1.4.2. Privatizaciones con monopolio VI-4
1.5. Las renovadas discusiones sobre la definición VI-7
2. Estado actual VI-9
2.1. La existencia de marco regulatorio legal y ente independiente de contralor, audiencias públicas, protección del usuario o consumidor VI-9
2.2. Las privatizaciones sin marco legal ni ente regulatorio independiente .. VI-10
2.3. El monopolio privado como nota fundante del régimen especial VI-11
2.4. El rol del Estado cuando hay libre competencia VI-12
2.5. Prognosis VI-12
2.5.1. A fines de siglo XX VI-12
2.5.2. En la primera década del siglo XXI VI-13
3. El régimen jurídico del monopolio VI-13
3.1. Distintos supuestos jurídicos de monopolio VI-13
3.2. El monopolio espontáneo y de facto VI-14
3.3. El monopolio en los servicios públicos VI-15
3.4. El monopolio en la Constitución VI-16
3.4.1. Obligación de control VI-16
3.4.2. Participación de los usuarios VI-16
3.4.3. Marco regulatorio VI-17
3.4.4. Interpretación restrictiva de los derechos del concesionario y licenciatario VI-19
3.4.5. Su aplicación a la tarifa VI-20
3.4.6. Las cargas, los gastos y las inversiones reales. Las auditorías VI-21
3.4.7. Relaciones con el usuario VI-22
4. Otras particularidades VI-23
4.1. La audiencia pública como garantía constitucional del usuario VI-23
4.2. Los sistemas individuales y colectivos, administrativos y judiciales, de defensa. Derechos de incidencia colectiva VI-24
4.3. El ente regulador VI-24
4.3.1. Su rol VI-24
4.3.2. Facultades VI-25
4.3.3. Participación VI-26

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

4.3.4. Casos especiales VI-26
4.4. Su aplicación a la defensa del usuario VI-26
4.5. Otros mecanismos de defensa del usuario o consumidor VI-27
4.5.1. La ley de defensa del usuario y consumidor VI-27
4.5.2. Defensa de la competencia VI-28
4.5.3. Lealtad comercial. Propaganda engañosa VI-28
4.6. La propiedad de la concesión o licencia VI-29
4.6.1. Servicios públicos VI-29
4.6.2. Concesión de obra pública VI-31
5. Felicidad colectiva, interés público, bien común, *omnis et singulatis, Everything and Nothing* VI-31
5.1. La inefable felicidad colectiva VI-31
5.2. Interés público e interés individual VI-33
5.2.1. Un intento de racionalidad VI-33
5.2.2. Libertad de prensa y expresión del pensamiento VI-33
5.2.3. La ocupación del espacio público VI-33
5.2.4. La interrupción del tránsito público y actividades similares VI-34
5.2.5. Monopolio y libre competencia VI-34
5.2.6. Un ejemplo colonial VI-34
5.2.7. Usuarios y consumidores VI-34
5.2.8. El interés público como interés de una mayoría concreta de individuos VI-35
5.3. El interés público no es el interés de la administración pública VI-36
5.4. El interés público no es sólo conveniencia material VI-36
5.5. El régimen jurídico y la protección del interés público VI-37
6. Las viscisitudes de una noción "esencial" de servicio público VI-37
6.1. Identidad metodológica con el dominio público VI-38
6.2. El servicio público como organización VI-39
6.3. La finalidad del servicio público VI-39
6.4. Caracteres del servicio público VI-39
6.5. El régimen jurídico del servicio público VI-41
6.6. La noción tradicional y sus elementos VI-42
6.7. La crisis de este concepto de servicio público VI-42
6.8. El objeto o finalidad del servicio VI-44
6.9. El régimen de derecho público VI-44
6.10. Conclusión. La supresión de la noción esencial o funcional de servicio público VI-45

Capítulo VII

LA REGULACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL

1. Introducción VII-1
2. Los problemas de la realidad en un caso secular VII-3
3. ¿Regulación vs. desregulación? VII-5
4. Regulación económico-social VII-6
4.1. Los costos de la regulación VII-6
4.2. La eficiencia de la regulación VII-6
5. Auto y heteroregulación VII-7
6. ¿La regulación protege o lesiona los derechos? VII-8

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

7. Los umbrales regulatorios actuales VII-9
7.1. Defensa del usuario y consumidor, de la competencia, lealtad comercial VII-9
7.2. Tutela del medio ambiente y la salud VII-10
7.3. Defensa de la privacidad y confidencialidad VII-11
7.4. Otras regulaciones VII-12
7.5. La regulación de origen internacional VII-13
8. La actual política legislativa general VII-13
9. El inexistente equilibrio VII-14
10. Quién ejerce la regulación en el orden nacional VII-15
10.1. La salvedad internacional VII-15
10.2. Las tres variantes primarias VII-15
10.3. El fin de las delegaciones legislativas preexistentes, por la Constitución de 1994 ..... VII-16
11. Los entes reguladores o autoridades regulatorias independientes VII-17
11.1. Facultad regulatoria propia y no delegada. Improcedencia de la avocación, alzada e intervención VII-18
11.2. La finalidad de los entes reguladores VII-19
12. La regulación interjurisdiccional VII-19
13. La regulación de los servicios públicos privatizados VII-20
13.1. Las políticas legislativas sectoriales VII-20
13.2. Tarifas de servicios públicos, planes de obras e inversiones, etc VII-21
13.3. Generación de energía VII-21
13.4. El principio regulatorio VII-21
14. Las regulaciones de actividades en libre competencia, y de otros sectores económicos o sociales VII-22
14.1. Regulación económica de bancos, entidades financieras y seguros, etc. VII-23
14.2. Medios de comunicación VII-23
14.3. Regulaciones sociales, de seguridad, educación, etc VII-23
14.4. Un caso de ambigüedad terminológica: la desregulación portuaria ... VII-24
14.5. Otras materias VII-24
15. Algunas conclusiones VII-24
15.1. Las leyes de delegación en blanco y las autoridades de aplicación VII-25
15.2. Su caducidad en 1999/2004/2006/2008 ..... VII-26
15.3. El caso de los entes reguladores creados por ley VII-27
15.4. La necesaria creación de autoridades regulatorias independientes en las áreas de delegación legislativa que caducan en 1999/2004/2006/2008 ..... VII-27
16. El procedimiento regulatorio: la audiencia pública VII-27
17. Un proyecto para la transición VII-28
18. No hay alternativas VII-29

Capítulo VIII

LOS "ACTOS DE GOBIERNO"

I. *Planteo general del problema* VIII-1
1. Los diferentes conceptos de "gobierno" VIII-1

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

2. Un tercer uso del vocablo: los actos de gobierno VIII-1
3. Gobierno y actos de gobierno VIII-3
4. Carácter metajurídico de la teoría VIII-6
5. Problemas a considerar VIII-7

II. *Origen y evolución de la teoría* VIII-8
6. Origen VIII-8
7. La tesis subjetiva: no se revisa lo que el Poder Ejecutivo dice que no VIII-10
8. La teoría objetiva: distinción entre gobierno y administración VIII-11
9. Insuficiencia de la distinción VIII-12
10. Conclusiones acerca del estado actual del problema en Francia VIII-12

III. *El acto de gobierno ante la garantía de la revisión judicial (defensa en juicio)* .. VIII-13
11. En la Constitución nacional no hay excepción alguna a la garantía de la defensa en juicio VIII-13
12. Derecho natural, *Ancien Régime*, *Res publica*, Estado democrático de Derecho. El peso de nuestra herencia cultural VIII-15
13. El principio de que debe haber una instancia judicial al menos VIII-17
13.1. Los actos que no lesionan derechos de los individuos que los impugnan VIII-19
13.2. Continuación. El acto particular que no es atacado por la persona afectada por él VIII-20
13.3. Continuación. El acto general que no puede ser impugnado directamente VIII-23
13.4. El alcance de la revisión judicial: la apreciación discrecional o reglada de los hechos VIII-24
13.5. Continuación. La revisión de las facultades discrecionales VIII-25
13.6. División de poderes y acto de gobierno. El error de que cada poder sea "soberano en su esfera" VIII-27
14. El acto de gobierno ante la garantía de la constitucionalidad y el orden supranacional VIII-28
15. Estructura infraconstitucional del Estado VIII-29
16. La disyuntiva de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto VIII-29

IV. *El acto de gobierno en la práctica jurisprudencial* VIII-31
17. Los tribunales conocen y resuelven de los recursos contra estos actos VIII-31
18. Qué es "revisión judicial" VIII-32
19. Diferencia entre "revisión judicial" y "anulación judicial del acto" VIII-33
20. Conclusión: en nuestro país no existen en la práctica positiva actos irrevisables judicialmente VIII-34
21. Revisión judicial y límites constitucionales del Poder Ejecutivo VIII-35
22. Aplicación de esos límites por el juez VIII-35

V. *El acto de gobierno ante la política* VIII-36
23. Los jueces deben decidir jurídicamente la cuestión política VIII-36
24. El principio de la irrevisabilidad judicial de actos del Poder Ejecutivo es contrario al interés público VIII-37

VI. *Conclusión* VIII-38
25. La eliminación del nombre y la teoría de actos de gobierno, políticos, institucionales, etc., y subsunción de éstos dentro del concepto y régimen jurídico de los actos administrativos VIII-38

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

SECCIÓN IV: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

Capítulo IX

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. CONCEPTO Y PRINCIPIOS GENERALES

I. *Concepto de procedimiento administrativo* IX-1
1. El proceso: concepto amplio IX-1
2. Concepto restringido IX-2
3. Alcances del problema IX-2
3.1. La aplicación de reglas "procesales" al "procedimiento" IX-2
3.2. La aplicación de reglas "procedimentales" al "proceso" IX-4
4. Peligro de la noción amplia IX-4
5. Derecho procesal administrativo IX-5
6. El procedimiento administrativo y la función administrativa IX-5
6.1. Los órganos administrativos IX-5
6.2. Los órganos judiciales IX-6
6.3. Los órganos legislativos IX-6
7. Procedimientos administrativos de órganos judiciales y legislativos IX-6
8. Definición de procedimiento administrativo IX-7

II. *Principios generales del procedimiento administrativo* IX-8
9. Enumeración de los principios IX-8
9.1. Ámbito de aplicación IX-8
9.2. Los grandes principios formadores: debido proceso, informalismo, contradicción, imparcialidad IX-8
9.3. El principio de la legalidad objetiva o principio supremo de razonabilidad y justicia IX-9
9.4. Otros principios IX-9
10. Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa) IX-10
10.1. Su aplicación al procedimiento administrativo IX-10
10.2. El principio de la defensa como criterio de eficacia administrativa IX-13
10.3. El principio de la defensa como criterio de eficacia política IX-16
10.4. Elementos de la garantía de la defensa IX-17
10.4.1. Derecho a ser oído y a una decisión fundada IX-18
10.4.2. Derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo IX-21
10.5. Campo de aplicación del principio de la defensa IX-21
10.6. Nuevos desarrollos del principio IX-23
11. Principio del informalismo en favor del usuario y del administrado IX-23
11.1. El informalismo como arbitrariedad IX-23
11.2. El informalismo en favor del administrado. Origen IX-25
11.3. Su formulación en el derecho argentino IX-26
11.4. Aplicación del principio en materia de denominación de los recursos . IX-27
11.5. Otras aplicaciones del principio IX-28
11.6. Conclusión IX-29
12. Principio de contradicción IX-30
12.1. Contenido y alcance del principio de contradicción IX-30
13. Principio de imparcialidad IX-33

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

13.1. La imparcialidad en la práctica IX-34
13.2. Regla contra el prejuicio IX-34
13.3. Deber de excusación IX-35
13.4. Continuación. Principios permanentes del derecho IX-35
13.5. Imparcialidad del sumariante IX-35
14. Principio de la legalidad objetiva IX-35
14.1. Alcances del principio IX-35
14.2. El principio de la legalidad objetiva como criterio de eficiencia administrativa IX-37
15. Principio de la oficialidad IX-39
15.1. Principio de la impulsión de oficio IX-39
15.2. Excepciones al principio de la impulsión de oficio IX-39
15.3. Comparación con el proceso civil IX-40
15.4. Otras consecuencias del principio IX-41
15.5. Principio de la instrucción IX-41
15.6. Principio de la verdad material IX-42
16. Otros principios IX-43
16.1. Carácter escrito y oral del procedimiento IX-43
16.2. La oralidad como regla IX-44
16.3. Mediación o inmediación IX-44
16.4. Ausencia de costas IX-45
16.4.1. Improcedencia de la condena en costas IX-45
16.4.2. Supresión del sellado de actuación IX-46
16.4.3. Caso en que hay dos particulares en contradicción IX-46
16.5. Celeridad, economía, sencillez y eficacia IX-47
16.6. Transparencia, objetividad, justicia IX-48

Capítulo X

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA PRÁCTICA

I. *Introducción* X-1
1. La realidad en el derecho administrativo X-1

II. *Las actuaciones administrativas* X-3
2. Actuaciones administrativas y judiciales. Comparación X-3
3. El trámite de agregación de escritos al expediente X-4
4. Defectos de foliación X-6
5. La precaución de guardar copia de los escritos y documentos X-7
6. La impulsión personal de las actuaciones X-7

III. *Técnicas informales de defensa a través de los reclamos y denuncias* X-11
7. Diferencias entre los recursos y los reclamos y denuncias: la necesidad de personalizar X-11
8. Alcances de la personalización X-11
9. La individualización X-12
10. La desmitificación X-13
11. El ataque: la mejor defensa X-15
11.1. La posible derivación judicial. Remisión X-15

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

11.2. En sede administrativa X-15
11.3. En la opinión pública X-16
11.4. En el ámbito penal X-17
11.5. En la justicia administrativa: Las *astreintes* personales al funcionario X-17
12. Por qué la administración es autoritaria X-18

IV. *Estilo administrativo* X-19
13. Estilo administrativo y estilo forense X-19
14. "Falta de estilo" X-20
15. Objetividad X-21
16. Impersonalidad X-21
17. Valentía X-22
18. Prudencia X-22

V. *Estructura de los escritos* X-23
19. Exhaustividad X-23
20. Concisión o resumen X-24
21. Graduación de los argumentos X-25
21.1. Exposición de los vicios en el objeto X-25
21.2. Los vicios en la competencia X-25
21.3. Los vicios objetivos de la voluntad X-25
21.4. Los vicios subjetivos de la voluntad y los vicios de forma X-26
21.5. Conclusión X-26

Capítulo XI

EL PROCEDIMIENTO DE AUDIENCIA PÚBLICA

1. El principio constitucional XI-1
1.1. Inserción constitucional de la audiencia pública XI-1
1.2. La doble naturaleza "pública" de la audiencia pública XI-8
1.3. Audiencia pública y pública audiencia o sesión pública. *Town Meetings* ... XI-9
1.4. Carácter prescriptivo XI-9
2. Principios generales XI-10
2.1. Enunciación XI-10
2.2. Oralidad, informalismo, contradicción y participación XI-10
2.3. Instrucción XI-11
2.4. Carácter contingente de la gratuidad XI-11
2.5. La cuestión de la publicidad XI-12
3. Desarrollo del procedimiento XI-13
3.1. La preaudiencia XI-13
3.2. Reglas sobre la prueba. Registro XI-14
3.3. Publicidad de la sesión del ente XI-15
4. Partes XI-15
5. Mediación o inmediación XI-16
6. Instrucción XI-18
7. Forma y sustancia XI-19

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Capítulo XII

LA LICITACIÓN PÚBLICA

1. Ámbito de aplicación XII-1
1.1. La administración pública nacional, provincial y municipal XII-1
1.2. Los monopolios privatizados XII-4
1.3. Incidencia de la CICC XII-4
2. Licitación pública, licitación privada, contratación directa XII-5
2.1. El problema de la responsabilidad XII-5
2.2. Es un pedido de ofertas XII-6
2.3. Notas comunes XII-7
2.3.1. Comparación de ofertas XII-7
2.3.2. Máxima concurrencia posible. Informalismo XII-8
3. Principios de la licitación pública XII-9
3.1. Publicidad y transparencia XII-9
3.1.1. El primer mecanismo de corrupción, "clubes," etc.: la venta de los pliegos XII-10
3.1.2. ¿Publicación para interesados, o para el público? XII-11
3.1.3. Autonomía de los pliegos XII-12
3.1.4. Impugnación de los pliegos XII-12
3.2. Concurrencia XII-15
3.3. Informalismo XII-16
3.3.1. Finalidad del formalismo y sus límites XII-17
3.3.2. La igualdad en la licitación XII-19
3.3.3. Evolución internacional hacia el informalismo XII-20
4. Etapas de la licitación pública XII-20
4.1. Introducción XII-20
4.2. No existe preclusión procesal XII-21
4.3. Pliegos de la licitación XII-21
4.3.1. En general XII-21
4.3.2. Los problemas de la preparación del pliego y el contrato XII-22
4.3.3. El instrumento del contrato y el orden de prelación normativo XII-23
4.3.4. La participación de los oferentes en la elaboración del pliego XII-23
4.3.5. La calificación jurídica del contrato en el pliego XII-24
4.3.6. La descripción técnica del objeto XII-25
4.4. Audiencia pública previa XII-26
4.5. El llamado a licitación XII-26
4.6. La publicación de los avisos XII-26
5. La presentación de las ofertas XII-27
5.1. Inscripción en el registro XII-27
5.2. Cumplimiento de obligaciones fiscales y previsionales XII-27
5.3. Depósito de garantía XII-28
5.4. Entrega de los sobres XII-29
5.5. Apertura de los sobres XII-30
5.6. Aclaraciones y saneamientos formales posteriores XII-31
5.7. Mantenimiento de las propuestas XII-31
5.8. Sujeción a los pliegos XII-32
5.8.1. Ofertas condicionadas XII-34
5.8.2. Oferta firme, cierta, única y seria XII-35

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

5.8.3. Vicios de forma. Requisitos sin propósito XII-36
5.9. El principio de contradicción en el análisis de las ofertas XII-37
5.10. Criterios para la admisión de ofertas XII-37
5.11. Sobres A y B: evaluación sucesiva y posterior adjudicación XII-39
5.12. La adjudicación como facultad reglada XII-40
5.13. Requisitos especiales XII-41
6. La aceptación de las oferta: la adjudicación XII-41
6.1. Preadjudicación XII-41
6.2. Razonable discrecionalidad. Oferta más conveniente XII-42
6.3. Contratación directa por razones de urgencia XII-42
6.4. Carácter no obligatorio de la adjudicación XII-43
6.5. Derechos de los oferentes XII-43
6.6. Sobre quién debe recaer la adjudicación XII-44
6.7. Eficiencia XII-46
6.8. Equidad y justicia. Razonabilidad XII-46
6.9. Perfeccionamiento del contrato XII-47
6.10. Aclaraciones al pliego XII-47
7. Excepciones al requisito de la licitación pública XII-48
7.1. Monto menor a una suma determinada XII-48
7.2. Adicionales XII-48
7.3. Urgencia XII-48
7.4. Reserva XII-49
7.5. Especial capacidad XII-50
7.6. Marca, patente o privilegio XII-50
7.7. Licitación pública desierta XII-50
7.8. Licitación pública fracasada por inadmisibilidad de las ofertas XII-51
7.9. Licitación pública anulada XII-51
8. El régimen de iniciativa privada XII-51

Capítulo XIII

LA TUTELA JUDICIAL

I. *La herencia del pasado* XIII-1
1. Dificultades del tema XIII-1
2. Diferencias entre “plena jurisdicción” y “anulación” XIII-3
2.1. Derechos protegidos XIII-3
2.2. Naturaleza del procedimiento XIII-4
2.3. Facultades del tribunal en la sentencia XIII-4
3. Las confusiones entre “lo contenciosoadministrativo” y el derecho procesal administrativo XIII-5
3.1. La cuestión de la competencia procesal administrativa XIII-6
3.1.1. Hoy en muchas Provincias y antes en Capital XIII-6
3.1.2. Hoy en la Capital y algunas provincias XIII-7
3.1.3. La cuestión del agotamiento de la vía administrativa XIII-9
4. Superación de la confusión entre el sistema norteamericano y el francés XIII-12
5. Superación de la confusión entre el “contenciosoadministrativo” provincial y el derecho procesal federal XIII-13

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

II. *El control judicial, hoy* XIII-15
6. La acción en defensa del usuario y del consumidor XIII-15
7. Los progresos y sus limitaciones XIII-18
7.1. Control de la discrecionalidad XIII-19
7.2. Control de la discrecionalidad y regulación técnica XIII-19
7.3. Acción declarativa de inconstitucionalidad XIII-20
8. Las vías de tutela urgente. El amparo XIII-20
8.1. En la Capital Federal XIII-22
8.1.1. La mala recepción judicial del amparo y las cautelares XIII-22
8.1.2. El amparo definido por los derechos de la libertad, no de la propiedad XIII-23
8.1.3. Propiedad, derechos patrimoniales, licitaciones: las fuentes de corrupción administrativa que el amparo no siempre corrige XIII-24
8.1.4. Los amparos contra particulares, concesionarios, licenciatarios . XIII-25
8.2. En los tribunales federales del interior XIII-25
8.3. En los tribunales procesal administrativo provinciales XIII-26
8.4. El amparo por mora de la administración XIII-28
9. Continuación. Las medidas cautelares XIII-29
9.1. Las variantes XIII-29
9.2. Los fundamentos para concederlas y/o denegarlas. La verosimilitud del derecho vs. la presunción de legitimidad del acto administrativo XIII-30
9.3. El peligro en la demora XIII-33
9.4. La balanza entre el *periculum* y la verosimilitud XIII-34
9.5. Que no se confunda con el objeto de la acción XIII-34
9.6. La acreditación *prima facie* de los requisitos de la cautelar: información sumaria XIII-34
9.7. El *solve et repete* XIII-35
9.8. La tutela autosatisfactiva o anticipatoria XIII-38
10. "Acción" y "recurso de apelación": evolución hacia la identidad XIII-40
11. Estado actual del control judicial XIII-42
12. Perspectivas XIII-43

Capítulo XIV

PROBLEMAS DEL ACCESO A LA JUSTICIA

1. Cómo y por qué los tenemos XIV-1
1.1. Acceso a la justicia y vigencia del Estado de Derecho XIV-1
1.2. Cuántos expedientes y sentencias puede estudiar y resolver una persona por día y año XIV-2
1.2.1. La capacidad física de una persona XIV-3
1.2.2. La capacidad de revisar, no de hacer XIV-3
1.2.3. La alternativa de revisar dos sentencias por día XIV-3
1.2.4. La alternativa de cuatro sentencias por día XIV-4
1.3. Cien mil decretos por año, cuatrocientos por día XIV-4
1.4. ¿Cuál es la realidad funcional del Poder Judicial? XIV-5
1.5. Noticias buenas y malas XIV-7
1.6. Una decisión política e institucional que la sociedad adopta XIV-7
1.7. Las excusas XIV-8

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

1.7.1. No queremos justicia XIV-8
1.7.2. No hay tantas personas que sirvan para juez XIV-8
1.7.3. Es muy caro tener justicia XIV-8
1.7.4. Continuación. El costo de la corrupción y el costo de evitarla. ¿Cuál es mayor? XIV-9
1.8. Mientras pensamos el problema, busquemos alternativas XIV-10
2. Un Código no resuelve la cuestión: hace falta convicción social y judicial ... XIV-10
3. ¿Se puede hacer algo mientras se logra el consenso de tener más jueces? ... XIV-12
4. Los fallos repetitivos como merma de justicia: cómo evitarlos en el derecho actual XIV-12
4.1. El problema XIV-12
4.2. Viejas alternativas no aceptadas XIV-14
4.3. Otras variantes no aceptadas hasta el presente XIV-15
4.4. Una innovación social XIV-17
4.5. ¿Una cuestión de números? XIV-18
4.6. Cumplir el artículo 43 de la Constitución XIV-18
4.7. Prohibamos la clonación XIV-19
4.8. La legitimación internacional XIV-21
4.9. La legitimación amplia y los efectos *erga omnes* de la sentencia XIV-21
5. El costo social del rechazo de amparos *in limine litis* o sin resolver XIV-22
5.1. Algunas soluciones XIV-24
6. Facultades y deberes de la Corte y las Cámaras para resolver o atemperar por reglamento de necesidad y urgencia la privación de justicia XIV-25
6.1. La alternativa de un sistema masivo de conjueces XIV-26
6.2. Convenio Facultad de Derecho-Colegio de Escribanos XIV-26
6.3. Magistrados jubilados XIV-26
6.4. C.P.A.C.F XIV-27
6.5. Causales de recusación y excusación XIV-27
7. Hacia la delegación legislativa al Poder Judicial XIV-27
7.1. La reacción instintiva XIV-28

Capítulo XV

COMPARACIÓN DEL CONTROL ADMINISTRATIVO Y JUDICIAL

1. Comparación cualicuantitativa XV-1
2. Distintas formas de procedimiento administrativo XV-2
3. El nuevo control judicial de los servicios privatizados XV-4
4. Algunas limitaciones comunes al procedimiento administrativo y proceso judicial XV-5
4.1. Lentitud XV-5
4.2. La lentitud del juicio ordinario —la elección preferida por el Poder Judicial— y la inutilización del amparo y medidas cautelares, tornan inexistente el servicio de justicia XV-6
4.3. Eficacia XV-6
4.4. Reparación XV-7
4.5. Influencias subjetivas y objetivas XV-7
4.6. Prerrogativas y limitaciones XV-8
5. Potestades teóricas y prácticas XV-9

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

5.1. La reforma o sustitución del acto XV-9
5.2. El control de mérito o conveniencia XV-10
5.3. La posibilidad de aconsejar XV-11
6. El rol de tribunal. Imagen en la opinión pública y su efecto sobre las potestades reales XV-12
6.1. El rol XV-12
6.2. La percepción pública XV-13
7. La repercusión periodística de sus pronunciamientos. El manejo de los tiempos. La oportunidad de la publicidad XV-14
8. El momento oportuno de dictar el pronunciamiento. La política temporal del control jurisdiccional XV-15
9. La discreción política del control jurisdiccional XV-16
10. El costo XV-17
11. La asertividad del pronunciamiento XV-19
12. La posibilidad de avenimiento XV-19
13. Otras diferencias XV-20
14. El control de la administración pública: la causación circular en el desarrollo cultural y político XV-21
15. Conclusiones tentativas XV-22

Capítulo XVI

LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA INTERNACIONAL

I. *Observaciones comunes* XVI-1
1. Análisis comparativo general de los tribunales internacionales e internos .. XVI-1

II. *La defensa extranjera e internacional de los derechos humanos. Remisión* XVI-3
2. Introducción XVI-3
3. La responsabilidad del Estado por la violación a la Convención Americana de Derechos Humanos XVI-4
3.1. El fundamento XVI-4
3.2. El procedimiento XVI-5
3.3. Continuación. Algo más sobre la legitimación XVI-6
4. Otras convenciones con tutela supranacional XVI-6
4.1. Tratados internacionales y supranacionales XVI-6
4.2. Tratados bilaterales de tutela de la inversión extranjera XVI-7
5. La responsabilidad del Estado por crímenes previstos en otros tratados XVI-7
5.1. Tortura. Genocidio XVI-7
5.2. Corrupción XVI-8
6. Remisión XVI-9
7. Aplicación interna XVI-9

III. *La defensa internacional de los derechos de agentes y ex agentes públicos internacionales* XVI-10
8. Los justiciables. La materia administrativa XVI-11
9. La composición y organización del tribunal administrativo internacional XVI-12
9.1. Composición XVI-12

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

9.2. Efectos prácticos de la composición XVI-13
9.3. Perfil de los magistrados XVI-13
9.4. Organización XVI-13
9.5. La Presidencia XVI-14
10. La delegación de la creación de las normas del procedimiento XVI-14
11. Agotamiento de la vía administrativa XVI-14
12. Reuniones *ex parte* XVI-15
13. La sentencia XVI-15
14. Principios jurídicos generales. Remisión XVI-16

Capítulo XVII

EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO NACIONAL

1. La influencia jurídico–cultural en la materia XVII-1
2. El contexto de nuestra legislación clásica XVII-2
3. La multivocidad del término "arbitraje" XVII-4
4. El Estado como árbitro o como parte en un arbitraje XVII-5
5. La función del árbitro tercero XVII-6
5.1. La distinción entre árbitro y arbitrador XVII-6
5.2. El pronunciamiento del árbitro tercero XVII-7
6. El trasfondo de la resistencia local al arbitraje XVII-8
6.1. El temor a las regulaciones excesivas de honorarios XVII-10
6.2. Filosofías jurídicas en juego XVII-10
6.3. El temor a un tribunal de equidad, justicia XVII-11
6.4. La ejecutoriedad de la sentencia arbitral XVII-12
7. El poco éxito de los intentos privados XVII-13
8. El Estado como parte en un arbitraje interno XVII-13
9. La interpretación restrictiva del arbitraje, como principio local XVII-14
9.1. El contexto y los casos puntuales XVII-14
9.2. La interpretación restrictiva a cuestiones técnicas XVII-15
9.3. Jurisdicción originaria en causas de las Provincias XVII-15
9.4. Las dificultades del CPCCN XVII-16
9.5. El círculo vicioso XVII-16

Capítulo XVIII

EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL

1. Antecedentes del arbitraje administrativo internacional XVIII-1
1.1. Los albores del derecho internacional XVIII-1
1.1.1. Los internacionalistas XVIII-1
1.1.2. La visión de un abogado litigante XVIII-2
1.1.3. El arbitraje internacional como "excepción" XVIII-2
1.2. Algunas primeras señales de cambio XVIII-3
1.3. La Argentina en el proceso de globalización XVIII-4
1.4. El contexto internacionalista argentino XVIII-5

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

1.5. Los múltiples tratados de arbitraje XVIII-6
1.6. El arbitraje internacional entre Estados XVIII-7
1.7. La "internacionalidad" del arbitraje XVIII-8
1.7.1. ¿El lugar del arbitraje, las partes y el procedimiento? XVIII-8
1.7.2. ¿El inversor extranjero? XVIII-9
1.7.3. ¿La residencia de las partes? XVIII-9
1.7.4. ¿El lugar del arbitraje es determinante? XVIII-10
1.7.5. ¿La sola nacionalidad del árbitro tercero es determinante? XVIII-10
1.7.6. Algunas primeras reflexiones XVIII-10
2. La materia arbitral en algunos tratados recientes XVIII-11
2.1. Introducción XVIII-11
2.2. La protección a los inversores de Estados no partes del Mercosur XVIII-12
2.3. Tratados bilaterales con elección excluyente de vías XVIII-14
2.4. Tratados que exigen el sometimiento previo de la controversia y tribunales locales por un plazo limitado XVIII-15
2.5. La experiencia en el derecho comparado XVIII-15
3. Los problemas pendientes XVIII-16
3.1. La paradojal comparación al viejo "contencioso administrativo" XVIII-16
3.2. ¿El arbitraje internacional es cuestión de derecho nacional? XVIII-19
3.3. La renuncia forzada a la jurisdicción arbitral XVIII-20
3.4. La oportuna introducción de la cuestión arbitral XVIII-21
3.5. La ulterior intervención forzosa del tribunal nacional XVIII-22
4. Aspectos comunes a resolver XVIII-23
4.1. Cuidar que la administración tenga una *Fair Chance* XVIII-23
4.2. Temor al proceso desconocido XVIII-24
4.3. La sede del tribunal XVIII-25
4.4. Conclusiones tentativas XVIII-26
5. Los caminos del arbitraje XVIII-26
5.1. Una organización internacional de arbitraje XVIII-26
5.2. Un tribunal permanente, no agónico ni de crisis XVIII-27
5.3. El camino colectivo del Mercosur XVIII-28
5.4. El camino nacional solitario XVIII-30
5.5. La participación de todos los actores XVIII-31

SECCIÓN V: LA RESPONSABILIDAD POR LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS

Capítulo XIX

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS

1. Importancia práctica, jurídica y política del problema XIX-1
2. El fracaso previo XIX-3
2.1. La responsabilidad civil XIX-3
2.2. La responsabilidad constitucional XIX-4
2.3. Ahora, la responsabilidad internacional XIX-5
2.3. ¿O la negación total? Un pase de magia para olvidar el art. 1112 ..... XIX-6
3. Los caracteres de la responsabilidad civil de los agentes públicos. La norma civil XIX-6

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

4. Quiénes tienen derecho a exigir el regular cumplimiento de las obligaciones legales por parte del funcionario XIX-7
4.1. Los particulares XIX-7
4.2. Los demás funcionarios públicos XIX-8
4.3. El Estado XIX-9
5. Quiénes son responsables XIX-11
6. Problemas que presenta el art. 1112 ..... XIX-11
7. La omisión como causal de responsabilidad XIX-13
8. El daño como elemento de la responsabilidad XIX-15
8.1. El problema de las relaciones entre particulares XIX-15
8.2. La concatenación o la alternativa de daño material y daño moral. Modos alternativos de reparación XIX-15
8.3. El daño económicamente apreciable XIX-17
9. La culpa como elemento de la responsabilidad XIX-19
9.1. La necesidad de que haya culpa XIX-19
9.2. El caso del error XIX-19
10. El irregular cumplimiento de las obligaciones legales XIX-20
11. Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales no debidas directamente al interesado XIX-20
11.1. Qué son las "obligaciones legales" XIX-20
11.2. Algunas obligaciones en particular XIX-21
11.3. Obligaciones legales no debidas directamente al particular, sino al Estado XIX-22
12. Coordinación de la responsabilidad del agente público con la responsabilidad del Estado XIX-24
12.1. No debe abandonarse la responsabilidad personal de los funcionarios públicos, sino que debe coordinársela con la del Estado XIX-24
12.2. Es una obligación conjunta *in solidum* XIX-25

Capítulo XX

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE SUS CONCESIONARIOS Y LICENCIATARIOS

I. *Introducción* XX-1
1. El *status quo ante* y sus problemas XX-1
1.1. El viejo dogma de la responsabilidad del Estado XX-1
1.2. La vieja utopía de la responsabilidad del funcionario XX-2
1.3. La responsabilidad por error judicial. Hacia la responsabilidad política de los jueces XX-3
2. La responsabilidad del Estado en transición XX-4
2.1. Sus dos aspectos XX-4
2.2. La responsabilidad internacional aumentada XX-4
2.3. La responsabilidad interna disminuida XX-5
2.4. La irresponsabilidad del Estado por los actos y hechos de los concesionarios XX-10
3. La responsabilidad de los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos XX-11

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

3.1. La traslación de la responsabilidad del Estado a los prestadores XX-11
3.2. Otros tipos de responsabilidad de los prestadores de servicios públicos XX-13
3.3. La responsabilidad de los concesionarios viales XX-15
4. La responsabilidad civil en general XX-16
4.1. Elementos XX-16
4.2. La antijuridicidad XX-17
4.3. El daño XX-20
4.4. La culpa XX-20

II. *Tipos de responsabilidad del Estado y de los prestadores de servicios públicos* XX-21
5. En general XX-21
6. La responsabilidad por hechos y actos administrativos XX-21
7. Criterios de distinción entre responsabilidad directa e indirecta del Estado XX-22
7.1. Distinción por "funcionarios" o "empleados" XX-22
7.2. Distinción por "actos" y "hechos" XX-23
7.3. Distinción según que la actividad sea legítima o ilegítima XX-24
8. Conclusión sobre el concepto de responsabilidad directa del Estado XX-26
9. La responsabilidad directa e indirecta, antes y hoy XX-27
10. Coordinación entre las responsabilidades institucionales y personales XX-28

III. *El problema de las responsabilidades especiales* XX-29
11. La responsabilidad por acto judicial irregular XX-29
11.1. La regla de la irresponsabilidad por acto judicial regular XX-30
11.2. Un supuesto sistemático de responsabilidad del Estado por error judicial XX-30
12. Responsabilidad por acto legislativo XX-31
12.1. La regla de la irresponsabilidad interna por actos legislativos XX-31
12.2. Casos en que se acepta la responsabilidad por acto legislativo XX-32
12.2.1. Perjuicio especial XX-32
12.2.2. Enriquecimiento sin causa XX-33
12.2.3. Sustitución del derecho por una indemnización XX-33
12.2.4. Posible desarrollo de las excepciones XX-34
13. Continuación. La responsabilidad por ley inconstitucional XX-34

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

PRÓLOGO

JORGE A. SÁENZ*

I

Quisiera que el privilegio que significa prologar este Tratado se transformara en una confidencia compartida con los lectores acerca de su autor, sus valores, sus objetivos, sus conductas, su metodología científica y la importancia de sus ideas para el desarrollo de las instituciones democráticas y el progreso social en la Argentina. Creo estar en condiciones para hacerlo. Soy un testigo privilegiado de la vida, la obra y la evolución del pensamiento de Agustín Gordillo. Más de cuatro décadas de diálogos y discusiones, de tarea docente en común en los claustros de las universidades públicas de Buenos Aires y de La Plata, y hasta haber compartido el "no estar" en la Universidad, cuando ambos fuimos expulsados (título honorífico si los hay) por la última dictadura militar de nuestros cargos de profesores titulares en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a los cuales retornamos en 1985 –concurso público de antecedentes y oposición mediante– son, creo, títulos suficientes para opinar.

Lo primero que quiero decirles a los lectores es que Agustín Gordillo es un ser humano ejemplar, un gran científico, un gran profesor y un gran ciudadano. Trataré de explicar con claridad por qué lo afirmo tan enfáticamente.

Antes que nada, Agustín Gordillo ha demostrado ser, a través de estos cuarenta años, además de un maestro reconocido, **un ser**

* Este es el prólogo a los cuatro tomos del tratado, que apareció por primera vez en el primer volumen de la edición mexicana de 2004 (UNAM, PORRÚA, FDA).

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

humano ejemplar. Y esta condición, que es la primordial, no viene dada con las dotes intelectuales que por designio natural o divino lo distinguen, sino que depende de elecciones de conducta que no son fáciles en una historia académica como la nuestra, que no ha estado exenta de venganzas, injusticias y egoísmo, muchas veces alentados por los vientos de fronda del sectarismo y la mala política. La ejemplaridad se verifica, en el caso de un teórico brillante como Gordillo, cuando se puede constatar, a lo largo de esos cuarenta años, una coherencia entre la doctrina y la conducta. No hay desviaciones en la conducta pública o privada de Agustín Gordillo que pueda hacer decir a alguien que en los hechos haya desmentido lo que predicó acerca de la tolerancia con las ideas y las personas, la generosidad que debe tenerse en el aliento de las vocaciones docentes y científicas o que haya declinado la defensa de los derechos humanos y el imperio de la juridicidad.

Esta densidad humana en la calidad de Gordillo, que celebran y de la que están orgullosos sus amigos, sus colegas, sus alumnos y su familia, se encuentra ahora potenciada por los impulsos, sugerencias e ideas que incansablemente propone a las generaciones más jóvenes, transmitiéndoles con el ejemplo la importancia de preservar aquella unidad entre las ideas y las actitudes, que es invalorable para su formación.

También, y no es lo menos importante, debo señalar que ha trabajado y actuado con humildad y con respeto por los demás. Nunca le escuché a Agustín Gordillo en estos cuarenta años referirse despectivamente a algún colega o autor. Nunca lo observé en ninguna combinación espúrea para ganar una posición o para evitar que alguno la lograra. Las discrepancias las mantuvo en el plano de las ideas, y las expuso con franqueza y con fundamentos. No recurrió a la “espiral de silencio”, frecuente en la doctrina argentina, donde en lugar de discutir con argumentos se suprime la cita en los libros y artículos o se pasa al disidente a la categoría de enemigo para evitar que alcance posiciones académicas o profesionales, públicas o privadas. Esta nunca fue una característica en la actuación de Gordillo, que por el contrario, lo repito, se ha comportado como un ser humano ejemplar uniendo su doctrina y su conducta, lo que me place testimoniar aquí.

Agustín Gordillo es además **un gran científico**. Ha sabido explicar porqué se alejó del dogmatismo y de las definiciones esencialistas, tomando como herramienta conceptual básica el principio de que toda verdad es provisoria, que toda afirmación está

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

sujeta a discusión y refutación y que sólo ese proceso asegura el progreso de la ciencia. Emprende en su obra una cruzada intelectual contra el ídolo de la certidumbre, fundado en las tesis de Popper y en la teoría del lenguaje que domina sólidamente, y esta estructura metodológica, transformada en convicción científica, aplicada con rigurosidad, hace que su actitud de tolerancia, pasó de lo que pudo ser en principio una elección moral a fundarse, además, en una tesis científica precisamente sobre la ciencia misma.

La asunción de esta tesis no es ajena, desde luego, a la permanente actitud de Gordillo contra el autoritarismo y el poder. No debe perderse de vista, en este sentido, que el autoritarismo y el ejercicio del poder en el plano de la ciencia se manifiesta a través del dogmatismo, considerando equivocado (y a veces, como dije, hasta enemigo) a quien no piense como nosotros, desconociendo que la refutación y el error también integran la ciencia porque inevitablemente forman parte del camino de su progreso.

Esta categoría de gran científico del derecho, que lo ubica definitivamente entre los grandes juristas que ha producido América Latina y lo distingue como uno de los mejores del mundo, porque su obra es perfectamente equiparable a la de los autores europeos de mayor renombre, no ha impedido que Agustín sea, a la vez, **un gran profesor**. No encerró a sus lectores y discípulos en una catedral gótica de citas y catálogos de teorías e informaciones, a pesar de contar con la erudición suficiente para hacerlo. Creo que esto afortunadamente pasó porque Gordillo ha accedido a la categoría mayor de profesor, que es la de maestro. Así como cuando somos ayudantes decimos más de lo que sabemos citando de segunda mano a autores y fallos que no leímos, y sólo cuando llegamos a ser profesores decimos nada más que lo que sabemos, ganándonos el derecho a confesar lo que no sabemos, cuando se llega a maestro se dice sólo lo indispensable y necesario para la circunstancia. Se llega a dominar en ese momento de la madurez científica e intelectual el arte de la simplicidad y síntesis conceptual, que presupone el conocimiento completo de la materia de que se trate y del método de elegir lo imprescindible para la argumentación, despojándolo de lo superfluo o meramente decorativo. Gordillo ha llegado a esa etapa de su desarrollo docente y así es reconocido internacionalmente.

Esta característica de Agustín Gordillo es valorada fundamentalmente por sus alumnos de pregrado y posgrado, que adquieren en sus cursos un sistema de aprendizaje permanente, un interés en las bases epistemológicas de la ciencia a cuyo estudio se aplican,

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

una aptitud para ser críticos en la lectura del material jurídico y un entrenamiento en la decisión de casos donde, luego de definir los hechos relevantes, deben aplicar no sólo un sistema normativo sino descubrir qué valores y qué consecuencias sociales hay detrás de cada solución alternativa. Acometer esta empresa educativa con sencillez y eficacia, solo está disponible para un gran profesor, para un maestro.

Lo que llevo dicho sería incompleto si no dijera que Agustín Gordillo no sólo es un gran ser humano, un gran científico y un gran profesor, sino también que es **un gran ciudadano**. Y lo es porque ha elaborado una teoría jurídica donde rescata la función del intelectual como defensor de las libertades públicas y de los derechos sociales de los habitantes, marcando a fuego a las teorías jurídicas -y dentro del derecho administrativo a varias- que están al servicio del poder o son elaboradas exclusivamente para justificarlo y consolidarlo, de cualquier signo que sea, mas allá de la buena fe de sus autores.

Esta síntesis necesariamente breve de la personalidad de Gordillo, que por esa calidad de testigo privilegiado de su trayectoria que tengo, por el largo camino que recorrimos juntos, y en nombre de los acuerdos y desacuerdos que tuvimos y de las dudas y encrucijadas a las que nos enfrentamos, creí que podía y debía compartirla con ustedes, que están por acometer la aventura intelectual de discutir, acordar o discrepar con los innumerables argumentos y enfoques novedosos que el Tratado les pondrá por delante.

II

He dicho algo sobre la calidad científica del trabajo de Gordillo. Quisiera tomar un solo ejemplo, de los tantos que van a encontrar en las páginas de su obra: el tratamiento del concepto acerca de la función administrativa. Gordillo se ocupó en sus primeros aportes teóricos de delimitar metodológicamente el objeto de su ciencia, a partir de que le había adjudicado al Derecho Administrativo la finalidad de estudiar "el ejercicio de **la función administrativa** y la protección judicial existente contra ésta". Lo que quisiera comentar brevemente, a los fines limitados de esta introducción, son tres aspectos de esa elaboración doctrinaria, en tanto definen rasgos típicos de su estilo científico: el primero se refiere a la perspectiva utilizada para estudiar la cuestión, el segundo al procedimiento de confrontación del resultado de la investigación teorética con la realidad política nacional, y el tercero la vinculación de estos dos pasos con un tercero, que contiene sus propuestas sobre la instauración

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

de prácticas democráticas en la Argentina, con directa incidencia sobre el ejercicio de la función administrativa.

Respecto de la primera cuestión, debo destacar que el proceso de análisis sobre la función administrativa, si bien está centrado en una perspectiva normativa, no está limitado a ella. En sus obras tempranas está claro que el problema de las funciones del Estado, como empírica e históricamente las conocía en ese momento, con cometidos prestacionales y protectores legitimados por la eficacia, constituían una realidad más compleja que la tratada por la doctrina corriente, lo que motivó, creo, que no limitara su abordaje al de la perspectiva de la pureza positivista heredada de los fructíferos embates kantianos y neokantianos contra el cameralismo y sus sucesores.

Por el contrario, advirtió desde entonces, en una tendencia que se acentuó en su obra posterior, que el derecho es una ciencia que opera sobre un sector de la realidad y que no puede conocerse en profundidad ni pretenderse un cambio de esa realidad que sirva a la justicia, si la reflexión teórica se limita al plano del análisis normativo. Es notable cómo desde sus primeros trabajos considera al derecho como una disciplina humanística que no separa sino que integra las normas con los hechos históricos sobre la que opera y con los juicios valorativos que en la interacción de una y otra van construyendo la práctica social. Este permanente juego dialéctico entre los planos del ser, del deber ser y de la crítica axiológica, lo lleva a insistir en la necesidad de que la formación del jurista y su propia investigación científica estén apoyadas en el conocimiento de la economía, la filosofía, la sociología y la historia, que deben iluminar indefectiblemente la tarea de aplicación e interpretación del derecho a las situaciones concretas, y estar presentes para poder valorar en su conjunto tanto la justicia de un orden jurídico como la justicia concreta de cada caso.

En esa línea, realizó la crítica de las tesis que eran de recibo en ese momento, sobre si la función administrativa es una actividad o es la organización que la desempeña o es un residuo. Agustín se alejó de esa discusión secular aunque no la rehuyó, planteando su propia posición, que ha demostrado a través del tiempo ser de una gran utilidad ordenadora y a mi juicio superior a muchas formulaciones europeas clásicas, donde la discusión, luego de muchos años se abandonó, al reputarse inviable la definición objetiva de administración (el fin de la polémica por agotamiento ha sido certificada nada menos que por el gran Giannini).

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

La definición que propone, como la verán desarrollada en el Tratado, es, dentro de su criterio científico que explica previamente, más bien de tipo estipulativo, es decir no intenta ser una verdad dogmática ni describir la esencia de la administración. Es producto de la investigación acerca de qué grupo de hechos recibe un trato sustancialmente igual por parte del derecho. De tal manera, la definición resulta mas nítida, mas clara y mas útil, ya que al partir de otro criterio que el subyacente en las definiciones dogmáticas clásicas de la función administrativa, nos coloca en una perspectiva diferente y explícita, y que, la compartamos o no, nos permite decidir críticamente, como lectores, si la lista de características que justifican que la palabra definida pueda aplicarse a un sector de la realidad es útil o conveniente para el desarrollo teórico de la ciencia.

El segundo aspecto que quería destacar es que Gordillo no aísla a esta reflexión teórica dentro de un sistema conceptual abstracto. Por el contrario, la confronta con la realidad, como es característica de toda su obra, que no limita sus aportes a la consideración de la legitimidad formal de las instituciones, tomándolas sólo como distribuidoras de funciones, sino que comprometidamente se expide sobre la legitimidad sustantiva del Estado, examinando en qué medida ese Estado y esa administración ponen en acto (o no), a través del ejercicio concreto de la función administrativa, antes conceptualizada, valores, ideas y proyectos colectivos, para saber a que tipo de práctica social sirven. No debe olvidarse, aún cuando no desarrollo por razones obvias este aspecto con la extensión que merece, la importancia que desde el punto de vista de las libertades públicas tiene la impugnación largamente argumentada que hizo Gordillo de las pretendidas funciones legislativas o jurisdiccionales de órganos pertenecientes a la organización administrativa.

En este orden de ideas, ubicó a la función administrativa, en la medida que comprende a la totalidad de las actividades del Poder Ejecutivo (además, pero secundariamente, de las de los otros poderes que no sean materialmente su función principal) en una posición subordinada a la legislación y a la jurisdicción, dentro del equilibrio teórico de los poderes diseñado por la Constitución. No obstante, verificó en la realidad el desequilibrio real, consistente en que los poderes legislativo y judicial están en los hechos subordinados al ejecutivo. Hace más de treinta años Gordillo explicaba que ello se debía a la necesidad política de los legisladores de contar con cargos públicos para atender a su clientela y sus corruptelas, nombramientos que sólo el Poder Ejecutivo podía proporcionar, ade-

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

más de señalar agudamente que el liderazgo político del presidente anulaba también la función de control del Poder Legislativo y aún la del Poder Judicial, cuando aplica con excesiva benevolencia el *self restraint* y los diversos criterios limitativos de su atribución de juzgar la actividad de los otros poderes.

Este aguerrido juicio de Gordillo no recibió la adecuada atención en la discusión académica, que prefirió quedarse en el nivel de las definiciones pretendidamente descriptivas de un orden institucional que no existía. La historia subsiguiente fue ciertamente nefasta: de la distorsión del sistema constitucional se pasó a su desconocimiento total con la instalación de las dictaduras de 1966 y 1976. Y como tampoco se tomaron en cuenta esas lúcidas críticas después de 1983, es que hoy vivimos bajo una situación de quiebra difícilmente remediable del sistema de división de poderes, que compromete seriamente el futuro de la democracia representativa.

Inclusive no puede soslayarse que la relativización intensiva del sometimiento de la Administración a las órdenes judiciales, se vincula en la Argentina a tales vicisitudes, que jalonaron, a lo largo de varias décadas, la liquidación a favor del presidencialismo (y de la Administración Pública) del pleito acerca de la sede verdadera del poder entre el Legislativo y el Ejecutivo, que puede verificarse a través de la validación de los decretos-leyes (tesis de la continuidad), la utilización indiscriminada de la delegación legislativa (con legitimación por parte de la justicia, ratificación legislativa en bloque posreforma constitucional de 1994 y uso actual de su artículo 76) y de los decretos de necesidad y urgencia (legitimados *ad nauseam* por la Corte) y la limitación de la función del Congreso a aprobar los proyectos preparados y originados por el Poder Ejecutivo, muchas veces bajo una presión inadmisible y la amenaza anticipada del ejercicio de la facultad de veto.

Y, por otro lado, en la constatación del dato de que el desarrollo del Estado implicó, además, la multiplicación normativa de origen administrativo, signo externo del cambio de su racionalidad interna. El resultado fue que la tajante distinción entre ley y acto de la administración aparece como superada, no por la teoría sino por la realidad, con la resultante de que el Ejecutivo, como poder tecnificado, pasa a ocupar el lugar decisivo, no solo en la función de elaboración legislativa, sino en todo el proceso normativo. Es, como quedó dicho, el programador de la actividad parlamentaria y emisor *per se* de normas generales en todos los ámbitos. Ello derivó en el cuasi monopolio jurídico y en el práctico monopolio de

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

hecho que tiene hoy la Administración Pública para definir lo que en cada caso y en cada etapa histórica debe ser el "interés general", frente a lo cual la reserva de los derechos del ciudadano quedó en la "administración de justicia", en la que, según los criterios administrativos, ha devenido la verdadera naturaleza del "Poder Judicial" de la Constitución. Este desequilibrio flagrante de la organización constitucional de los poderes ha quebrantando de manera grave y difícilmente remediable el sistema mismo de la democracia representativa, lo que vuelve más valioso que nunca atender a las críticas y propuestas de Gordillo para remediarlo.

A ello va dirigido el último aspecto que quería destacar. La definición de la función administrativa y la insistencia en su posición subordinada respecto de la legislación y la justicia, integra una visión de las condiciones de lo que se conoce como estado de derecho y más particularmente como estado social de derecho. Gordillo atendió vigorosamente este problema destacando la falta de contradicción entre el estado de derecho clásico, en tanto defensor de los derechos individuales, y el estado de bienestar, como interventor activo para lograr la "libertad de la necesidad". Ahora bien, pronunciarse sobre si en la Argentina contamos con un estado social de derecho, atendiendo a la práctica social respecto de la extensión y modalidades de ejercicio de la función administrativa, implica la adopción de criterios acerca de qué notas definitorias se convenga en considerar relevantes para definirlo y el punto en que se acuerde dejar de hacer distinciones, sobre todo después que el estado, de ser el gran demiurgo de la historia, pasó a ser el gran demonio de la historia.

En términos muy generales, a casi todas las etapas históricas del Estado argentino se las ha calificado frecuentemente como "de derecho" recurriendo para ello al expediente de definir sin confrontar con la realidad, con un enfoque formalista y tecnocrático de la estructura de los poderes públicos, que afirma la vigencia general del principio de legalidad, apareciendo sus violaciones como meras anormalidades contingentes que encontrarán su remedio a través de los recursos administrativos y judiciales, aún con sus imperfecciones. De tal manera, si entre las instancias de la "idea del estado de derecho" y la "concreción histórica" de ese tipo de estado, nos limitamos a considerar relevante sólo a la primera, ello nos proporcionará necesariamente una versión incompleta y acaso engañosa de la cuestión que se está examinando, ya que esa perspectiva impide que se tomen en cuenta los vicios estructurales que impiden el goce efectivo de los derechos y libertades de los ciudadanos, o sea la ne-

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

gación de los requisitos mínimos para que aquel tipo de estado se configure.

Por tal razón cobra una importancia decisiva en la metodología de nuestra materia esta característica de la obra de Gordillo, consistente en la confrontación de la reflexión teórica con la realidad, que opera en definitiva como procedimiento de validación de las operaciones de definición, clasificación e inclusión, que no son inocentes desde el punto de vista de la valoración, toda vez que debe analizarse si son pertinentes los rasgos que se seleccionan cuando se agrupa un caso dentro de cierta categoría. La discusión sobre estos criterios de inclusión recibe de Gordillo un impulso más que decidido y nos invita a todos a participar en ella, al considerar que el Estado no es un dato dado sino una construcción, el producto y la expresión de una cultura y sus contradicciones, siendo el papel del intelectual elaborar teoría acerca de su funcionamiento y de su articulación con la sociedad civil, haciéndolo portador de proyectos colectivos que aseguren y que garanticen la integridad y la cohesión social.

En este orden, quiero destacar que Gordillo, verificada la magnitud de los defectos de funcionamiento del estado argentino (lato sensu), que problematizan su inclusión en la categorías de estado de derecho y de régimen político con democracia representativa, volcó buena parte de su esfuerzo teórico en examinar las nuevas condiciones de ejercicio de las funciones estatales, básicamente la administrativa, a través de la participación de los ciudadanos en el espacio público, como actores eficaces en la formación de la voluntad general, colocándose en la línea más avanzada respecto de la concepción de la democracia.

Desde este punto de vista, la caracterización del estado argentino como social de derecho y democrático pasó a ser "condicional" en el sentido que la especificación de sentido que proporciona esa afirmación está sujeta a determinadas condiciones. Entre ellas quiero citar la abundante producción de Agustín acerca de la participación activa de la sociedad civil como requisito indispensable de la democratización, el estado de bienestar y su crisis, la exigencia de un principio fuerte de igualdad, la libertad positiva, los derechos económicos y sociales, las precondiciones sociales de la libertad, la extensión de la legitimación procesal para activar las decisiones jurisdiccionales, las reformas judiciales, la descentralización, la imperatividad de las normas internacionales, los medios para combatir la corrupción, la reivindicación del equilibrio constitucional

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

de poderes, la impugnación a la delegación legislativa y a los decretos de necesidad y urgencia y el control estricto sobre las concesiones de servicios públicos, entre otros. Lo que implica volver de la realidad a las ideas para corregir la gravísima distorsión de su realización histórica concreta. En especial, y para terminar, quiero recordar con gran reconocimiento sus trabajos desde hace treinta años acerca de la participación de los usuarios en las empresas de servicios públicos, la generalización del procedimiento de audiencias públicas y la defensa de los derechos de incidencia colectiva, aspectos que hoy están en el centro de la escena.

Los temas que he enumerado son tal vez los centrales del debate actual acerca de la reformulación del estado democrático de derecho. Gordillo los inserta, coordina y relaciona con los tópicos clásicos del Derecho Administrativo, cuyo tratamiento corriente excede largamente, porque estamos en presencia de un jurista completo e integrador, que domina el Derecho a secas, más allá de especializaciones acotadas artificialmente, cada vez más insostenibles. Es por esta característica del autor, precisamente, que ha podido acometer con tanta fortuna el desarrollo de un Tratado completo sobre la materia, que a partir de ahora quedará a merced de vuestras inteligencias críticas. Podría asegurar sólo una cosa: aunque no estén de acuerdo con una sóla de las reflexiones teóricas de Gordillo, el pasaje por la discusión de sus argumentos no será una operación cultural estéril, sino, por contrario, extremadamente enriquecedora. Así como en el teatro isabelino el prólogo estaba a cargo del actor que adelantaba el tema del drama, quise advertirles en estas páginas previas, lo inevitablemente arduo que resultará el trabajo intelectual de dialogar con Gordillo, mediante la lectura del Tratado, interacción que, a través de los acuerdos y refutaciones que surjan, promoverá sin duda alguna el progreso de nuestra ciencia.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

In memoriam

JULIO RODOLFO COMADIRA

JORGE LUIS SALOMONI

ACERCA DE LA 8ª EDICIÓN

En el año 2005 iniciamos el mecanismo que ya es usual en nosotros para la actualización de una futura nueva edición. Comenzamos por pedirle a todos nuestros colegas y amigos, actuales y futuros, sugerencias y críticas. Los aportes así recibidos fueron luego coordinados por otros amigos, que en algunos casos pidieron o hicieron aportes cruzados. Con el resultado de todos estos trabajos solidarios, cuyos autores luego mencionamos, nos aprestamos a la revisión final, y la corrección final que enseguida explicaremos, en el 2006.

Mientras ello ocurría, estuvimos realizando algunas tareas que, al terminar de corregir la nueva edición del presente tomo 2, advertimos que confluyen en ella. Por un lado, con un tremendo esfuerzo, hicimos los comentarios o notas a la 1ª edición argentina del *Curso de Derecho Administrativo* de **EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ**, que editara Thomson/Civitas-La Ley en Buenos Aires en el año 2006. En el centenar de páginas que para ello preparamos, intentamos hacer una reflexión comparativa de los diferentes contextos en los cuales se mueven nuestra realidad y nuestro derecho, y la realidad y el derecho continental europeos, tal como los autores brillantemente lo exponen a partir del derecho español. Tuvimos para ello mucha ayuda, que la consignamos en esa publicación. Al hacer las referencias bibliográficas para el que quisiera seguir la pista argentina, como la denominamos en esa ocasión, no tenía sentido remitir a

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

obras que ya no se encuentran fácilmente accesibles, sea cual fuere su importancia. Ello importaba una limitación fáctica muy sustantiva, que nos determinó a optar preferentemente por los autores contemporáneos y más jóvenes.

Al actualizar este segundo volumen hemos enfrentado un problema distinto, y hemos procedido a realizar una poda bibliográfica, partiendo de lo ya escrito hace demasiados años, que venía mostrando cambios de referencias bibliográficas en las sucesivas ediciones. Ocurre que muchos de los capítulos habían visto la luz por primera vez como artículos de revista hace alrededor de cuarenta y cinco años, cuando hicimos la mayor parte del esqueleto de nuestra obra: la cita de libros o artículos de esa época o anteriores, por más que fuera en su momento adecuada, quedaba ya francamente llamativa en el siglo XXI. Lo hemos visto en obras del siglo XX con referencia a citas del siglo XIX. Realizamos entonces una reducción de las referencias bibliográficas a autores que, aunque buenos o muy buenos, ya son difícilmente accesibles pero están en todo caso referenciados en las ediciones anteriores. Profundizamos un movimiento casi imperceptible, salvo para el ojo muy entrenado, que ya habíamos iniciado antes.

Otras líneas de trabajo que precedieron a la redacción final de esta nueva edición del tomo 2 las encontramos como por fuerza propia reflejadas en esta presentación. No sé si era inevitable o no. Un trabajo que habíamos distribuido en nuestro mail colectivo "Gordillo2005" y luego "Gordillo2006," referido a las elecciones del 2007, estaba muy cargado de reflexiones económicas, antropológicas, históricas, sociológicas, políticas, además de jurídicas. Era la continuación de reflexiones trabajosamente armadas para mi libro *The Future of Latin America: Can the EU Help*, publicado en Londres por Esperia, en 2003, y también en Internet. Se trataba sobre todo de las investigaciones y reflexiones de sus capítulos II y III, adonde también nos remitimos. El peso de tanta confluencia informativa y reflexiva terminó por aplastar el artículo, que decidí no podía publicar como estaba. Además había olvidado investigar un tema del cual nuestra ciencia política está henchida de producción científica e histórica, el del presidencialismo y caudillismo, que sí estaba en mi libro antes citado, aunque sin el respaldo bibliográfico pertinente.

Suplida aunque sea parcialmente esa omisión, hete aquí que todo ese material que hace al entorno del problema jurídico fue encontrando recepción en intersticios de este tomo 2, de modo que terminé reescribiendo o ampliando muchos párrafos a luz de estos enfoques interdisciplinarios, o agregando párrafos o parágrafos nuevos, dándole un panorama más integrador, desde otra mirada, a todo el tomo y espero a toda la obra. Ya estoy trabajando en esa perspectiva para los demás volúmenes.

Temas que había tratado desde mis primeras épocas a fines de la década del 50 y comienzos de la década del 60 tan sólo desde la perspectiva normativa, empírica y política, los matizo ahora cada vez más fuertemente con trazos provenientes de aquellos otros planos del conocimiento. Les agregué algunas referencias bibliográficas al efecto, muy pocas, para quien deseare explorarlos más, que

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

también podrá ampliarlas en mi libro del año 2003 citado más arriba. Sólo en algún caso el lector podrá encontrar desde el sumario o los índices la pista de estos nuevos aportes; en general han quedado subsumidos en el desarrollo de la exposición anterior. La exposición dista mucho de la que escribiera hace más de cuatro décadas, no porque diga otra cosa, que no lo hago, sino porque agrego argumentos que antes no había expuesto, como si nunca los hubiera visto. Francamente, quizás sea cierto: no los ví antes, es el transcurso de los años que me los hace ver. El esquema es el mismo, los argumentos se han multiplicado con los años y la vida, desde otros ángulos del conocimiento y la experiencia: La realidad nacional, de tanto golpearlo a uno, termina convenciéndolo de su fuerza para resistir todos los intentos de cambio y para regresar siempre remozada y vigorosa, presta a repetir los errores del pasado. El autor debe hacerse cargo de ella, crecientemente, para al menos demostrar que no ha vivido en vano.

Una línea de trabajo adicional que fui llevando estos últimos años se refiere a la propuesta de reforma de la administración mediante la creación de tribunales administrativos imparciales e independientes para dictar el primer acto administrativo; otra más reciente, la reflexión acerca del rol negativo que ha venido desempeñando la CSJN en la seguridad jurídica argentina en los años que han pasado. Ambas han encontrando acogida, como líneas directrices, en este volumen. Con lo cual esta edición, más que una mera puesta al día, actualización y también creciente poda bibliográfica antigua, ante el avance de verdes brotes nuevos de jóvenes estudiosos, es sobre todo una nueva reflexión, a la luz de la siempre lacerante realidad de nuestro derecho administrativo.

Leemos en los diarios cómo Evo Morales habla de los 500 años de su pueblo en Bolivia, y hemos escuchado en Brasil al presidente de una distinguida Universidad hacer igual referencia, en un importante acto académico oficial, a los 500 años de Brasil. Creo que es hora de que empecemos a pensar en los 500 años de la Argentina: hace reflexionar más y, a mi juicio, mejor, sobre nuestra realidad. Algo de eso podrá vislumbrar ocasionalmente el lector en esta octava edición. "Inquietante," nos había dicho una distinguidísima colega a propósito de nuestro nunca publicado artículo, herencia de aquel libro de 2003, que de algún modo encontró ahora refugio parcial en este volumen.

Colaboró en esta edición, en la coordinación general, **NATALIA MAINETTI** con ímproba dedicación y esfuerzo, eficacia y buen humor frente a la adversidad de mis requerimientos académicos y la multiplicidad de colaboraciones que supo conseguir y debió después compaginar. Rehizo enteramente algunos capítulos **AGUSTÍN GARCÍA SANZ**, aunque siguiendo la línea argumental del autor, lo cual debe haberle costado no poco trabajo. Volvió a leer otros y los devolvió con innúmeras sugerencias, ideas, aportes, propuestas. Confieso que, abrumado, tomé menos de lo que aportó, lo mismo que me ocurrió con los múltiples aportes de **NATALIA MAINETTI**. Gracias, tocayo amigo; gracias **NATALIA**.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Hicieron sugerencias y contribuciones:[1]

JUAN ENRIQUE ABRE
DANIELA ALETTI
ENRIQUE ALONSO REGUEIRA
MATÍAS ÁLVAREZ
SILVANA AMBROSINO
SANTIAGO ÁVILA
JOSEFINA BARBARÁN
CLOVIS BEZNOS
NICOLÁS BONINA
MARÍA VIRGINIA CAFFERATA
ARIEL CARDACI MÉNDEZ
SANTIAGO CARRILLO
AYELÉN CASELLA
DARÍO CIMINELLI
NICOLÁS DIANA
AGUSTÍN GARCÍA SANZ
ARIANA GARRIDO
HUGO GONZÁLEZ ELÍAS
GIANCARLO HENRÍQUEZ MAIONICA
JOSÉ LUIS IGLESIAS RODRÍGUEZ
SANDRA MARCELA IOSUE
MARIANA LARRAÑAGA
ADRIANA LAURÍA
NATALIA MAINETTI
ANABELA MANGONI
CAROLINA MARTÍNEZ GARBINO
IGNACIO MINORINI LIMA
JULIETA RODRÍGUEZ PRADO
CECILIA SAAVEDRA
JUAN MANUEL SALGADO
GUILLERMO SCHEIBLER
CYNTHIA SEMINO
HERNÁN SPINA
LEONARDO TOIA
GONZALO VIÑA
JUAN MARTÍN VOCOS CONESA
FEDERICO URTUBEY

[1] Uno de ellos me hizo ver que venía citando mal, por haber leído mal, un fallo de la Corte ¡desde hace 46 años! ¡Qué frágil es toda obra humana! Persevero, con la ayuda que me brindan los que desean evitar la perpetuación de errores. Yo trato de hacer lo mismo.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

En la versión final de las pruebas de imprenta y en el siempre arduo control de las citas y de la corrección de las revisiones y remisiones, nos ha prestado una ayuda invalorable FLORENCIA NACCARI, que ha sabido usar al máximo tanto los recursos de la informática como la vieja laboriosidad de la tradicional biblioteca pública, esta última en franca desventaja para acceder a los clásicos a fin de completar datos faltantes de edición de las citas bibliográficas de la década del sesenta. Fue más útil, a veces, hurgar en mi dispersa biblioteca.

*

Pedimos ahora, una vez más, que todos aquellos que puedan aportar alguna crítica o sugerencia a cualquiera de los cuatro volúmenes tengan a bien hacerlo. Ya estamos revisando el tomo 4°, cuya octava edición salió a fines del 2004, para hacer una nueva edición para el 2007. Lo mismo para el tomo 1, cuya novena edición salió en México en 2004, y cuya décima edición, que será en este caso argentina, aparecerá un poco más tarde, posiblemente en el mismo año 2007.

*

Aprovechamos para poner en conocimiento de nuestros amables lectores que sin perjuicio de continuar con la dirección del *Suplemento Administrativo* de la Editorial La Ley S.A., actualmente con la colaboración de **NATALIA MAINETTI**, en el año 2005 apareció la revista *RPA, Res Publica Argentina*, editada por Ediciones Rap S.A., cuyo Consejo de Redacción, bajo nuestra dirección, quedó integrado de la siguiente manera:

Subdirector:

AGUSTÍN GARCÍA SANZ

Consejeros:

DAFNE SOLEDAD AHE

MARCELO BRUNO DOS SANTOS

SANTIAGO CARRILLO

NICOLÁS DIANA

NATALIA MAINETTI

JOSEFINA PAZOS

GUILLERMO SCHEIBLER

¿Es acaso necesario decir que la revista es de ellos, la hacen ellos, y por cierto, magníficamente bien? Es una revista original, distinta: vale la pena leerla.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

*

Para despedirnos, recordamos a JULIO RODOLFO COMADIRA: su serena e inconmovible fe en el Señor le hará más fácil comprender lo que a los demás nos cuesta tanto, verlo irse de entre nosotros cuando estaba en plena producción de su madurez científica, aún joven, lleno de proyectos, de vida, de libros, de ideas, de intensa actividad académica creadora. Nos queda al menos el consuelo de que ciertamente descansa en la paz del Señor. JULIO, te extrañamos y te queremos mucho.

JORGE LUIS SALOMONI: Querido amigo, acababa de cerrar las líneas precedentes para nuestro común amigo JULIO, la misma mañana en que el destino quiere que, horas después, deba escribir también estas líneas en tu memoria luego de haberte dado el último adiós. No quise cambiar lo ya escrito a JULIO y por eso este agregado parece, o es, una tardía añadidura que no empalidece tu memoria sino que tan sólo muestra la frágil arcilla de que todos estamos hechos. La muerte te sorprende más joven aún, JORGE, en la cúspide de tu intensísima actividad académica por toda América y por todo el país, además de Europa, como JULIO, cuando tanto habías dado pero más aún tenías para dar y tanto esperábamos de vos, sin saber que el fin se aproximaba velozmente.

JORGE, JULIO, lloramos vuestra ausencia.

Agustín Gordillo

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

PRÓLOGO A LA SEXTA EDICIÓN DEL TOMO 2

—2003—

1. *Esta sexta edición*

Hace pocas semanas salió a la luz la 8ª edición del t. 1, luego de la aparición simultánea de dos nuevas y hermosas ediciones conjuntas de los cuatro vols., encuadernados en tapa dura por primera vez,[1] en Perú y en Brasil. Ahora entrego a la luz la sexta edición del t. 2, explicando como hice en la 8ª del t. 1, que la numeración responde al criterio de numeración universal: la edición peruana y la brasileña fueron la primera en tales países, pero la quinta del t. 2 en el total de ediciones. Por ello la presente es la sexta edición del t. 2, aunque la anteriormente aparecida en nuestro país sea solamente la cuarta. Espero no confundir, en todo caso el listado de ediciones está en la página del *copyright*.

Nos han dado ideas, información, materiales, críticas, etc., que he utilizado en la actualización y corrección de esta sexta edición del t. 2:

Daniela Aletti,
Matías José Álvarez,
Mercedes Aveldaño,
Carlos A. Botassi,
Marcelo Bruno dos Santos,
Claudia Caputi,
Fernando Cupo,
Agustín A. M. García Sanz,
Ariana Garrido,
Germán González Campaña,
Jesús González Pérez,
Hortensia D.T. Gutiérrez Posse,
Sandra Iosue,
Mariana Ayhesa Iturralde,
Mara Ruiz,
Jorge Alberto Sáenz,
Guillermo Scheibler,
Juan Antonio Stupenengo.

[1] Rememoro así el prólogo zumbón de las obras completas del gran escritor policial del *argot* francés, San Antônio.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Con la licencia que nos dan el afecto recíproco y la propia edad, mezclamos así a los grandes como don JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, con los colegas de igual generación, generaciones intermedias y otras que recién empiezan. Lo hemos hecho en otras ocasiones, sin mengua del respeto, para destacar el aspecto comunitario del esfuerzo que entre todos compartimos.[2] Gracias a todos ellos es posible este libro en su versión actual.

2. *Homenajes y prólogos que van y vienen en la vida*

No podemos menos que agradecer especial y públicamente, también, el inmenso gesto de afecto y generosidad que significó el libro de BOTASSI, CARLOS A. (director), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, LEP Librería Editora Platense, 2003, un volumen de 520 páginas, y dentro de él las propias palabras de BOTASSI con su extraordinariamente cálida "Presentación," pp. 9-14; del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP Dr. ROBERTO O. BERIZONCE, pp. 19-21, Universidad que nos designara en tal ocasión Profesor Honorario, Resolución C.S. n° 8/03 (pp. 23-5); nuestro viejo y querido amigo JORGE ALBERTO SÁENZ en un maravilloso capítulo que tituló "Gordillo, la función administrativa y la democracia," pp. 69-78; INÉS D'ARGENIO, de quien partió la iniciativa (p. 17) y en suma de todos los que tuvieron a bien sumarse a este generoso acto de puro afecto. Amigos todos, gracias, desde el fondo de mi corazón.

He pedido y recibido prólogos antes de ahora: de JUAN FRANCISCO LINARES, para la primera y segunda edición de *El acto administrativo*, que mantenemos en el tratado en el respectivo tomo 3; de SPYRIDON FLOGAITIS, para nuestros dos libros *An Introduction to Law*[3] (lo mismo que para la edición francesa en preparación, *Une Introduction au Droit*, dedicada a GUY BRAIBANT) y *The Future of Latin America: Can the EU Help?*[4] Ahora se lo he pedido a JORGE ALBERTO SÁENZ y me lo ha aceptado para la próxima edición de los cuatro tomos del tratado, en el tomo 1.[5]

Por supuesto, así como recibimos homenajes y pedimos prólogos, también los hacemos. Ver "Homenaje al Profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA," *RAP*, 178: 5-

[2] Se trata de otra manifestación del "diálogo entrecruzado con que la ciencia levanta lentamente la obra humana del saber sobre un modo humano del obrar," como dijo JUAN FRANCISCO LINARES en el prólogo a la primera edición (1963) de lo que ahora es el tomo 3.

[3] Londres, Esperia, 2003.

[4] Londres, Esperia, 2003.

[5] Cuando JORGE ALBERTO SÁENZ fue Decano me impulsó a escribir *El método en derecho*. Que esa obra exista se lo debo a él y a su decanato. Cuando en el año 2001 formó parte del homenaje que me hiciera la UNLP, sus palabras nuevamente me impulsaron a la acción; otro Decano allí presente, y otros amigos, también. Habían definido entre todos una suerte de arquetipo, una persona que no soy pero a la que debería tratar de llegar, si pudiera. Desde entonces lo estoy intentando; ese es mi reconocimiento. Por ello y porque, más allá de sus generosas palabras en el homenaje, me siento identificado con el ideal que plantea y me siento cabalmente comprendido en mi pensamiento, es que le he pedido a SÁENZ que me prologara el tratado en la próxima edición.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

13 (Buenos Aires, 2001); "Laudatio pour/for M. BRAIBANT," European Public Law Centre, Spetses, Grecia, 14 de septiembre de 2002; publicada como anexo al libro *The Future of Latin America: Can the EU Help*?, Londres, Esperia, 2003, pp. 145-152; "Homenaje" al Profesor JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *RAP*, 297: 7-8 (Buenos Aires, 2003).[6] Y el prólogo a los siguientes libros, entre otros: MAIRAL, HÉCTOR A., *La licitación pública*, Buenos Aires, Depalma, 1972; HUTCHINSON, TOMÁS, *Las corporaciones profesionales*, Buenos Aires, FDA, 1982; REGODESEBES, JOSÉ RAFAEL,[7] *El control público*, Buenos Aires, FDA, 1984; OBARRIO, MAURICIO, *De cómo fuí Juez*, Buenos Aires, FDA, 1988; CICERO, NIDIA KARINA, *Servicios públicos. Control y protección*, Buenos Aires, UBA y ECA, 1996; UGOLINI, DANIELA, *Código Contencioso Administrativo y tributario y demás normas del proceso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires. Con nota de Daniela Ugolini*, Buenos Aires, La Ley, 1999; REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000; CAPUTI, MARÍA CLAUDIA, *La ética pública*, Buenos Aires, Depalma, 2000; BIANCHI, ALBERTO B., *La regulación económica*, Buenos Aires, Ábaco, 2001; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Conferencias de Argentina*, Madrid, Civitas, 2002; FARRANDO, ISMAEL (Dir.), *Contratos administrativos*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003; D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina. Situación actual. Necesidad de su adaptación a nuestro sistema institucional*, Buenos Aires, FDA, 2003; RAFFO, JULIO, *Ley de fomento y regulación de la actividad cinematográfica comentada*, Buenos Aires, Lumiere, 2003.

Casi todo ello es materia de júbilo y regocijo. Pero a toda alegría acompaña la tristeza.

3. *Avanza la vida, avanza la muerte*

¡Cuántos maestros, colegas y amigos nos han dejado!

Mantenemos las versiones iniciales de los diversos prólogos de los cuatro tomos, pero la nostalgia nos invade cada vez que vemos cuántos de ellos mencionamos antaño en los prólogos que todavía hoy reproducimos, pero ya no están entre nosotros. Hoy se agregan a esa penosa lista FERNANDO GARRIDO FALLA y GUILLERMO ANDRÉS MUÑOZ.

[6] Cada homenaje que hacemos no alcanza a ser mínima retribución de tanto que hemos recibido. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ fue el primer autor europeo que tuvo a bien no solamente leerme sino también citarme: no la cita de compromiso que todos a veces hacemos, sino el espejo de una comunidad profunda de valores. En su magnífico opúsculo *El administrado*, Madrid, Abella, 1966, donde recuerda mi trabajo de 1960 sobre "El poder de policía," hace un planteo general del derecho administrativo que ilumina virtualmente todo este volumen, y por qué no, toda mi obra. Decía GONZÁLEZ PÉREZ en *El administrado, op. cit.*, p. 9, que en los libros de derecho administrativo "el administrado no tiene derecho ni siquiera a un título, ni a un capítulo, ni a una sección." Su pensamiento inspiró el título de este volumen.

[7] Comienza aquí, con la muerte hace muchos años de este querido amigo, el trazo de la parte tercera de este prólogo.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Poco antes fue nuestro admirado y muy querido amigo y maestro de toda la vida, JORGE TRISTÁN BOSCH, a quien dedicamos la 8ª edición del tomo 1, este mismo año 2003. La lista es larga: CHARLES BREITEL, GENARO CARRIÓ (a ambos dedicamos la edición castellana e inglesa de nuestra *Introducción al derecho*); JEAN RIVERO (cuyo recuerdo hace emotivamente por ambos SPYRIDON FLOGAÏTIS —pues fue JEAN RIVERO quien nos unió espiritualmente en el derecho administrativo— en su prólogo a la edición inglesa de *An Introduction to Law*, prólogo que también aparecerá en la edición francesa); CARLOS ALCHOURRÓN, GERALDO ATALIBA, EDUARDO ORTIZ ORTIZ (los recordamos en la 2ª edición de *Después de la Reforma del Estado*); GUSTAVO ADOLFO REVIDATTI, RODOLFO PIZA ESCALANTE, JOSÉ VILANOVA, JUAN FRANCISCO LINARES, FELICIANO BENVENUTI, JOSÉ HÉCTOR MEEHAN, OSVALDO MÁXIMO BEZZI, JOSÉ RAFAEL REGODESEBES. Las generaciones anteriores tampoco están con nosotros, aunque su pensamiento perdura: RAFAEL BIELSA, MANUEL MARÍA DIEZ, BARTOLOMÉ FIORINI, MIGUEL S. MARIENHOFF, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO.

Así, entre homenajes en vida y vidas que se van, toca hacer un recuerdo final a MUÑOZ. Alegrémonos en la tristeza, festejemos su vida como en el cortejo musical y multicolor, no fúnebre, que pinta una película de KUROSAWA. A GUILLERMO MUÑOZ le gustaría: le vería algo del estilo deconstructor de su admirado DERRIDA, más su propia música y su propio canto.

Amigo, *adieu*.

Agustín Gordillo

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

PRÓLOGO A LA QUINTA EDICIÓN DEL T. 2

Luego de las primera y segunda edición colombiana y primera edición venezolana del año 2001, participaron en la corrección de las presentes nuevas ediciones peruana y brasileña de los cuatro volúmenes:

JUAN JOSÉ ALBORNOZ
DANIELA ALETTI
MATÍAS JOSÉ ALVAREZ
LILIANA ARALDI
NICOLÁS BONINA
CARLOS ALFREDO BOTASSI
KARINA CICERO
LETICIA CALLA
ROBERTO CASORLA YALET
MABEL DANIELE
HERNÁN GARGIULO
ARIANA GARRIDO
SANTIAGO GOMEZ
SANDRA IOSUE
MARÍA PAOLA IOVANNA
HORACIO ENRIQUE MAIDANA
MARÍA EVA MILJIKER
ANA ELISA PASQUALINI
RODOLFO PETER
MARIO REJTMAN FARAH
GUILLERMO SCHEIBLER
LEONARDO MARCO TOIA
SUSANA VEGA
JUAN MARTÍN VOCOS CONESA

A ellos, nuestro más sincero agradecimiento.

A. G.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

AGRADECIMIENTOS EN OCASIÓN DE LA 4° EDICIÓN DEL T. 2

En la preparación de esta 4° edición colaboraron con sugerencias, críticas, datos, etc.:

Sebastián Alanis

Andrés Barbieri

Ariel Caplan

Luis Armando Carello

Adilson Abreu Dallari

Selva Dipasquale

Carolina Fairstein

Lúcia Valle Figueiredo

María Eva Miljiker

Eduardo Mertehikian

Toshio Mukai

Pablo Esteban Perrino

Diego Sarciat

Enrique L. Suárez

Susana Elena Vega

A todos ellos, nuestro especial afecto y agradecimiento. Gratitud que extendemos una vez más a quienes nos ayudaron en las anteriores ediciones. Todos Uds., queridos amigos, han contribuido enormemente a aliviar mi tarea y hacerla más grata aún. Muchas gracias.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

OTROS AGRADECIMIENTOS

Sería injusto no agradecerle igualmente a la inspirada jurisprudencia que como un faro ha orientado nuestro pensamiento. En homenaje y agradecimiento intelectual —y de corazón— a ella, hacemos un somero detalle de aquellos fallos que han marcado un nuevo rumbo del pensamiento. Vayan, pues, a continuación, algunos

FALLOS PARA RECORDAR

ADECUA c/ ENARGAS, Sala IV, *LL*, 1998-F, 338.
AGUEERA, CSJN, *LL*, 1997-C, 322.
Arce, CSJN, *LL*, 1997-F, 696.
Asociación Benghalensis, causa 33.629/96, Sala I, 7-II-97 (cautelar) y 19-XII-97 (sentencia definitiva).
Barsanti, Sala I, *LL*, 1998-A, 293.
Blas, Sala I, *LL*, 1998-A, 288.
Cafés La Virginia, CSJN, *LL*, 1995-D, 277.
Castro, Ángel, Sala I, 23-XI-99, causa 11.882/92.
Cipriano, Cám. Fed. Mar del Plata, *LL*, 1998-F, 355.
Colegio Público de Abogados de Capital Federal, Sala IV, 9-III-1999.
Defensor del Pueblo de la Nación contra E.N.-Mº E y O.S.P.- (Monotributo) Dto. 885/98 sobre Amparo ley 16.986, Sala IV, 7-III-2000.
Defensoría de Menores nº 3 c/ Poder Ejecutivo municipal s/ acción de amparo, TSJ de Neuquén, expte. 46-99, 2-II-97.
Dotti, CSJN, *DJ*, 1998-3, 233.
Ekmekdjian, CSJN, Fallos, 308:647; *ED*, 148:338.
Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo nacional, CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, 5 de agosto de 1997, *LL*, 1997-E, 535.
Frimca, Sala IV, *LL*, 1999-E, 238.
Gambier (I), Sala II, 18-VI-98, causa 25.841/97.
Gambier (II), Sala II, *LL*, 1999-E, 623, medida cautelar autosatisfactiva.
Giroldi, CSJN, *RAP*, 215:151; *LL*, 1995-D, 462.
Impsat, Sala IV, *LL*, 1998-A, 239.
Labatón, Sala V, *LL*, 1998-F, 345.
Monges, CSJN, *ED*, 173: 272; *LL*, 1997-C, 143.
OC 6/86 y 8/87, Corte IDH.
P.A.E., *LL*, 1997-F, 601.
Schroder, Sala III, *LL*, 1994-E, 449.
Telintar, Sala IV, *LL*, 1995-A, 220.
Squaglia, Norberto P. c. Ministerio de Salud y Medio Ambiente, *LL Litoral— Juris*, Octubre de 1997, 1007.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Torello, Sala II, 2-II-2000, *LL*, *SA*, 3-IV-2000.
Verbrugghe, Sala I, *LL*, *SA*, 3-IV-2000, p. 38 y ss.
ED, 185: 995.
Viceconte, Sala IV, *LL*, 1998-F, 305, firme.
Youssefian, Sala IV, *LL*, 1997-F, 270 (cautelar); sentencia definitiva, *LL*, 1998-D, 710.

Para apreciar su evolución y ayudar la memoria, los ordenamos ahora también en orden de años.

OC 6/86 y 8/87, Corte IDH.
Ekmekdjian, CSJN, *Fallos*, 308:647; *ED*, 148:338.
Schroder, Sala III, *LL*, 1994-E, 449.
Telintar, Sala IV, *LL*, 1995-A, 220.
Cafés La Virginia, CSJN, *LL*, 1995-D, 277.
Giroldi, CSJN, *RAP*, 215:151; *LL*, 1995-D, 462.
Monges, CSJN, *ED*, 173: 272; *LL*, 1997-C, 143.
AGUEERA, CSJN, *LL*, 1997-C, 322.
Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo nacional, Sala IV, 5 de agosto de 1997, *LL*, 1997-E, 535.
Youssefian, Sala IV, *LL*, 1997-F, 270 (cautelar); sentencia definitiva, *LL*, 1998-D, 710.
P.A.E., *LL*, 1997-F, 601.
Arce, CSJN, *LL*, 1997-F, 696.
Squaglia, Norberto P. c. Ministerio de Salud y Medio Ambiente, LL Litoral—Juris, Octubre de 1997, 1007.
Asociación Benghalensis, causa 33.629/96, Sala I, 7-II-97 (cautelar) y 19-XII-97 (sentencia definitiva).
Defensoría de Menores nº 3 c/ Poder Ejecutivo municipal s/ acción de amparo, TSJ de Neuquén, expte. 46-99, 2-II-97.
Barsanti, Sala I, *LL*, 1998-A, 293.
Blas, Sala I, *LL*, 1998-A, 288.
ADECUA c/ ENARGAS, Sala IV, *LL*, 1998-F, 338.
Cipriano, Cám. Fed. Mar del Plata, *LL*, 1998-F, 355.
Dotti, CSJN, *DJ*, 1998-3, 233.
Gambier (I), Sala II, 18-VI-98, causa 25.841/97.
Impsat, Sala IV, *LL*, 1998-A, 239.
Labatón, Sala V, *LL*, 1998-F, 345.
Viceconte, Sala IV, *LL*, 1998-F, 305, firme.
Frimca, Sala IV, *LL*, 1999-E, 238.
Gambier (II), Sala II, *LL*, 1999-E, 623, medida cautelar autosatisfactiva.
Colegio Público de Abogados de Capital Federal, Sala IV, 9-III-1999.
Castro, Ángel, Sala I, 23-XI-99, causa 11.882/92.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Verbrugghe, Sala I, *LL, SA*, 3-IV-2000, p. 38 y ss.
ED, 185: 995.
Torello, Sala II, 2-II-2000, *LL, SA*, 3-IV-2000.
Defensor del Pueblo de la Nación contra E.N.-Mº E y O.S.P.- (Monotributo) Dto. 885/98 sobre Amparo ley 16.986,
Sala IV, 7-III-2000.

Agustín Gordillo

P.S.: A pesar de que hemos suprimido muchísimos párrafos y palabras, este volumen ha aumentado considerablemente de tamaño. Por ello, para hacerlo de más fácil manejo hemos ampliado la caja y reducido los blancos que antes usábamos. En las siguientes ediciones de los demás volúmenes haremos lo mismo. Si bien la lectura será de este modo menos ágil y más lenta, espero que el menor tamaño del libro compense esa dificultad.

A. G.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN

Hemos agregado a esta tercera edición dos nuevos capítulos, el VII sobre "Regulación" y el XVII sobre "El arbitraje nacional e internacional". Los demás capítulos han sido revisados y corregidos.

Expresamos nuestro especial agradecimiento a quienes generosamente colaboraron con ideas, críticas y sugerencias en la revisión de la tercera edición de este tomo 2:

María Virginia Cafferata
Karina Nidia Cicero
Carolina Graciarena

Miriam Insausti

María Laura Lede
Fernando M. Lodeiro Martínez

María Fernanda Pérez Solla

Julián Prato
Susana Eleva Vega
María Alejandra Villasur García

Alberto Zuppi

A todos ellos y a muchos más, mi especial agradecimiento.

A.G.

P.S.: Los demás críticos (calificación que quienes lean el capítulo I del tomo 1 sabrán es un homenaje intelectual, además de testimonio de gratitud y afecto)

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

podrán legítimamente preguntarse, ¿con tantos generosos colaboradores, cómo puede ser que siempre haya errores de tipeo? La respuesta es que la versión final la hago con *Page Maker* en la pantalla, y no puedo siempre volver con nuevas versiones a que me las re-re-relean, en el fondo o en el tipeo. En algún momento hay que ponerle fin, editar y esperar la próxima edición para pulir: que no será solamente el tipeo, sino la actualización y las ideas. Va con ello repetido lo obvio, que los errores —todos los errores— son míos y de nadie más.

Si Ud. quiere contribuir con sus críticas a este proceso de mejoramiento colectivo, por favor hágalo y será especialmente bienvenido, por mí y los demás lectores. Gracias desde ya:

agustin@gordillo.com

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Capítulo I

LA PRUEBA DE LOS DERECHOS

1. *Recapitulación*[1]

Para tener éxito en la defensa de un derecho en sede administrativa o judicial, de manera preventiva o reparatoria, primero hay que probar los hechos que lo sustentan, pues las normas "no se activan por sí mismas:"[2] "Todo depende del asunto,"[3] y son los hechos los "que hacen aplicable o inaplicable una determinada regla sustantiva;"[4] "el alcance de una regla y, por lo tanto su sentido, depende de la

[1.1] Resumimos aquí parte del t.1, cap. I; *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1988, 4ª reimpresión, 2001; t. 4, cap. VI, "Apertura a prueba. Medios de prueba" y cap. VII, "Producción y valoración de la prueba;" *An Introduction to Law*, Londres, Esperia, 2003; NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003. Ver también, GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Civitas, 1994, 2ª ed.; *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, Civitas, 2001, 3ª ed., Título Cuarto, Capítulo Segundo, Sección primera, segunda parte, "La prueba," pp. 323-39; HUTCHINSON, TOMÁS, "De la prueba en el procedimiento administrativo," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, CA, 1998, pp. 375-99; DE KEMMETER, ALEJANDRO PABLO, "La importancia de la prueba en el procedimiento administrativo," en U.A., *op. cit.*, pp. 400-20; ANDREUCCI, CARLOS ALBERTO, "Prueba y procedimiento administrativo," U.A., *op. cit.*, pp. 421-31; CARRIÓ, GENARO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995; CUETO RÚA, JULIO CÉSAR, *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 159 y ss.; SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, *La prueba*, Buenos Aires, EJEA, 1978; MORELLO, AUGUSTO MARIO, *Prueba, incongruencia, defensa en juicio (El respeto por los hechos)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977; FALCÓN, ENRIQUE, *Cómo se ofrece y se produce la prueba*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993; DE GASTINES, LOUIS, *Les présomptions en droit administratif*, París, L.G.D.J., 1992; BENVENUTI, FELICIANO, *L'istruzione nel proceso amministrativo*, Padua, 1953; EISNER, ISIDORO, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, 1964; CARNELUTTI, FRANCESCO, *La prueba civil*, Buenos Aires, Depalma, 1979; PIRÁN, CARLOS J., *La prueba en el ámbito de la administración*, Montevideo, FCU, 1974; ESGUERRA SAMPER, JOSÉ MARÍA, *Apuntes de derecho probatorio*, Bogotá, P.U.J., 1992; ESPINOSA LÓPEZ, LUIS GERARDO, *Derecho Probatorio. Curso teórico práctico (jurisprudencia y doctrina)*, Bogotá, 1986, 2ª ed.; PARRA QUIJANO, JAIRO, *Tratado de la prueba judicial*, 5 vols., Bogotá, 1991.

[1.2] BINDER, DAVID A. y BERGMAN, PAUL, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1984, p. 2.

[1.3] LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, pp. 93 y 97.

[1.4] BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 2.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

determinación de los hechos."[5] Estos se determinan necesariamente a través de la prueba, correspondiendo entonces a los intérpretes del derecho, sean estos los abogados, los funcionarios o el conjunto de empleados, funcionarios y magistrados que integran cada órgano jurisdiccional, como primera medida y antes de ver el derecho, detenerse en "verificar si el hecho imputado se probó y constituye alguna de las causales admitidas por la ley para autorizar la medida,"[6] pues "el control de legalidad supone que los hechos se configuren y clasifiquen adecuadamente y las sanciones se ajusten a su texto;"[7] "la justicia de la solución del caso concreto deriva de la dilucidación verdadera de los hechos y el derecho en él involucrados."[8] El derecho ha sido concebido para asegurar "que hay prueba documentada que proporciona una base racional o lógica para la decisión [...] (y que ésta) es efectivamente un producto del razonamiento a partir de la prueba. Esto quiere decir prueba en el caso y en el contexto del caso [...] Una conclusión basada en [...] prueba abstracta puede ser «racional», pero no es una decisión «racional» en el caso del cual se trata."[9]

Conviene detenerse un instante en este punto para puntualizar que "ocurre que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra [...] la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional," "porque no puede quedar al arbitrio de la Administración" (ni de cualquier otro órgano de los que componen el Estado) "discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo."[10]

Es necesario pues que un buen abogado, funcionario o juez indague "—a veces exhaustivamente— las circunstancias de hecho implicadas en la causa sometida a su decisión para, en función de ese análisis, resolver si mediaba o no en el concreto supuesto esa inadecuación de los medios previstos en la norma tachada de inconstitucional, con los fines que perseguía y que —de existir— autorizaría a sostener su *irrazonabilidad*."[11]

[1.5] LEVI, EDWARD, *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, EUDEBA, 1964, p. 10.

[1.6] CNFed. CA, *Lamas*, *LL*, 123: 149, *JA*, 1966-V, 203; CNT, Sala V, 1960, *Arroyo*, *LL*, 101: 3.

[1.7] CSJN, *Fallos*, 267: 77, 79, *Molinelli*; *Grichener*, 262: 67 y 71, cons. 5º y sus referencias.

[1.8] GUASTAVINO, ELÍAS, *Tratado de la "jurisdicción administrativa" y su revisión judicial*, t. I, Buenos Aires, 1989, 2ª ed., p. 31; en la p. 32 de su 1ª ed. decía: "a la justicia de los conflictos se llega sólo partiendo del conocimiento de la verdad de los hechos;" ver también TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 400.

[1.9] JAFFE, LOUIS, *Judicial Control of Administrative Action*, Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1965, p. 601.

[1.10] GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1979, pp. 31-2, quien recuerda su art. "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria." Esta famosa frase es también transcripta por TAWIL, t. II, *op. cit.*, pp. 392-3.

[1.11] PADILLA, MIGUEL, *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, p. 77.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Pues para determinar esa realidad se hace imperiosamente necesario como primera medida "examinar muy atenta y completamente el conjunto de la documentación;" se trata entonces del esfuerzo por "hacer hablar los papeles" según la antigua fórmula de trabajo del Consejo de Estado francés;[12] es preciso que "esta prueba se infiera de las piezas del expediente."[13]

Si el necesario principio de derecho es que debe mantenerse y aplicarse al menos "una cierta racionalidad dentro de la vida administrativa;"[14] si, como es claro, el que debe resolver "en presencia de un asunto, debe, ante todo, buscar la solución justa, aquella que postulan «las circunstancias particulares de tiempo y de lugar»,"[15] y ello ha de hacerse a través de "la amplitud y minuciosidad de las comprobaciones;"[16] no queda sino el indispensable camino de "procederse a investigaciones de hecho bastante delicadas."[17]

Tanto en ARISTÓTELES como en SANTO TOMÁS puede encontrarse la base experimental del conocimiento humano, idea destacada por éste último;[18] LEIBNIZ señalaba que es inagotable el repertorio de características determinantes de hechos empíricos; las propiedades o predicados que caracterizan a los objetos de la experiencia son infinitos y por ello, siendo finita la percepción sensible —incluso con todos los auxilios de la ciencia— siempre encontrará que los objetos del mundo, que son temporales, jamás despliegan sus características en forma plena y exhaustiva.[19]

En el caso de los magistrados, usualmente el trabajo probatorio de los abogados, más el expediente administrativo, ha permitido avanzar en la determinación de los hechos. Pero también puede y debe el juzgador dictar medidas para mejor proveer, si entiende que no puede a conciencia dictar un pronunciamiento confor-

1.12 CORMENIN, M. DE, *Droit administratif*, t. I, París, Pagnerre y Gustave Thobel, 1840, 5ª ed., p. 11, nota 3, destacaba el trabajo detallista de auditores que verifican, instruyen e informan los expedientes; CHAPUS, RENÉ, *Droit Administratif Général*, t. I, París, 1985, p. 316; 1993, 7ª ed., p. 366 y ss.; RIGAUD, JACQUES y DELCROS, XAVIER, *Les institutions administratives françaises. Les structures*, París, 1984, p. 238. El "saber ver" es un arte difícil, hasta en lo que parece ser fácil: *infra*, nota 5.3.

1.13 LETOURNEUR, M., "El control de los hechos por el Consejo de Estado francés," *RAP* (Madrid), 7: 221 .

1.14 GOLDENBERG, LÉO, *Le Conseil d´État juge du fait. Étude sur l'administration des juges*, París, Dalloz, 1932, p. 192. Ver también RIVERO, JEAN, "La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d´ État français," en el libro *Le Fait et le Droit. Études de Logique Juridique*, Bruselas, 1961, p. 130 y ss.; LETOURNEUR, *op. loc. cit.*

1.15 Ver RIVERO, "Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif," en el libro *Pages de Doctrine*, t. I, París, L.G.D.J., 1980, p. 70; "Le huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès du pouvoir," *Pages de doctrine*, t. II, p. 329; "Nouveaux propos naïfs d'un huron sur le contentieux administratif," CONSEIL D´ÉTAT, *Études et Documents*, 1979/1980, 31: 27-30. Ver RAFFO, JULIO C., *Introdução ao conhecimento jurídico*, Río de Janeiro, Forense, 1983, p. 100 y ss., "As circunstancias da conduta." Es la "realidad social" que el abogado debe conocer, como señala CUETO RÚA, *op. cit.*, p. 160 y ss., así como su "realidad económica," p. 168 y ss. Ver en NIETO y GORDILLO, *op. cit*, mi nota "Neutralidad *vs*. imparcialidad e independencia," pp. 80-1.

1.16 LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 223.

1.17 LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 225.

1.18 COPLESTON, F. C., *El pensamiento de Santo Tomás*, México, FCE, 1969, pp. 25-30.

1.19 VERNENGO, ROBERTO, *La naturaleza del conocimiento jurídico*, Buenos Aires, CDCS, 1973, pp. 19-21.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

me a derecho, si a su juicio los elementos probatorios obrantes en autos le brindan un insuficiente o deficiente conocimiento de los hechos. Ello es así en buenos principios[20] y existen en nuestro país casos en que la Corte Suprema misma ha dispuesto importantes medidas de prueba.[21] Hay también razones materiales que pueden en ocasiones llevar a ello. En efecto, en el juicio ordinario —cuya extrema lentitud es de público y notorio conocimiento— los hechos pueden haber variado con el transcurso del tiempo. En el amparo la naturaleza sumarísima del procedimiento puede haber producido una omisión probatoria —a juicio del que debe decidir— que no se pueda moralmente soslayar diciendo que la cuestión corresponde a un juicio ordinario. A la inversa, es cierto que más de una vez el tribunal se preguntará si debe "dejar caer el manto de juez y asumir la toga de abogado"[22] y también lo es que cada instancia sucesiva es más renuente que la anterior a realizar nuevas averiguaciones o determinaciones de hecho. Los tribunales de alzada tienen por lo general una cierta inclinación, instintiva y de principio a aceptar la versión de los hechos que han determinado los jueces inferiores. Confían más en ellos.[23]

En definitiva se trata de una diferencia en cuanto al modo y alcances de la percepción de la realidad —a través de la prueba—, con que un juez esté dispuesto a fallar. Cuanto menos esté dispuesto a indagar sobre los hechos, menos jerarquizada será la sentencia. Cuanto más profundice en el análisis de los hechos y la producción de prueba, incluso de oficio, mejor servicio de justicia prestará a la sociedad. Es en la indagación de los hechos donde se realiza el más importante *test* de cada caso de derecho.

Cabe además tener presente los cambios en los hechos que se producen a través del tiempo,[24] los cambios en la percepción y prueba de ellos, la información adicional que se produce, etc. y evaluar siempre cómo afecta ello el caso. Los casos son dinámicos, como dinámica es la prueba que nos va mostrando poco a poco —nunca completamen-

[1.20] P. ej. en Francia COLSON, JEAN-PHILIPPE, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, Paris, L.G.D.J., 1970, que dedica parte de su libro a la búsqueda de pruebas por el juez, p. 97 y ss.; KIELMANOVICH, JORGE L., *Medios de prueba*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993. Con todo, a veces los justiciables provocan la frustración del tribunal (algo así se advierte en *ADECUA c/ ENARGAS*, CNFed. CA, Sala IV, *LL*, 1998-F, 339 con mi nota "Un mínimo de actividad probatoria," *LL*, 1998-F, 338, reproducido en GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 99, p. 201), pero en todo caso la carga de la prueba está, en buenos principios al menos, en quien dictó el acto: es la administración la que debe arrimar al tribunal los elementos de juicio necesarios para que éste quede convencido de su conformidad a derecho. Sin embargo el justiciable prudente debe hacer el indispensable esfuerzo probatorio e incluso preconstituir y producir privadamente la prueba: *infra*, t. 4, cap. VII, "Producción y valoración de la prueba," § 10.1, "Producción privada de la prueba."

[1.21] P. ej. en el caso *Saguir y Dib*, *Fallos*, 302-2: 1284, año 1980.

[1.22] LORD DENNING, *The Due Process of Law*, Londres, Butterworths, 1980, p. 61. *Infra*, t. 4, cap. VII, "Producción y valoración de la prueba;" ARAZI, ROLAND, "El ocaso de las teorías sobre carga de la prueba," *LL*, 2000-A, 1041; PEYRANO, JORGE W., "Doctrina de las cargas probatorias dinámicas," *LL*, 1991-B, 1034; "Nuevos rumbos de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: las cargas probatorias sobrevinientes," *ED*, 182: 1588; LORENZETTI, RICARDO LUIS, *LL*, 1991-A, 995; EISNER, *LL*, 1994-C, 846.

[1.23] BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 134; LEVI, *op. cit.*, p. 5. Comp. LORD DENNING, *op. cit.*, p. 62.

[1.24] ROMBAUER, MARJORIE D., *Legal Problem Solving. Analysis, Research and Writing*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1984, p. 328; CUETO RÚA, *op. cit.*, p. 139 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

te— la realidad de los hechos. Al producirse nueva prueba, varía nuestra percepción de los hechos y por ende del caso.

Pero no sólo "pueden presentarse factores sobrevinientes" que modifiquen "el supuesto de hecho inicial," sino que también pueden cambiar "las reglas aplicables,"[25] "el resultado que se considera deseable," la autoridad decidente, las circunstancias que rodean el caso,[26] el entorno jurídico político,[27] las ideas dominantes en la sociedad o en el gobierno, los funcionarios mismos,[28] etc. Más aún, el abogado debe conocer la totalidad del contexto del caso: económico, social, etc. Según el tipo de casos que analice, ello puede llevarlo a incursionar por los más diversos campos de conocimiento, al menos para estar en condiciones de comprender una pericia, formular preguntas y repreguntas, y entender el impacto de tal prueba sobre el encuadre del caso. Es una de las razones que hacen fascinante la práctica del derecho: uno se va enriqueciendo con informaciones que seguramente apenas llegará a conocer de manera superficial pero que en todo caso, al pertenecer a las ramas más diversas de las ciencias o de las artes, inevitablemente lo enriquecen espiritualmente. Es la única forma de practicar el derecho, comprendiendo la inserción de los hechos del caso en el mundo, en el estado actual del conocimiento humano.

Algunos fallos consideran que "las sentencias deben atender a la situación existente al momento de la decisión,[29] lo que torna inoficioso su tratamiento al carecer el planteo de objeto actual;"[30] materia opinable si se la formula de tal modo como regla genérica. Recordemos que para la solución de casos "la única regla es que no hay ninguna regla"[31] y el axioma popperiano de que "Nunca se puede estar seguro de nada." No se debe buscar al "ídolo de la certidumbre [...] la adoración de este ídolo reprime la audacia de nuestras preguntas y pone en peligro el rigor y la integridad de nuestras constataciones. La opinión equivocada de la ciencia se detalla en su pretensión de tener razón: pues lo que hace al hombre de ciencia no

[1.25] CARRIÓ, *op. cit.*, pp. 32-3, punto G. En otro sentido agrega LEVI, *op. cit.*, p. 12, que "Las reglas cambian mientras son aplicadas," en el derecho administrativo es más así aún y a su vez cuánto más en el argentino.

[1.26] Son "las circunstancias de la conducta:" RAFFO, *op. loc. cit.*; recuerda CUETO RÚA, *op. cit.*, pp. 160 y ss., 168, la necesidad de percibir la realidad social y económica y cómo un entorno social distinto puede hacer prevalecer un método interpretativo sobre otro: *op. cit.*, p. 226.

[1.27] Es la realidad política, que el abogado debe conocer: CUETO RÚA, *op. cit.*, p. 170 y ss.

[1.28] Requiere la capacidad psicológica de percepción de otros: CUETO RÚA, *op. cit.*, p. 165 y ss.

[1.29] *Fallos*, 216: 147, *Manassé*, 1950; 243: 146, *Yanes de Touzón*, 1959; 244: 298, *Almansa de García*, 1959; 259: 76, *Montanaro*, 1964; 267: 499, *White de Torrent*, 1967; 308-1: 1087, *Pulvirenti de Alberte*, 1986.

[1.30] *Fallos*, 231: 288, *Rubinstein*, 1955; 253: 346, *Semanario "Segunda República,"* 1962; 307-2: 2061, *Peso*, 1985; 316-1: 479, *Bahamondez*, 1993; *Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente*, 30 de mayo de 1995, cons. 2º. No actúa así la Corte de EE.UU. en *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973.

[1.31] O como dice CARDOZO, BENJAMÍN N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale UP, reimpresión 1952, p. 161, "Después de todo, hay pocas reglas: hay principalmente estándares y grados," esto es, grandes principios; LORD DENNING, *The Discipline...*, *op. cit.*

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

es su *posesión* del conocimiento, de la verdad irrefutable, sino su *indagación* de la verdad persistente y temerariamente crítica."[32]

Recuerda CARDOZO que en sus primeros años "Buscaba la certeza. Estaba oprimido y desalentado cuando encontraba que la búsqueda de ella era fútil;" pero luego dijo: "Me he reconciliado con la incertidumbre, porque he crecido hasta verla como inevitable. He crecido para ver que el proceso en sus más altos niveles no es descubrimiento, sino creación y que las dudas e incertidumbres, las aspiraciones y los miedos, son parte del trabajo de la mente."[33]

2. *Introducción*

2.1. *Unidad de la prueba en los distintos procesos*

El régimen de la prueba en el derecho procesal administrativo es básicamente el mismo que el previsto en el derecho procesal civil y comercial;[1] no suele haber sino escasas normas de derecho procesal administrativo que en materia de prueba dispongan algo diferente del derecho procesal común.[2] Sin embargo, la dinámica probatoria es distinta, primero porque una parte fundamental de la prueba está ya producida o ha de serla en el procedimiento administrativo previo al judicial y segundo porque interfieren en la decisión, como veremos, problemas que no son propios del proceso ordinario.

En todo caso, es válida en el proceso administrativo aquella verdad eterna del proceso ordinario de que los juicios se ganan o pierden en la prueba. Lo que determina la solución del caso es la percepción de los hechos por el tribunal a través de la prueba y su fuerza de convicción. La prueba sigue siendo el punto vital; es la yugular del juicio procesal administrativo como de cualquier otro juicio.

2.2. *Creación o aplicación del derecho. Verdad y prueba*

Será permanente la discusión acerca de si el juez meramente aplica el derecho o en verdad también lo crea. Sin perjuicio de que adherimos a la idea de que el juez crea el derecho, como mínimo porque reconoce y determina los hechos, es claro que si hay que decidir

[1.32] POPPER, KARL, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1973, p. 261.

[1.33] CARDOZO, *op. cit.*, p. 166.

[2.1] A la inversa de lo que exponemos en el texto, hay autores y jurisprudencia que consideran que existen principios "no sólo distintos, sino hasta opuestos," tales como GALLOSTRA, *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1881, p. 629, citado por GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 918 y nota 7. Quienes postulan una diferencia están sosteniendo, como dice GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 920 y ss., el carácter "revisor" de la justicia, con el alcance de remitirse a la prueba producida en sede administrativa y limitar la producción en sede judicial; ello llevaría a una denegación de acceso a la justicia, pues de poco sirve acudir a ella si no se puede producir prueba *ex novo*: por ello el principio ha de ser el de amplitud de producción de la prueba en sede judicial.

[2.2] La prueba no figura en los análisis sobre reformas al régimen procesal administrativo, p. ej. en GONZÁLEZ PÉREZ, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Madrid, Civitas, 1992.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

varias soluciones jurídicas posibles para un caso cualquiera, ello será siempre dependiente de cuál es la situación de hecho a la cual toca aplicarlas. Basta que el juez determine que los hechos son "A" o "B" para que paralelamente la solución jurídica pase de "A" a "B." Según el tribunal reconozca o determine los hechos de uno u otro modo, la solución será otra. Esto es así en el derecho viviente, en cualquier filosofía o método jurídico, en cualquier sistema jurídico, en cualquier país. Sólo en la enseñanza se dice otra cosa.[3]

Admitimos a partir de POPPER que no existen verdades absolutas ni en las ciencias físicas o naturales ni menos todavía en el derecho; sólo hay conjeturas, o si se quiere verdades con comillas, provisorias. Una es la "verdad" de la administración, otra la "verdad" de las partes en el juicio, otra es la "verdad" en la sentencia del tribunal en cada instancia sucesiva. Cuando se agoten las instancias ¿será la "verdad" la de la última sentencia? Como dice GARCÍA DE ENTERRÍA, los tribunales superiores no tienen la última palabra: la tiene la doctrina; o como decían antaño los marxistas, la historia; o los historiadores y sus revisionismos: es decir, nadie.

En definitiva, nadie salvo Dios sabe cuál es la verdad de un caso de derecho. Siempre va a ser una verdad provisoria, o más bien una mera conjetura, buena o mala, pero conjetura al fin, sujeta siempre a una eventual demostración de falsedad. Con lo cual tampoco debemos exagerar la crítica sobre la eventual incertidumbre de la decisión en algún modo subjetiva del tribunal;[4] el que sea imperfecta no le quita validez provisoria como conjetura o hipótesis, ni le quita la posibilidad de resolver en forma definitiva, en el marco de la litis, una cuestión contenciosa.

2.3. *La dispensa de prueba*

Cabe también recordar la distinción del derecho procesal común entre hecho evidente, hecho público y notorio y conocimiento privado del juez.

Hecho evidente es aquello que nadie podría discutir ni ignorar. Que existe la noche y el día; el sol, las estrellas, el calendario,[5] el tiempo, la vida y la muerte. "La evidencia se justifica porque es absoluta. Porque es irreversible lógicamente. Hasta porque no tiene demostración."[6] De todas maneras no ha de darse un alcance extremo al concepto de hecho evidente, pues "estos hechos evidentes, aunque no necesitan de prueba por parte de quien desea justificarlos, pueden merecer y aceptar la prueba del adversario, porque cada día el avance de la ciencia va demos-

[2.3] Por qué ello habría de ocurrir es un tema más complejo. Nos remitimos a nuestro libro *El método en derecho, op. cit.*, cap. XVI.

[2.4] Sobre "Las razones del juez" ver CUETO RÚA, *op. cit.*, pp. 135-54. Cabe señalar que la doctrina procesal enfatiza los deberes del juez de determinar la verdad jurídica objetiva: CSJN, *Oilher, LL*, 1981-C, 67; *B.V.E., ED*, 173: 591; ARAZI, "El ocaso...," *op. cit.*, y sus demás referencias; *infra*, t. 4, *op. cit.*, cap. VI, § 2 y 3. Explicamos el tema con mayor detalle en nuestro libro *An Introduction to Law*, *op. cit.*, y su versión castellana *Introducción al derecho, op. cit.*

[2.5] SENTÍS MELENDO, *Teoría y práctica del proceso*, vol. III, Buenos Aires, 1959, p. 103.

[2.6] CARNELLI, LORENZO, "El hecho notorio en el proceso dispositivo," *LL*, 31: 631, 641; *El hecho notorio*, Buenos Aires, 1944.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

trando que hechos que se tenían por evidentes, como ciertos pacíficamente, han pasado a la historia de las ideas científicas a raíz de otras nuevas."[7]

Hecho público y notorio es aquello que todos saben en determinado tiempo y lugar:[8] que tal persona es el presidente de la República o el alcalde de la ciudad. Como dice GUASP, "No son, pues, hechos notorios aquellos que el órgano jurisdiccional pueda conocer oficialmente o privadamente, sino aquellos que disfruten de un reconocimiento general en el lugar y en el tiempo en que el proceso se desarrolla;"[9] lo notorio es "lo conocido por todos; más no lo que conozca el titular del órgano en forma privada, con un número mayor o menor de personas."[10] En otras palabras, hecho notorio es aquel "que nadie lo pone en duda."[11]

El conocimiento privado del juez es aquello que el juez sabe, pero no está en el expediente: no puede usarlo para resolver una cuestión, aunque puede ordenar medidas para mejor proveer, para introducirlas al expediente. De ese y no de otro modo puede llevarlo a la sentencia.

2.4. *La prueba en las facultades regladas y discrecionales*[12]

Lo dicho se aplica a las facultades regladas: porque habrá que determinar, ante los diversos supuestos de hecho previstos por la ley, si lo que resolvió el administrador encuadra en uno u otro supuesto, o en ninguno. Esa no es una cuestión normativa o de interpretación jurídica, es fundamentalmente de interpretación de los hechos a través de la prueba producida[13]. Es un misterio sólo explicable empíricamente[14] por qué existe en tantos países latinoamericanos y continentales europeos ese cisma entre la enseñanza y la experiencia del derecho viviente, que luego se transforma en un duro camino de aprendizaje en la vida real, que requiere un retorno a prácticas que a veces parecen milenarias.

El que hablemos de expresiones académicas, pues, no le quita al tema su eminente empiricismo. En las facultades discrecionales la prueba también determina la solución del caso. Todas las técnicas de control de la discrecionalidad —principios jurídicos indeterminados, hechos determinantes, buena fe, desviación de poder, confianza legítima, principios generales del derecho, proporcionalidad, rela-

2.7 EISNER, *op. cit.*, p. 45.

2.8 Pero "más le vale al demandante demostrar el hecho que afirma, aunque a su juicio sea notorio," como recuerda ESGUERRA SAMPER, *op. cit.*, p. 44.

2.9 GUASP, JAIME, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, t. II, 2ª parte, Madrid, 1947, p. 380.

2.10 LÓPEZ NIETO Y MALLO, FRANCISCO, *El procedimiento administrativo*, Barcelona, 1960, p. 825; HELLBLING, ERNST C., *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrens Gesetzen*, t. I, Viena, Manzsche Verlag, 1953, p. 274.

2.11 ALSINA, HUGO, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 1956, p. 249.

2.12 Ampliar en GOLDENBERG, *op. cit.*, caps. VI a X, p. 148 y ss.

2.13 Esto es el ABC de cualquier magistrado o abogado experimentado. Al abogado joven le lleva muchos años aprenderlo, duramente, con la experiencia.

2.14 Lo intentamos en *El método...*, *op. cit.*, cap. XVI.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ción costo-beneficio, razonabilidad, etc.—[15] se ejercitan a través de la percepción de los hechos que se realiza y evalúa a través de la prueba.[16]

Estos principios son constitucionales por la garantía del debido proceso legal y también supranacionales por la Convención Americana de Derechos Humanos. Son también supranacionales en Europa, en que la Convención Europea permite construirlos y lo ha hecho la jurisprudencia desde sus comienzos.[17]

3. *Los tiempos de producción de la prueba*[1]

3.1. *La carga y oportunidad de la prueba*[2]

Como dice TREVES, la presunción de legitimidad del acto administrativo importa en todo caso una *relevatio ad onere agendi*, pero nunca una *relevatio ad onere probandi*;[3] de allí se sigue, en palabras de MICHELI, que "de por sí la presunción de legitimidad no es suficiente para formar la convicción del juez en caso de falta de elementos instructorios" y que no puede en modo alguno sentarse un principio de "en la duda a favor del Estado."[4] A todo evento y en un estado democrático, el principio rector es *in dubio pro libertate*.[5]

En otras palabras, "la presunción de legitimidad del acto administrativo no invierte, pues, la carga de la prueba,"[6] ni libera a la administración de aportar las pruebas que sustenten su acción:[7] "dada la posición de la Administración, es lógi-

2.15 Ver *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. X, § 15, "Los límites a la actividad discrecional."

2.16 D'ARGENIO, INES, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 94-5: "El análisis de los hechos que constituyen el caso y su incidencia directa en la configuración de los elementos esenciales para el desarrollo de la función administrativa, demuestran que no puede jamás existir a priori una actividad discrecional que se legitime por la sola circunstancia de ser tal."

2.17 Para el desarrollo del principal, la razonabilidad, *supra*, t. 1, cap. VI, § 6 a 17. En el TJE el caso *Hauptzollamt München-Mitte* (1991), citado en CHITI, MARIO P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Milán, Giuffrè, 1999, p. 317. El principio de razonabilidad, proporcionalidad, adecuación de medio a fin, etc., es universal y de larguísima data. Por ello la Corte Europea no vino sino a reiterar algo que ya estaba en los derechos nacionales. Ver p. ej., para el derecho alemán y portugués, SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, pp. 670-3 y sus referencias de las notas 490 y ss.

3.1 Comp. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 931 y ss.

3.2 Ver BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, "La carga de la prueba en el derecho administrativo venezolano," *RADA*, Buenos Aires, 1976, 11:15

3.3 TREVES, GIUSEPPINO, *La presunzione di legitimità degli atti amministrativi*, Padua, 1936, p. 84 y ss., 161 y ss. También la jurisprudencia venezolana que transcribe ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Tratado de derecho administrativo formal*, Valencia, Venezuela, Vadell, 1998, 3ª ed., p. 143 y ss.

3.4 MICHELI, GIAN ANTONIO, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, 1961, p. 278, nota 110.

3.5 Un lúcido desarrollo de este principio en SCHNEIDER, PETER, *In dubio pro libertate*, Karlsruhe, 1960. DIEZ, MANUEL MARÍA y HUTCHINSON, *Manual de derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, Plus Ultra, 1980, p. 488, afirman que "En caso de duda, debe estarse siempre a favor del administrado." Compartimos el principio, no siempre vigente en la práctica.

3.6 MICHELI, *op. cit.*, p. 282, nota 119 *in fine*. Sobre el tema ampliar en BREWER CARÍAS, *Estado de derecho y control judicial*, Alcalá de Henares-Madrid, INAP, 1987, pp. 374-85; *Nuevas tendencias en el contencioso-administrativo en Venezuela*, Caracas, EJV, 1993, p. 169 y ss.

3.7 MICHELI, *op. cit.*, p. 281, nota 118.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

co que recaiga sobre ella la carga de la prueba."[8] La idea clásica es que la administración podía actuar, pero debía probar;[9] la pregunta de hoy es si debe probar *antes* de actuar, o si puede probar *después*,[10] más grave que el interrogante análogo acerca de si la motivación del acto administrativo debe existir al momento de su emisión o puede producirse posteriormente.[11]

Cuando dicta un acto administrativo sin pruebas suficientes que lo sustenten ¿puede la administración en el proceso judicial producir la prueba que no produjo antes en sede administrativa? ¿Puede demostrar tardíamente el sustento fáctico de su comportamiento? Mucho depende de si se privilegia la verdad objetiva en cualquier etapa del proceso, en cuyo caso puede admitirse la introducción de pruebas hasta en la etapa de sentencia en las más altas instancias,[12] o si se reafirma el debido proceso en sede administrativa.[13] Se trata de que la administración al momento de resolver tenga los elementos de prueba sobre los cuales adoptar una decisión razonable. Es parecido, al problema de la doctrina del "fruto del árbol prohibido." Quienes postulan que las pruebas ilegalmente obtenidas no pueden ser base para una condena y quienes privilegian en cambio la "verdad" por sobre las "formas,"[14] pueden encontrar un desarrollo *pari pasu* en este otro debate.

3.2. *Prueba en sede administrativa: el expediente*

La prueba que se produce en sede administrativa consta en el expediente, fundamental para el pleito. Con frecuencia es la prueba central para el juicio; a veces, la única. Hay que distinguir los sumarios de tipo disciplinario, en los cuales el carácter instructorio e inquisitivo suele ser limitativo para la defensa del inculpado. Por lo tanto, hay que tomarlos con precaución. Luego están los expedientes en general, que no tienen este problema. Esos expedientes que van lentos, en los que parece que no pasa nada, después son lo principal del pleito: tanto la administra-

3.8 González Pérez, *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, p. 467; doctrina comparada uniforme. Comp., en cambio, Sala IV, *ADECUA c/ENARGAS*, *LL*, 1998-F, 338.

3.9 Treves, *op. cit.*, p. 84 y ss., 161 y ss.; Micheli, *op. cit.*, p. 178, nota 110; *infra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. V, § 5.3.

3.10 Ver *infra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. V, § 5.3 "¿Necesidad de probar la legitimidad?," respecto a la distinción entre *la relevatio ad onere agendi* y la *relevatio ad onere probandi*.

3.11 Ver t. 3, cap. X, § 6.5, "La fundamentación previa, concomitante o ulterior."

3.12 Recargando la ya pesada y colapsada maquinaria judicial, como explicamos en el cap. XIII, "Problemas del acceso a la justicia."

3.13 Para juridizar la administración y evitar a futuro innecesarias intervenciones judiciales por un trámite administrativo hecho sin las reglas mínimas del debido proceso.

3.14 Ver *infra*, t. 4, cap. IV, § 17, "¿Pueden invocarse en la decisión las piezas reservadas?" Ver Corvalán, Víctor R., "El informante anónimo...," *LL*, 2000-A, 258; Palacio, "El principio de exclusión probatoria...," *LL*, 2000-A, 239; *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pp. 34-9, § 6.2.1, "La regla de exclusión probatoria;" Carrió, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1994, 3ª ed., p. 162; "Otra vez el tema de las confesiones policiales. El caso Miranda está lejos," *LL*, 1993-B, 258; Moscato de Santa María, Claudia B., *El agente encubierto en el Estado de Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2000; Lord Denning, *Landmarks in the Law*, Londres, Butterworths, 1984, pp. 17-8.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ción como el particular deben cuidar qué le van incorporando. La administración no siempre es cuidadosa en distinguir el valor probatorio de lo que incorpora en el expediente y a veces da indistintamente crédito o falta de él a distintos medios probatorios. De este modo, en esa etapa administrativa pareciera valer más un informe que un testimonio y es más "válido" aquello de conocimiento directo de quien informa. Si en un informe se dice que alguien contó o relató algo, es posible que lo usen, pero ello es tan insuficiente como prueba, como lo sería un testimonio en igual circunstancia. O sea, lo oído decir, el *hearsay* del derecho norteamericano, es inadmisible como prueba testimonial y también como informe. Eso no es un informe, es mero oído decir. Lo mismo en lo referente a los registros o a las simples afirmaciones dogmáticas. Para que un informe merezca credibilidad respecto de los hechos a los cuales se refiere, tiene que ser una manifestación de lo que el funcionario ha visto con sus propios ojos o sentidos.En cuanto al particular, si él ofrece pruebas que la administración debe diligenciar, llamando testigos, ordenando pericias, pidiendo informes, etc., ello puede ser una pérdida de tiempo. La administración no lo hará. La única salida práctica es producir privadamente[15] la prueba e incorporarla en forma documental al expediente, ofreciendo a la administración su nueva producción como prueba testimonial, pericial, etc., bajo su control y con su participación. Lo más probable es que nada resuelva al respecto. Pero allí al menos el interesado ha introducido prueba documental de su versión de los hechos y ella quedará en el expediente para la hora del juicio.

3.2.1. *Su carácter de instrumento público o no*[16]

Otra cuestión a considerar es si el expediente administrativo, no los actos jurídicos que lo integran,[17] puede o no ser considerado como un instrumento público dentro de la enumeración que de ellos hace el CC. Aunque la respuesta sea afirmativa, cabe tener cuidado. Si es instrumento público, ello sólo significará que da fe de que las *fechas* que enuncia son ciertas, que los *lugares* que menta como lugares de producción de los actos son ciertos, que las *firmas* que consigna son auténticas. Nada más, absolutamente.

Esa supuesta calidad de instrumento público, aun en caso de existir, no puede jamás significar que el *contenido* de lo que afirma sobre los hechos, sobre la

[3.15] Ver *infra*, t. 4, cap. VI, § 7, "Producción informal de la prueba," 19.2, "Informes de personas no estatales," 22.8, "¿Prueba testimonial producida por escrito?," 26.2, "Procedimiento formal o informal," y cap. VII, § 10.1, "Producción privada de la prueba."

[3.16] Ver *infra*, t. 3, cap. VII, "Los actos administrativos como instrumentos públicos."

[3.17] Cabe "no confundir los actos (*instrumentos*) destinados a constatar convenciones y disposiciones, con esas mismas convenciones y disposiciones, que constituyen actos jurídicos (*negotia juridica*). Es para evitar toda confusión a este respecto, que de ordinario hemos calificado a los primeros como actos instrumentales:" AUBRY ET RAU, *Cours de droit civil français*, t. XII, París, 1922, 5ª ed., p. 155, nota 2; DALLOZ, *Nouveau répertoire de droit*, París, 1947, p. 55: "el acto instrumental designa al escrito labrado (*dressé*) para conservar la prueba de un acto jurídico."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

realidad, también tiene valor de verdad como instrumento público y puede dispensar de prueba a la administración para sustentar la legitimidad de su acto. Ello es una exageración extrema que priva de todo sentido hasta a una escritura pública, donde el notario sólo da fe de quiénes son las partes, dónde celebran el acto y qué acuerdan y a lo sumo de los hechos pasados en su presencia como parte del acto jurídico que instrumenta El expediente administrativo, entonces, incluso reconociéndosele carácter de instrumento público como algunos lo hacen, sólo puede hacer fe de sus propias formas extrínsecas, no de los hechos no pasados en su presencia en el acto. En efecto, "lo que confiere a un instrumento la calidad de *público* es su *autenticidad*: a diferencia de los privados prueban *per se* la verdad *de su otorgamiento*,"[18] pero no desde luego la veracidad de su contenido.[19] Como también dice COUTURE, "el instrumento público hace plena fe, aun frente a los terceros, *en cuanto al hecho de haberse otorgado y a su fecha*. Nadie, ni las partes, ni los sucesores, pueden desconocer *la realidad del otorgamiento y la fecha del instrumento* público, salvo prueba de falsedad."[20]

De todas maneras es preferible la solución que niega al expediente definitivo el carácter de instrumento público,[21] porque es bien sabido cuántas pequeñas maniobras se hacen con las fechas, antedatando actos, rearmando o refoliando expedientes, actos y no parece una solución justa la de que esto solamente pueda ser redargüido de falsedad por acción civil o criminal. Es por esas razones que se distingue claramente el acto pasado por ante escritura pública del acto de un expediente administrativo. Como dice ORTIZ, "mientras el Notario se expide como tal y para dar valor de plena prueba al documento que extiende, el servidor público actúa con otro fin y como autor del acto en calidad de parte, no como tercero encargado de función documental. Esto significa que mientras el Notario es creíble —y para eso se tituló como tal— en cuanto a todo lo que dice haber pasado en su presencia[22] o hecho él mismo, el servidor público no lo es y lo único que su palabra puede probar fue que la dijo, no la existencia de los hechos que narra. Luego, el acto escrito es plena prueba de su autenticidad en cuanto a fecha, fir-

3.18 GOLDSTEIN, MARIO y OSSORIO Y FLORIT, MANUEL, *Código Civil y leyes complementarias*, t. I, Buenos Aires, 1963, p. 391; la bastardilla difiere del original.

3.19 BREWER CARÍAS, "Consideraciones acerca de la distinción entre documento público o auténtico, documento privado reconocido o auténtico y documento registrado," *Revista del Ministerio de Justicia*, Caracas, 1962, nº 41, p. 192 y ss.; *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, UCV, 1964, pp. 131-2, nota 79; BIELSA, RAFAEL, "Instrumento público emanado de funcionario u órgano del Estado," *JA*, 1949-II, p. 3, pp. 5-6. En contra SPOTA, ALBERTO G., "Carácter de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas," *JA*, 1955-I,119.

3.20 COUTURE, EDUARDO, *Estudios de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, 1949, p. 97 y ss.

3.21 *Infra*, t. 3, cap. VII, "Los actos administrativos como instrumentos públicos."

3.22 El escribano certifica lo que se ha dicho delante de él, pero no "la exactitud o sinceridad de tales manifestaciones:" ALSINA, *op. cit.*, p. 406; NUTA, ANA RAQUEL y ABELLA, ADRIANA, "Forma procesal de impugnar los documentos públicos," *Revista del Notariado*, nº 825, 1991, p. 595 y ss.; FERRARI CERETTI, FRANCISCO, "Las desprolijidades notariales y los modos de corregirlas," *JA*, 1991-III, 756.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

mas, otorgamiento, pero no de su contenido, ni de los hechos afirmados en su texto por los funcionarios, incluso si son relatados como de su directa visión."[23]

3.2.2. *La doctrina de los actos propios y el expediente administrativo*

Una segunda cuestión de importancia en la valoración del expediente administrativo como instrumento de prueba proviene de la doctrina de los actos propios; el antecedente más mediato es en materia contractual y civil o comercial, donde se dice que la mejor forma de interpretar la voluntad de las partes es ver cómo ellas mismas se han comportado en su ejecución.

La regla se ha extendido y hoy en día, como siempre en la historia del derecho, se concluye inevitablemente en que la mejor forma de interpretar la conducta y la intención de las partes, como también la validez de su comportamiento y las consecuencias jurídicas que cabe aplicarles, es ver lo que han hecho y dicho, sus actos, sus comportamientos: es en el expediente administrativo donde mejor se reflejan, por lo general, los actos propios de ambos, tanto de la administración como del administrado.[24] Por lo demás y como lo tiene sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la doctrina de los actos propios se emparenta con el principio de la buena fe y entre ambos constituyen principios cardinales de nuestro ordenamiento jurídico. Ha dicho así que "Una de las derivaciones del principio cardinal de la buena fe es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, sean éstos los particulares o el propio Estado." "*El actuar contradictorio* que trasunta deslealtad *resulta descalificado por el derecho,* lo que ha quedado plasmado en brocardos como el que expresa «*venire contra factum propium non valet*» que sintetizan aspectos de densa dimensión ética del principio de buena fe."[25]

Igual principio ha sido destacado por la doctrina;[26] y como ha dicho también la Corte, "resulta necesario exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que se ha suscitado en el otro."[27] Por lo tanto es de suma importancia el expediente administrativo porque frecuentemente predetermina, sin que las partes lo sepan siempre claramente al momento que

[3.23] ORTIZ, EDUARDO, *Los privilegios de la Administración Pública*, San José, Costa Rica, 1973, pp. 92-3; SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1953, p. 366: "El instrumento es público en la medida en que su *autenticidad y genuinidad* están garantizadas por el Estado, aseguradas por un órgano prepuesto;" la bastardilla es nuestra.

[3.24] Comp. la jurisprudencia que cita KIELMANOVICH, *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 338-40.

[3.25] CSJN, *in re Cía. Azucarera Tucumana*, *JA*, 1989-IV, 429.

[3.26] MAIRAL, HÉCTOR, *La doctrina de los propios actos y la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

[3.27] CSJN, *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes y otro*, *LL*-1992-B, 216 y ss., cons. 4º *in fine*. Es lo que también se denomina confianza debida. Ver el importante libro de COVIELLO, PEDRO J., "La protección de la confianza del administrado," Buenos Aires, Abeledo- Perrot/LexisNexis, 2004.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

lo van conformando con su acción o con su silencio, la solución del juicio administrativo:[28] será luego tarde, con frecuencia, querer revertir lo que se ha actuado, callado u omitido en forma consistente en el expediente.

3.2.3. *La vista y fotocopia del expediente*[29]

Otro punto a mentar en materia de expedientes es el tema de la vista y la copia o fotocopia del expediente. En casi todos los países el criterio es que salvo decisión expresa y fundada, con fundamento legal suficiente, que declare secretas o reservadas las actuaciones, el expediente es público, al menos para las partes, las cuales tienen entonces derecho en todo momento a tener acceso y fotocopia de él.[30]

Esto es aplicable para el tema de las pruebas ilegítima o legítimamente obtenidas; si tengo fotocopias de un expediente, no debo demostrar cómo las obtuve, porque es público, excepto en aquellos casos en que fuera expresa y fundadamente reservado. Las fotocopias son siempre admisibles como una primera presunción de lo que hay en él, hasta que la administración pueda constatar el estado del original, sus eventuales refoliaturas, etc.

3.3. *La prueba en sede judicial*

Las primeras etapas probatorias para el juicio administrativo no se dan una vez iniciado éste sino antes de interponer la demanda; una de ellas es el expediente administrativo, al que ya nos hemos referido. Pero todavía existe un punto previo a la demanda en que se pueden producir pruebas: tanto pruebas privadas o extrajudiciales —a que luego nos referimos—, como *pruebas judiciales previas* al proceso mismo, lo que en el derecho procesal llamamos medidas de prueba anticipada. En este caso el litigante se presenta a la justicia antes de iniciar la demanda y pide la producción de determinadas pruebas, conforme a los supuestos en que el código lo autoriza. Un caso típico es cuando el futuro litigante pide el secuestro del expediente. En este caso, quedará a criterio del tribunal si existen o no razones fundadas para el secuestro: generalmente cuando se puede alegar fundadamente que se están haciendo maniobras con ese expediente que van a distorsionar su realidad o su verdad. También se puede en ese momento previo a la demanda producir otras medidas de prueba. Es una situación repetida para el abogado que va a hacer la demanda: encuentra el expediente, estudia el tema, quiere armar la demanda y ve que con los elementos probatorios que tiene el juez tal vez no le de

[3.28] Ver también BACACORZO, GUSTAVO, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1997, p. 34 y ss., donde recuerda a ANDRÉ MAUROIS en la frase "sobre el papel todo tiene aire de verdad."

[3.29] Ampliar en el t. 4, *El procedimiento administrativo*, cap. IV, "Vistas y traslados."

[3.30] Lo reconoce el decr. 229/2000, art. 3º, inc. *d*): "DERECHO a conocer el estado de tramitación de las actuaciones administrativas en las que tenga la condición de interesado *y a obtener copias de los documentos contenidos en ellas*;" España, art. 35 inc. *a*); nuestro Proyecto de 1964, arts. 254 a 256; Bolivia, art. 16 incs. *d*) y *j*); Brasil, art. 3º inc. II) y art. 46; Perú, art. 160.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

una medida cautelar; necesita más elementos probatorios. Si se pone a probarlos en juicio, se le va a ir el tiempo; entonces puede ser del caso producir privadamente la prueba y según el grado de convicción que ésta tenga, según la credibilidad de los expertos, testigos, peritos que consiga, ver si con todo ese paquete de pruebas producidas anticipadamente, logra o no conseguir la medida cautelar.

3.4. *Prueba judicial en otra jurisdicción o competencia*

Otra hipótesis de prueba es acudir a la justicia penal para investigar la conducta de funcionarios administrativos, o de particulares relacionados con la administración pública en virtud de concesiones o privilegios. Por esa vía más difícil, dadas las mayores exigencias del derecho penal para incriminar una conducta, pueden acreditarse hechos que aunque no justifiquen calificación penal, sí pueden ser útiles como base para la demanda en sede procesal administrativa. La secuencia puede también invertirse: que mientras avanza el proceso administrativo se determinen en sede penal hechos que son relevantes para el juicio en materia administrativa. Existe cierta independencia entre la apreciación de la prueba en sede penal y en materia administrativa disciplinaria. A resultas de ello, si bien un mismo hecho puede considerarse probado en sede penal y administrativa, también puede serlo en sede administrativa pero no penal.[31] Puede entonces haber absolución penal pero sanción administrativa, aunque es difícil —en realidad, virtualmente imposible— que haya condena penal por un hecho administrativo y en cambio se resuelva la inaplicabilidad de sanciones disciplinarias. Sólo si el hecho es ajeno a la función puede haber sanción penal no acompañada de reproche administrativo.

"Si el hecho no existe para el derecho penal, tampoco puede existir para el derecho civil;"[32] "Si por decisión que ha quedado firme en sede penal se tienen por no acreditados los hechos delictuosos invocados como causal de despido, se abre una particularísima restricción a la facultad de los jueces de grado, pues en esta situación juega, en cuanto a la existencia o inexistencia del hecho la prejudicialidad prevista en los artículos 1102 y 1103 del código civil a cuyo respecto la sentencia penal hace cosa juzgada para los jueces de otro fuero; consecuentemente el Tribunal del Trabajo no ha podido valorar un

[3.31] Así, "la absolución o el sobreseimiento dispuestos en sede penal no siempre constituyen título suficiente para impedir la sanción administrativa, incluso cuando ésa se imponga por hechos directamente vinculados con los que generaron la decisión judicial" (*Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Buenos Aires, 1991, 18: 300). El pronunciamiento judicial sobre la existencia de delito no puede controvertirse en sede administrativa (Baró, Daisy L., *La relación de empleo público*, Buenos Aires, FDA, 1982, p. 63 y ss.), pero la administración no habrá de esperar que la justicia penal dicte una eventual condena. La común sustancia penal *lato sensu* entre el derecho penal sustantivo y el derecho penal administrativo (PTN, *Revista..., op. cit.*, p. 299, *Dictámenes*, 74: 179; 168: 530), no obsta para que existan diferencias en la apreciación de la prueba (comp. Comadira, Julio Rodolfo, "El exceso de punición y su incidencia sobre la validez del acto administrativo," *RDA*, 4: 273, 1990). La conclusión es que "hay una comunicabilidad sólo relativa entre las jurisdicciones penal sustantiva y administrativo disciplinaria." (PTN, *Revista..., op. loc. cit.*)

[3.32] Alsina, *op. cit.*, t. IV, 1961, 2ª ed., p. 177.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

hecho tenido por «inexistente» por la sentencia penal."[33] Según la nota a los arts. 1102-3 del CC: "Así, cuando el tribunal criminal ha juzgado que el hecho atribuído a Pedro no existe, la persona que se dice dañada por ese pretendido hecho, no puede, aunque no haya sido parte en el proceso criminal, ser admitida a probar en el tribunal civil la existencia del hecho." En cuanto a la interpretación de los arts. 1102 y 1103: "2) si el juez penal declara que el hecho principal, que constituye supuestamente delito, no existe, esta declaración hace cosa juzgada en lo civil, no pudiendo el juez de este fuero volver sobre el punto."[34]

Estos temas de interacción de derecho penal y derecho administrativo, que parecían excepcionales en el pasado, han cobrado una inusitada fuerza en el presente.[35] Pareciera como que toda cuestión de derecho administrativo esté predestinada a la sospecha y a la investigación criminal, lo que a veces crea complejos problemas por los distintos cánones probatorios de una y otra jurisdicción.

3.5. *Producción privada de la prueba*[36]

3.5.1. *Testimonios*

Frente a la renuencia administrativa a llamar testigos, o en otros casos en que haya dificultad de producir tempranamente la prueba en sede judicial, es pertinente utilizar una variante de lo que en el derecho norteamericano se denomina *affidavits*, que son declaraciones que prepara una persona en forma unilateral y privada y se incorpora como prueba documental. Nada impide pedirle a un testigo que escriba su declaración en una carta expresando aquello que él conoce: esa prueba documental puede reforzarse con su ofrecimiento como testigo, para que la administración lo llame para que ratifique su firma y contenido, repreguntarle, etc.: la carga de la prueba ha pasado en ese punto a ella. Nos estamos refiriendo, claro está, al procedimiento administrativo, no al proceso penal.

3.5.2. *Pericias*[37]

Lo que venimos de expresar respecto de los *affidavits* se aplica a las pericias, que pueden producirse privadamente e incorporarse al expediente administrativo o judicial ofreciendo simultáneamente al perito como testigo, para ratificar sus dichos, ser repreguntado, etc.

3.33 SCBA, 3-X-78.

3.34 C.Iª.C.C. San Isidro, 29-IV-75; CHAPUS, RENÉ, *Droit du contentieux administratif*, París, Montchrestien, 1993, 4ª ed., p. 623: "la autoridad de la cosa juzgada penal no se impone a las autoridades y jurisdicciones administrativas sino en lo que concierne a las constataciones de hecho que los jueces penales han realizado y que son el soporte necesario de sus decisiones."

3.35 Ver *infra*, cap. X, § 11.4 "En el ámbito penal,"y nota 11.8; también en el mismo cap., notas 3.2 y 3.4 del § 3, "El trámite de agregación de escritos al expediente."

3.36 Ver *infra*, t. 4, cap. VI, § 7, 19.2, 22.7, 22.8, 26.2; cap. VIII, § 10.1.

3.37 Ver DE SANTO, VICTOR, *La prueba judicial*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1994, p. 33 y ss.; CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 45 y ss.; RABINOVICH DE LANDAU, SILVIA G., *La prueba de peritos*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

4. *Legalidad y admisibilidad de la prueba*

4.1. *Las pruebas ilegalmente obtenidas. Pruebas reservadas o secretas*

Es fundamental el principio procesal de que son inadmisibles las pruebas ilegítimamente obtenidas.[1] Así una escucha telefónica hecha por la administración o terceros sin autorización judicial,[2] un allanamiento de domicilio sin autorización judicial, o excediendo la autorización judicial; producción de prueba sin contralor de la contraparte, etc. Y se aplica también en casos extremos, como las declaraciones obtenidas bajo tortura. Este principio general se extiende a la inadmisibilidad de las pruebas reservadas o secretas. Ellas han existido siempre en la historia en regímenes autoritarios, pero de tanto en tanto pretenden reaparecer y es necesario que los tribunales mantengan firme el principio de que las pruebas secretas son inadmisibles en derecho. El principio prohibido de la "prueba" secreta o reservada intenta reaparecer p. ej. en las deportaciones de personas, en que suele haber informes de los organismos de seguridad, que —por sus propios mecanismos— son a veces de por sí secretos (informantes, etc.) Los tribunales de todo el mundo resuelven que los informes secretos no son admisibles como prueba y por lo tanto no permiten expulsar a una persona con ese fundamento.[3]

4.2. *El alegato informal*

Hay una práctica procesal que con diferentes nombres y matices existe en algunos países y está prohibido en otros: en nuestro *argot* forense se lo llama "el alegato de oreja;" en el derecho norteamericano son las comunicaciones *ex parte* que están prohibidas entre el magistrado y uno de los litigantes, a punto tal de resultar virtualmente inconcebibles.[4] Es algo que practica en mayor grado y con mayor libertad el abogado de la administración. Él habla privadamente al juez o al tribunal y le expone alguna situación que no introduce en la litis como cuestión de hecho y prueba. Puede que esa situación de hecho sea lo suficientemente importante como para que el juez no pueda evitar tenerla presente *in pectore* al momento de juzgar. Puede tratarse de la dimensión presupuestaria, internacional, política o económica del problema, sus repercusiones para el gobierno o la opinión pú-

[4.1] Ver *supra*, nota 3.10. Ampliar *infra*, t. 4, cap. VI, § 17, "Inadmisibilidad de las pruebas ilegítimamente obtenidas."

[4.2] A su vez, incluso la autorización judicial procede con criterio restrictivo: *Mille*, CNCrim. y Corr., Sala IV, *LL*, 1997-C, 416; *Rodríguez*, TOral Criminal nº 9, *LL*, 1997-D, 613; *Tellos*, CNCasación Penal, Sala III, *LL*, 1995-B, 63; *Del Bagno*, TOral Criminal Federal, Mar del Plata, *DJ*, 1994-2-453; OLDANO, IRIS, *Escuchas telefónicas*, *JA*, 1999-IV, 682-4.

[4.3] *Infra*, t. 4, cap. IV, § 17, "¿Pueden invocarse en la decisión las piezas reservadas?" En materia penal la legislación admite el agente encubierto para algunos delitos como el narcotráfico: PALACIO, *La prueba en el proceso penal*, *op. cit.*, pp. 96-104: § 16.4.4, "Agentes encubiertos." Hoy en día se va agregando, en el mundo occidental, la expulsión sumaria de extranjeros potencialmente terroristas y sus doctrinarios.

[4.4] Ver las referencias del cap. XVI, § 12, "Reuniones *ex parte*," nota 12.2. Ver también *El método en derecho*, *op. cit.*, p. 233.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

blica, etc.; en suma, la jurisprudencia de intereses que nuestros tribunales tanto usan y tan poco explicitan.[5] Cuando el tribunal lo admite, como siempre sucede, de hecho admite entonces también el alegato *ex parte* del particular, pero su argumentación no es comparable a la del Estado y el individuo se queda sin poder rebatir —ni siquiera conocer— lo que la administración ha dicho al tribunal a sus espaldas. La desigualdad e injusticia del proceso deviene inconstitucional. Para solucionar esta distorsión procesal no cabe sino acudir a la oralidad al menos en la fase de alegato final, pues oralidad implica no sólo inmediación e igualdad entre las partes, sino también publicidad y control social: que la sociedad pueda ver en base a qué argumentos el tribunal resuelve qué cosas.

4.3. *Pruebas inadmisibles*

Otro punto de carácter general es el de la admisibilidad o inadmisibilidad de las pruebas. Es conocido que las pruebas inconducentes, meramente dilatorias, etc., son inadmisibles; esto tiene mayor importancia en materia administrativa, donde con alguna frecuencia puede transformarse en un cierto prejuzgamiento, porque decir de una prueba que todavía no se ha producido, que ella va a ser irrelevante, o inconducente, es tener una hipótesis formada sobre qué pruebas son las que van a servir para determinada solución del caso: ello pone en duda la imparcialidad del órgano que ha de decidir. Si la hipótesis que tiene la parte es distinta de la hipótesis que está formulando el tribunal, la denegatoria de la producción de una prueba puede llegar a ser prejuzgamiento. Por eso el criterio debe ser siempre amplio en la admisibilidad de las pruebas. Sin embargo, en el caso de los sumarios administrativos, la solución es distinta. Quizás porque la relación personal de empleo público tiene elementos humanos en los cuales la inmediación juega un rol determinante, la justicia es muy renuente a revisar las sanciones disciplinarias aplicadas por la administración a sus propios agentes. La justicia no anula el acto dictado por la administración sin producir toda la prueba ofrecida por el sumariado, ni la produce ella misma. Sólo cuando la arbitrariedad o la violación normativa son manifiestas procede a anular o reformar el acto.

4.4. *Pruebas que hacen a la privacidad de la persona*

Más complejo es lo atinente a las pruebas que se refieren a la privacidad de las personas, p. ej. su salud. Ello generalmente se considera amparado en el principio de privacidad. En los tribunales administrativos internacionales en alguna ocasión se utiliza el criterio de requerir este tipo de información para utilizarla *in camera*, sin incorporarla necesariamente al expediente.[6] También se admite en

[4.5] Ver mis glosas en el libro de NIETO y GORDILLO, *op. cit*, nota 6, pp. 76-7, "¿Cuál «legalidad»? ¿Cuál «realidad»?"

[4.6] Así, el Tribunal Administrativo del BID. Ver *infra*, cap. XVI, "La justicia administrativa internacional."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Francia que el tribunal puede requerir a la administración que dé al requirente la información que ella tenga acerca de su salud y queda librado a éste si la somete o no al tribunal.[7] De todas maneras, en la carrera policial y militar el estado de salud es un elemento fundamental en los ascensos y retiros: es frecuente encontrar fallos que analizan la razonabilidad de las constancias médicas utilizadas por la administración. En estos y otros casos pareciera que el que se encuentra en tal condición no tiene más remedio que resignar su privacidad médica para poder acceder al juzgamiento. No es una solución satisfactoria pero no tiene otra salida que la publicación del fallo con iniciales y no con el nombre y apellido completo [8] (una precaución que a veces ni siquiera la Corte Suprema ha tomado).[9] La Cámara también ha sacado fallos con nombre y apellido de personas con SIDA, lo que pareciera una violación del derecho a la intimidad en la legislación vigente.[10] El mejoramiento de las técnicas de curación del SIDA, más una mejor tutela contra la discriminación, están reorientando el derecho hacia privilegiar la información y consiguiente posibilidad de curación con el diagnóstico precoz, por sobre el derecho a la intimidad del enfermo. Hay en esto una constante del derecho.

5. *Medios de prueba*

El principio, tanto en sede administrativa como judicial, siempre es el de la libertad para las partes en la elección de los modos de prueba, sujeto a las posibilidades materiales de la administración o del tribunal.[1]

4.7 CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, pp. 612 y 621.

4.8 Otra variante es la adoptada por el Tribunal Administrativo del F.M.I., que asigna a cada caso un nombre de fantasía ("Mr A" o "Ms B"), imposibilitando que los terceros conozcan quiénes son los actores, funcionarios, etc.: *infra*, cap. XVI, sección III y § 8.

4.9 Existen pronunciamientos que avalan exámenes de sida sin consentimiento, lo cual privilegia a otros valores por sobre la privacidad que garantiza la ley 23.798 *infra*, nota 4.10. Un completo análisis del tema puede encontrarse en el art. de KEMELMAJER DE CARLUCCI, "El sida en la jurisprudencia," *LL Buenos Aires*, 1999, quien orienta sobre los precedentes: *DT*, 1997-B, 1779, con nota de POSE; *JA*, 1997-V, 329, con nota de CIFUENTES, SANTOS ; *ED*, 160: 327, con nota de BIDART CAMPOS, GERMÁN J.; *LL Buenos Aires*, 1996-949, con nota de GOLDENBERG, etc. La doctrina y jurisprudencia se han dividido en posiciones opuestas. La doctrina privilegia la privacidad, la jurisprudencia no. Es uno de los tantos dilemas en esta materia, con puntos de contacto en lo que mentamos *supra*, § 3.1, "La carga y oportunidad de la prueba."

4.10 La ley 23.798, de prevención y lucha contra el SIDA, en su art. 2º, dice que no se puede "*a)* Afectar la dignidad de la persona; *b)* Producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación; *c)* Exceder el marco de las excepciones legales taxativas al secreto médico que siempre se interpretarán en forma restrictiva; *d)* Incursionar en el ámbito de privacidad de cualquier habitante de la Nación argentina; *e)* Individualizar a las personas a través de fichas, registros o almacenamiento de datos, los cuales, a tales efectos, deberán llevarse en forma codificada. El art. 6º dispone que "Los profesionales que asistan a personas integrantes de grupos en riesgo de adquirir el síndrome de inmunodeficiencia están obligados a prescribir las pruebas diagnósticas adecuadas para la detección directa o indirecta de la infección;" el art. 8º establece: "Los profesionales que detecten el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o posean presunción fundada de que un individuo es portador, deberán informarle sobre el carácter infectocontagioso del mismo, los medios y formas de transmitirlo y su derecho a recibir asistencia adecuada."

5.1 COLSON, *op. cit.*, p. 166 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Pero hay en ello una gran limitación fáctica que no dimana de los hechos sino de la discrecionalidad: uno propone testigos o peritos y la administración no los llama o designa —hay que producir prueba privada—; uno pide al juez la inspección ocular o el reconocimiento judicial y no lo ordena —hay que acompañar *antes* fotografías, videos, etc. El particular debe pues adelantarse a producir la prueba que de antemano intuye que la administración o el tribunal no ordenarán.

5.1. *Prueba testimonial y de absolución de posiciones*

5.1.1. *De los funcionarios públicos*

Otro tipo de prueba a mentar es la absolución de posiciones de la administración cuando es admitida y la declaración testimonial de los funcionarios. La defensa de su investidura lleva a que una larga lista de autoridades públicas no deban deponer personalmente sino que puedan hacerlo por oficio, cuando declaran en tal carácter. Si el juicio es personal, la comparecencia es obligatoria aunque se tomen algunos recaudos.

Aquella práctica es objetable pues no se está enjuiciando personas sino un comportamiento. No se enjuicia al responsable, se enjuicia a la sociedad que responderá por sus consecuencias dañosas. Sería deseable que ese anonimato se revirtiera y que el titular del órgano concurra al tribunal a declarar o absolver posiciones, para que no se dé aquello de que a veces ni se entera de la sentencia, ni le importa. El juicio debe importarle, o sirve de muy poco.[2]

5.1.2. *De los particulares*

Salvo en los sumarios la administración es muy reticente en citar a un particular para que deponga como testigo. La solución es producir esa prueba por escrito.[3] En el ámbito judicial no existe desde luego dificultad alguna en producir prueba testimonial con todas las garantías del debido proceso.

5.1.3. *Testigos expertos*

También cabe mencionar el testigo experto, figura común en el derecho anglosajón que aunque no lo sea tanto en el nuestro es igualmente admisible: el testimonio de cualquier persona vale por la fuerza de convicción que ella tenga. Si la personacuyo testimonio traemos es un experto reconocido en aquello sobre lo cual testifica, obviamente su opinión tendrá más fuerza de convicción para el tribunal.

[5.2] Se ha dicho “el funcionario autor del acto ilegal, de hecho, no está jamás inquieto personalmente. Cuando llegue la sanción, él habrá probablemente dejado su puesto por uno más elevado. La decisión del Consejo de Estado no le alcanzará —si aun la llega a conocer; ella no alcanzará tampoco a su sucesor, extraño a lo que ha ocurrido antes que él:” CALON, JEAN PAUL, *Le Conseil d´Etat et la protection des libertés publiques*, París, 1980, p. 17.

[5.3] Ver *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2003, 8ª ed., cap. VI, § 22.8, “¿Prueba testimonial producida por escrito?”

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

5.2. *Pericias e informes técnicos*

Se repite aquí lo que ocurre con la prueba testimonial en sede administrativa y su inclusión en el expediente que luego se adjuntará al proceso. Dado que la administración es renuente a producir una pericia hay que hacerla privadamente y aportar como prueba documental el informe del perito, ofreciéndolo a éste para que la administración lo llame y le haga cuantas preguntas, repreguntas, ampliaciones o aclaraciones desee, o incluso volver a hacer la prueba pericial con control y participación de la administración.

Si bien el procedimiento es instructorio y la administración tiene el deber de actuar de oficio en la producción de la prueba, siempre será conveniente ofrecer que se realice nuevamente la pericia, de modo tal que no queden dudas que el administrado o usuario ha efectuado todo cuanto estaba a su alcance realizar en materia probatoria y que lo que la administración no haya hecho ya es más que responsabilidad, directamente culpa suya de la cual debe hacerse cargo teniendo por ciertos los hechos probados por el particular y no refutados probatoriamente por ella.

5.3. *Fotografías y video*

Cabe admitir todos los medios de prueba y dentro de ellos cabe mentar las fotografías, que los abogados a veces no utilizan suficientemente. El saber ver, *sapere vedere*, requiere la visión directa o indirecta del objeto.[4] Si no se hace una inspección ocular, puede resultar importante que estén las fotografías o el video.

La fotografía tiene una fuerza de convicción bastante importante, sobre todo si son fotografías numerosas, variadas, que permiten apreciar aquello que uno quiere describir. El abogado ha de tomarse el trabajo de fecharlas y firmarlas al dorso, declarando bajo juramento, como auxiliar de la justicia, que han sido tomadas en ese momento y lugar.

Pueden tomarse más recaudos todavía y hacerlas mediante un acta notarial por un escribano público, por fotógrafo profesional y con testigos, igual que para una grabación telefónica, "cámara oculta," etc. Estos requisitos son cada vez más necesarios a medida que el desarrollo tecnológico permite modificar una fotografía

[5.4] Claro que el ser humano también allí se equivoca. Hemos visto sentencias de 1ª instancia decidiendo en un sentido en base a que el documento principal era una fotocopia y la cámara revocando en base a señalar que no era fotocopia, sino original. También un caso en que la administración multa al importador de un producto porque no enuncia el país de fabricación de un producto importado; la justicia de 1ª instancia confirma la sanción, o sea, porque no indicaba el país de origen. La cámara revocó porque se mencionaba la Unión Europea, considerando esto suficiente. Lo que nadie pareció advertir, a pesar que la sentencia trascribe la leyenda, es que empezaba "Producto elaborado en la Comunidad Económica Europea [...]," agregaba un par de renglones más y por fin concluía indicando "Toledo-España." CNCom., Sala D, *Plan Rombo, ED*, 189: 473, año 2000. Al menos dos veces nos ha ocurrido también no terminar de leer una frase y no percibir, no leer ni aprehender, su parte final. VARELA, CASIMIRO A, *Valoración de la prueba*, Astrea, 1998, pp. 166-7, lo llama "el absurdo" y "la arbitrariedad" en la apreciación de la prueba.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

con la computadora;[5] lo mismo es aplicable a otros medios de almacenamiento de datos que luego mencionaremos. En el pasado reciente, cuando se incorporan suficientes fotografías de alguna cuestión debatida, la práctica es que ella no suele ser cuestionada y a lo sumo pasa a ser una cuestión no relevante para la conclusión del caso. Si *no* se aportó la prueba fotográfica, entonces sí, a la inversa, puede llegar a ser una cuestión relevante. Con el tiempo será indispensable rodear a esta prueba de mayores formalismos como los que explicamos anteriormente. Lo mismo es aplicable al video, que es admisible como prueba, pero que igualmente conviene acompañar de una desgrabación para facilitar su lectura y rodear también de otros recaudos probatorios.[6] Un punto distinto con las fotografías y los videos es el referente a los tomados a distancia, si violan o no la privacidad de las personas: sobre esto se aplica el principio de la inadmisibilidad de las pruebas ilegalmente obtenidas.

5.4. *Fax, télex, etc.*

Pueden ser admitidos como prueba los télex, faxes y cualquier otro tipo de correspondencia entre las partes. Si bien son estos medios de prueba admisibles solamente entre las partes, ello es así en tanto ambas la mantengan en reserva: si una de ellas hace pública su correspondencia con otro, entonces la pueden invocar los terceros, porque ha dejado de ser privada; por la acción de uno de los dos ha pasado a ser pública y queda un problema entre las partes sobre si una pudo o no hacer pública tal correspondencia privada.

Los discos rígidos, CD-ROMs, DVDs, etc. de la nueva tecnología de la información también son admisibles como prueba, aunque a cualquiera es fácil recomendarle que los desgrabe y aporte también como documentos. Cabe admitir también el reconocimiento judicial, la inspección ocular, pero en esto los tribunales son bastante reticentes a su producción.[7]

5.5. *Prueba de informes*

SENTÍS MELENDO hace una distinción que es capital en materia administrativa, entre prueba de informes y prueba de información. La prueba de informes admisible en el derecho procesal es aquella en la cual la administración o una institu-

[5.5] En tal sentido ver CIFUENTES, *Derechos personalísimos*, Buenos Aires, Astrea,1995, p. 656; "Protección inmediata de los datos privados de la persona. Habeas data operativo," *LL*, 1995-E, 293 donde explica también muchos de los nuevos trucos para alterar imágenes, de lo que resulta la necesidad expuesta en el texto.

[5.6] Sobre el valor probatorio del video: *Charlin*, CNTrab., Sala III, *LL*, 1984-D, 401; *DJ*, 1984-6, 182; su complementación con acta notarial: *Díaz de Vivar*, Juzg. Nac. Civ., nº 67, *LL*, 1998-C, 88.

[5.7] Sin desconocer las dificultades prácticas que ello representa para todo tribunal, no puede dejar de expresarse que la verificación directa es una de las mejores formas de percepción de la realidad. Para un análisis de la experiencia común en el análisis de un caso, ver BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, pp. 94-8.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ción privada informan sobre datos que ya son de su conocimiento y que los tienen en sus registros. Les preguntan algo, se fijan en sus registros, carpetas o bases de dato y contestan según sus constancias.[8]

Distinto es cuando se le pide una opinión, o que averigüe algo, o que haga alguna investigación y luego recién informe. Esto no es prueba de informes, es prueba de información. Esa prueba es inadmisible porque sustrae su producción al contralor de la contraparte y del tribunal.

5.6. *Grabaciones telefónicas*

5.6.1. *Telefonía común*

También son admisibles las grabaciones telefónicas o personales, con algunas limitaciones. Las conversaciones telefónicas son equiparables a la correspondencia. Son privadas entre las partes; pero conviene también recordar que cuando uno escribe es más cuidadoso, cuando uno habla lo es menos. El otro puede estar grabando y es cuestionable si una de las partes en una conversación graba lo que la otra dice, cuánto pesa la apreciación judicial otorgada a esa prueba.[9] ¿Pero qué pasa cuando la persona con la cual yo hablo, me graba y usa públicamente la grabación contra mí? ¿Esa información pasa al dominio público? ¿La puede invocar cualquiera como prueba?

5.6.2. *Telefonía celular y otras grabaciones*

Existen fallos con sustento fáctico suficiente que concluyen que la comunicación por teléfono celular, al transmitirse por las ondas que son del dominio público o la llamada banda ciudadana, no constituyen una comunicación privada sino pública. Se equipara a una transmisión radial. Y una persona que la tenga sintonizada, la puede grabar y la puede usar como prueba. Otra cuestión es la grabación de una conversación personal. Esa prueba, si bien es una grabación ignorada por el otro, es válida; no es una prueba ilegítimamente obtenida. Por lo tanto, si se está hablando con un funcionario con un grabador encendido en el bolsillo, lo que aquél diga se puede usar como prueba.[10] En un sumario, si están tomando declaración a un testigo y el sumariante se niega a dejar exacta constancia de lo que el testigo dice y las objeciones no las registra en el acta, es sencillo: hay que llevar un grabador y luego controlar el texto del sumariante con la propia grabación, como si se tratara de una entrevista periodística.

[5.8] Esta es una obligación de la administración: decr. 229/00, art. 3º, inc. *g*): "DERECHO a acceder a los registros y archivos públicos con las limitaciones legalmente establecidas," que complementa el inc. *a*) del mismo artículo: "DERECHO a obtener información clara, veraz y completa sobre las actividades desarrolladas por la Administración Pública Nacional."

[5.9] En el proceso penal se requiere autorización judicial, salvo excepciones: PALACIO, *La prueba...*, *op. cit.*, § 12.4, "Intervención de comunicaciones telefónicas," pp. 72-6.

[5.10] Lo mismo ha sido resuelto en materia penal en lo que se refiere a la "cámara oculta" de los programas de TV. PALACIO, *La prueba...*, *op. cit.*, pp. 76-7.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

5.7 *Otros medios de prueba*

No existe disposición que limite los medios de prueba que pueden utilizarse, a través de técnicas antiguas; presentes o futuras: pruebas fonográficas,[11] magnetofónicas, fotográficas,[12] radiográficas,[13] etc.

También ya recordamos los viejos *floppy disks* y los disquettes rígidos, discos duros de computadora, discos láser o CD-ROMs, DVDs y todo lo demás que el desarrollo tecnológico produzca en el futuro. Pero hay que estar atento a las posibilidades técnicas y las inclinaciones o incluso comodidad material del tribunal. Hasta hace muy poco tiempo, si se ofrecía como prueba que el tribunal consulte a la Internet, o en Francia al Minitel, era probable que la decisión sobre la admisibilidad de la prueba le fuera adversa,[14] pero hoy en día los tribunales recurren a Internet como prueba de oficio o a petición de parte. En Uruguay las normas crean el procedimiento y "el expediente electrónico," el cual "tendrá la misma validez jurídica y probatoria que el expediente tradicional," o tramitado "por medios convencionales."[15] Allí el ordenamiento es vigoroso en el paso adelante, aunque no hacen falta normas expresas para admitirlo.[16] También existe el derecho a que la administración elabore y publique estándares de calidad de los servicios.[17]

También son admisibles las inspecciones oculares, o a través de otros sentidos: prueba de gusto, de olfato, de tacto, de oído;[18] con todo, en estos casos es más probable que la apreciación de tales hechos se efectúe por medio de peritos;[19] o con la colaboración de peritos,[20] es decir, realizar la medida probatoria el órgano administrativo personalmente, pero acompañado y aconsejado por el perito.[21] Igual-

5.11 COLOMBO, LEONARDO, "La prueba fonográfica de los hechos," *LL*, 51: 1152.

5.12 Ver DÍAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE, "La fotografía como prueba en el juicio civil," *JA*, 23: 117. Comp. COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, 1958, 3ª ed., p. 166; ver sin embargo ALSINA, *op. cit.*, t. I, 1956, p. 392.

5.13 Respecto de las placas de rayos "X" puede verse el trabajo de CHARLES C. SCOTT, en "*Michigan Law Review*," t. 44, Ann Arbor, 1946, nº 5, p. 773 y ss.

5.14 Así en Francia para el Minitel: CHAPUS, *Droit du contentieux...*, *op. cit.*, p. 607.

5.15 DELPIAZZO, CARLOS E., *El procedimiento administrativo electrónico y el acto administrativo automático*, UTE, *Recopilación de conferencias y exposiciones realizadas*, Montevideo, 1999, p. 39 y ss., p. 47.

5.16 DELPIAZZO, *op. cit.*, p. 46.

5.17 Dec. 229/00, art. 5º, incs. *b*), *c*) y *d*): "*b*) Determinar los niveles o estándares de calidad actuales en la provisión de los servicios que se suministran a los usuarios y las metas cuantificables para su desempeño futuro," "*c*) Establecer un sistema de monitoreo y evaluación del cumplimiento de los estándares sobre la base de un conjunto homogéneo de indicadores," "*d*) Realizar una amplia difusión de los resultados, en un lenguaje claro y accesible para el conjunto de la población."

5.18 HELLBLING, *op. cit.*, p. 311; ley austríaca, art. 54; ver ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, 1955, p. 239; EISNER, *op. cit.*, p. 74.

5.19 Es más probable y más frecuente en la práctica, pero no necesario.

5.20 HELLBLING, *op. cit.*, p. 311; ley austríaca, art. 54.

5.21 El art. 479 del CPCCN expresa que el reconocimiento judicial (no se usó ahora la expresión "inspección ocular" por su reconocida limitación a un solo sentido), podrá ordenarse también con "la concurrencia de peritos y testigos a dicho acto."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

mente puede combinarse la prueba pericial y la prueba de inspección ocular disponiendo que el órgano administrativo esté presente durante la realización de la pericia, lo que da más inmediación a la prueba,[22] sin sustituir al medio probatorio.

La inspección ocular, táctil, olfativa, etc., puede realizarse sobre objetos inanimados ó sobre animales. Muy limitadamente, procede asimismo sobre personas.[23] Puede consistir en una comparación, medición, etc. Constituye un medio de prueba de interés, en cuanto otorga inmediación,[24] pero no existe una obligación legal de soportar la inspección,[25] por lo cual será necesario el consentimiento de la persona. No procede en cambio la inspección ocular sobre archivos, cuando ella pueda ser suplida por informes o certificaciones. El campo más propicio para dicha medida, en la práctica, suelen ser los casos de urbanismo y medio ambiente.[26] Suele caracterizarse a la inspección ocular como una actividad que se desarrolla fuera de la sede del organismo,[27] pero si bien ello es lo usual no constituye una regla absoluta, ya que las partes pueden traer a la sede del órgano el objeto respecto del cual se propone su conocimiento directo por el tribunal, cuando ello es materialmente posible.

6. *Gobierno y apreciación de la prueba. Teoría y praxis*

6.1. *En primera instancia judicial*

Cuando el control judicial se realiza por jueces de primera instancia y existe recién después apelación ante un tribunal colegiado, es frecuente que siendo el personal del juzgado el que de hecho recibe la prueba, no haya mayores dificultades en su producción salvo el tiempo que todo el proceso insume. El exceso de trabajo de los jueces, que es una dramática realidad, no afecta el gobierno y producción de la *prueba*, sino en todo caso la emisión de la *sentencia*, sea ella cautelar,[1] autosatisfactiva[2] o definitiva.[3]

5.22 HELLBLING, *op. cit.*, p. 312.

5.23 HELLBLING, *op. loc. cit.*

5.24 HELLBLING, *op. cit.*, p. 311.

5.25 Tampoco en el derecho austríaco: HELLBLING, *op. cit.*, p. 312.

5.26 Tal es la opinión de CHAPUS, *Droit du contentieux...*, *op. cit.*, p. 614, quien agrega la expropiación. Sin olvidarse de la entrevista personal, que solemos olvidar como elemento de convicción pero se utiliza en momentos claves, p. ej. antes de conferir un cargo o empleo, etc.

5.27 TENTOLINI, OTTORINO, *La prova amministrativa*, Milán, 1950, p. 151.

6.1 Ampliar *infra*, cap. XIII, § 9, esp. § 9.8, "La tutela autosatisfactiva o anticipatoria." En los primeros meses del año 2002, al desatarse con toda su fuerza el colapso de los juzgados federales con competencia en materia administrativa se adoptaron medidas de emergencia importantes y eficaces. Ver AHE, DAFNE SOLEDAD, "El desamparo del amparo," *LL*, 2002-C, 1226; "La realidad del fuero en lo contencioso administrativo federal: El desamparo del amparo," en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 41-51, reproducido en *RAP*, 288: 191; ver nuestra nota "«Corralito,» Justicia Federal de primera instancia y contención social en estado de emergencia," *LL*, 2002-C, 1217.

6.2 Así *Gambier (II)*, Sala II, *LL*, 1999-E, 623. Ver *infra*, cap. III, § 6.6 y nota anterior.

6.3 Ver mis glosas en NIETO y GORDILLO, *op. cit.*, nota 7, "El sistema, la vida y los tribunales," pp. 86-91; AHE, "El desamparo del amparo," *op. cit.*; "La realidad del fuero...," *op. loc. cit.*

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

6.2. *En instancia única colegiada*

Distinta es la cuestión cuando la ley, en flagrante discriminación contra el particular que litiga contra la administración, le deniega la vía ordinaria y le otorga en cambio un recurso directo ante la cámara de apelaciones u otro tribunal colegiado de segunda instancia. Es peor, ni qué decirlo, en las jurisdicciones en que todos los juicios en materia administrativa deben llevarse exclusivamente al Superior Tribunal, que actúa en instancia colegiada y única. Hay situaciones aun peores, directamente trágicas, que han permanecido sin solución durante largos años.

En esos supuestos el tribunal colegiado es más reticente a ordenar medios de prueba y se requiere en la práctica que no solamente el particular alegue fundadamente que a pesar de proponerlos oportunamente no pudo producirlos en sede administrativa, sino que también convenza al tribunal que la prueba omitida podrá hacer caer las conclusiones del expediente administrativo, incluso en caso en que se le denegó la producción de *toda* prueba excepto la documental agregada en el traslado. Que haya ofrecido testigos, pedido informes, propuesto pericias, de nada le sirve si la administración no lo produce y la justicia en instancia única colegiada tampoco.

El principal bastión de la denegación de justicia fue, durante más de un increíble siglo y medio, la Provincia de Buenos Aires.[4] Se trató de una lucha titánica[5] que finalmente la sociedad le ganó al poder político,[6] aunque, a veces, en alguna segunda instancia sea el resultado menos satisfactorio.[7]

6.3. *La importancia de la prueba privada en tales casos*

De allí la importancia, que señalábamos más arriba, de producir privadamente la prueba e incorporarla al menos como prueba documental ofreciendo su ratifica ción por prueba testimonial o pericial:[8] de ese modo, si no se produce la prueba tes-

[6.4] CSJN, *Cores Ponte*, con nuestra nota "Privación sistemática de justicia en la Provincia de Buenos Aires," *LL*, 1995-D, 298, reproducida en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 3, p. 36; CSJN, *Transporte del Oeste S.A.*, con nuestra "Privación sistemática de justicia 2 (dos) en la provincia de Buenos Aires," *LL*, 1996-C, 39, también en *Cien..., op. cit.*, § 32, p. 96.

[6.5] Ver nuestro art. "La justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires (Una contrarreforma inconstitucional)," *ED*, 30-XI-01; reproducido, con modificaciones, bajo el título "Administrar sin justicia," *RAP Provincia de Buenos Aires*, 1-1: 11-25 (2003); POLICE, ARISTIDE, *Il processo amministrativo in Argentina. Garanzie dello Stato di diritto ed emergenza economica*, Milán, Giuffrè, 2002, cap. 4, "La favola della *Girafa Azzurra*," pp. 127-35.

[6.6] Ver "Axel en la justicia administrativa de la provincia de Buenos Aires," *Rap-Provincia de Buenos Aires*, 2004, II.13/7-12, www.revistarap.com.ar, Circular Letter n° 9; MAINETTI, NATALIA, "El comienzo deseado: la nueva justicia administrativa se hace oír," *LL*, 2004-D, 675.

[6.7] Ver OROZ, MIGUEL H. E., "La sentencia en el amparo por mora y su inapelabilidad," *LL*, 2004-D, 663; MAINETTI y ALETTI, DANIELA, "El Poder Ejecutivo provincial vs. la Justicia efectiva," *LL*, 2004-F, 414; MEDINA, VALERIA, "De los dichos a los hechos se garantiza el derecho, La ley que le ganó a la jurisprudencia," *LL*, Sup. Adm. 2006 (febrero), p. 19. Ver en cambio: SILVA PELOSSI, SOFÍA M., "Cajas de seguridad: el necesario equilibrio entre dos derechos en juego," *LL*, 2005-E, 313.

[6.8] Ver la remisión que efectuamos *supra*, nota 3.12.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

timonial o pericial, no puede desconocerse la documental sin incurrir en arbitrariedad de sentencia y palmaria indefensión.

6.4. *El prejuzgamiento judicial en casos de instancia colegiada única*

Con la salvedad expuesta, suele ser tarea vana proponer prueba en alguna que otra instancia judicial colegiada. Lo más usual es que el tribunal prejuzgue sobre la prueba ofrecida y deniegue su producción, considerando que ella seguramente será insuficiente para hacerle cambiar de parecer respecto a las constancias del expediente administrativo.[9] Es una cuestión de supervivencia del tribunal ante el exceso de trabajo, pero en esa lucha por la vida perecen la justicia y el derecho del particular. "Los jueces de esos tribunales parecerían olvidar que tal tipo de jurisdicción se implanta, no para proteger al Estado contra el individuo, sino al individuo contra el Estado."[10]

6.5. *Eficacia y admisibilidad de la prueba*

En cualquier caso y más allá de comprender que el tribunal se encuentra sobrepasado en sus posibilidades materiales de hacer justicia, bueno es recordar el principio teórico que la práctica desmiente: "una cosa es la eficacia de la prueba y otra su admisibilidad;" "Hay pruebas que son admisibles [...] y sin embargo son de eficacia relativa o remota," pero esto "no es una condición previa que se debe exigir al medio propuesto para que sea admitido."[11] Del mismo modo puede recordarse que "los jueces intervinientes, poseen, además, la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre los hechos controvertidos, si ella fuera suficientemente irrazonable, o se apoyara tan sólo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios, o implicara denegación de la defensa en juicio. La mera existencia de esta potestad, de indiscutible fundamento constitucional, posee un valor ciertamente decisivo."[12]

[6.9] Un pormenorizado análisis en TAWIL, t. II, *op. cit.*, p. 395 y ss., quien concluye que se niega "en la práctica, inclusive, el control fáctico mínimo que impone el principio de legalidad."

[6.10] LINARES, JUAN FRANCISCO, "Lo contencioso-administrativo en la justicia Nacional federal," *LL*, 94: 929.

[6.11] EISNER, *op. cit.*, p 72.

[6.12] CSJN, *Reyes, Fallos*, 244: 554. Ver *infra*, t. 3, cap. IX, "Vicios de la voluntad," § 7, "Arbitrariedad."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Capítulo II

DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA[1]

1. *Las categorías de derechos y su defensa*

Siempre ha existido alguna distancia entre el derecho de fondo a que una persona podía considerarse titular y la posibilidad práctica de pedirlo en justicia. Si bien ya desde el derecho romano el pretor decía "dame el hecho, yo te daré la acción,"[2] en la práctica a veces se presentan dificultades. Así, en el siglo XIX se distinguía el derecho subjetivo propiamente dicho o primitivo —propiedad, libertad, etc.—; el todavía no reconocido por la autoridad pública llamábase interés o derecho en expectativa, que dependía para su nacimiento de un acto de la administración: recién entonces se tornaba adquirido y tenía tutela como el primero.[3] Nace así, en derecho administrativo, la distinción entre derecho subjetivo, con plena tutela administrativa y judicial y el interés legítimo. Del segundo se dirá durante más de un siglo que a veces tiene tutela judicial en los sistemas llamados contencioso administrativos,[4] pero no la tiene en otros sistemas como el judicial vigente en nuestro orden nacional. De allí pasamos en Europa, con el correr del tiempo, incluso a la responsabilidad por los intereses legítimos.[5] En nuestro país existie-

[1.1] Ver al respecto JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, "La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia," *LL*, 2003-B, 1333. Si bien su artículo es posterior a la primera aparición de este capítulo, fueron los fallos de la Sala que ella integra como Magistrada los que marcaron el gran quiebre innovador que el presente capítulo recogió desde un primer momento. A partir de este artículo liminar de la Autora, la bibliografía argentina ha ido creciendo exponencialmente, de lo cual hemos de congratularnos todos, pues significa que el cambio ha hecho semilla y ha hincado sus raíces fuertemente, pero lo esencial no es el desarrollo doctrinario, sino el jurisprudencial.

[1.2] *Da mihi factum, dabo tibi jus:* dame el hecho, yo te daré el derecho. Esta óptica pretoriana es preferible a la que elaborara después HANS KELSEN, centrando el peso en la acción y no en la pretensión: *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1960, p. 122.

[1.3] Esta distinción fue reconocida en América desde LARES, TEODOSIO, *Lecciones de derecho administrativo*, México, 1852, pp. 60-1, México, D.F., UNAM, reimpresión 1978.

[1.4] En Francia y en los viejos sistemas contenciosoadministrativos provinciales.

[1.5] CHITI, MARIO P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Milán, Giuffrè, 1999, p. 412 y ss. Allí transcurrió el siglo, acá pareciera que no.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ron también innovaciones, aunque mucho más tardías, jurisprudenciales y doctrinarias,[6] en la admisión de la tutela judicial de los intereses difusos en las acciones de clase. En sus primeras etapas se las admitió especialmente para la tutela del medio ambiente y aún hoy constituyen la vanguardia de la innovación y el grueso de los precedentes. Dieron sin embargo lugar a una fuerte y a veces acérrima defensa del orden constituido.[7] Algunos autores y fallos mantuvieron posiciones restrictivas de una tutela judicial amplia y efectiva[8] incluso luego de la reforma constitucional, como si ella no hubiera existido, y no hubiera tratados internacionales que cumplir.[9]

[1.6] MORELLO, AUGUSTO M., "La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal," *JA*, 1978-III, 321; *LL*, 1979-A, 225; "Las nuevas exigencias de tutela (experiencias y alternativas para repensar la política procesal y asegurar la eficacia del servicio)," en *La justicia entre dos épocas*, La Plata, Platense, 1983, p. 57 y ss.; MORELLO y STIGLITZ, GABRIEL, "Hacia un ordenamiento de tutela judicial de los intereses difusos," *JA*, 1985-IV, 651; *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, La Plata, Platense, 1986, p. 201 y ss.; "Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia," *LL*, 1987-D, 364; "Los intereses difusos y su adecuada protección judicial. Operatividad del amparo colectivo," *DJ*, 1991-2, 471; MORELLO y CAFFERATTA, NÉSTOR A., *Visión Procesal de Cuestiones Ambientales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 155 y ss.; MORELLO, HITTERS, JUAN PABLO y BERIZONCE, ROBERTO C., "Fundamentos al proyecto de ley sobre representación de los intereses difusos," *JA*, 1985: 657; "La defensa de los intereses difusos," *JA*, 1982-IV, 700; STIGLITZ, GABRIEL, "Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente," *LL*, 1983-A, 783; ROSATTI, HORACIO D., *El derecho a la jurisdicción antes del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 75 y ss.; CANO, GUILLERMO J., "Un hito en la historia del derecho ambiental argentino," *LL*, 1983-D, 568; "Acerca de la acción popular y otros temas de derecho ambiental," *ED*, 107: 876; BIDART CAMPOS, GERMÁN, "Acción popular de inconstitucionalidad en Neuquén," *ED*, 114: 152; "Intereses difusos y medio ambiente," *ED*, 123: 539; "Los intereses difusos en una cuestión de derecho minero," *ED*, 124: 457; PIGRETTI, EDUARDO A., "La acción de los ciudadanos y de las asociaciones de protección del ambiente," *LL*, 1987-A, 1053; RIVAS, EDUARDO, "Derechos subjetivos, intereses difusos y acciones populares," *ED*, 135: 861; JIMÉNEZ Y CONSTANTINO, JUAN ANTONIO, "Intereses difusos: su protección. Efectos y alcances," *ED*, 142: 834; LÓPEZ ALFONSÍN, MARCELO A y DALLA VÍA, ALBERTO, "Los llamados «intereses difusos» y la protección constitucional del medio ambiente," *ED*, 147: 784; DE FARAMIÑÁN GILBERT, JUAN MANUEL, "El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la protección del medio ambiente," *LL*, 1995-E, 1135 y ss. Ver también BARRA, RODOLFO C., *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, p. 261 y ss., p. 274; "La situación jurídica del administrado. Derecho subjetivo e interés legítimo," *RAP*, n° 11, p. 7 y ss., p. 15 y ss.

[1.7] MARIENHOFF, MIGUEL S., *ED*, 105: 244; *ED*, 106: 922. Otras posiciones en GRECCO, CARLOS MANUEL, "Legitimación contenciosoadministrativa y tutela judicial del interés legítimo," *LL*, 1981-C, 879; "Ensayo preliminar sobre los denominados intereses «difusos» o «colectivos» y su protección judicial," *LL*, 1984-B, 865, especialmente punto VI; CNFed. CA, Sala V, *LL*, 1995-E, 516; BARRA, "La acción de amparo en la Constitución reformada," *LL*, 1994-E, 1087. Critica la solución, sin negar su vigencia a la época, REJTMAN FARAH, MARIO, "Los derechos sin tutela judicial. Los intereses difusos," *Discrepancias*, 1: 35, Buenos Aires, FACA, Federación Argentina de Colegios de Abogados, 1983.

[1.8] Tales posiciones restrictivas son polifacéticas y cambiantes. Así la CSJN *in re Gorordo* y el plenario *Romero*, que mencionamos en el t. 4, *op. cit.*, cap. III, § 18.3; cap. VIII, § 1.6; cap. X, § 2.1 y 9.2; *infra*, cap. XIII. CNFed. C.A., Sala II, *Asociación Amas de Casa, LL*, 2003-B, 280.

[1.9] Como señala SABSAY, DANIEL A., "El «amparo colectivo» consagrado por la reforma constitucional de 1994," en GONZÁLEZ MORENO, FELIPE (editor), *Las acciones de interés público*, Santiago de Chile, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1997, p. 387 y ss., p. 404, "una corriente minoritaria tiende a interpretar su alcance con la mayor restricción posible."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Empero, la discusión ha quedado resuelta claramente al menos en este punto por el sistema jurídico, no solamente en materia ambiental con los arts. 41 y 43 segundo párrafo de la Constitución,[10] sino antes de ella con la ley de defensa del usuario y del consumidor y otras normas que confieren amplia legitimación judicial.[11] El usuario lo es de servicios públicos, el consumidor lo es de bienes y servicios prestados en libre competencia. Cabe agregar al afectado[12] y al vecino, pero aun es materia discutida si un legislador que invoca su calidad de tal puede tener la misma legitimación del vecino, afectado, usuario, etc.[13] En particular, la Constitución de 1994 introduce en el art. 43 los derechos de incidencia colectiva, categoría más extensa de tutela y derecho de fondo que parece destinada a empalidecer la importancia de la previa distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, e incluso del interés difuso. Del mismo modo la amplísima legitimación que existe para denunciar la violación a derechos humanos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[14] constituye una fuerza expansiva necesaria de la legitimación en el ámbito interno, aunque no todos estén todavía dispuestos a admitirlo. Esa amplia legitimación lleva también, inexorablemente, a que los efectos de la sentencia puedan en definitiva ser *erga omnes*.[15]

Resulta de todo ello que el tema del derecho subjetivo *stricto sensu* esté destinado a perder importancia a medida que se extiende la tutela a otras situaciones; el derecho de incidencia colectiva es una noción superadora tanto del derecho

1.10 GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2005, 3ª ed., pp. 449-459, 491 y ss.; BIDART CAMPOS, "La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del art. 43 de la Constitución," *ED*, 166: 860; MORELLO, "El amparo después de la reforma constitucional," *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, 1994, nº 7; SABSAY, *op. loc. cit.*; GOZAÍNI, OSVALDO A., "La noción de afectado y el derecho de amparo," *LL*, 1996-D, 1004.; ROSSI, ALEJANDRO, cap. V de GORDILLO, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1998, 3ª ed.

1.11 Que expusiéramos en "Derechos de incidencia colectiva," en *El Derecho Administrativo Argentino, Hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 274 y ss.; ABERASTURY (H.), PEDRO y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 62. Esta es la recepción constitucional de este tipo de derechos, porque ya antes estaba en la ley 24.240 de defensa del usuario y del consumidor y doctrina precedente: Sala IV, *ADECUA c/ ENARGAS*, *LL*, 1998-F, 338. Al respecto ver cap. III de este vol. Ver también STIGLITZ, RUBÉN y STIGLITZ, GABRIEL, *Contratos de adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 5 y ss.

1.12 Ampliar en MORELLO y CAFFERATTA, *op. cit.*, p. 170 y ss.

1.13 VALLS, MARIO F., "El canal federal. La legitimación ambiental, la independencia de poderes y el desarrollo sustentable," *JA*, 1999-IV-71.

1.14 Lo explicamos en el primer tomo, *Parte general*, *op. cit.*, cap. VI, § 1, nota 1.10 y sus remisiones y en este vol., cap. XVI, "La justicia administrativa internacional," §1.

1.15 Ver "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia," *LL*, 1997-F, 1318, con los casos *Blas* (*LL*, 1998-A, 288) y *Barsanti* (*LL*, 1998-A, 293) de la Sala I y sus múltiples antecedentes (*Ekmekdjian, Monges, Labatón, Dalbon, Youssefian, Schroder*, etc.). Los efectos *erga omnes* de la sentencia, reconocidos en *Blas* y *Barsanti* por la Sala I, fueron confirmados por la CSJN en 1998. Los aplicó nuevamente la Sala IV en *Viceconte*, *LL*, 1998-F, 305, firme por haberse rechazado la queja; la Sala I en *Verbrugghe*, *ED*, 185: 995; la Sala II en *Gambier*, *LL*, 1999-E, 623, etc. Ver *infra*, cap. III, para más fallos.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

subjetivo como del interés legítimo. Esta tendencia superadora viene siendo preanunciada en todos los ordenamientos contemporáneos. Es cada vez más frecuente en el derecho comparado englobar en un sólo concepto el derecho subjetivo y el "interés personal, legítimo y directo."[16] Es más, éste a su vez resulta comprensivo, en determinadas situaciones, de los intereses colectivos,[17] intereses difusos, intereses comunitarios, preservación de la legalidad urbanística, protección de los derechos de los vecinos, adecuada prestación de servicios públicos y el mismo interés público o de la colectividad.[18] La experiencia bien indica que los derechos colectivos son más legítimamente defendidos por entidades no gubernamentales o vecinos, usuarios, afectados,[19] que por las administraciones públicas, estas últimas frecuentes agentes de daño y no de protección jurídica, sujetos pasivos antes que activos de la pretensión de tutela.

En España, en lugar de extender el concepto de interés legítimo a los supuestos de intereses difusos, como es el caso del medio ambiente y la reparación del daño ambiental, recurren a la figura de la acción pública, obteniendo el mismo resultado a través de una acción diferenciada.[20] De todas maneras la tutela judicial que garantiza la Constitución española lo es tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo. En nuestro derecho, antes de la reforma constitucional, se alzaban algunas voces contra la ampliación de la tutela judicial;[21] pero es una posición insusceptible de ser mantenida luego de la reforma constitucional de 1994. Las normas administrativas han comenzado a reconocer, indistintamente, "a los particulares, *grupos de ellos*...,"[22] lo cual también reconoce en ese nivel normativo,

1.16 Así la ley orgánica de la Corte Suprema, que explica BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. VII, *La justicia contencioso-administrativa*, Caracas, EJV, 1997, p. 78 y ss.

1.17 Ampliar en SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL, *La participación del ciudadano en la Administración pública*, Madrid, 1980, p. 126 y ss., quien explica que los intereses colectivos se concretan en asociaciones o intereses de grupo.

1.18 LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Las normas fundamentales del derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pp. 299-301, p. 493 y ss. y sus referencias, donde también se advierte la proximidad de ambas instituciones. El caso del medio ambiente es quizás el más claro en que hay tanto tutela del derecho subjetivo como del derecho de incidencia colectiva a la salud y un medio ambiente sano. Lo explicamos en *Derechos Humanos*, *op. cit.*, 1999, 5ª ed. Ver también BREWER CARÍAS, *op. cit.*, p. 84 y ss.; "El derecho administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas," *Revista de Derecho Público*, Caracas, EJV, 1985, 22: 14.

1.19 *Torello*, Sala II, derecho a la salud y como usuaria del PAMI, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER; *Gambier* (I), teatro Odeón, defensa del patrimonio cultural de la ciudad, Sala II, 18-VI-98, causa 25.841/97; *Gambier* (II), propaganda política con fondos públicos, *LL*, 1999-E, 623, etc.

1.20 GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Madrid, Civitas, 1996, p. 160.

1.21 PALACIO, LINO ENRIQUE, "La protección judicial de los intereses difusos," en *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, nº 26, p. 24 y ss. No es la opinión predominante entre los procesalistas.

1.22 Decr. 229/00, art. 9º: "A los efectos de la aplicación del presente Decreto, se consideran Servicios a los Ciudadanos a las prestaciones que el Estado brinda, por sí o por terceros, a los particulares, *grupos de ellos* o personas jurídicas, a fin de satisfacer sus necesidades, en virtud de las responsabilidades y competencias que le son propias."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

dicha legitimación colectiva, máxime que la norma dice procurar "sinergias positivas."[23] Incluso cuando el ordenamiento constitucional reconoce en forma amplia la legitimación por los derechos de incidencia colectiva, en los primeros años de la reforma constitucional su aplicación fue limitada. El detonante fueron las múltiples lesiones a los millones de usuarios telefónicos, que llevaron a miles de amparos iguales y por ende al convencimiento material de que eso carecía de sentido y de utilidad práctica no solamente para los justiciables sino también para la justicia. La CSJN rechazó algunos de esos planteos, que en consecuencia tramitaron por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por privación de justicia. En cualquier caso, la jurisprudencia federal de los demás tribunales fue afirmando cada vez con más fuerza esa legitimación, llegando —en un círculo completo— virtualmente al principio del pretor romano, enunciado al comienzo de este capítulo y ahora consagrado en la Constitución. Ese proceso de adaptación comenzó en *Schroder* en materia de medio ambiente, cuando el tribunal dijo "el problema de la legitimación de los particulares no debe constituir una verdadera denegación del acceso a la justicia de quienes se ven afectados por una medida estatal. Si la apertura de la jurisdicción no es garantizada [...] ¿qué garantía de juridicidad se ofrecerá a los ciudadanos, si no pueden contar con una auténtica defensa de sus derechos?"[24] El criterio se extendió a distintos servicios públicos y grandes proyectos estatales, concluyéndose que "como tiene dicho esta Cámara, remitiendo en última instancia la legitimación a un punto de derecho sustancial (en la medida en que negar la legitimación equivale a negar el derecho) no cabe [...] sino sólo apreciar [...] la concurrencia de un interés tutelable."[25] Hoy en día las cinco Salas tienen precedentes análogos y más amplios, muchos posteriores a la privación de justicia que efectuó la CSJN. Se trata de materia de orden público, de la cual ningún tribunal puede desentenderse, ni siquiera con un fallo de Corte.

2. *En la legislación anterior a la reforma constitucional*

En el esquema de la Constitución de 1853-1860 los derechos tutelados judicialmente eran los derechos subjetivos, individuales y exclusivos; en la Constitución de 1994 se agregan los derechos de incidencia colectiva (arts. 41 a 43).[1]

[1.23] Así lo expresa el cons. 12 del decreto 229/00.

[1.24] CNFed. CA, Sala III, *Schroder, LL*, 1994-E, 449, que lideró el nuevo rumbo en los tribunales federales de este fuero. Ampliar en ROSSI, *op. loc. cit.*; SABSAY, y ONAINDIA, JOSÉ M., *La Constitución de los argentinos*, Buenos Aires, ERREPAR, 1997, 3ª ed., p. 161 y ss.

[1.25] Resume así la Sala IV la jurisprudencia de la Cámara en *Youssefian, LL*, 1997-F, 270, y precedentes de otras Salas, *LL*, 1998-B, 546 y *RAP*, 228: 124 (Buenos Aires, 1997). La diferente resolución de la CSJN en este último caso, a propósito de los aeropuertos, no es un precedente que invalide lo expuesto, como lo prueban ulteriores pronunciamientos. Ver la enunciación que hacemos en el cap. III, § 5 y 6.

[2.1] Ver GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, "Los derechos de incidencia colectiva como derechos fundamentales," en BIDART CAMPOS y GIL DOMÍNGUEZ (coords.), *A una década de la reforma constitucional. 1994-2004*, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 209 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Los casos de acceso a la tutela jurisdiccional por derechos de incidencia colectiva,[2] en el sistema de 1853-1860 devenían de la legislación o la práctica jurisdiccional, no de la interpretación o aplicación constitucional directa y formal. Constituían una excepción a la regla de la legitimación judicial fundada en el derecho subjetivo. La acción de clase o *class action* del derecho norteamericano era virtualmente inexistente en el viejo derecho argentino,[3] aunque destacadas voces se alzaban en la solución innovadora.[4] Entre las excepciones a dicha regla empírica cabía mencionar de antaño los partidos políticos y los gremios, a los cuales se reconoció una legitimación colectiva; lo mismo con las asociaciones y entidades de derechos humanos en materia de desaparecidos. Igual excepción, sin embargo, no se aplicó a las cámaras empresarias en defensa de los derechos de sus agremiados, ni a las corporaciones profesionales salvo supuestos aislados de expresa previsión legal como el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

El cambio constitucional de 1994 se vio preanunciado por diversos pronunciamientos en materia de medio ambiente,[5] y por la ley de defensa del consumidor 24.240.[6] Ambos cuerpos normativos se articulan adecuadamente, pues la ley 24.240 crea *ex ante* una vía y una serie de principios jurídicos que la Constitución de 1994 amplía y complementa.[7] Esto responde a la tendencia de la evolución del orden jurídico, que ya hemos mentado en otro lugar.[8]

Hay quienes sugieren que la ley de defensa del consumidor, que es expresamente aplicable a los servicios públicos privatizados, no sería de aplicación como

[2.2] Utilizamos a los efectos de esta obra la terminología de la Constitución de 1994, aunque también se ha podido hablar de intereses o derechos difusos, debilitados, legítimos, etc. Sobre estos problemas terminológicos nos remitimos al t. 1, *op. cit.*, cap. I, § 6.3.

[2.3] La doctrina ha comenzado a evolucionar, como se advierte en el erudito trabajo de BIANCHI, ALBERTO B., "Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de la legitimación colectiva a gran escala," *RAP*, 235: 13 (Buenos Aires, 1998); del mismo autor, *Las acciones de clase*, Buenos Aires, Ábaco, 2001; es que la ley 24.240 y la Constitución de 1994 han superado posturas tales como la de MARIENHOFF, *ED*, 105: 244; *ED*, 106: 922; *LL*, 1986-C, 899, etc. Ver JIMÉNEZ MEZA, MANRIQUE, *Justicia constitucional y administrativa*, San José, IJSA, 1999, 2ª ed., pp. 211-44, "El derecho subjetivo público de la acción procesal y su relación con la acción popular y la «class action»."

[2.4] *Supra*, nota 1.6.

[2.5] CNFed. CA, Sala III, *Schroder, LL*, 1994-E, 449 y los demás precedentes de aquel entonces mentados por ROSSI, cap. V de GORDILLO y otros, *Derechos Humanos, op. cit.*, 3ª ed.

[2.6] Esta ley se halla complementada por la 24.787. Ver FARINA, JUAN, *Defensa del consumidor y del usuario*, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 404 y ss.; MOSSET ITURRASPE, JORGE y LORENZETTI, *Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1994, p. 194 y ss.; MOSSET ITURRASPE, *Defensa del consumidor (Ley 24.240)*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1998, p. 172 y la bibliografía allí citada; STIGLITZ, RUBÉN y STIGLITZ, GABRIEL, *Derechos y defensa del consumidor*, Buenos Aires, La Rocca, 1994, p. 344 y ss.

[2.7] Así como hay reglamentos que preexisten a la ley, nada tiene de excepcional que una ley preexista a la Constitución, los hechos sociales a la jurisprudencia, la jurisprudencia a la norma, etc. Ver LORENZETTI y SCHOTZ, GUSTAVO J. (coords.), *Defensa del consumidor*, Buenos Aires, UA, Ábaco, 2003, pp. 113-122

[2.8] Ver t.1, *Parte general, op. cit.*, cap. II "Pasado, presente y futuro del derecho administrativo", esp. § 5 "Los órganos de control del proceso," 5.1 "La insuficiencia cualicuantitativa de los controles," p. 16, 5.2 "Nuevos órganos y modalidades de control," p. 16-18, 5.3 "El sistema y intersticios," p. 19.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ley reglamentaria de la Constitución de 1994, por ser una ley anterior. Sin embargo esto no es así. Basta con recordar el antiguo principio romano de que *revocatio legis praexistentis non praesumitur* (no se presume la derogación de la ley preexistente). También se ha hecho mérito del tiempo de verbo utilizado por la Constitución de 1994, que sugiere una ley futura. Pero esto es como desaplicar, nada menos que al constituyente, el principio de que el derecho se supone conocido por todos. No podemos interpretar el texto suponiendo que el constituyente ignoraba y además de ello, *implícitamente y por ignorancia, negaba validez y eficacia a una ley para entonces vigente.* No es un "método de interpretación" que otorgue la congruencia que debe aportarse al orden jurídico. Por supuesto que esa legislación es aplicable y se articula bien con el nuevo texto constitucional, como ya lo reconoce la jurisprudencia y la doctrina.[9]

3. *Los nuevos derechos y garantías de incidencia colectiva*[1]

El texto constitucional no se limita a lo dispuesto —a título ejemplificativo— en la primera parte del segundo párrafo del art. 43: derecho a la no discriminación, al medio ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor. En efecto, la cláusula final que incluye *"a los derechos de incidencia colectiva en general"* es, a texto expreso e inequívoco, genérica. En otras palabras, lo principal y más general del segundo párrafo es el final de la frase, no su comienzo.

La lectura del segundo párrafo del art. 43 es entonces "Podrán interponer esta acción en lo relativo a los derechos de incidencia colectiva en general, [tales como, a título enunciativo] [a] cualquier forma de discriminación, a los derechos que protegen al ambiente,[2] al usuario y al consumidor." Por lo tanto comprende todo el capítulo segundo dedicado a "Nuevos derechos y garantías," pues de ello se trata: de derechos de este alcance genérico, más los que surgen de los tratados de derechos humanos previstos en el art. 75 inc. 22. Tenemos con ellos una doble remisión e inclusión en el art. 43: todos los derechos de incidencia colectiva de los arts.

[2.9] Ver el desarrollo del cap. III del fallo *ADECUA c/ ENARGAS* de la Sala IV, *LL*, 1998-F, 338. Ver también BIANCHI, *op. cit., supra*, nota 2.3 y BADENI, GREGORIO, *Tratado de derecho constitucional*, t.1, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 444.

[3.1] *Círculo Médico de Mendoza c. Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza* (SC Mendoza, Sala II, octubre 27, 1997, *LL*, Revista Voces Jurídicas, 1998-1, 231) y *Monner Sans, Ricardo* (Juzg. Federal CA n° 1, *LL*, 1998-D, 219). Entre muchos otros que luego veremos cabe recordar *Defensoría de Menores nº 3 c/Poder Ejecutivo municipal s/acción de amparo*, expte. 46-99, sentencia del 2-II-97, Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, *LL*, 14-VIII-2000, p. 7, TSJ, 2000-2-702; *Asociación Benghalensis*, causa 33.629/96, CNFed CA, Sala I, 7-II-97 (cautelar) y 19-XII-97 (sentencia definitiva) LL, 2001-B, 216 (sentencia de la CSJN, año 2000. En este caso se trataba de la salud individual, grupal y colectiva. Se ordenó al Estado proveer de medicación para el tratamiento del sida. Es similar a *Viceconte*, Sala IV, *LL*, 1998-F, 305, en que se ordenó fabricar la vacuna contra el mal de los rastrojos.

[3.2] El bien jurídico tutelado es el medio ambiente, bien colectivo además de individual; ver también, *ex ante*, la ley 24.051 de 1991 (*LL*, *Antecedentes Parlamentarios*, 1996-B, 1646.) y decreto 831/93.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

36 a 42 y también los derechos colectivos que emergen de los tratados celebrados o a celebrarse. Así:

a) el derecho a participar en los partidos políticos, el de estos a actuar (art. 38) y las formas de participación que consagran los tratados y el art. 42;

b) el derecho subjetivo a la resistencia contra las violaciones al sistema democrático (art. 36),

c) el derecho de incidencia colectiva a que no haya corrupción en la función pública (art. 36, cuarto párrafo en su remisión al tercero y anteriores),

d) se reconoce —aunque se remite a la ley— el derecho de iniciativa (art. 39) y consulta popular (art.40),

e) el derecho subjetivo y de incidencia colectiva a la salud y a un medio ambiente sano (art. 41 y 43).

La enumeración de derechos en materia de servicios públicos continúa:

f) derecho a la protección de los intereses económicos de los usuarios (art. 42),

g) a la libertad de elección (art. 42) o sea, que no haya monopolios sino los "naturales" o "legales;" en consecuencia, el derecho "a la defensa de la competencia" (ídem, segundo párrafo y 43 segundo párrafo), o sea, a tener por principio, un sistema de libre competencia en la provisión de bienes y servicios;

h) al control de los monopolios naturales y legales (art. 42, segundo párrafo),

i) a la participación,[3] que se manifiesta en la integración ciudadana en la dirección de los servicios públicos (art. 42, tercer párrafo) y se complementa con la garantía de audiencia pública, que a su vez articula el derecho a la defensa previa del art. 18 con el derecho de incidencia colectiva del art. 42,[4]

j) y en general a la tutela del usuario y consumidor (arts. 42 y 43, segundo párrafo).[5]

k) El derecho a la información, que procura contribuir a tutelar el decreto 229/2000.[6]

Decreto 229/00, cons. 1º y art. 3º, inc. *a*) "Derecho a obtener información clara, veraz y completa sobre las actividades desarrolladas por la Administración Pública Nacional," *d*) "Derecho a conocer el estado de tramitación de las actuaciones administrativas en las que tenga la condición de interesado *y a obtener copias de los documentos conteni-*

[3.3] Ver *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. II, "Pasado, presente y futuro del derecho administrativo," § 4.2.2.3, "La participación administrativa;" *infra*, cap. XI, "El procedimiento de audiencia pública" y sus referencias.

[3.4] Conf. IOSUE, SANDRA M. y CUPO, FERNANDO, "Los derechos de los usuarios *vs.* emergencia estructural," *LL*, 2003-E, 294-302, esp. § 3, 6º párr. Ver BRUNO DOS SANTOS, MARCELO; FERNÁNDEZ LAMELA, PABLO y LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO. "La participación pública y el acceso a la información: herramientas para mejorar la calidad institucional. Comentarios al decreto Nº 1.172/03," *RAP*, 315: 91-113, 2004.

[3.5] Ver GELLI, *Constitución...*, *op. cit.*, pp. 459-78 y p. 491 y ss.

[3.6] El decr. 1172/03 aprueba los reglamentos generales del acceso a la información pública. Ver BRUNO DOS SANTOS, FERNÁNDEZ LAMELA y LÓPEZ OLVERA, *op. cit.*, pp. 91-133.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

dos en ellas," *e*) "Derecho a identificar *a las autoridades y personal* que tramitan los procedimientos y a responsabilizarlas cuando legalmente corresponda," *f*) "Derecho a obtener copia sellada de los documentos que presente y a no presentar aquellos no exigibles de acuerdo con la normativa vigente," *g*) "Derecho a acceder a los registros y archivos públicos con las limitaciones legalmente establecidas;" art. 4º inc. *e*) "Derecho a la información: los usuarios y beneficiarios de servicios comprendidos en el presente programa deben contar con la posibilidad de tener un efectivo acceso a la información en las condiciones que establece la normativa vigente," *g*) "Transparencia: Los organismos prestadores de servicios a los ciudadanos en tanto tales, deben realizar la publicidad de su gestión, en cuanto a conocer qué puede razonablemente esperarse en cada caso, como garantía de efectividad y eficiencia en la asignación de sus recursos humanos, económicos y financieros;" art. 5º, inc. *a*) "Informar a los usuarios sobre la naturaleza, contenido, características y formas de prestación de los servicios que brinda el organismo y los requerimientos para acceder a los mismos," *b*) "Determinar los niveles o estándares de calidad actuales en la provisión de los servicios que se suministran a los usuarios y las metas cuantificables para su desempeño futuro," *c*) "Establecer un sistema de monitoreo y evaluación del cumplimiento de los estándares sobre la base de un conjunto homogéneo de indicadores," *d*) "Realizar una amplia difusión de los resultados, en un lenguaje claro y accesible para el conjunto de la población."

Todo el capítulo de "nuevos derechos y garantías" se refiere a derechos de incidencia colectiva, tanto en su faz sustantiva como procesal. Su corolario procesal se encuentra en el art. 43. Por congruencia interpretativa, cabe reconocer también *legitimación judicial para su defensa y ejercicio.* Es la antigua doctrina de los casos *Siri*[7] y *Kot*,[8] reiterada en toda la jurisprudencia actual.[9] El que la Constitución habilite *el amparo* para la defensa de los derechos de incidencia colectiva no importa una *obligación* de recurrir a él, sino una potestad del actor,que puede elegir vías de mayor debate y prueba. Este derechon es parte de los nuevos derechos y garantías constitucionales, por lo que es una norma federal de obligatoria aplicación en el ámbito provincial, al igual que la acción en defensa del usuario y del consumidor, tal como surge de los arts. 52 y 53 de la ley —también federal— de orden público 24.240.

4. *Algunos ejemplos*

4.1. *Derecho a la competencia y al control de los monopolios*

El art. 42 sienta el principio general de la libertad de elección y junto con el 43 el derecho "a la defensa de la competencia." El mismo art. 42 en su segundo párrafo

3.7 *Fallos*, 239: 459.

3.8 *Fallos*, 241: 291; *LL*, 92: 632.

3.9 Se trata del necesario retorno al tratamiento pretoriano, no legislativo del amparo, que hemos recordado y propiciado en nuestro art. "«Corralito,» Justicia federal de primera instancia y contención social en estado de emergencia," *LL*, 2002-C, 1217. Es lo mismo que también señalamos a un nivel más general en NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, p.83-84, nota 13: "tener razón, saberla exponer, que se la quieran dar... y deudor que pueda pagar."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

establece que todas las autoridades (por ende tanto legislativas como administrativas *y en su defecto judiciales*), deben proveer lo necesario al "*control de los monopolios naturales y legales*." En esto la Constitución está a tono con los nuevos principios supranacionales del derecho administrativo europeo, que son precisamente el "derecho de la competencia" o *competition law*, dentro del cual se encuadran el control de los monopolios, la prohibición de abuso de posición dominante, la prohibición de determinadas ayudas estatales, etc.[1]

Ya no se trata de la vieja legislación antimonopólica ni de la nueva legislación de abuso de poder dominante en el mercado.[2] Aunque no haya abuso de poder dominante, el monopolio vuelve a ser una figura que genera por sí, constitucionalmente, la defensa de los usuarios y consumidores.[3] Este es el derecho constitucional que debe aplicarse, más allá de las opiniones personales que puedan sustentarse; no parece sin embargo una solución *prima facie* irrazonable, habida cuenta que la internacionalización de la economía está produciendo una progresiva concentración de capitales.[4] Así como el derecho de la competencia y control de los monopolios ha tenido un vigoroso crecimiento en el derecho administrativo supranacional europeo, así también cabe esperar su ampliación en nuestro país a partir de la reforma constitucional. La ley 25.156 establece en sus arts. 6°, 8° y 13 la necesidad de la notificación para su examen previo al Tribunal de Defensa de la Competencia, de las fusiones entre empresas o transferencias de fondos de comercio —entre otros supuestos—, que impliquen que la suma del volumen de negocio total de conjunto de empresas afectadas supere un monto determinado.[5] En defecto de su autorización, el art. 13 establece la posibilidad de que el Tribunal subordine el acto al cumplimiento de las condiciones que establezca; o que deniegue la

[4.1] Ver SCHWARZE, JÜRGEN, *European Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell Ltd., 1995, p. 360 y ss., coedición con la *Office for Official Publications of the European Communities*, Luxemburgo, 1995; es traducción de *Europäisches Verwaltungssrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988; CHITI, MARIO P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Milán, Giuffrè, 1999.

[4.2] Ver *infra*, cap. VI, § 4.4, "Su aplicación a la defensa del usuario" y cap. VII, § 7.1, "Defensa del usuario y consumidor, de la competencia, lealtad comercial, etc."

[4.3] Debe tenerse en cuenta que la regulación jurídica de la competencia en los mercados ha reconocido históricamente dos grandes vertientes: *a)* la *teoría prohibitiva*, adoptada por EE.UU., que fulmina *per se* la existencia de un acuerdo que pueda implicar una posición monopólica (criterio recepcionado por la Ley Sherman, que buscó la prohibición absoluta de las prácticas colusorias o de trust), tendencia que fue seguida en nuestro país por la ley 12.906, antecedente del decreto-ley 22.262/80, de defensa de la competencia, hoy también derogado por la ley 25.156; y *b)* la *teoría intermedia*, adoptada por el sistema europeo, que se basa en una prohibición relativa, o sea que se establecen prohibiciones pero con excepciones y se basa no en el monopolio sino en el control o prevención de abuso de las posiciones dominantes y de acuerdos restrictivos de la competencia. Ver FARGOSI, HORACIO, "Apostilla sobre la Ley de Defensa de la Competencia," *ADLA*, XL-C, 2521 y ss.

[4.4] Las fusiones se han convertido en el mecanismo habitual de concentración económica, para obtener recursos con los cuales entablar conquistas de mercado a nivel global: Sprint Corp. y MCI WorldCom, Mobil y Exxon, Citicorp y Travelers, Ameritech y SBC Comm, BankAmerica y NationsBank, Media One y AT&T, Carrefour y Promodes, America On Line y Time Warner, etc.

[4.5] En el país, la suma de 200 millones de pesos; a nivel mundial, los 2.500 millones de pesos.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

autorización solicitada, quedando abierta la vía judicial. La privatización de antiguos servicios prestados por el Estado no debe ser *siempre* monopólica, sino cuando haya alguna concreta y específica razón de política legislativa, o técnica. Así, como en otros tantos aspectos, el avance es aparente, no real, pues el tribunal administrativo mentado por la ley jamás fue implementado y el mecanismo de aplicación se mantiene firmemente retenido en manos de la administración central. Un caso de *justice retenue* que no quiere pasar a la *justice déléguée*, cual si nuestro reloj histórico atrasara un par de siglos. La tendencia contemporánea es, desde luego, crear tribunales administrativos independientes de la administración central para que dicten el primer acto administrativo, sujeto luego a control judicial suficiente y adecuado. Lo hemos explicado en varios lugares.[6]

La tendencia es que tales monopolios sean llevados hacia la libre competencia, eliminando los que no tengan sustento fáctico suficiente. Ello nace del sistema constitucional.[7]

4.2. *Derechos colectivos de los usuarios: sus intereses económicos. Tarifas y ganancias excesivas e irrazonables*

El art. 42 enuncia el principio del control de los monopolios y el derecho de la competencia, al establecer el derecho de los usuarios a la protección de sus "intereses económicos." Ello incluye el principio de que las tarifas deben ser justas y razonables[8] en el contexto de todo el desarrollo contractual ajustado de acuerdo a los períodos quinquenales de revisión que suelen prever los pliegos. Es también, por supuesto, un derecho de los usuarios "que entre los derechos y las obligaciones del cocontratante exista una equivalencia honesta, una relación razonable,"[9] pues

[4.6] Ver nuestros artículos "Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; "El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo," en: *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, 2003, pp. 19-32; "Simplification of Administrative Procedure: The Experience of the Americas," *European Public Law Review/Revue Européenne de Droit Public*, Londres, Esperia, en prensa.

[4.7] USLENGHI, ALEJANDRO JUAN, "El control de los servicios públicos de gestión privada," en I.E.D.A., *Estudios de derecho administrativo II*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 161: "la evolución tecnológica y las más recientes construcciones ideológicas han puesto en crisis la creencia en el carácter irreformable de los monopolios naturales, dando lugar a la construcción de regímenes jurídicos que prevén un cierto mercado allí donde campeaba el monopolio estatal o la concesión monopólica a una empresa privada."

[4.8] MAIRAL, HÉCTOR A., "La determinación de las tarifas en concesión de servicios públicos," *RADA*, 2: 53 (Buenos Aires, 1971); BIANCHI, "La tarifa en los servicios públicos (Del *Rate of Return* al *Price-Cap*)," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 503 y ss.; ver mi art. "Las tarifas en los servicios públicos privatizados. El régimen de audiencias públicas," en LORENZETTI y SCHOTZ, *op. cit.*, p. 112 y ss. Ver asimismo el cons. 10 del fallo de la CSJN, *Ángel Estrada*, sup. especial *El caso Ángel Estrada*, con nuestro comentario "Ángel Estrada," *JA*, 2005-III, 1115, entre otros. Ver también SALOMONI, JORGE LUIS, "Sistema jurídico, emergencia, conflictos de derechos y revisión de las tarifas de los servicios públicos," *ED*, 27-III-2002; GRECCO, CARLOS MANUEL, "Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario (A propósito de la privatización de ENTel)," *RADA*, 5: 481, año 1990.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ello se traslada a la sociedad. No se trata de innovaciones conceptuales profundas, pero en un país que pasó de un sistema con predominio del sector público de la economía[10] a una fuerte privatización con otorgamiento de monopolio legal temporario, el efecto práctico de su aplicación o inaplicación a esta nueva realidad es de importancia innegable.[11] También hay que computar, por cierto, un reciente conato, difícilmente llamado a tener éxito, de revertir la tendencia, volviendo a una economía mixta.

Otra variante del mismo principio es la excesiva onerosidad del contrato en relación a los usuarios[12] y también el principio de la ecuación económico financiera del contrato: esa equivalencia honesta o relación razonable no solamente puede verse afectada en perjuicio del contratante, con el consiguiente reajuste en más del contrato, sino también en perjuicio del Estado o la sociedad, como ocurre precisamente cuando las ganancias son irrazonables o excesivas, caso en el cual corresponde el reajuste en menos.

Ambas situaciones repercuten directamente sobre la sociedad de usuarios y contribuyentes, creando el interrogante de la legitimación para impugnarlos cuando son ilegales o inconstitucionales. La novedad no aparece por el derecho de fondo, pues ya en materia de obras públicas hace tiempo que quedó aclarado que no corresponde hablar de "mayores costos" sino de "variaciones de costos."[13] Lo novedoso consiste en que ello no solamente pueden discutirlo los funcionarios públicos, sino también los perjudicados; con la siempre presente amenaza de la corrupción o crimen organizado que condenan diversos tratados internacionales; entre ellos el primero en el tiempo, pero de ninguna manera el único, la Convención

4.9 ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. I, *Parte general*, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 453. El Consejo de Estado francés, en igual tesitura, viene hablando desde comienzos de siglo XX de la equivalencia honrada u honesta (*équivalence honnête*) entre las cargas y los beneficios del concesionario (*Ministre des Travaux Publics vs. Compagnie Générale Française des Tramways*, Comisario de Gobierno LÉON BLUM, *Conseil d'État*, 21-III-1910.)

4.10 GORDILLO, *Empresas del Estado*, 1966; *Derecho administrativo de la economía*, 1966; *Derecho administrativo de la planificación*, Bogotá, 1968, etc.

4.11 Ver nuestro libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed.*Estudio de la legislación de obras públicas de la Provincia de Buenos Aires*, t. II, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1989, p. 594 y ss.

4.12 CASIELLO, JUAN JOSÉ, "La adecuación del contrato," *LL*, 1995- B, 1265: "la excesiva onerosidad sobreviniente encuentra solución por vía de un ajuste de las prestaciones correspectivas." El concepto de "excesiva onerosidad," por lo demás, se encuentra expresamente previsto en el contrato de transferencia a las licenciatarias de telecomunicaciones, tanto a favor como en contra de ellas (arts. 10.9, 10.9.1, 10.9.2, *B.O.* 29-I-91, p. 11, contratos aprobados por decreto 2332/90). En el caso *Torello* la Sala II anuló una cláusula de los contratos del ANSES por desproporcionada en perjuicio de los jubilados del PAMI, *LL*, 2000-B, 275, con nota de BELTRÁN GAMBIER, "Civismo y amparo."

4.13 El art. 55 *in fine* de la ley de obras públicas de la Provincia de Buenos Aires expresa "En la misma forma beneficiarán al Estado los menores precios que, generados en las mismas causas, se reflejen en los conceptos antedichos." Ver CAROL, GUILLERMO C. y SANSONI, FÉLIX J., *Estudio de la legislación de obras públicas de la Provincia de Buenos Aires*, t. II, Buenos Aires, FDA, 1989, p. 594 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Interamericana Contra la Corrupción.[14] Sin embargo, no es fácil trasladar el derecho de fondo a una legitimación procesal de quienes se ven afectados en sus derechos o intereses operativos. El enfoque clásico era legitimar exclusivamente al Estado, creando p. ej. los impuestos a los *windfall benefits*, beneficios sin justa causa originados en situaciones de emergencia.[15] Pero la evolución más reciente es dar legitimación a todos los afectados, sea por acciones específicas como la *qui tam* en el derecho norteamericano, o entre nosotros los derechos de incidencia colectiva. Si existe una ganancia irrazonable o incausada[16] debe no solamente rebajarse la tarifa sino sobre todo *devolverse a los usuarios lo cobrado de más*.[17] Tenemos allí otro derecho individual de incidencia colectiva, a tono con el nuevo derecho supranacional europeo.

Una institución de derecho civil, la *equidad*, recibe una muy importante elevación a nivel supranormativo de parte del derecho supranacional, en el caso la CICC. Para su aplicación al derecho administrativo ésta dispone en su art. III inc. 5°) que las contrataciones públicas deben responder al *principio de equidad*.[18] Ello resuelve asimismo, en sentido afirmativo, la controversia acerca de si se aplica o no el principio de la *lesión*[19] a los contratos de la administración que perjudican a los usuarios. Este nuevo derecho de fondo tiene importancia directa para los usuarios, cuya legitimación está en el derecho de incidencia colectiva. El principio de la lesión queda subsumido y abarcado por este otro, más omnicomprensivo, como lo señala con acierto MILJIKER.[20] Allí se suman tanto el derecho de las

4.14 "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091, reproducido con modificaciones en "La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción," *V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses*, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, pp. 101-19; "La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (Ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»," *JA*, 2000-IV, 1269; "La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC)," en *Asesoría General de Gobierno, Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10.

4.15 Ver p. ej. GROVES, HAROLD M., *Finanzas públicas*, México, Trillas, 1965, p. 824 y ss.

4.16 Esto no se aprecia con un único balance, sino analizando la totalidad del contrato desde la adjudicación. En esa ocasión habrá que analizar también las inversiones no cumplidas, las anotaciones contables que figuran como gastos o inversiones y no lo son realmente, los honorarios exagerados directos o indirectos, los beneficios incausados e ilegales recibidos del concedente luego de la adjudicación y en contra del pliego de bases de la licitación, etc.

4.17 Un ejemplo en ese sentido es la devolución que debieron realizar las licenciatarias del servicio básico telefónico, de las sumas cobradas de más por incumplimiento de lo establecido en la cláusula 16.9.3. del contrato de transferencia (decreto 2332/90), por el cual debían reducir la alícuota de Ingresos Brutos, en la Capital Federal, del 3,25% al 3,00%.

4.18 Ver REJTMAN FARAH, "Contrataciones públicas transparentes: un desafío en la emergencia," en GORDILLO (dir.), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*. Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 103-22.

4.19 Ver *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. XI, § 6.5: "Lesión."

4.20 MILJIKER, MARÍA EVA, "El instituto de la lesión en el ámbito de los contratos de derecho administrativo," nota al fallo *OCASA*, *LL*, 2000-A, 123.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

asociaciones de usuarios a reclamar la recomposición del contrato en beneficio de los usuarios, como el derecho subjetivo de estos a no ver violado su derecho de propiedad a no pagar tarifas injustas por servicios públicos monopólicos.[21] Esta innovación produce rechazos del contratante y de la administración; pero el principio constitucional parece claro en el art. 43 en la ley de defensa del consumidor. Sólo hace falta perfeccionarlo con acciones *qui tam*, etc.[22]

4.3. *Derecho a la no discriminación*

Si bien ya en 1990 sostuvimos que el Pacto de San José de Costa Rica tenía carácter supranacional,[23] el art. 75 inc. 22 de la Constitución es específico en darle al menos carácter constitucional. Con ello, principios tales como el de la *no discriminación* pasan a ser de aplicación directamente constitucional en lo que hace tanto a la prestación misma del servicio público como a las tarifas y en cualquier relación de la sociedad. Tenemos aquí el primer y más rector principio de nuestro derecho supranacional en la Convención Americana de Derechos Humanos, sino igualmente en el derecho supranacional europeo: la razonabilidad.[24]

En todo caso, conforme al derecho supranacional, la Constitución de 1994 lo reinstala en el art. 43, junto a otros derechos de incidencia colectiva, con los derechos que protegen "al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor" *y* "contra cualquier forma de discriminación."[25]

4.21 Se ha postulado un derecho de incidencia colectiva a la no corrupción: CARELLO, LUIS ARMANDO, "La Convención Interamericana contra la Corrupción y el «derecho a la no corrupción»," en DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *50 años de Derechos Humanos*, Santa Fe, 1998, p. 25 y ss. La acción de clase puede tramitar como acción meramente declarativa (*AGUEERA*), de defensa del consumidor, en su caso el amparo (COLAUTTI, CARLOS, "Incógnitas de la acción de amparo en la reforma constitucional," *LL*, 1998-E, 1043) o juicio ordinario; BIANCHI, *op. cit.* y prólogo a la obra de FAPPIANO, OSCAR, *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, p. 11.

4.22 Ver nuestro art. "Comentarios al Proyecto de Ley de Contratos Públicos," *RAP*, 182: 8 (Buenos Aires, 1994). También BIANCHI, "Las acciones *Qui Tam* como medio de lucha contra la corrupción en los contratos públicos en los Estados Unidos," *ED*, Sup. de Derecho Administrativo, 30-11-2001.

4.23 Tanto que antes de la reforma, en la ed. de 1994 del t. 1, cap. V, lo incluimos como primero en la jerarquía normativa, tal como lo habíamos adelantado en 1990 en el art. "La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno," *LL Actualidad*, 17 de abril de 1990, reproducido en *LL*, 1992-B, 1292, antes reproducido en el cap. III de nuestro libro *Derechos humanos*, *op. cit.*, 1990, 1ª ed.; 2005, 5ª ed. En sentido análogo CSJN, *Ekmekdjian, Fallos*, 308: 647; *ED*, 148: 338 y *Fibraca, Fallos*, 316: 1669, año 1993, entre otros.

4.24 SCHWARZE, *op. cit.*, p. 545 y ss., p. 563 y ss.; CHITI, *Diritto amministrativo europeo, op. loc. cit.*; SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, p. 670 y ss. El derecho a la no discriminación a veces se suma al derecho a la salud y a la vida como en *Asociación Benghalensis*, que citamos en la nota 3.1; o además al medio ambiente, la salud, la vida, la tutela de los niños, la familia, tal como en el caso que resolvió el TSJ de Neuquén el 2-III-99, igualmente citado en 3.1. Ver *infra*, § 6.

4.25 El criterio se repite una vez más a nivel reglamentario, v. gr. decreto 229/2000, art. 4º inc. *a*): "Igualdad: el suministro de servicios públicos ha de regirse por el principio de igualdad de derechos de los usuarios. El acceso y las reglas que rigen las relaciones entre los usuarios y los prestadores de servicios públicos deberá garantizar condiciones de igualdad, sin discriminación de ningún tipo." Tanta insistencia no asegura su pleno cumplimiento.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

4.4. *Derecho a un medio ambiente sano*

Este supuesto, claramente previsto en el texto constitucional del art. 41, tiene un sesgo interesante: es más o menos el mismo texto del protocolo adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos, protocolo adicional que nuestro país no había suscripto ni incorporó por ende en su momento en el art. 75 inc. 22 de la Constitución. Posteriormente fue ratificado, quedando el interrogante acerca de si tiene igual nivel normativo que la convención. A nuestro juicio la respuesta afirmativa es la correcta. En efecto, el constituyente lo introdujo de todas maneras, dentro del cuerpo normativo, como art. 41, con el resultado de que la norma tiene nivel constitucional al menos. Cabe la pregunta de si abre o no una instancia supranacional,[26] máxime atento que su texto no es sino el resultado de la interpretación armónica de la propia convención, como ya lo hemos argumentado anteriormente y ahora queda normativamente demostrado.[27]En todo caso cabe reiterar que la Constitución habla nuevamente en el art. 43 de "los derechos que protegen al ambiente," con lo cual es el ambiente mismo el objeto jurídico de tutela constitucional, además de los individuos que en él se hallan como lo indica a título expreso el art. 41. La legitimación tiene en este aspecto un doble sustento constitucional expreso en el ámbito judicial y por ende también en el administrativo. El tema en cuestión es pues uno de los que se ve resuelto jurisdiccionalmente mediante acciones en las que se defiendan derechos de incidencia colectiva, lo que no importa negar la legitimación activa del ciudadano a título individual y de los vecinos o asociaciones de vecinos. Pero ya no puede negarse la existencia de una tutela jurisdiccional amplia y que la legitimación ha sido extendida con el mismo alcance que el art. 43 para el recurso de amparo: acá podrá utilizarse la vía del amparo o el juicio de conocimiento, pero la legitimación será siempre amplia.[28]

4.5 *Los bienes y derechos colectivos en el derecho privado*

Esta cuestión viene siendo insistente y agudamente examinada en el ámbito del derecho privado.[29] Allí es normal hablar de la responsabilidad colectiva de grupos médicos, p. ej.,[30] lo que guarda singular paralelismo con la responsabilidad del

[4.26] Ver en tal sentido ROSSI, "La defensa supranacional del derecho a un medio ambiente sano," en GORDILLO-GORDO-LOIANNO-ROSSI, *Derechos humanos*, *op. cit.*, 1998, 3ª ed.

[4.27] Como lo explicamos en el libro *Derechos Humanos*, *op. cit.*, en el cap. "Derechos no enumerados: el caso de la salud y el medio ambiente," reproducido en el libro de MILLER, JONATHAN M.; GELLI, MARÍA ANGÉLICA; CAYUSO, SUSANA y otros, *Constitución y derechos humanos*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 182 y ss.

[4.28] Ver un análisis de los aspectos sustantivos y procesales de la defensa del ambiente sano, en GUEVARA PALACIOS, AUGUSTO M, "La culturización del ambiente" en BIDART CAMPOS y GIL DOMINGUEZ (coords.), *A una década de la reforma constitucional*, *op. cit.*, p. 233 y ss.

[4.29] LORENZETTI, "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos," *LL*, 1996-D, 1058; *Las normas fundamentales del derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995.

[4.30] CNCIV, Sala D, *Calcaterra*, *LL*, 1991-D, 469; ZAVALÍA DE GONZALEZ, MATILDE, *Responsabilidad por riesgo*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999; en contra, MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños. Responsabilidad colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Estado por omisión judicial en el control oportuno de la administración.[31] También se analizan los grupos sociales como sujetos pasivos de daño[32] y por ende como titulares de un derecho resarcitorio. Lo mismo ocurre con los derechos de los pueblos indígenas.[33] Esa aproximación entre el moderno derecho público y privado, en materia de progresos institucionales, se advierte también en materia procesal, p. ej. en el amparo,[34] medidas cautelares,[35] medidas autosatisfactivas o adelantamiento de sentencia,[36] tutela inhibitoria, etc.

5. *La legitimación en los derechos de incidencia colectiva*

5.1. *El principio general*

La Constitución, como interpretó la Corte desde *Siri* y *Kot*, tiene garantías que son directamente operativas y el juzgador debe suplir las omisiones del legislador. *En Ekmekdjian*,[1] a propósito de la Convención IDH, incluso cuando el texto requiera expresamente una ley reglamentaria, la Corte sostuvo que una irrazonable demora del legislador no puede obstar a su aplicación judicial. De nada valdría el capítulo de "*nuevos* derechos y garantías" si hubiera que quedar supeditado a la falta de ley. Debe recurrirse a la aplicación directa de la Constitución y de los tratados internacionales que ella ha incorporado a su propio texto.

5.2. *Los tres supuestos constitucionales*

El art. 43 de la Constitución establece que la acción de amparo para "los derechos de incidencia colectiva en general"[2] tiene tres tipos de legitimados activos:[3] *a)* el afectado: usuario, vecino, etc.; puede ser un interés moral,[4] *b)* el Defensor del Pueblo, *c)* "las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización."[5] *d)* Un supuesto legal adicional, previsto en la ley 24.240, *el ministerio público*.[6] *e)* Todos ellos deben tener su rol, también, en la defensa del interés público en el extranjero, en los tribunales arbitrales internacionales.

4.31 *Infra*, cap. XX, § 11.2: es que su responsabilidad puede ser política, pero difícilmente resarcitoria: cap. XX, § 1.3 y ss.

4.32 Ver TALLONE, FEDERICO C. y SCOLARA, VERÓNICA A., "Participación del individuo en grupos. Relevancia en el ámbito de la responsabilidad civil," *LL*, 2000-A, 967; decr. 299/00, art. 9.

4.33 *Supra*, t. 1, cap. III, § 6.2.4, "Indígenas."

4.34 *Infra*, cap. XIII, "La tutela judicial," § 8, "El amparo."

4.35 *Infra*, cap. XIII, § 9, "Las medidas cautelares."

4.36 *Infra*, nota 6.5 y cap. III; Sala I, *Asociación Benghalensis*, citado en nota 3.1.

5.1 *Fallos*, 308: 647; *ED*, 148: 338.

5.2 Incluyendo explícitamente "los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor" y "cualquier forma de discriminación." Comparar con la legitimación para obrar establecida en la Ley General del Ambiente 25.675: § 4.4 nota 3.

5.3 Ver GELLI, *Constitución...*, *op. cit.*, pp. 396-8, 401-4.

5.4 Como en los dos casos *Gambier* (teatro Odeón; propaganda), *Castro*, etc.

5.5 La redacción está expuesta en el orden a nuestro juicio más claro.

5.6 Dice el art. 52 *in fine:* "En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas, la titularidad activa será asumida por el ministerio público."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

5.2.1 *El propio afectado*

El afectado puede defender su derecho subjetivo y el de incidencia colectiva a resguardar su salud y medio ambiente sano: art.41; o como usuario según el art. 42: se unen el derecho individual y colectivo.[7] Se ha condenado al Estado a cumplir el cronograma de producción de la vacuna contra la fiebre hemorrágica argentina o mal de los rastrojos;[8] a realizar rampas de acceso para discapacitados *in re Labatón*,[9] y a una empresa ferroviaria y al Estado a efectuar y fiscalizar obras para mejorar el acceso de discapacitados a los trenes (*Verbrugghe*).[10] El caso más importante fue *Gambier II*,[11] en que se admitió el derecho a la vigencia del principio de legalidad por quien invocó pura y simplemente, con renovado brío ciudadano su calidad de tal. La evolución de la jurisprudencia ha sido progresivamente amplia y ya puede hoy sostenerse, como lo ha resumido la Sala IV *in re Youssefian*, que "en última instancia la legitimación [se remite] a un punto de derecho sustancial (en la medida en que negar la legitimación equivale a negar el derecho)."[12]

5.2.2. *Las asociaciones* lato sensu *que propendan a esos fines*

Puede presentarse una asociación *lato sensu*, p. ej. una cooperativa,[13] creada en defensa de los usuarios[14] o de la colectividad y ese es el caso de la legitimación de las "asociaciones que propendan a estos fines," según el art. 43.[15]

[5.7] Han tramitado amparos iniciados por personas individuales en su condición de usuario, vecino, afectado, etc., que defendían al mismo tiempo un derecho colectivo: Sala IV, *Fernández, Raúl c. LL*, 1997-E, 535 (la CSJN rechazó el amparo pero sin cuestionar la legitimación, *LL*, 2000-A, 179); el primer caso *Schroder*, Sala III, *LL*, 1994-E, 449; *Dalbon, LL*, 1997-E, 570. Otro caso en *LL*, 2005-C, 696, en que la Magistrada reconoció la legitimación invocada tanto por el actor en su carácter de letrado como por el Colegio Público en virtud de lo previsto por el art. 7 del Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal; reconociéndole además la legitimación por el simple hecho de ser ciudadano: RODRIGUEZ PRADO, JULIETA, "Leyes secretas ¿Antagónicas con un estado de derecho?" *LL*, 2005-D, 481. Ampliar *infra*, cap. III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva," § 6, "Casos."

[5.8] Sala IV, *Viceconte, LL*, 1998-F, 305 (firme), cons. IV a X.

[5.9] *Labatón, LL*, 1998-F, 345. Ampliar *infra*, cap. III, § 6.1 a 6.10. Ver GULLCO, HERNÁN, "Rampas para discapacitados (caso «Labatón»)," en CARRIÓ, ALEJANDRO y otros, *En defensa de los derechos civiles*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 49 y ss.

[5.10] *Verbrugghe*, Sala I, *ED*, 185: 995.

[5.11] *LL*, 1999-E, 623, aquí llamado "*Gambier II*," para diferenciarlo de "*Gambier I*," ambos citados *supra*, nota 1.19. Ampliar *infra*, cap. III, § 6.1 a 6.10.

[5.12] *Youssefian, LL*, 1997-F, 270; Sala V, *Rodríguez, Jesús, LL*; 1996-E, 80; *Nieva , LL*, 1998-A, 442, con nota de MIGUEL ÁNGEL PADILLA, *LL*, 1998-B, 294, con nota de BIDART CAMPOS. Era apreciar "en el marco del proceso cautelar," "interina y provisionalmente, la concurrencia de un interés tutelable" (n° IV, párrafo tercero *in fine*). *Infra*, cap. III, § 5 y 6.

[5.13] Así lo resolvió la Sala I con referencia a *Consumidores Libres*.

[5.14] CNCOM, Sala C, *Unión de Usuarios y Consumidores, LL*, 2005-F, 192, cons. VI: a los efectos de la legitimación "No constituye óbice el hecho de que la actuación sea en defensa de intereses patrimoniales individuales."

[5.15] Un ejemplo es el *Campos Ríos* en que la Asociación Civil para la Democracia y el Gobierno Representativo obtuvo un fallo favorable a su pretensión, en el sentido de acceder a las declaraciones juradas de bienes de los legisladores de la Legislatura Local, CCAyT de la ciuadd de Buenos Aires, Sala II, 9-VI-2005, *LL*, Sup. Adm. 2005 (diciembre), 68, con comentario de AMBROSINO, MARÍA SILVANA, "A favor del control social...," Sup. Adm. 2005 (diciembre), 67.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

En los últimos años han proliferado las organizaciones no gubernamentales, para la defensa puntual de los derechos de los usuarios, del medio ambiente; o del control ciudadano del poder, la transparencia en la función pública, etc.: las hay tanto genéricas[16] como puntuales o sectoriales.[17] Cabe señalar que ya el cap. XIV (arts. 55 a 58) de la ley de defensa del consumidor 24.240 trata la legitimación de las asociaciones de consumidores, la autorización que deben requerir de la autoridad de aplicación para funcionar como tales y los requisitos para obtener el reconocimiento. Asimismo, partiendo de la base de la existencia del registro nacional de asociaciones de consumidores, previsto en el art. 55 del decreto 1798/94, reglamentario de la ley 24.240, la Secretaría de Industria, Comercio y Minería ha dictado la resolución 461/99,[18] a través de la cual —con sesgo restrictivo— se establecen normas y requisitos a los que deben ajustarse las asociaciones, para funcionar en el ámbito nacional. El intento ha resultado fútil y carece del sustento legal *stricto sensu* que requiere la Constitución.

Como ha dicho la Sala IV en *ADECUA c. ENARGAS*,[19] es suficiente con la inscripción en el registro de personas jurídicas. Por lo demás, una cooperativa a la que se denegó la inscripción ganó el amparo en la Sala I (*Consumidores Libres*),[20] en base a una interpretación amplia del concepto de "asociación."

Esta aquí comprendido el derecho a una audiencia pública antes que el Estado resuelva cuestiones que afectan derechos de incidencia colectiva.[21] En ella tales asociaciones pueden tener participación, aportar pruebas y argumentos en relación al proyecto en debate. Es que, en definitiva, derecho de incidencia colectiva y audiencia pública son dos conceptos paralelos.

También cabe tener presente el art. 42, conforme al cual "Los consumidores y usuarios [...] tienen derecho [...] a la protección de [...] sus intereses económicos." Este derecho de fondo necesita la indispensable tutela judicial operativa, sin necesidad de norma procesal legislativa alguna, para requerir de la justicia el derecho

5.16 CEC, Centro de Educación al Consumidor, www.educacionconsumidor.org.ar ; ADELCO, Acción del Consumidor, www.adelco.com.ar; Unión de Usuarios y Consumidores, www.usuarios.org.ar; Consumidores Argentinos, www.consumidoresarg.com.ar; ADECUA, www.adecua.org.ar.

5.17 ADC, Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA); Madres de Plaza de Mayo; Asociación Por los Derechos Civiles; Asociación Vecinal de Belgrano "C"; Asociación Protectora de Suscriptores de Planes de Ahorro; Fatav, Familiares y víctimas de accidentes de tránsito, etc.

5.18 *B.O.* 12/7/99.

5.19 Sala IV, *ADECUA c. ENARGAS*, *LL*, 1998-F, 338. Sin embargo, ver el fallo de la misma sala *in re Asduc*, con nota de LANDE, CAROLINA, "Una carrera en búsqueda de justicia: ¡Asociaciones, a inscribirse!" *LL*, 2005-F, 334.

5.20 Consentida y ejecutoriada. Ampliar *infra*, cap. III, los numerosos casos citados en los § 6.1-10. Esto demuestra que no es materialmente posible frenar todas las acciones desde la CSJN. Es como querer frenar la marea, parafraseando a LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, p. 18.

5.21 Ver *infra*, cap. XI. Ver también GUSMAN, ALFREDO SIVERIO, "La intangibilidad de la situación jurídica del usuario," *LL*, 2000-B, 263, nota 1.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

de fondo que la Constitución consagra. La antigua solución de los casos *Siri* y *Kot* resulta otra vez de directa aplicación al caso.

5.2.3. *Otros casos*

Ya de antaño hay casos en que el derecho puede ser ejercido por terceros en defensa de otro sujeto de derecho que forma, o no,[22] parte de ella como asociado.[23] Esto es muy importante pues a veces el propio interesado es renuente a acudir a la vía judicial, o no tiene los medios suficientes para hacerlo, e interesa al orden jurídico, en ciertos casos, que la lesión a determinadas circunstancias jurídicas individuales no quede sin corrección, lo que las transforma entonces en generales o colectivas.Partiendo del precedente de la ley de asociaciones profesionales —*stricto sensu*, gremiales o sindicales—la ley de protección al consumidor se adelantó a la Constitución de 1994 en reconocer legitimación procesal colectiva a las asociaciones de usuarios y consumidores, concepto legal que recoge y amplía la norma constitucional. Diversos fallos han admitido la legitimación de legisladores,[24] aunque la CSJN se inclinó por la tesis opuesta.[25] Perdure o no esa solución, alcanza con la legitimación de las asociaciones, los afectados actuales o potenciales y el Defensor del Pueblo de la Nación. Ni la CSJN puede frenar ese hito constitucional, como lo demuestran todos los tribunales.[26] Negarles legitimación a todos parece insostenible. Rechazar liminarmente una acción recién en la instancia extraordinaria de la CSJN, más todavía.[27] Por ello es que a pesar de tales pronun-

5.22 El ejemplo más dramático de nuestro pasado reciente es el de las Madres de Plaza de Mayo; a nivel internacional hay numerosas organizaciones de derechos humanos (*Amnesty International, America´s Watch*, etc.) que procuran la defensa de aquellos que no pueden defenderse por sí mismos. Otro caso es el de la Sociedad Interamericana de Prensa, que brinda apoyo de opinión pública supranacional a los problemas locales.

5.23 En el primer caso podríamos encontrar una asociación que defienda derechos de terceros discriminados, perseguidos, etc., aunque estos no sean miembros de ella. En el segundo encontramos supuestos tales como un gremio que defiende a sus afiliados, etc.

5.24 *Nieva*, Sala II, *RAP*, 228: 724 y otros, entre ellos, en la misma causa y, Sala, 10-VII-97; CNFed. CA, Sala *ad hoc* integrada por los Camaristas ROBERTO MORDEGLIA (Sala III), PEDRO JOSÉ J. COVIELLO (Sala I) y MARÍA GARZÓN DE COMTE GRAND (Sala II), *in re Sociedad Aeronáutica San Fernando SRL y otros*, 1997. La CSJN rechazó las acciones de los legisladores, pero el Juez de Primera Instancia logró imponer, en el caso iniciado por una asociación de consumidores, la existencia al menos de un ente regulador con domicilio, presupuesto, organigrama, integración del directorio con representantes de las Provincias y los usuarios. La administración advirtió que no podía siempre seguir intentando todas las vías o el salto de instancia y simplemente cumplió el acto, aunque sólo ante la férrea insistencia del magistrado.

5.25 Ver GIL DOMINGUEZ, "Los Derechos Colectivos como derechos fundamentales," en BIDART CAMPOS y GIL DOMINGUEZ (coords.), *op. cit*., esp. punto IV, "Derechos colectivos y jurisprudencia constitucional," p. 228 y ss.

5.26 *Infra*, cap. III, § 6.1 a 6.10.

5.27 O, peor aún, ordinaria*: Yustman de Quaglino*, 19-VIII-99. Se desestima liminarmente una acción *ordinaria*, en ocasión de resolver el recurso de hecho de Telecom. Mayoría y minoría se remiten a lo resuelto en una acción de *amparo*, *Defensor del Pueblo de la Nación*, D. 218, XXXIII, 7-V-98, cuando parece obvio que no se trata, de situaciones asimilables.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ciamientos en casos aislados, las salas y los jueces siguen aplicando, como deben, la Constitución y el orden jurídico supranacional y supraconstitucional.[28]

6. *Procesos en que se aplica*

6.1. *No solamente el amparo*

Si se considera al art. 43 referido principal pero no exclusivamente a la más restrictiva de las vías judiciales, el amparo, de allí se sigue, *a fortiori*, que la legitimación así ampliada es asimismo aplicable a los juicios de conocimiento. La Corte Suprema admitió en *AGUEERA*, en efecto, que el derecho del art. 43 puede ejercitarse tanto por la vía del amparo como por la acción meramente declarativa,[1] y la Sala IV —al igual que la V— aclaró que ese derecho se aplica a los juicios sumarísimo y sumario y que puede igualmente tramitarse como proceso ordinario. Lo mismo cabe decir de las cautelares autónomas.

Ha dicho en aquel sentido la Sala IV de la CNFed. CA: "También abona la tesitura precedentemente esbozada la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual la acción prevista en el art. 43 de la Constitución Nacional y en la ley 16.986 no es la única, exclusiva o ineludible para la salvaguarda de derechos y garantías constitucionales o legales, en tanto se admite que la tutela de los derechos y facultades constitucionales puede canalizarse por vías procesales que no se limitan a la específicamente reglada en la ley 16.986 (confr. doct. de *Fallos*, 310: 877); y que, en el caso de que las cuestiones en juego exigiesen una mayor amplitud de debate y prueba, puede disponerse la sustanciación conforme al trámite previsto para el juicio sumario[2] (*Fallos* 310: 877; 311: 810 y 2154) o el ordinario (*Fallos* 313: 532)."[3]

[5.28] *Verbrugghe*, Sala I, *ED*, 185: 995; *Gambier*, Sala II, *LL*, 1999-E, 623 y otros (*infra*, cap. III, § 6 y 6.1 a 6.10).

[6.1] *AGUEERA, LL*, 1997-C, 322, con nota: "Las asociaciones de usuarios y la defensa de los derechos de incidencia colectiva (Acción declarativa de inconstitucionalidad)," actualizada en GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, p. 140, nota 61.1.

[6.2] Dice el art. 319 del CPCCN: "cuando leyes especiales remitan al juicio o proceso sumario se entenderá que el litigio tramitará conforme el procedimiento del juicio ordinario."

[6.3] *Consumidores Libres, LL*, 1997-F, 273, cons. IX *in fine* y X. Ver *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo nacional*, Sala IV, *LL*, 1997-E, 535, revocado por la CSJN, que admite la legitimación aunque rechaza el amparo, *LL*, 17-II-2000. En la primera de las causas citadas la Sala IV expresó, refiriéndose al caso *AGUEERA*, que "Tal similitud [se refiere a la por la Corte mentada «analogía existente entre esa acción y la de amparo»] se configura asimismo en el *sub examine*, en tanto la actora inició la presente acción como sumarísima (vía prevista en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para el trámite de las acciones de amparo contra actos de particulares: confr. art. 321), no modificando lo señalado la circunstancia de que la señora juez de primera instancia haya ordenado el trámite de la presente con las reglas del juicio sumario [...] Si se entiende que la actora se encuentra legitimada para iniciar una acción de amparo, no se advierte que el hecho de que se haya dispuesto la tramitación de la causa mediante las reglas de un juicio de conocimiento más amplio tenga influencia sobre la aptitud de la recurrente para estar en juicio como parte actora a fin de lograr una sentencia sobre el fondo o mérito del asunto" (cons. IX, 3º párr.).

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Igual criterio adoptó la sala V:[4] "tales previsiones" ("una propuesta del órgano competente en la materia y su debate en audiencia pública") "no son sino el correlato sectorial de los derechos de incidencia colectiva reconocidos en el art. 42 de la Constitución Nacional" (cons. IV). Quien no quiere utilizar la acción de amparo puede prescindir de ella y utilizar entonces las demás vías que el ordenamiento procesal en cada caso le otorga Imponer la "obligatoriedad" del amparo para el resguardo del derecho constitucional previsto en el art. 42 u otros (36, etc.) de la Constitución, implicaría quitarle al afectado toda acción cuando su derecho no fuera afectado en forma manifiesta, lo que resulta inaceptable: en esa tesitura resultaría que nunca se podría producir prueba para la defensa de los derechos del consumidor frente al prestador de servicios públicos monopólicos, por tratarse siempre de un amparo. Ello violaría la garantía de la defensa en juicio para el supuesto que se interpretara que un usuario sólo tiene derecho a demandar a una licenciataria monopólica por la vía del amparo, sin oportunidad suficiente y adecuada de debate y prueba, ni por otra vía procesal sumarísima.

También ello surge explícito del art. 41 de la Constitución en cuanto tutela el derecho a la salud y a vivir en un medio ambiente sano. La norma habilita en todos los casos la legitimación judicial amplia y sólo se deberán distinguir los distintos procesos conforme a sus propias reglas generales. El texto constitucional que autoriza iniciar la vía del amparo para la tutela de derechos de incidencia colectiva, es con mayor razón aplicable a los procedimientos ordinarios, sumarios[5] o sumarísimo, para la defensa del usuario,[6] etc.

6.2. *La opción por una vía de mayor debate y prueba*

La solución clásica de nuestro derecho procesal fue siempre que quien tenía derecho a iniciar un procedimiento sumario, p. ej. de daños y perjuicios, podía optar por el ordinario.[7] De igual modo, quien puede hacer un amparo puede optar por otro procedimiento de mayor amplitud de defensa y prueba para el demandado. Lo mismo resulta de aplicación, cuando se trata de la acción sumarísima de defensa del consumidor conforme a la ley 24.240. Igual conclusión corresponde al amparo contra particulares. "En esta variante se puede sostener que el juicio ordinario es

[6.4] Sala V, *Consumidores Libres Coop. Ltda. y otro c. Presidencia de la Nación y otro, LL*, 1997-F, 265, con nota "La revisión judicial de las tarifas y la acción de defensa del consumidor," reproducida en GORDILLO, *Cien notas de Agustín, op. cit.*, p. 157 y ss., § 73.

[6.5] No en el orden nacional en que ha sido eliminado por la ley 25.488.

[6.6] Ver CIMINELLI, DARÍO, "Impugnación de un acto administrativo mediante la acción de defensa del consumidor," en *DJ*, 2005-2, 1057.

[6.7] Esta es la solución aceptada por HUGO ALSINA, RAYMUNDO FERNÁNDEZ, CARLOS COLOMBO, en razón de que la elección por el actor del proceso que acuerda mayor amplitud de defensa no irroga perjuicio al demandado (COLOMBO, CARLOS, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado*, t. III, p. 841) y halla también respaldo jurisprudencial. (CNFed. Civ. y Com., Sala I, 5840, 29-4-77; 9340, 25-3-80; Sala II, 877, 2-7-71; 8643, 23-5-80; 67, 22-8-80; *CSJN, AGUEERA, LL*, 1997-C, 322 y *Consumidores Libres*, Sala IV, *LL*, 1997-F, 273.)

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

o no una vía idónea *a criterio inicial del recurrente*, no del demandado o del juez: Si su necesidad es de un pronto pronunciamiento, entonces es vía idónea "primero" el amparo y no el juicio ordinario;"[8] ello es así "Siempre exceptuando, como es obvio, los juicios sumarios o sumarísimos: [...] ley de defensa del consumidor, [...] etc."[9] "El requisito de que no exista otro medio judicial más idóneo ha de referirse a la idoneidad específica de otros remedios sumarios previstos por la ley,[10] no al juicio ordinario."[11] Es que, como dice COLAUTTI, "el amparo ha dejado de ser una vía subsidiaria para convertirse en una vía alternativa cuya elección como medio mas idóneo *se halla a cargo de la asistencia letrada*,"[12] si uno atiende a los pactos internacionales a los que el país se ha sometido (art. 75 inc. 22 de la CN).

7. *El proceso de conocimiento de la ley de defensa del consumidor*

7.1. *La legitimación de las asociaciones*

En el plano legislativo, la legitimación amplia para la defensa de derechos de incidencia colectiva ha sido reconocida expresamente en la ley de defensa del consumidor, desde luego aplicable a los servicios públicos privatizados, donde las asociaciones y organizaciones de este tipo han sido admitidas en forma extensiva. En efecto, el art. 56 se refiere a las "*organizaciones* que tengan como finalidad la defensa, información y educación del consumidor," de lo cual no se refiere a ningún tipo de asociación en particular, en lo que se refiere a la legitimación. Así lo ha resuelto la Sala I *in re Consumidores Libres*, en fallo que la administración acató. El mismo principio amplio cabe aplicar, a nuestro juicio, cualquiera sea la forma jurídica de la organización no gubernamental, o incluso estatal o pública no estatal, que tenga tales finalidades (fundaciones, gremios, cooperativas, etc.). Cabe también postular, como lo ha hecho con acierto la Sala IV en *ADECUA C/ ENARGAS*, que es suficiente con su reconocimiento como persona jurídica por el Estado;[1] ese mismo criterio ha sido receptado por CSJN *in re Asociación Benghalensis*.[2] El art. 55 destaca que "Las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar *cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores*, sin perjuicio de la intervención del usuario o consumidor prevista en el segundo párrafo del artículo 58."[3]

[6.8] "Un día en la justicia: los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional," *LL*, 1995-E, 988; reproducido en *Derechos Humanos*, *op. cit.*, 5ª ed., cap. XII y en ABREGÚ, MARTÍN y COURTIS, CHRISTIAN (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, Editores del Puerto S.R.L., 1997, p. 201 y ss.

[6.9] Art. citado (en la nota precedente), nota 22.

[6.10] Nota 24: "ley de defensa del consumidor [...], etc."

[6.11] Art. citado (en nota 6.9), p. 59.

[6.12] COLAUTTI, *Derechos humanos*, Buenos Aires, Universidad, 1995, p. 245.

[7.1] *LL*, 1998-F, 338, cons. III.

[7.2] CSJN, cons. 10ª de la sentencia del 1-VI-2000.

[7.3] CNCOM, Sala C, *Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco de la Provincia de Buenos Aires*, *LL*, 2005-F, 192.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

7.2. *La legitimación adicional obligatoria del ministerio público*

El art. 52 de la ley otorga "Acciones Judiciales" en los siguientes términos: "Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local[4] y al ministerio público. El ministerio público cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley." Concluye el art. 52 antes citado diciendo que "*En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas, la titularidad activa será asumida por el ministerio público.*" Aquí la legitimación para la defensa de los derechos de incidencia colectiva es cuádruple: el interesado, las asociaciones, la autoridad de aplicación *y el ministerio público*, quien tiene además obligación de proseguir las acciones en caso de desistimiento de la asociación actora.

7.3. *Proceso de conocimiento*

Por último, el art. 53 dispone que "Se aplicarán las normas del *proceso de conocimiento más abrevia*do que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente." Hay quienes pretendieron que esto implicaba l*a obligació*n de utilizar la acción de amparo, con su múltiple restricción a un plazo de quince días, limitación de debate y prueba, requerimiento de ilegalidad manifiesta, etc. No era una afirmación seria. El proceso de conocimiento más abreviado es el proceso sumarísimo; nada impide que se opte por el ordinario si el actor elige la vía que otorga mayor debate y prueba.

7.4. *Cláusulas nulas y recomposición del contrato. Interpretación más favorable al consumidor o usuario*

El art. 37 de la ley de defensa del consumidor 24.240 dispone además que "Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: *a)* Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; *b)* Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; *c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.*"[5] Hay fallos que incumplen esta ley de orden público e imponen la carga

[7.4] Ver JNCom. Nº 18, *Dirección General de Defensa del Consumidor c. Banca Nazionale del Lavoro*, año 2004, *LL*, 2005-A, 819, con nuestra nota "La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, acciones de clase, tribunales judiciales y tribunales administrativos; un fututo proyecto de tribunales administrativos para los servicios públicos," *LL*, 2005-A, 818.

[7.5] Ver Caplan, Ariel R. y Scheibler, Guillermo M. (coords.), *Manual de Ciudadanía Activa*, Buenos Aires, Asociación Civil Carlos Sánchez Viamonte, 2005, cap. 6, "Defensa del consumidor," p. 74, "Cláusulas prohibidas que se tendrán por no escritas," supuestos *d)* al *g)*.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

de la prueba al usuario. Otros puntualizan que al actor corresponde un "mínimo" de actividad probatoria.[6] Por fin algunos imponen la carga de la prueba al prestador del servicio.[7] Continúa el mismo art. 37 señalando que "*La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor*. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información[8] o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. *Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato*, si ello fuera necesario." En el caso de aumento de tarifas de servicios públicos, el juez puede así no solamente anular la nueva tarifa sino también restablecer la vigencia de la anterior, como ocurre cuando se anula por inconstitucional un aumento por sobre la tarifa precedente. La regla de que "la abrogación de una norma abrogatoria no hace renacer la norma abrogada" (MESSINEO) cede ante el principio de orden público nacional de la ley de defensa del consumidor, que establece la recomposición parcial de la relación jurídica declarando la nulidad de solamente una parte de ella.[9] Por aplicación de tales principios, en un amparo interpuesto por un habitante de la Ciudad de Buenos Aires que invoca su calidad de usuario del servicio de subterráneos e impugna el aumento de la tarifa por "redondeo," la Sala IV de la CNFed. CA confirma la sentencia de primera instancia que anula el aumento por inconstitucional.[10] La revocación del fallo por la CSJN, en cuanto al fondo, no cuestiona la legitimación.[11] La misma regla se debería aplicar en los demás aumentos de tarifas que adolezcan de vicios de ilegitimidad, como lo habían declarado los tribunales del fuero en materia telefónica.[12] La

[7.6] Ver *Cien notas de Agustín, op. cit.*, p. 201.

[7.7] CNFed. Civil y Com., Sala I, *Cervera Ríos*, *LL*, 1999-F, 517; *DJ*, 2000-1, 637.

[7.8] Ver resolución 104/2005 SCT (*B.O* 30/06/05), que incorpora al ordenamiento jurídico nacional la Resolución Nº 21 del Grupo Mercado Común del Sur, de fecha 8 de octubre de 2004, relativa al Derecho de Información al Consumidor en las Transacciones Comerciales Efectuadas por Internet.

[7.9] Igual solución en el CCAPBA, cuyo art. 50 inc. 1° prevé que la sentencia podrá decidir "El restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés jurídicamente vulnerado y la adopción de las medidas o actos necesarios a tales fines."

[7.10] Sala IV, *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo nacional*, *LL*, 1997-E, 535; la disidencia de USLENGHI es en cuanto al fondo, no a lo procesal. Se declaró la aplicabilidad de los arts. 42 y 43 de la Constitución nacional, "Que es principio general en la materia que las tarifas de los servicios públicos deben ser justas y razonables de manera que se asegure el respeto de la necesaria proporcionalidad entre el servicio prestado y la retribución abonada" y la legitimación del usuario del servicio para pedir la declaración de inconstitucionalidad.

[7.11] *LL*, 17-II-2000. Otros fallos de cámara confirman la legitimación amplia: *infra*, cap. III.

[7.12] *Defensor del Pueblo c. Poder Ejecutivo nacional*, Sala III, *LL*, 1997-E, 506, con nota de GALLARDO, ROBERTO ANDRÉS, "Teléfonos: novedosas herramientas y peligrosas tendencias de la administración." El primero es *Adelco*, Sala III, *LL*, 1997-C, 836. La solución específica que mentamos fue adoptada en primera instancia por la jueza Dra. MARÍA JOSÉ SARMIENTO y confirmada por la misma sala III, en la misma causa.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

revocación de estos fallos por la CSJN pretende en cambio amplia libertad administrativa, lo que no parece condigno de los tiempos presentes. Pertenece, con justicia, al siglo pasado. La lucha por el derecho continúa en el siglo XXI.

7.5. *En caso de duda a favor del consumidor*

Igualmente resulta de interés el art. 3° en cuanto dispone que "En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor," principio que reitera el art. 37.[13]

Dicho principio establece de pleno derecho un criterio *jurídico* a favor del derecho del usuario o consumidor, con lo cual el otorgamiento de una medida cautelar debe cumplir con este precepto legal de una ley de *orden público* nacional, sin poder oponer a ello la presunción de legitimidad de los reglamentos o actos administrativos, sean ellos nacionales o locales. El art. 65 es en tal aspecto categórico: "La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional." La verosimilitud del derecho está dispuesta a favor del usuario por expresa disposición de la ley nacional de orden público que por lo demás se ajusta en un todo al texto y al espíritu del art. 42 de la Constitución, razón por la cual no puede pensarse tampoco en su posible inconstitucionalidad. Lamentablemente estos claros preceptos y principios jurídicos, para más de orden público, no siempre reciben debido acatamiento judicial cuando se trata de aplicarlos a la administración pública.

7.6. *Plazos de caducidad y prescripción*

No puede por vía de una supuesta aplicación obligatoria del decreto-ley de amparo, o del decreto-ley de procedimiento administrativo, aplicarse un plazo de caducidad que nada tiene que ver con el cómputo de la prescripción que prevé la ley de defensa del consumidor.[14] La ley de defensa del consumidor es una *ley federal de orden público* que tutela derechos y garantías constitucionales federales y supranacionales: su ámbito de aplicación temporal y su expresa finalidad de beneficiar al usuario o consumidor, no pueden quedar cercenados por la aplicación de normas de derecho procesal o procesal administrativo locales que, a la inversa, cercenan los derechos del interesado, o conceden plazos más restrictivos para la

[7.13] Esto es aplicable a múltiples instituciones, como la participación, las audiencias públicas, las facultades regulatorias de los entes reguladores, etc. En tal mismo sentido, ver los argumentos de los votos de la CNFed. CA, Sala I, en "Ángel Estrada", *LL*, 2000-E,527; ED 187,982. Ver también el fallo de la CSJN, con mi nota "Ángel Estrada" en *JA*, número especial, 2005-III, fascículo n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducida en *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, número 2, mayo-agosto de 2005, México, 2005, pp. 307-311.

[7.14] En el código procesal administrativo de la provincia de Buenos Aires distintas pretensiones pueden tramitarse en la misma acción procesal administrativa, la cual a su vez puede ser tanto ordinaria como sumaria. A tenor de lo expuesto correspondería aplicar esta última, pero como ella no admite otra prueba que el expediente y la documental, es posible que la jurisprudencia se incline por la vía ordinaria.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

defensa de sus derechos e intereses. Existiendo dos modos posibles de computar el plazo de interposición de la demanda, o la disyunción entre un plazo de prescripción y uno de caducidad, esta ley federal de orden público obliga necesariamente a adoptar la solución más favorable al usuario o consumidor, cuando la defensa de sus derechos o intereses le lleve a impugnar un acto, hecho u omisión de la administración pública nacional, provincial o municipal. Queda con ello dicho que, a nuestro entender, si la defensa de los referidos derechos se intenta fuera del plazo de noventa días que prevé el decreto-ley nacional de procedimiento administrativo pero dentro del plazo de prescripción de la ley de defensa del usuario y consumidor, corresponde aplicar el plazo más favorable al usuario o administrado.

Este es a nuestro juicio el criterio general con el cual resolver situaciones de esta índole: a favor del mayor control, de la mayor apertura de la vía jucidial, del mayor acceso a la justicia eficaz.

7.7. *Cómputo de la prescripción*

Tanto en lo que hace al derecho de fondo como en cuanto al proceso, cabe recordar algunas normas de interés para los derechos de incidencia colectiva. Así p. ej. el art. 50 de la ley 24.240 establece que "Las acciones y sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres (3) años. *La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones* o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales." La infracción cometida a través de una tarifa ilegal o excesiva consiste en lesionar los derechos e intereses económicos de los usuarios. Cuando es de carácter sistemático o constante no da lugar al comienzo del cómputo de la prescripción. Esta norma, que al igual que todo el resto de esta ley es de orden público, debe también interpretarse, conforme al mismo texto de la ley, de la forma más favorable al usuario o consumidor: en la duda, por ende, el derecho en cuestión no se encuentra prescripto.

8. *Las restricciones empíricas y cómo superarlas*

8.1. *Primera restricción empírica*

En los años posteriores a la reforma constitucional se han dictado tanto pronunciamientos restrictivos como amplios en cuanto al alcance de esta legitimación. Algunos de los fallos restrictivos han dado como fundamento que no se había presentado también un interesado directo. Ello nos proporciona una *primera lección práctica a aprender*: que por el momento es conveniente incluir siempre un interesado directo en cualquier acción por derechos de incidencia colectiva. Desde luego, este requisito que exige es sólo una etapa del nacimiento de esta institución, pues parece obvio que si se trata de la tutela de derechos que la propia constitución denomina *de incidencia colectiva*, no se trata de situaciones individuales y concretas, sino generales.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

8.2. *Segunda restricción empírica*

En otros casos le han negado legitimación a algunas asociaciones o corporaciones por no tener como objeto específico esta tutela. Ello proporciona una *segunda lección práctica* y es que hay que modificar los estatutos e inscribirlas en el Registro Nacional de Defensa del Consumidor.

También, constituir una plétora de asociaciones para una plétora de derechos de incidencia colectiva, hasta tanto la jurisprudencia sea uniforme y pueda desandarse el camino que tan insólitamente se ha debido recorrer ante la enorme reticencia de algunos órganos judiciales. En su primera etapa el Registro Nacional de Defensa del Consumidor intentó limitar en su aplicación práctica el espectro de instituciones reconocidas, p. ej. excluyendo cooperativas y restringiéndolo solamente a las asociaciones civiles. Ese intento fue anulado por la Sala I, en fallo que la administración acató, procediendo a la inscripción en el registro.[1] Pensamos, como la Sala I, que corresponde la inscripción de todo tipo de persona jurídica, incluso en formación, e incluyendo las asociaciones mutuales, sindicales, profesionales (el C.P.A.C.F., etc.), políticas (partidos políticos), etc. Lo cual lleva a reflexionar acerca de si en verdad no es suficiente con que se trate de una persona jurídica legalmente constituida, sin necesidad de que haya un registro *especial* al efecto; por lo demás el registro está creado por una resolución de Secretaría, no por ley, por lo cual resulta obvio que no reúne los caracteres de ley formal previstos en la Constitución. Desde el punto de vista jurídico y constitucional, entendemos que no cabe exigir la inscripción en un registro que no cumple la primera de las condiciones constitucionales, su creación por ley del Congreso de la Nación. Así lo ha resuelto, implícita pero inequívocamente, la Sala IV en *ADECUA c/ ENARGAS*.[2]

8.3. *Tercera limitación*

En algún caso, incluso estando el Defensor del Pueblo como legitimado indubitable, se ha resuelto revertir en el art. 43 el párrafo segundo al primero y exigir una ilegitimidad o arbitrariedad *manifiesta a un derecho individual*. Ello nos lleva a una tercera lección práctica y es que en tanto sea posible es por ahora mejor utilizar las acciones de la ley de defensa del consumidor y del usuario de servicios públicos, o la acción por el derecho a un medio ambiente sano y sólo si éstas no proceden recurrir al amparo del art. 43,[3] para evitar inútiles discusiones procesa-

[8.1] *In re Consumidores Libres*, 1997. El "Registro Nacional de Defensa del Consumidor" fue creado por resolución 289/95 SCI. El registro depende de la Dirección Nacional de Comercio Interior, como también el Registro Nacional de Infractores a la ley 24.240. Ver *supra*, § 5.2.2.

[8.2] *LL*, 1998-F, 338. Pero hay antecedentes discordantes, que obligan a estar atentos. Ver el fallo que comenta LANDE, CAROLINA, "Una carrera en la búsqueda de justicia: ¡Asociaciones a inscribirse!" *LL*, 2005-F, 334.

[8.3] Ver los fallos de 1ª y 2ª instancia en *Consumidores Libres*, *LL*, 1995-E, 516 con nuestra nota, "La legitimación en el amparo: asociaciones, cooperativas, derechos de incidencia colectiva," reproducida en *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, § 18, p. 67.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

les. Incluso, utilizar preferentemente acciones de conocimiento como el juicio sumario[4] o el sumarísimo cuando existe en algunos ordenamientos locales; o el ordinario donde se pueda. Esto, que es mero consejo práctico para litigantes, no constituye la enunciación de un principio jurídico sino cómo evitar su defectuosa aplicación. Desde luego, existe allí un problema mayor, que es la denegación de acceso pleno a una justicia oportuna y eficaz, conforme la Constitución y los tratados.[5]

9. *La resistencia al cambio*

Esto no significa que se esté interpretando bien la Constitución en estos pronunciamientos restrictivos, solo que hay un tiempo de inevitable adaptación que debe todavía transitarse y mientras tanto es necesario encontrar vías paralelas[1] de sortear los obstáculos procesales que se va tratando, inútilmente, de crear. Estas dificultades son fruto de una resistencia a aceptar la nueva Constitución y los pactos supranacionales[2] como derecho interno directamente operativo en sede judicial.[3] Cambió la Constitución, pero no la cultura.[4]

Existen avances en la legitimación en las cautelares y en los efectos de la sentencia. Pero no todos los órganos jurisrudenciales avanzan parejo ni con la misma entereza.

También los ciudadanos debemos poner lo nuestro. Hay que tener perseverancia: *Vigilantibus, et non dormientibus, jura subveniunt.* A su vez, dado que las vías del derecho supranacional están abiertas sin estas limitaciones internas, es indispensable recurrir constantemente a ellas para luego hacer realidad en lo

8.4 Ver nota 6.5.

8.5 Ver caps. XIII "La tutela judicial" y XIV "Problemas del acceso al la justicia."

9.1 Es lo que explicamos en *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo,* Madrid, Civitas, 1982, reimpresión 2001; *L'amministrazione parallela. Il parasistema giuridico-amministrativo,* introducción de FELICIANO BENVENUTI, Milán, Giuffrè, 1987.

9.2 Lo que viene de antes de la Constitución de 1994. Ver nuestra nota "La creciente internacionalización del derecho y sus efectos," nota a *Cafés La Virginia,* CSJN, *LL,* 1995-D, 277; *Giroldi,* 7-IV-95, también con nuestra nota "La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales," *RAP,* 215: 151, Buenos Aires, 1996, y *Ekmekdjian,* 1992, *Fibraca,* 1993, *Hagelin,* 1993, etc. El caso *Giroldi* se amplía en *Arce, LL,* 1997-F, 696, que anotamos en "Los derechos humanos no son para sino contra el Estado," reproducido, al igual que los anteriores, en *Cien notas de Agustín, op. cit.,* p. 165, § 76.

9.3 "Un día en la justicia: los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional," *op. cit.*; también en *Derechos Humanos, op. cit.,* 4ª ed., cap. IX y en ABREGÚ y COURTIS (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, op. loc. cit.*

9.4 *Derechos Humanos, op. cit.,* cap. I. No todos piensan, como VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo,* Bogotá, Temis, 10ª ed., p. 8, que "Esta búsqueda difícil desalienta, en ocasiones, a ciertos espíritus más dispuestos a las cosas determinadas y fijas, pero estimula enormemente a quienes gustan de las renovaciones, y aman, si así pudiera decirse, la aventura intelectual." Ver *supra,* t. 1, cap. I, "El método en derecho." Ver también DOMÍNGUEZ, *op. cit.,* p. 232, el cual sostiene que "... la jurisprudencia constitucional sigue sosteniendo un paradigma superado, y consecuentemente, retaceando la fuerza normativa de la Constitución en el campo de los derechos colectivos." Sobre el tema cultural volveremos en el cap. VIII, § 12, nota 12.4, y ya hemos adelantado algo en el t.1, *Parte general.* (Idem, cap. II, III y IV.)

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

interno lo que en lo externo está dado.[5] Finalmente, administraciones y tribunales, no tendrán más remedio que comprender, en base a los precedentes de *Giroldi*, *Bramajo* y *Arce*, que no pueden lógica ni jurídicamente retacear en el derecho interno la tutela y legitimación procesal que los individuos tienen ampliamente reconocido en la práctica viviente del derecho supranacional.[6] Desde luego, no todos los tribunales proceden de ese modo:[7] simplemente hace falta que su ejemplo cunda. Nuestro pronóstico es decididamente optimista, en base a los fallos que estamos relatando, algunos verdaderamente excelentes por la determinación que adoptan, digna de ser imitada.[8]

10. *El esquema clásico y su evolución*

10.1. *Derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple*

El clásico derecho público argentino nacional, atrasado legislativamente respecto del derecho comparado local y extranjero, admitía pues básicamente la tutela en sede judicial del derecho subjetivo, no así del interés legítimo que sólo encontraba protección en sede administrativa. El derecho de todo habitante se reducía en un "interés simple" que sólo permitía hacer denuncias administrativas pero no exigir nada, ni siquiera la cesación de la irregularidad denunciada,[1] ni recurrir en sede administrativa o accionar judicialmente. Eso cambió radicalmente, como estamos viendo y seguiremos ampliando más adelante, con la Constitución de 1994.

10.2. *Interés difuso*

Frente a ellos se erigía el concepto de "interés difuso," más amplio que el interés legítimo pero no tanto como el interés simple. La mayor parte de los procesalistas lo admitían, algunos administrativistas no. El concepto no pasaba a la realidad salvo en medio ambiente.

9.5 Ver el cap. VIII, "La creciente internacionalización del derecho," en nuestra *Introducción al Derecho*, edición como *e-book* en www.gordillo.com, también en su versión inglesa, *An Introduction to Law*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Londres, Esperia, 2003, cap. VIII. Ver también nuestro libro *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Londres, Esperia, 2003.

9.6 Ver *infra*, cap. III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva," § 2, "Problemas procesales," *in fine*. El decreto 229/2000 *obliga a resolver las denuncias*. Ver también VARGAS CARREÑO, EDMUNDO; PIZA ROCAFORT, RODOLFO y TREJOS, GERARDO, *Introducción al derecho internacional*, San José, Juricentro, 1992; P. VAN DIJK y G.J.H. VAN HOOF y colaboradores, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, La Haya, 1998, 3ª ed., pp. 40-7.

9.7 En los caps. II a IV de este t. 2, respectivamente, "Derechos de incidencia colectiva", "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva" y "El interés legítimo."

9.8 *Gambier II*, *Torello*, etc., ver *infra*, cap. III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva."

10.1 Lo explicamos en versiones anteriores de los caps. II y III de este t. 2 y más someramente en el t. 1, *op. cit.*, cap. X, "Clasificación jurídica de la función administrativa," § 18, "Derecho subjetivo, interés legítimo, interés difuso e interés simple."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

10.3. *La ley de defensa del usuario y del consumidor*

La ley de defensa del usuario y del consumidor admitió la legitimación de asociaciones de usuarios y consumidores para actuar en juicio contra los proveedores de bienes y servicios, incluidos los servicios públicos, lo que no ha podido sino ser interpretado con la amplitud que el texto legal consagra. Es además una ley federal *de orden público*, que consagra el principio de en la duda a favor del usuario o consumidor y otorga amplio acceso judicial para su tutela.[2]

10.4. *Los arts. 41 a 43 de la Constitución*

Poco tiempo después de dictada la ley de defensa del usuario y del consumidor, la Constitución de 1994 admitió dos tipos expresos de interés colectivo con tutela judicial: los del art. 41[3] para el derecho a la salud y a un medio ambiente sano[4] y los del art. 43.[5] A lo expuesto cabe sumar el de la ley de defensa del usuario y del consumidor[6] ya preexistente y los múltiples derechos del art. 42;[7] con más los derechos de los arts. 36[8] y ss., todos de igual naturaleza colectiva. La introducción constitucional de los derechos de incidencia colectiva constituye la base del desarrollo de la legitimación judicial en cuanto al derecho sustantivo y adjetivo, p. ej. en materia de participación de los usuarios en los servicios públicos conforme al art. 42, o en el ya reconocido derecho a tener audiencia pública antes que se modifique su régimen hacia el usuario. Por supuesto, que exista la vía judicial no significa que el éxito corone toda propuesta impugnativa. Algunas veces con razón y otras sin ella, las sentencias definitivas no siempre hacen lugar a lo peticionado. Pero esto no desmerece el valor del progreso que se ha producido en la materia.

10.5. *El derecho a la previa audiencia pública*[9]

Se ha abierto camino, también, la idea del derecho constitucional a la audiencia pública antes de que se adopten decisiones que puedan afectar a la colectividad. Este instituto ha sido tomado del derecho anglosajón y lo desarrollamos en el cap. XI. Allí confluyen un derecho sustantivo y adjetivo de incidencia colectiva y como

[10.2] Ver *infra*, cap. VI, § 4.5.1, "La ley de defensa del usuario y consumidor."

[10.3] El art. 41 le otorga este derecho a *toda* persona afectada por el ambiente, figura similar al interés difuso. Ver ROSSI, *op. loc. cit.* En *Derechos Humanos* hicimos desde 1990 una construcción receptada en el art. 41 de la Constitución nacional, en la Constitución de Costa Rica y en la jurisprudencia constitucional de la Sala IV de su Corte Suprema.

[10.4] Ver *supra*, t. 1, cap. III, § 15, "El derecho a un medio ambiente sano."

[10.5] Ver *supra*, t. 1, cap. III, § 16.1, "El amparo común y el amparo para la tutela del medio ambiente y los derechos de incidencia colectiva," 16.2, "Habeas data," 16.3, "Habeas corpus." Ver asimismo decreto 1172/2003 relativo a la materia.

[10.6] Ver *supra*, t. 1, cap. III, § 16.6, "La ley de defensa del usuario y del consumidor."

[10.7] De ellos, el decreto 229/2000 trata de fortalecer, entre otros, la información. Ver cons. 1º, art. 3º incs. *a*), *b*), *d*), *e*), *f*), *g*); art. 4º, incs. *e*) y *g*); art. 5º, incs. *a*), *b*), *c*), *d*), *f*).

[10.8] Ver *supra*, t. 1, cap. III, § 14, "Instituciones sustantivas de contralor."

[10.9] Ampliar *infra*, cap XI, "El procedimiento de audiencia pública."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

veremos también un derecho subjetivo. Al igual que el principio madre del debido proceso en su doble fase adjetiva y sustantiva, lo mismo ocurre con este su desprendimiento, en el derecho de incidencia colectiva y el derecho subjetivo a la audiencia pública.

La audiencia pública es exigible no solamente en materia de tutela de medio ambiente y emisión de normas generales, sino en todo lo atinente a los servicios públicos. Su utilidad práctica ha demostrado ser insustituible, al obligar a las autoridades públicas a escuchar razones y evaluar alternativas antes de tomar decisiones que afectan el medio ambiente o la comunidad en cualquier otro modo. Ello se vio claramente, como derecho de incidencia colectiva, con el amparo iniciado primero por ADELCO en 1994 y más tarde por el Defensor del Pueblo y un partido político en 1996, para que no se renegociara en más las tarifas telefónicas sin previa audiencia pública; la situación se repitió en 1997 con la proyectada prórroga de la exclusividad en *Youssefian*. ADELCO obtuvo en 1996 una medida judicial de no innovar, reconociéndose así su legitimación para la defensa de intereses o derechos de incidencia colectiva; la administración transó en realizar la audiencia pública, reconociendo entonces también el derecho sustantivo. Tras dos sucesivas audiencias públicas, el Ministerio debió, en ambas oportunidades, reducir sus estimaciones previas de negociación y aumento tarifario, aunque finalmente incrementó las tarifas sin cumplimentar con el recaudo de someter su proyecto a previo escrutinio público. Su posición solo fue conocida *ex post facto*; su accionar fue por ende declarado ilegal e inconstitucional en las instancias de grado,[10] previsiblemente revocadas por la CSJN el 7-V-98, fallo que luego se ha utilizado como sello. Y sin embargo la administración realizó, sea por decisión propia o judicial, dos audiencias públicas sobre temas importantes, en 1999.[11] Otra variante limitativa hizo el Jefe de Gabinete cuando se trataba de fijar la tarifa a cobrar por YPF por el transporte de petróleo crudo por su Oleoducto Transandino: simplemente concedió vista de las actuaciones a los interesados, fundándolo en que "Que desde el punto de vista jurídico cabe expresar que uno de los principios elementales en materia de tarifas, es garantizar que todos los afectados por ella puedan verter sus opiniones."[12]

Hay en nuestra administración, a fines del siglo pasado, otra forma de participación muy parcial y limitada, que no satisface a nuestro criterio el requerimien-

[10.10] *Adelco*, Sala III, *LL*, 1997-C, 836; *Defensor del Pueblo c. Poder Ejecutivo nacional*, Sala III, *LL*, 1997-E, 506, con nota de GALLARDO, ROBERTO ANDRÉS, "Teléfonos: novedosas herramientas y peligrosas tendencias de la administración."

[10.11] Aeroparque y ferrocarriles; *infra*, cap. XI, "El procedimiento de audiencia pública."

[10.12] Disposición administrativa 1/97, p. 6. Esta posición jurídica débil se transmite al decr. 229/00, art. 4º inc. *d*) "Participación: los usuarios y beneficiarios de servicios de atención al público deben contar con mecanismos de participación adecuados a cada caso, a fin de garantizar y proteger el derecho a una correcta prestación" y art. 5º inc. *f*) "Establecer mecanismos de consulta a los usuarios acerca de los servicios que aquellos demanden, sus sugerencias y opiniones para la mejora de los mismos."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

to constitucional. Se trata del llamado "Documento de Consulta" de la Secretaría de Comunicaciones, a través del cual se convoca, mediante circulares, a los interesados cuya opinión la administración estima procedente en la cuestión. Ellos deben expresar su opinión por escrito, decidiendo finalmente la administración.[13] Se puede hacer un paralelismo entre I, *a*) este mecanismo de invitación restringida y *b*) la audiencia pública, por una parte y II, por la otra, la distinción entre *c*) licitación privada y *d*) licitación pública.[14] Otro procedimiento parecido lo constituye la "consulta pública" que realiza en procedimiento únicamente escrito la Secretaría de Industria, Comercio y Minería, previa publicación en el Boletín Oficial.[15]

Pero todos estos pasos alternativos se deben complementar con audiencias públicas formales dispuestas por iniciativa de la propia administración, para otros aspectos de la vida administrativa. También ayuda en esto el progreso del derecho público local, en el caso la consagración constitucional de la audiencia pública en la Ciudad de Buenos Aires, aunque su funcionamiento práctico deja mucho que desear, pues consiste en una seguidilla de exposiciones de cinco minutos, de tipo magistral, ante un conspicuo podio, sin ninguna posibilidad material de fácil diálogo entre los participantes inscriptos. La propia distribución física es inadecuada.[16]

El comienzo del siglo XXI se presenta menos auspicioso aún. Se producen renegociaciones de concesiones y licencias de servicios públicos que por su envergadura constituyen verdaderas contrataciones directas, sin audiencia pública ni otra forma de participación. Pero dado que se trata de contratos en ejecución y en marcha es inevitable que finalmente deban pasar, quizás muy tarde, cuando ya el gobierno esté débil, por las manos reparadoras de la justicia. Ese es nuestro derecho. Esa es nuestra sociedad. Esa es nuestra cultura. Esa es, por ende, nuestra justicia. No valdrá argüir allí la violación a la seguridad jurídica, pues será de aplicación el sempiterno *Nemo turpitudinem suam allegare potest*. Con todo, deberán recordarse los errores del pasado cuando se anularon contratos en sede administrativa. La recomposición contractual debió hacerse con intervención de

10.13 Res. SC 86/96, 25.835/96, 1079/98, 1460/98, SC 1616/98; res. SC n° 57/96 "Reglamento General de Audiencias Públicas y Documento de Consulta para las Comunicaciones."

10.14 Ver *infra* cap. XII, "La licitación pública."

10.15 Resolución M.E. y O. y S.P. n° 329/96, instrumentada p. ej. a través de la resolución S.C. y M. 1212/97, p. 16. Estos mecanismos demuestran que la propia administración comienza a advertir la necesidad de contar con una consulta pública en su propio interés, sin perjuicio de que también lo sea en el interés público, como lo explicamos *infra*, cap. XI "El procedimiento de audiencia pública."

10.16 Tal como lo explicamos en este mismo vol., cap. XI, "El procedimiento de audiencia pública." Los funcionarios de la Ciudad a cargo de estos procedimientos invocan el fundamento burocrático de que "siempre lo hicieron así," como si el pobre resultado de sus poquísimos años de malas audiencias públicas pudiera instituirse en fundamento teórico de utilizar un sistema propio de conferencias o asambleas barriales, incluso *Town Meetings*, pero no de una mesa de diálogo como debe ser la audiencia pública.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

los usuarios[17] y contralor judicial.[18] La admisión de la legitimación procesal en defensa de estos derechos de incidencia colectiva se vio en su momento también reconocida en sucesivos amparos iniciados por otras asociaciones en distintos juzgados federales con motivo de ulteriores audiencias públicas llamadas con carácter restrictivo, con información confidencial, etc. Por su parte, la legitimación de tales asociaciones para participar en el trámite administrativo de la propia audiencia pública ha sido reconocida con amplitud por la misma administración, lo cual lleva inexorablemente a admitir la misma legitimación en sede judicial para la defensa de tales derechos en dichos procedimientos.

El 31 de enero de 1997, producida la reestructuración tarifaria, los actores iniciaron similares vías y obtuvieron pronunciamientos favorables en primera y segunda instancia. La CSJN fijó su posición adversa rechazando el amparo *in re Defensor del Pueblo*.[19] Cierra el milenio revocando una cautelar favorable a los usuarios, en un juicio ordinario, en que la Corte toma la muy rara medida de rechazar liminarmente la acción ordinaria... en un recurso extraordinario. De este modo, la decisión en *Defensor del Pueblo* (amparo) del 7-V-98, es extendida a la acción ordinaria en *Yustman de Quaglino*.[20] La sociedad civil no tolera bien esa privación sistemática de justicia, como se advertía de los pronunciamientos de juzgados y salas[21] a fines del siglo XX.

11. *Algunas novedades en materia de licencias y renegociaciones*

El siglo XXI presenta a pesar de todo con una leve mejoría, quizás apenas formal, pero mejoría al fin, en que las renegociaciones pactadas por el ejecutivo con las concesionarias o licenciatarias de servicios públicos suelen pasar por un control legislativo de autorización ficta por el transcurso del tiempo. No es mucho, pero tampoco los tiempos se presentan promisorios.[1] Algunos casos, con todo, son todavía más preocupantes, como la prórroga unilateral por diez años, sin audiencia pública ni conocimiento público alguno que hubiera permitido intervención

[10.17] Ver CAPLAN, ARIEL, "La participación de los usuario en materia de servicios públicos," en MILJIKER (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, 171-5; MERTEHIKIAN, EDUARDO, "Emergencia de los servicios públicos. Problemas actuales desde la perspectiva de los usuarios y prestatarios (Una visión crítica de las normas que declararon la emergencia en materia de servicios públicos)," en ALANIS, SEBASTIÁN (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 153-63, esp. p. 162.

[10.18] *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, BELTRÁN, "Civismo y amparo."

[10.19] D. 218, fallo del 7-V-98. Sin embargo, recientemente, la CSJN in re *Defensor del Pueblo de la Nación*, *LL*, 2005-C, 858, admitió su legitimación amplia. Ver comentario de MARTINOLI, AMALIA, "El Defensor del Pueblo de la Nación suma votos," *LL*, 2005-C-791.

[10.20] De fecha 19-VIII-98.

[10.21] *Infra* cap. III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva," § 6.1 a 6.10.

[11.1] Ver mi nota "Racionalidad, política, economía, derecho,"*LL*, 28-XII-2005. Si uno mira la historia argentina desde sus albores hasta el presente, tampoco: PÉREZ GILHOU, DARDO, *Presidencialismo, caudillismo y populismo*, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2005. Ver también las remisiones que hacemos en el cap. VIII, nota 12.4.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

oportuna de los consumidores y usuarios, de absolutamente todas las licencias de servicios de radiofusión,[2] con posibilidad de ampliación a nuevas tecnologías. Todo ello ¡por decreto de necesidad y urgencia 527/05![3] Para más, el articulado de este DNU se refiere a que en verdad son los plazos que estuvieren corriendo, en su caso, o sus prórrogas, los que quedan "suspendidos" por diez años y que, al vencer esta novedosa "suspensión" los "términos [anteriores] se reanudarán automáticamente [una vez] vencido el plazo de suspensión antes citado." Era un caso típico para permitir amplia y efectiva participación popular en una audiencia pública y un igualmente amplio debate parlamentario, todo sujeto al pleno control judicial.[4] Nada de ello ha ocurrido en materia tan sensible como son estos medios masivos de comunicación.[5]

12. *Prospectiva*

Es materia de inquietud ciudadana si las leyes que en su caso reglamenten estos derechos lo harán en forma limitativa, o dejarán margen para un mayor desarrollo. De cualquier manera, aunque las primeras leyes sean restrictivas, con la evolución del pensamiento jurídico nacional y en particular la aplicación del derecho y la jurisdicción *supranacional*[1] será posible irlas superando progresivamente. En primer lugar, la evolución jurisprudencial podrá ir declarando la inconstitucionalidad de las normas legales que eventualmente restrinjan el acceso a la jurisdicción tal como la Constitución lo estableció y garantizó. En segundo lugar, el propio progreso político[2] puede ir generando modificaciones legislativas, en la

[11.2] En el año 2003, por otro decreto de necesidad y urgencia, esta vez el 1.214/03, se otorgó la posibilidad de obtener dichas licencias a las provincias y municipios, cuya actividad tenían expresamente prohibida por el decreto ley de radiofusión 22.285/80. Como se advierte de este antecedente previo y de lo que ocurre con el DNU 527/05, que explicamos en el texto y en la nota siguiente, la gravedad del tema es singular.

[11.3] Decir que es ¡urgente! dar una suspención ¡decenal! de plazos de licencias de medios masivos de comunicación, suena como una ofensa a la inteligencia colectiva. Tal vez no lo sea, pues las reacciones han sido bien escasas...

[11.4] Máxime existiendo normas taxativas emanadas del propio gobierno en dicho sentido. La doctrina de los propios actos es derivación milenaria del principio de buena fe y su transgresión, en el caso, resulta notoria.

[11.5] Para peor, los contratos de concesión de servicios públicos se han renegociado sin cumplir cabalmente pautas constitucionales, o sea los "Procedimientos que garanticen publicidad, transparencia y participación," como enuncia PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, *Renegociación de contratos públicos*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002, cap. VII, § 7, pp. 115-8. Ver *infra*, cap. VI, § 4.1.

[12.1] Ver *supra*, cap. VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo" del vol. 1 e *infra*, "La justicia administrativa internacional," cap. XVI de este vol.; *Introducción al Derecho, op. cit.*, cap. VIII, "La creciente internacionalización del derecho" y su versión inglesa, *An Introduction to Law, op. cit.*, cap. VIII. Ver también *The Future of Latin America: Can the EU Help?, op. cit.*

[12.2] Que involucra la ausencia de un derecho al servicio del poder de turno: ver *Introducción al Derecho, op. cit.*, cap. VII, "La «certeza» que da el poder" y su versión inglesa, *An Introduction to Law, op. cit.*, cap. VII.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

medida que exista creciente consenso social sobre cuál debe ser la extensión del acceso a la tutela jurisdiccional para la defensa de los derechos de incidencia colectiva. De todas maneras, las normas que se van dictando son suficientemente amplias como para no requerir modificaciones normativas, ya que cuando los códigos locales establecen la defensa "del derecho o interés tutelados," ya no es constitucionalmente equiparable en forma exclusiva a derecho subjetivo.[3] Por imperio de la Constitución federal, naturalmente de obligatorio cumplimiento operativo por las Provincias, el derecho a ser tutelado con acceso irrestricto a la justicia es tanto el derecho subjetivo como el derecho de incidencia colectiva.

Todo esto no es doctrina, es derecho viviente en la jurisprudencia contemporánea, como pasamos a explicarlo y ejemplificarlo a lo largo del capítulo III. Todo ciudadano y con mayor razón todo abogado, debiera leer lo resuelto en los fallos citados y la legitimación y alcances establecidos por las distintas sentencias. Constituyen en la actualidad una suerte de manual de instrucción cívica. Pues la justicia no se activa por sí misma. Ella depende de las acciones que inicien ciudadanos y organizaciones valerosas, dispuestas a manteneer en alto las banderas de la lucha por el derecho, cualquiera sea la intemperie que se avecine.[4]

[12.3] En el caso del código procesal administrativo de la provincia de Buenos Aires, sus normas tutelan al mismo tiempo tanto el derecho como el interés (art. 12, inc. 2°; art. 50 inc. 1°). Ello puede tal vez entenderse como que excluye el interés simple, pero no puede interpretarse excluyendo al derecho de incidencia colectiva ya que con ello se lo haría violatorio de la Constitución nacional, lo cual obviamente no es una interpretación razonable.

[12.4] No tenemos la pluma de los autores que recordamos en el cap. VIII, "Los actos de gobierno," nota 12.4, pero al menos nos quitamos el sombrero en respetuoso homenaje.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Capítulo III

EL DERECHO SUBJETIVO[1] EN EL DERECHO DE INCIDENCIA COLECTIVA[2]

1. *Introducción*

Hoy en día la acción se otorga para defender ante la justicia un interés tutelado jurídicamente, lo cual es indeterminado en cuanto a la no utilización de la antigua terminología en diversas categorías:[3] ellas van desapareciendo. Volvemos así, por vía normativa o jurisprudencial, a la definición del pretor: "dame los hechos, yo te daré el derecho." Este criterio se va imponiendo en la jurisprudencia, bajo el principio de la legitimación constitucional de los derechos de incidencia colectiva. Ese mismo fundamento rige para las juridicciones locales, pues es la aplicación directa de una norma constitucional operativa.

La frontera entre derecho subjetivo e interés legítimo ya era antes obsoleta, pues quien ejerce una acción popular también tiene un interés protegido por un poder que se le concede a su voluntad de representarlo y defenderlo. Esto lo destaca ya IHERING, al recordar la *actio populis* romana, por la que se concedía a todo ciudadano la posibilidad de exigir que se realizaran la fundaciones instituidas por

[1.1] La Constitución de 1994 deja poco del original: ver MAIRAL, HÉCTOR, *Control judicial de la administración pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, § 138 a 151, pp. 195-236.

[1.2] Ver JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, "La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de la asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia," *LL*, 2003-B, 1333. La otra vertiente histórica que primero ha contribuido al nacimiento y desarrollo de lo que a partir de la Constitución de 1994 llamamos derechos de incidencia colectiva fueron los juristas del derecho ambiental. Entre los más modernos cabe destacar muy especialmente a CAFFERATA, NÉSTOR A., "Los derechos de incidencia colectiva," *LL*, Sup. Adm. 2006 (febrero), pp. 1-14. Para un análisis de esta jurisprudencia que analizamos en el capítulo puede verse también RIVERA, JULIO CÉSAR Y RIVERA, JULIO CÉSAR (H.), "La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del Defensor del Pueblo y de las asociaciones del artículo 43, segundo párrafo de la Constitución Nacional," *LL*, 2005-B, 1053; PIERRI BELMONTE, DANIEL A., "El amparo colectivo contra el corte de agua por falta de pago," *LLBA*, 2002, 1359.

[1.3] Derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple, interés difuso; o intereses de clase, colectivos, etc., hoy subsumidos en los derechos constitucionales de incidencia colectiva.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

disposiciones de última voluntad:[4] para él existe allí un derecho subjetivo. Algo parecido ocurre hoy, como hemos visto, con el derecho subjetivo y los derechos de incidencia colectiva. Por ello señala GONZÁLEZ PÉREZ que todas estas distinciones de legitimación se solucionan en definitiva con la acción pública, existente en España y otros países.[5] En el nuestro ello ocurre también con la citada ley 24.240; en el sistema interamericano de derechos humanos la legitimación para actuar ante la ComisiónIDH se extiende a toda persona o entidad no gubernamental que quiera efectuar una denuncia.[6]

La defensa o la protección de un interés según las antiguas definiciones de derecho subjetivo también existe en el caso del interés legítimo y del derecho de incidencia colectiva. Los nuevos códigos utilizan una fórmula general: el código de justicia administrativa de la ciudad de Buenos Aires y el de la Provincia de Buenos Aires otorgan legitimación a todos los intereses tutelados por el ordenamiento; en el primer caso, ello incluye a todo habitante, conforme a la Constitución local.[7]

Esto ocurre para la defensa de los derechos de incidencia colectiva y del medio ambiente, al igual que las asociaciones en defensa del usuario y del consumidor,[8] la acción declarativa de inconstitucionalidad[9] y los recursos objetivos de anulación (en la justicia administrativa de aquellas provincias donde existe en su forma

[1.4] Ver MORELLO, AUGUSTO M. y CAFFERATA, *Visión Procesal de Cuestiones Ambientales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 188, acerca de la ley 25.675 sobre la amplísima legitimación relativa al colectivo ambiental; CAFFERATA, *op. loc. cit.*

[1.5] GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Manual de derecho procesal administrativo*, Madrid, Civitas, 1992, p. 106 y ss.; *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Madrid, Civitas, 1996, p. 160, donde trata la reparación indemnizatoria del daño ecológico o ambiental.

[1.6] S*upra*, t. 1, cap. VI, § 1, nota 1.5; art. 26 de la ComisiónIDH y 44 de la CorteIDH.

[1.7] Con todo, las primeras interpretaciones procuran limitar este alcance, como se advierte en la negativa de legitimación *in re Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado de la Ciudad de Buenos Aires, TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, LL*, 1999-E, 629, año 1999; nota de GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, en *LL*, 2000-B, 215, "La legitimación procesal de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires para promover acción directa de inconstitucionalidad." En cambio la justicia federal a veces dicta sentencias con efecto para toda categoría de personas, p. ej., para toda una categoría de contribuyentes: CNFed. CA, Sala IV, *Defensor del Pueblo, LL*, 2006-C, *infra*, § 6.9, "El caso de los contribuyentes monotributistas."

[1.8] Las leyes 24.240, 24.787 y 24.999 autorizan a las asociaciones de consumidores. La CNFed., CA, Sala IV, *Consumidores Libres, LL*, 1997-F, año 1997, admitió las acciones de clase para los derechos de incidencia colectiva y los derechos subjetivos de los usuarios. Ver también nuestro art. "La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires; acciones de clase, tribunales judiciales y tribunales administrativos; un futuro proyecto de tribunales administrativos para los servicios públicos," *LL*, 2005-A, 818.

[1.9] Admisible para asociaciones de usuarios, CSJN, *Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica* (*AGUEERA*), *LL*, 1997-C, 322, con nuestra nota: "Las asociaciones de usuarios y la defensa de los derechos de incidencia colectiva (Acción declarativa de inconstitucionalidad.)" La CNFed. CA, Sala IV, hace lo propio en el amparo por asociaciones profesionales para sus miembros, *Colegio Público de Abogados de Capital Federal*, 9-III-99, y otros. Sin embargo la CSJN, en su anterior composición, rechazó el amparo incoado en materia de monotributo basada en que el colegio profesional carecía de legitimación en el caso por tratarse de cuestiones patrimoniales, de índole personal, in re *Colegio Público de Abogados de Capital Federal c. Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos, LL*, 2004-C, 268; ampliar *infra*, § 6.8.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

tradicional)[10] y todo proceso ordinario, sumario o sumarísimo, también concede poder a una voluntad para representar y defender un interés.

Más recientemente una innovación de excepcional importancia que se ha incorporado en el año 2005 al derecho argentino vigente, es el *hábeas corpus colectivo* iniciado por el CELS, Centro de Estudios Legales y Sociales, contra la Provincia de Buenos Aires,[11] para una reforma del sistema penitenciario que atienda la creciente cantidad de presos albergados por el siempre desbordado sistema penitenciario.[12]

2. *Problemas procesales*

No es claro hasta dónde el orden jurídico establece todavía hoy un régimen jurídico diferenciado para el derecho subjetivo, el interés legítimo y el interés simple, a partir de la inclusión constitucional de la tutela de los derechos de incidencia colectiva.[1]

Tradicionalmente el derecho subjetivo se defiende o reclama con una acción de conocimiento, un recurso de amparo, o un recurso de plena jurisdicción en los sistemas provinciales más antiguos. En tales casos el individuo puede obtener —en esa u otra acción— una indemnización para sí.[2]

El interés legítimo se defiende sea ante la administración, como ocurría clásicamente en el orden nacional, o también con un recurso de anulación donde él existe, pero no con una acción de las antes mentadas. En tales casos el individuo puede lograr que anulen el acto ilegítimo, pero no obtener una indemnización;[3] pero es previsible que la categoría se amplíe o desaparezca con la introducción al derecho positivo de los derechos de incidencia colectiva, en los cuales la indemnización es posible.

El derecho de incidencia colectiva se ejerce para sí y otros, sea que resulten titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos. Puede tramitar por acción

1.10 En los sitemas tradicionales hay diversas acciones para diferentes situaciones jurídicas. Modernamente se ha impuesto la unidad de acción con pluralidad de pretensiones posible.

1.11 CSJN, *Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus*, *LL*, 2005-C, 276.

1.12 Lamentablemente predecible, pues constituye una tendencia mundial. Lo habíamos anunciado hace tiempo en t. 1, cap. IV *in fine*, § 3.6, "Seguridad exterior e interior," p. 14 y § 3.7.8, p. 17.

2.1 En el derecho español la tendencia apunta "*más que a una oposición entre ambos conceptos, a una expansión de un concepto único* que impida cualquier forma de indefensión:" González Navarro, Francisco, *Derecho administrativo español*, t. 3, *El acto administrativo y el procedimiento administrativo*, Pamplona, EUNSA, 1997, p. 638.

2.2 En igual sentido, Morello y Cafferata, *op. cit.*, p. 140, quienes manifiestan, con relación a la ley 25.675. que [...] quedan así dibujados dos marcos superpuestos: uno estructuralmente colectivo, y otro en el esquema clásico del daño cierto, probado y liquidable se ventilará la procedencia y cuantificación de la indemnización. Cada habitante, cada víctima, deberá probar su agravio".

2.3 El derecho europeo ya la admite: Chiti, Mario P., *Diritto amministrativo europeo*, Milán, Giuffrè, 1999, cap. XI, § 16, p. 412 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

de amparo,[4] acción declarativa[5] o por cualquier acción de conocimiento,[6] en especial la acción de defensa del usuario y del consumidor. En un caso verdaderamente excepcional, se admitió a un ciudadano invocando su calidad de tal, el derecho a la vigencia del principio de legalidad.[7]

Cuando la acción se ejerce en defensa de derechos colectivos, como los de los usuarios y tiene una pretensión resarcitoria, constituye una *class action*: la indemnización es para tales lesionados en su patrimonio. La distribución del resultado económico de la sentencia entre los usuarios, en este ejemplo, se hace en base al procedimiento de ejecución de sentencia, previa citación pública en dicha oportunidad procesal a los terceros interesados. Esta diligencia puede delegarse en los abogados de la causa con indicación de los recaudos de publicidad a cumplir: ellos prepararán y someterán al tribunal, para su aprobación, el proyecto de distribución.[8] Cuando se fijan *astreintes* a los demandados, dado su carácter, ellas benefician a la asociación o persona que ejerce la acción. El "recurso de plena jurisdicción," allí donde existe, sólo es ejercido por el lesionado; al recurso de anulación lo pueden ejercer un número determinado de personas; a la acción popular la puede ejercer cualquiera.

Estas nociones clásicas ceden frente a la nueva categoría constitucional de los derechos de incidencia colectiva. A ellos los ejercen tanto los afectados (usuarios actuales o potenciales, vecinos, enfermos actuales o potenciales, etc; incluso en algún caso ciudadanos como en *Gambier II*, o jubilados, como *Torello*, Sala II) como las asociaciones (o fundaciones, cooperativas, —Sala I, *Consumidores Libres*— etc.) reconocidas (también aunque no estén inscriptas en el registro nacional[9] de usuarios o interesados) aunque no tengan en su seno a la totalidad de afectados (*Consumidores Libres*, Sala I), lo que es obviamente imposible.

La acción en defensa de los derechos de usuarios y consumidores, del medio ambiente y la no discriminación de los demás derechos de incidencia colectiva en general, puede perseguir tanto la cesación de conductas lesivas, como la adopción de medidas concretas, cautelares innovativas, autosatisfactivas,[10] inhibitorias,

[2.4] Los casos que relatamos *infra*, § 6.8; § 6.2, nota 6.5.

[2.5] CSJN, *Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA)*, *LL*, 1997-C, 322, año 1997, con nuestra nota en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, p. 140: "Las asociaciones de usuarios y la defensa de los derechos de incidencia colectiva en una acción declarativa de inconstitucionalidad."

[2.6] Sala IV, *Consumidores Libres*, *LL*, 1997-E, 273, año 1997.

[2.7] *Gambier*, Sala II, *LL*, 1999-E, 624, sobre el que volvemos en el § 6.6 de este cap. Ver también los demás casos del § 6. Ver *supra*, cap. II, nota 5.24.

[2.8] Para los aspectos instrumentales ver *La Nación*, 17-XI-97, p. 21, "Notificación" de la audiencia del acuerdo final en la acción de clase contra los sucesores de la American Tobacco Company. Es un juicio iniciado por los tripulantes auxiliares de aerolíneas por enfermedades producidas "por la exposición al humo producido por otros fumadores de cigarrillos en las cabinas de aeronaves."

[2.9] *ADECUA c/ ENARGAS*, Sala IV, *LL*, 1998-F, 339, año 1998.

[2.10] Ver *infra*, cap. XIII, § 9.8, "La tutela autosatisfactiva o anticipatoria" y sus remisiones.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

etc.,[11] incluso medidas genéricas a pedido de una persona individual, usuario, vecino, afectado, jubilado, etc. De todo esto hay precedentes en nuestra jurisprudencia. Uno de los casos más notorios de fines del siglo XX fue la demanda contra el Poder Judicial para que construyera rampas para discapacitados, que patrocinó la Asociación por los Derechos Civiles invocando el derecho subjetivo de una persona (*Labatón*, Sala V)[12] y terminó con su construcción material, en beneficio de cualquiera que tuviera discapacidad motora. Igual solución en *Verbrugghe*, Sala I;[13] *Viceconte*, Sala IV,[14] *Asociación Benghalensis*, Sala I,[15] etc. No ha sido necesario que todos los que se encuentran en igual situación deban hacer juicio con el mismo objeto. A igual solución llegaron las Salas I, II y IV.[16] La Sala III ha sido pionera desde el caso *Schroder*.[17] Con lo cual las cinco salas tienen precedentes coincidentes en este sentido, a lo que se agregan los tribunales del interior como la Cámara Federal de Mar del Plata.

La CSJN en su anterior composición tuvo el indiscutible mérito de haber impulsado inicialmente estos cambios con *AGUEERA*,[18] *Ekmekdjian*,[19] *Monges*,[20] etc. En muchas otras ocasiones ha dado un paso al costado y hasta ha parecido a veces intentar, en todo caso sin mayor éxito, detener el proceso de cambio que ella misma había iniciado. Pero a la postre sólo ha frenado soluciones concretas, pero no ha podido detener la marea, ni es seguro que esa fuera su intención. Diversos jueces y Cámaras de todo el país han insistido en otros pronunciamientos de igual alcance genérico y sus fallos se han cumplido, tornando imposible su revisión por la CSJN. En cualquier caso, cabe destacar que se ha dado a veces un efecto desmesurado a considerandos *obiter dicta* de la CSJN que pueden ser muy desafortunados como doctrina, pero en modo alguno son *holding*, aquello que el fallo decide. No es esto una defensa de esos fallos, sino un intento de ponerlos en perspectiva.[21]

2.11 El art. 43 de la Constitución autoriza medidas de tutela inhibitorias que son las *injunctions* del derecho norteamericano. Ver LORENZETTI, RICARDO LUIS, "La tutela civil inhibitoria," *LL*, 1995-C, 1217; NICOLAU, NOEMÍ LIDIA, "La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional," *LL*, 1996-A, 1246; MARINONI, LUIZ GUILHERME, "Tutela inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito," *ED*, 186: 1197, etc.

2.12 *LL*, 1998-F, 346, año 1996. Ver GULLCO, HERNÁN, "Rampas para discapacitados [...]," en CARRIÓ, ALEJANDRO y otros, *En defensa de los derechos civiles*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 49 y ss.

2.13 CNFed. CA, *Verbrugghe*, Sala I, *ED*, 185: 995, año 1999.

2.14 Sala IV, *Viceconte*, *LL*, 1998-F, 305, del año 1998, firme. *Infra*, nota 2.20.

2.15 *Asociación Benghalensis*, CNFed. CA, Sala I, 7-II-97 (cautelar) y 19-XII-97 (sentencia definitiva), *LL*, 2001-B, 126 (sentencia de la CSJN, año 2000.) Otros casos *infra*, § 6.1 a 6.10.

2.16 En distintos momentos, ver en el cap. II, "Derechos de incidencia colectiva," e *infra*, § 6, "Casos."

2.17 Sala III, *Schroder*, *LL*, 1994-E, 449, año 1994.

2.18 *AGUEERA, CSJN*, *LL*, 1997-C, 322, año 1997.

2.19 *Ekmekdjian, CSJN*, *LL*, 1992-C, 543, año 1992.

2.20 CSJN, *Monges*, *LL*, 1997-C, 150, año 1996.

2.21 Y a fuer de honestos, la semi nueva Corte nos ha regalado el *horribilis* voto líder de *Bustos*, uno de los peores de la historia tribunalicia argentina. Ver las referencias de la nota 13.5 del § 13 del cap. VIII.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Se ha abierto una compuerta para la necesidad de justicia de la sociedad. Marcó un punto de inflexión sin retorno y merece por ello reconocimiento. Hay precedentes ciertos y definidos en el sentido que el bien colectivo puede requerir el reconocimiento de reparaciones pecuniarias a los afectados y dado que puede ser ejercido por asociaciones,[22] se asemeja a la *class action* del derecho norteamericano.[23]

El derecho de incidencia colectiva incorporado en la reforma de 1994 tiene de este modo tutela no solamente por múltiples vías,[24] sino también a muy diversos efectos. Servirá entonces, según los casos ocurrentes, tanto para anular el acto *erga omnes* (*Monges*,[25] *Blas*,[26] *Barsanti*,[27] *Torello*,[28] *Defensor del Pueblo*[29]), o suspenderlo *erga omnes*.[30] A su vez, dados los efectos generales de la sentencia, devino inevitable la iniciativa del Juez MARINELLI, disponiendola publicación de la cautelar en el *B.O.*[31] También es posible ordenar una conducta positiva de alcance general (*Labatón*,[32] *Viceconte*,[33] *Verbrugghe)*,[34] o singular (*Gambier I*);[35] o negativa

[22] Las acciones de clase, que a su vez pueden tramitar como ordinario, sumario o sumarísimo, éste último según la ley de defensa del consumidor. Ver CIMINELLI, DARÍO, "La impugnación de un acto administrativo mediante la acción de defensa del consumidor," *DJ*, 2005-2, 1057.

[23] Ver también BIANCHI, ALBERTO B., "Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de legitimación colectiva a gran escala," *RAP*, 235: 11, año 1998; *Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala*, Buenos Aires, Ábaco, 2001; JIMÉNEZ MEZA, MANRIQUE, *Justicia constitucional y administrativa*, San José, IJSA, 1999, 2ª ed., pp. 211-44, "El derecho subjetivo público de la acción procesal y su relación con la acción popular y la «class action»."

[24] El ya clásico fallo de la CSJN *in re AGUEERA*, declaró que estos derechos podían defenderse no solo por el amparo sino también por la acción meramente declarativa de inconstitucionalidad. Sucesivos fallos de Cámara lo extendieron a la acción ordinaria y a los procesos sumario y sumarísimo, este último según la ley de defensa del consumidor.

[25] CSJN, *Monges*, *LL*, 1997-C, 150, año 1996; SANTIAGO (H.), ALFONSO, *La Corte Suprema y el control político*, Buenos Aires, Ábaco, 1999, p. 363; GIL DOMÍNGUEZ, "Los derechos de incidencia colectiva en general," en EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL y FERREYRA, RAÚL GUSTAVO (coords.), *La reforma constitucional de 1994 y su influencia en el sistema republicano y democrático*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 227 y ss., p. 247; BOSCH, JORGE TRISTÁN, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, Buenos Aires, Zavalía, 1951, p. 133 y ss.; HUTCHINSON, "La impugnación judicial de los reglamentos," *RADA*, 9: 31, 1976; comp. MAIRAL, *Control judicial...*, *op. cit.*, p. 897, *in fine*; "Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación," *ED*, 177- 795.

[26] Sala I, *Blas*, *LL*, 1998-A, 288, año 1997.

[27] Sala I, *Barsanti*, *LL*, 1998-A, 293, año 1997.

[28] Sala II, *Torello*, *LL*, 2000-B, 275, *infra*, § 6.6.

[29] Sala IV, 7-III-2000, todos los contribuyentes monotributistas, *infra*, § 6.9, *supra*, nota 1.7.

[30] Sala I, *Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado nacional–decreto 347/99*, incidente de medida cautelar, *ED*, 185: 757, año 1999. *Infra*, nota 6.13 y § 6.7.

[31] Así el Juez MARINELLI, *Adecua*, *LL*, 1999-C, 192 mandó publicar la cautelar en el *B. O.* del 3-III-99, 2ª sección, p. 15. Ver MARANIELLO, PATRICIO ALEJANDRO, "Alcances del veto parcial del Poder Ejecutivo en el tributo a la medicina prepaga. Los efectos «erga omnes» en las sentencias de las asociaciones de consumidores y usuarios," *LL*, 1999-C, 190.

[32] Sala V, *Labatón*, *LL*, 1998-F, 346, año 1996. Ver GULLCO, *op. loc. cit.*

[33] Sala IV, *Viceconte*, *LL*, 1998-F, 305, firme por haberse rechazado la queja.

[34] Sala I, *Verbrugghe*, *ED*, 185: 995, año 1999.

[35] *Gambier, Beltrán c/M° de E.O. y S.P. —Resol. 1221/97— s/amparo ley 16.986*, Sala II, 18-VI-1998, causa 25.841/97. Estipulamos llamarlo *Gambier I*.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

(*Gambier II*.)[36] Esta categoría constitucional es también aplicable para una condena reparatoria, sea para la devolución a los usuarios de las tarifas cobradas en exceso,[37] o la recomposición de un contrato público anulando una cláusula abusiva y desproporcionada.[38] También se ha admitido la legitimación de un vecino de la ciudad para impetrar que se cumpla con una ley violada en perjuicio del patrimonio cultural de la sociedad.[39] En todos estos casos los efectos de la sentencia son generales para los usuarios o habitantes de la ciudad como beneficiarios, singulares para las demandadas.

En estos aspectos la Constitución de 1994 se vio precedida por la legislación, como la ley de defensa del usuario y del consumidor. De igual modo las normas legales relativas al gas y la electricidad previeron, antes de 1994, la aplicación en sede administrativa de multas *a favor de los usuarios*,[40] las que funcionaron pacíficamente y dan otro supuesto de derechos de incidencia colectiva de contenido patrimonial, que se transforma en reparaciones pecuniarias a los usuarios individuales. Si la administración es negligente u omisiva, o condona las multas sin causa fáctica o normativa suficiente, lesiona tanto los derechos de incidencia colectiva como los derechos subjetivos de los usuarios.[41]

No puede perderse de vista que esta tutela interna amplia es congruente, como no podía menos que serlo, con la tutela supranacional. En efecto, la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sirve a su vez tanto para derechos subjetivos e intereses legítimos como derechos de incidencia colectiva. Desde el punto de vista procesal, en una variante de la Convención Europea de Derechos Humanos se admite, de igual modo, que el Estado interponga una *actio popularis* o *actio populis* en defensa de cualquier individuo, como también que el reclamo individual en algunos casos asume inevitablemente un carácter objetivo

2.36 Sala II, *Gambier II*, *LL*, 1999-E, 624, medida cautelar autosatisfactiva. Estipulamos llamarlo *Gambier II* para distinguirlo del citado en la nota precedente.

2.37 CNFed. CA, Sala IV, *Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Serv. c. Telefónica de Argentina y otro s/ amp. proc. sumarísimo*, *LL*, 1997-F, 273. GIL DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 227 y ss., 241, 247. Ver BIANCHI, *op. cit.*, p. 13 y ss.; JIMÉNEZ MEZA, *op. cit.*, pp. 171-200.

2.38 Sala II, *Torello*, *LL*, 2000-B, 275. También anular una cláusula impositiva con efecto para toda una categoría de contribuyentes: *infra*, § 6.9.

2.39 *Supra*, nota 2.22.

2.40 La ley 24.065 establece en sus arts. 16, 21 y 27 obligaciones para las distribuidoras *en función de los usuarios*, al igual los arts. 21, 26 y 27 del decreto 1398/92, reglamentario de la 24.065. A través de dichos textos se dispone la obligación para las distribuidoras de operar y mantener sus instalaciones y equipos en forma correcta, satisfacer toda demanda de servicios de electricidad que les sea requerida, efectuar el mantenimiento de sus instalaciones a fin de asegurar un servicio adecuado, etc.: *el único destinatario es el usuario*. El subanexo 4 de los contratos de distribución, a través de sus items 2º (calidad del producto técnico), 3º (calidad del servicio técnico), 4º (calidad del servicio comercial), 5º (sanciones) y el Anexo V (reglamento de suministro), contemplan los estándares de prestación y calidad del servicio, cuyas multas son *con destino a los usuarios*.

2.41 En el caso del apagón de Edesur y otros, las multas se acreditaron en las facturas a los usuarios. No parece así posible negar la legitimación judicial de estos.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

o de efectos generales.[42] Es la tesis del derecho comparado que admitió en nuestro país, hace veinte años, el código procesal administrativo de Formosa. Es el principio de la unidad de acción y pluralidad de pretensiones.[43] Encontramos igual solución en el código contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires y en el de la Ciudad de Buenos Aires,[44] entre otros. El interés jurídicamente protegido ha quedado pues como una denominación de uso generalizado, que no tiene sentido práctico cuestionar pues en definitiva el movimiento se demuestra andando. Quien se anima a enfrentar el dédalo judicial con sus extraordinarias moras tiene, casi por definición, un obvio interés. No puede cuestionársele que no tiene interés suficiente a quien está dispuesto a enfrentar todas las demoras, costos y falencias del sistema judicial. Pueden encontrarse diferencias en los grados de tutela, como p. ej. que se tiene derecho subjetivo a ser parte en el proceso licitatorio,[45] pero solamente interés legítimo en resultar adjudicatario,[46] pero ello no se resuelve graduando ni calificando el interés. El interés de que se trata en el derecho subjetivo es un interés propio de cada portador del derecho,[47] individual a él,[48] es decir exclusivo, excluyente;[49] ello no impide que litiguen más de uno conjuntamente, o que en un litigio colectivo se diriman los derechos subjetivos de múltiples personas: pero cada una obtendrá siempre una reparación individual, exclusiva y excluyente. En el caso del interés legítimo, el interés que se defiende es inseparablemente de tal individuo y de otros: es un interés común con otros individuos, un interés concurrente, en principio inseparable; ese dato también lo comparte en ocasiones con el derecho de incidencia colectiva.

En el derecho subjetivo hay un interés propio, excluyente (aunque otros puedan tener uno igual: su derecho a una tarifa justa es también el derecho de los demás usuarios a una tarifa justa); otros lo podrán ejercer en su nombre y representación (incluso las asociaciones en los derechos de incidencia colectiva), pero el bene-

2.42 Ver P. VAN DIJK y G.J.H. VAN HOOF y colaboradores, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, La Haya, Kluwer Law International, 1998, 3ª ed., pp. 40-7. Igual entre nosotros, *infra*, § 6.7 y 6.10, entre otros.

2.43 D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003, p. 41: "La distinción hoy ha perdido vigencia [...] Basta comprender que la [...] Administración [...] asume compromisos [...] generando derechos subjetivos públicos adecuados a esa generalidad o «*de incidencia colectiva en general*» como les llama nuestra Constitución (art. 43 según la reforma de 1994.)"

2.44 Ley 184 de la Ciudad de Buenos Aires.

2.45 Es en estos temas donde más se advierte la pertinencia del criterio que explicara POSNER, RICHARD, *Economic Analysis of the Law*, Boston, Little, Brown & Co., 1992, 4ª ed., p. 581.

2.46 Es la distinción que exponía LARES, TEODOSIO, *Lecciones de derecho administrativo*, México, 1852, pp. 60-1, México, D.F., UNAM, reimpresión 1978.

2.47 JELLINEK, WALTER, *Verwaltungsrecht*, Berlín, 1931, 3ª ed., reimpresión 1948, Offenburg, Lehrmittel-Verlag, p. 201.

2.48 BENDER, BERND, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg im Bresgau, 1956, 2ª ed., p. 75: "un interés individual determinado."

2.49 Es la clásica distinción alemana: KORMANN-LIST, *Einführung in die Praxis des deutschen Verwaltungsrechts*, 1930, 2ª ed., p. 250 y demás autores citados *ut supra*.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ficiario inmediato y directo de la pretensión pecuniaria o reparatoria es solamente él (sin perjuicio de que otros tengan análogo derecho, pero cada uno a lo suyo, a su tarifa p. ej.) Como se advierte, ello también queda comprendido dentro del derecho de incidencia colectiva. La condena que se obtenga será finalmente útil en forma exclusiva, individual y excluyente para cada uno de los titulares de tales derechos subjetivos,[50] sin perjuicio de que en el proceso el tratamiento pueda ser colectivo. Si se trata de una acción de clase, la condena colectiva debe luego parcelarse y dividirse en la forma que corresponda a cada uno de los titulares de tales derechos subjetivos, en el proceso de ejecución de sentencia. Cada uno cobrará finalmente su propia, exclusiva e individual reparación. También pueden coincidir distintos tipos de tutela jurídica en una misma situación. Una depredación al medio ambiente puede lesionar derechos subjetivos, intereses legítimos, derechos de incidencia colectiva, intereses simples. Los vecinos tienen el derecho subjetivo a que su salud[51] no sea irrazonablemente lesionada sin sustento legal suficiente y si además su propiedad se deprecia por la lesión al medio ambiente (productos químicos, etc.), también su derecho subjetivo de propiedad resulta afectado.

En una misma acción dañosa, entonces, pueden al mismo tiempo y con el mismo acto o comportamiento lesionarse tanto derechos subjetivos como todas las demás categorías de derechos e intereses.

3. *El derecho subjetivo como interés*

WALTER JELLINEK y parte de la doctrina alemana,[1] definen al derecho subjetivo como el poder de voluntad conferido por el orden jurídico a un individuo en su propio interés.[2] Pero ya hemos visto que en el derecho de incidencia colectiva una acción se ejerce por una asociación o una persona, tanto en beneficio del derecho subjetivo de esa persona como del de otras (el caso de las rampas en tribunales, *Labatón*[3] u otras obras similares, *Verbrugghe*; los casos de derecho a la salud, *Asociación Benghalensis*;[4] *Viceconte*; *Defensora de Menores nº 3*;[5] la protección del medio ambiente cultural, *Gambier I*; el derecho a la vigencia del principio de legalidad, *Gambier II*; los derechos de los demás jubilados, *Torello*; el interés moral de la vigencia del principio de legalidad, *Ángel Castro*.)[6] Es posible cuestio-

2.50 P. ej. la devolución de las ganancias excesivas, que tramita en *Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Serv. c. Telefónica de Argentina y otro s/ amp. proc. sumarísimo*, sentencia del 17-X-97, CNFed. CO, Sala IV, *LL*, 1997-F, 273, año 1997.

2.51 Ampliar en nuestro libro *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1999, 4ª ed., cap. IX.

3.1 En contra VON TUREGG, KURT EGON, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Berlín, 1956, 3ª ed., p. 136, sin negar la individualidad como elemento definitorio DABIN, Jean, *El derecho subjetivo*, Madrid, *1955*, p. 100 y ss.

3.2 JELLINEK, WALTER, *op. cit.*, p. 201.

3.3 Ver GULLCO, *op. loc. cit.*

3.4 Sala I, 7-II-1997 y 19-XII-1997, causa 33.629/96; CSJN, 1-VI-2000.

3.5 TSJ de Neuquén, sentencia del 2-II-97.

3.6 Sala I, *LL*, 2000-B, 305.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

nar si en todos los casos existe realmente un interés de quien acciona; pero es una pregunta derrotista. Por supuesto que hay interés en quien acciona: su propia conducta es la mejor prueba de ello. Cabe concluir que no tiene sentido ponerse a indagar el interés; que debe tenérselo *ope juris* por existente por el solo hecho de que si lo demuestra como para iniciar una acción judicial, es porque indubitablemente lo tiene. Hay situaciones en que el orden jurídico protege a un individuo por medio de derechos subjetivos, sin que ese individuo tenga interés en la situación que se le protege. Pero no por ello se puede denegar la tutela.

a) Considerando al interés desde un punto de vista subjetivo, fácil es advertir que hay muchos individuos a quienes no les interesa en qué circunstancias el derecho los protege, lo que no quita que el derecho exista.[7] Más todavía, hay personas y entidades movidas por motivos altruistas a las que les interesa defender no tanto los derechos propios sino los derechos de otros que no quieren o no pueden tutelar los suyos propios. Es la evolución de la lucha por los derechos humanos y parecería realmente retrógrado sostener hoy en día y máxime con nuestra historia, que no existe legitimación en quien quiera defender los derechos humanos de otras personas: libertad, no discriminación, etc.

b) Con criterio objetivo podría conjeturarse, rozando el ridículo, que el mudo no tiene interés en la libertad de hablar; que el ciego no tiene interés en la servidumbre de vista; que quien ha perdido la razón no tiene interés en la libertad de expresión del pensamiento. En todos estos casos, sin embargo, el individuo tiene a pesar de todo un derecho subjetivo; derecho subjetivo en el que no se le protege un interés ni siquiera en un aspecto objetivo, por la sencilla razón de que no puede realizar aquello que se le protege: la situación protegida no le concierne en realidad a él. Sin embargo, pretender en tales casos negar interés y derecho sería como querer instaurar categorías de personas discapacitadas jurídicamente, lo cual suena insostenible si no se quiere retroceder a una asimilación a las teorías negatorias de los derechos humanos en los siglos XIX o XX.

c) Siguiendo con esta línea argumental, podría afirmarse que hay casos en que en lugar de un interés se protege un perjuicio. Todos los individuos tenemos derecho a cruzar a nado el Océano Atlántico: ¿hay allí acaso un interés jurídicamente protegido? A ninguno de nosotros nos importa ese derecho; tampoco podríamos realizarlo si nos llegara a importar; y si intentáramos realmente ejercer ese derecho, perderíamos la vida: luego, objetiva y subjetivamente, hay un perjuicio jurídicamente protegido. Lo mismo puede decirse del derecho a fumar —salvo delante de terceros, en que se puede bien razonar que está prohibido—,[8] a no cuidarse

[3.7] Para este aspecto de la crítica, ampliar en KELSEN, HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1958, pp. 93-4.

[3.8] Nos remitimos al caso de *La prohibición de fumar en público*, en nuestro libro *Derechos Humanos*, *op. cit.*, cap. IX, anexo I.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

adecuadamente la salud, a tener cualquier vicio no prohibido por el orden jurídico, a no aumentar nuestra cultura, etc. El orden jurídico puede introducir limitaciones expresas al ejercicio de tales derechos o intereses adversos, como es el caso clásico del consumo de drogas, pero también existe una tendencia a luchar contra el alcoholismo, el tabaquismo, etc., mediante medidas restrictivas. El interés objetivo de la persona es en tales casos salvaguardado en contra de su interés subjetivo. Lo mismo ocurre con los enfermos terminales que quieren poner fin a sus padecimientos pero el ordenamiento no tutela su pretensión.

d) En otro sentido, debe señalarse que según sean las relaciones y valoraciones socioeconómicas de cada época, así también variará la apreciación del interés que debe tutelarse, o del efectivamente tutelado.

P. ej., hace mucho tiempo pudo alguien pensar que el "derecho" o la "libertad" de un niño a trabajar, era "violado" cuando una ley prohibía el trabajo de menores: a nadie se le ocurrirá hoy en día sostener que tal ley sea inconstitucional por violar el "interés" del niño. Ha variado la percepción social y política del interés no solamente de los niños sino también de la comunidad nacional y supranacional.[9]

De igual manera, el interés de los derechohabientes al acervo sucesorio puede ser tutelado total o parcialmente, según la valoración política dominante, consagrada en el caso a través de las leyes sucesorias. El derecho del propietario de una industria, en otro ejemplo, puede verse restringido cuando una ley protectora del medio ambiente prohibe determinados usos, u obliga a la utilización de procesos no contaminantes, que encarecen el producto. El interés inmediato del industrial no resulta en tal caso tutelado por el ordenamiento positivo, que prefiere en su lugar proteger el interés de la comunidad. Es la normativa que surge del art. 41 de la Constitución nacional y de la ley de residuos peligrosos 24.051 del año 1991,[10] con las eventuales mayores exigencias provinciales. Así, el interés que esté contenido en un derecho subjetivo puede variar y de hecho varía con el correr del tiempo y las modificaciones de los ordenamientos jurídicos, de acuerdo con las concepciones políticas, económicas y sociales que cada sistema va receptando.

Lo que en una época histórica puede verse como interés digno de ser tutelado, en otra época histórica puede considerarse como un no-interés, indigno de ser protegido por el orden jurídico, e incluso merecedor de castigo. El derecho subjetivo de una época puede ser una prohibición en otra, a veces sin que hayan cambiado las realidades materiales o sociales, pero habiendo variado en cambio las valoraciones receptadas por la comunidad y el sistema jurídico, acerca de la regula-

[3.9] Ver ARAUJO SÁNCHEZ, GILBERT, "Tutela de los menores en el ámbito constitucional," en PIZA E., RODOLFO E. y otros, *La Sala Constitucional. Homenaje en su X Aniversario*, San José, Universidad Autónoma de Centro América, 1999, p. 127 y ss; JIMÉNEZ, EDUARDO PABLO y GARCÍA MINELLA, GABRIELA, "Los niños y adolescentes en el nuevo milenio y sus derechos constitucionales," en BIDART CAMPOS y GIL DOMÍNGUEZ (coords.), *El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, p. 51 y ss.

[3.10] *LL, Antecedentes Parlamentarios*, 1996-B, 1646, reglamentada por el dec. 831/93.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ción que la conducta en cuestión debe merecer: como derecho subjetivo, como deber jurídico, como prohibición civil, penal, administrativa (o sea, como deber civil, penal o administrativo de no hacer o no ejercer la conducta que en otra época se consideró un derecho subjetivo.) Por lo demás, el derecho subjetivo no es un postulado de defensa de intereses determinados de los individuos, no está apriorísticamente a favor o en contra de definidos intereses. Simplemente es una categoría conceptual de base empírica que explica el funcionamiento de un sistema jurídico cualquiera, con independencia de cuáles sean los intereses que en una determinada época están protegidos.[11] Ello no significa que carezca de importancia saber cuáles son los intereses amparados en cada ordenamiento, sino que esa explicación habrá de referirse, no ya a la categoría conceptual misma del derecho subjetivo, sino a la particularización de cuáles son los derechos subjetivos concretamente existentes en un sistema dado.

Por supuesto, ello no fue siempre así y en realidad algunos autores destacan que el derecho subjetivo nació históricamente como la protección de un tipo determinado de interés, específicamente aquel vinculado a la propiedad. La concepción tradicional de la libertad como una serie de prerrogativas que se concretan a través de la propiedad, la libertad de comercio e industria, etc., aparece así en sus comienzos manifestada a través de la noción de derecho subjetivo, como una forma de búsqueda de poder por parte de una clase en ascenso frente a las concepciones feudales.[12] Posteriormente, la defensa de los derechos subjetivos en cuanto intereses de clase se transforma y deja de ser la búsqueda de poder de una clase en ascenso, para convertirse en la defensa de un *statu quo* por parte de una clase con un determinado poder ya adquirido.[13] Se pasa entonces a revisar el concepto de libertad, según hemos explicado anteriormente[14] y a concebirla también como una libertad frente a la necesidad. Con ello se revaloriza el concepto y se lo separa de la estrecha vinculación inicial histórica a la propiedad como manifestación principal de la libertad. En esa medida, la categoría del derecho subjetivo pierde referencia necesaria al citado interés y pasa a tener como referencia empírica otro tipo de intereses que los Estados del siglo XX también tutelaron o intentaron tutelar: derechos sociales, previsionales, al trabajo, a la agremiación, a la estabilidad en el empleo, etc. Hemos explicado anteriormente que en materia de derechos o garantías sociales generalmente no basta la consagración constitucional, siendo usualmente necesaria la instrumentación legislativa y administrativa para que el derecho sea operativo.[15]

3.11 LAQUIS, MANUEL A.; SIPERMAN, ARNOLDO; GROISMAN, ENRIQUE y otros, "Sobre la teoría del derecho subjetivo," *Jurídica*, México, julio de 1972, 4: 225 y ss., 256-9.

3.12 LAQUIS, SIPERMAN Y GROISMAN, *op. cit.*, pp. 253 y 255.

3.13 LAQUIS, SIPERMAN Y GROISMAN, *op. loc. cit.*

3.14 *Supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. III, sección III, § 24, "La libertad en el Estado de Bienestar" y 25, "Crisis y cambio."

3.15 *Supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. III, § 13; lo mismo ocurre con los derechos de desarrollo progresivo del Pacto de San José: ver *Derechos Humanos, op. cit.*, cap. VI.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

El fin de siglo XX presentó un retroceso de esta tendencia, llevados los Estados a la bancarrota no tanto por el peso de las obligaciones así asumidas sino por la ineficiente o corrupta administración de los recursos destinados a ellas.[16] Se produjo también en algunos tribunales una desvalorización de la tutela urgente de la propiedad, utilizando la antigua jurisprudencia que la acción de amparo es para proteger la libertad *lato sensu*, más no la propiedad.[17] Pero eso cambió radicalmente a partir del año 2002, cuando los tribunales debieron salir en socorro de los ahorristas y lo hicieron eficazmente.[18] Con lo cual en definitiva ni unos ni otros derechos recibían en el siglo XX tutela judicial efectiva;[19] la responsabilidad del Estado también disminuye internamente, aunque aumenta internacionalmente.[20]

Por eso también empiezan a proliferar los tratados bilaterales de inversiones extranjeras en que se garantiza a los inversores del otro país por lo menos un arbitraje internacional independiente en materia administrativa.[21] Tratados que, además, dan la cláusula de nación más favorecida al otro país, con el efecto de igualar hacia arriba sus derechos; razón adicional para que los capitales nacionales busquen asociarse con capitales extranjeros.[22]

Desde luego que la categoría del derecho subjetivo es independiente de qué tipo de intereses ampara, sean los de la propiedad, de la libertad política,[23] o de la libertad de la necesidad. Estos intereses tienen respectivamente tutela prioritaria en un sistema liberal tradicional (la propiedad, aunque ya vimos la excepción del amparo y en general el problema del déficit de acceso a una justicia pronta y efectiva), en un Estado Social de Derecho o Estado de Bienestar;[24] o, en algún Estado socialista, se establece una preferencia por satisfacer algunas necesidades pero sacrificando las libertades.

3.16 Lo explicamos en el cap. IV, "Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio," del t. 1 de este tratado.

3.17 Pero hay fallos que honran a la Justicia: *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, BELTRÁN, "Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad," *LL*, 2000-B, 274.

3.18 GUGLIELMINO, OSVALDO "La Justicia Federal en la emergencia", en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 23-30; AHE, DAFNE SOLEDAD, "El desamparo del amparo," *LL*, 2002-C, 1226; "La realidad del fuero en lo contencioso administrativo federal: El desamparo del amparo," en MILJIKER (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I, op. cit.*, pp. 41-51, reproducido en *RAP*, 288: 191.

3.19 Como explicamos en los caps. XIII, "La tutela judicial," § 8.3, "En los tribunales contecioso administrativos provinciales" y XIV, "Problemas de acceso a la justicia" de este vol.

3.20 Ampliar *infra*, cap. XVIII, "El arbitraje administrativo internacional." Ver también *Introducción al Derecho*, edición como *e-book* en www.gordillo.com, cap. IX, "Responsabilidad del Estado en el derecho internacional."

3.21 Como explicamos en el cap. XVIII.

3.22 *Infra*, cap. XX, "La responsabilidad del Estado y de sus concesionarios y licenciatarios."

3.23 Es decir, las garantías políticas de la libertad frente al poder público.

3.24 Segundo y tercer caso, con las limitaciones que explicamos en el cap. IV, "Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio" del t. 1. Ver el impactante trabajo colectivo de MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO y otros, *Las estructuras de bienestar en Europa*, Madrid, Escuela Libre Editorial y Civitas, 2000, esp. cap. IV, pp. 305-407.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Al margen del régimen económico y social existen una serie de conductas que se presentan en todo sistema como categoría de derechos subjetivos tutelados por el ordenamiento jurídico: nexos obligacionales de derecho público y privado, derechos reales públicos o privados, derechos relativos a las relaciones familiares, pretensiones jurídicas en general.[25]

4. *El derecho subjetivo como interés exclusivo y excluyente y la pluralidad de pretensiones*

En suma y siguiendo la doctrina alemana, se ha impuesto la noción de que la nota diferenciadora del derecho subjetivo es su individualidad, exclusividad: la pretensión es *uti singuli* para una o más personas, pero una para cada una de ellas. Sin embargo, el derecho de incidencia colectiva puede comprender tanto intereses legítimos como derechos subjetivos y ahí hace crisis la añeja distinción. No cabe confundir el derecho de incidencia colectiva con el interés simple de la comunidad entera, como se encargó de remarcarlo la Corte Suprema, más como excusa que como argumento real.[1] El derecho de incidencia colectiva es una categoría más amplia que el derecho subjetivo y el interés legítimo, pero no tanto como el interés simple. Así en el caso de una acción iniciada para la tutela del medio ambiente, es claro que el vecino del lugar en que el medio ambiente se encuentra amenazado o deteriorado, tiene una pretensión singular e individual, el resguardo de su propia salud, que queda comprendido en la acción principal. Pero también estará el interés legítimo y el derecho de incidencia colectiva de quienes aún sin ser vecinos transitan por ese lugar, o viven próximos a él, o se trata de personas que se dedican a ese tema y tienen por ende un interés moral en que en el lugar haya un medio ambiente sano. Y están todos los afectados actuales o potenciales que tienen también derecho de incidencia colectiva a cuestionarlo judicialmente, siempre que logren diferenciarse del total de la comunidad nacional. Con ello, la cuestión del interés simple del resto de la comunidad nacional a que todo el país tenga un medio ambiente sano y que nadie lo degrade irrazonablemente es menos acuciante y la tutela judicial de que carece no es ya preocupante. Hay más medios de tutela efectiva al alcance de otras personas afectadas directamente, en forma actual o potencial y asociaciones, a más del Defensor del Pueblo. También es de menor interés, por todo ello, la cuestión del interés legítimo, superado por el derecho de incidencia colectiva. Del mismo modo, una asociación creada para la defensa de los derechos de los usuarios y consumidores tiene legitimación para defender judicialmente tales derechos subjetivos. Ha dicho la Sala IV[2] que "en la medida en

[3.25] LAQUIS, SIPERMAN y GROISMAN, *op. cit.*, p. 257.

[4.1] En *Consumidores Libres, Fallos*, 321-1: 1352, año 1998, cons. 10 y 11, *DJ*, 1998-2, 820.

[4.2] Sala IV, *Consumidores Libres c. Telefónica de Argentina y otro*, 17-X-97, considerando X, *LL*, 1997-F, 273, año 1997; en contra, pero por los motivos que damos en el texto, CSJN, *Consumidores Libres* del 7-V-98, cons. 10 y 11, *DJ*, 1998-2, 820. Conf. los casos relatados *infra*, § 6.7 a 6.10.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

que la asociación demandante actúa en los términos de su estatuto, en representación de los intereses comunes de los consumidores, cuestionando la legitimidad un régimen que los afectaría, no resulta inadmisible la legitimación que invoca." La solución distinta de la CSJN, en este caso, no altera una conclusión manifiesta; pues la mayoría del tribunal cuidó de precisar que no había demostrado ese interés diferencial, no que no lo tuviera.[3] En el caso, la pretensión procesal que se declara admisible "sin perjuicio de lo que pueda decidirse sobre el fondo al momento de dictarse la sentencia definitiva," es la devolución a los usuarios de las ganancias obtenidas por el licenciatario monopólico en exceso del porcentaje admitido en el pliego y en violación al principio de razonabilidad, justicia y proporcionalidad de las tarifas.

En tal caso se suman el derecho de incidencia colectiva que ejerce la asociación y los derechos subjetivos de los usuarios potencialmente beneficiados con la devolución de las tarifas cobradas en exceso de un límite razonable.[4]

5. *El interés legítimo, derecho subjetivo y derecho de incidencia colectiva*

El interés legítimo era la exigibilidad *concurrente,* compartida en forma inescindible entre varias personas, de que la administración no exceda sus facultades regladas ni dicte actos en abuso de sus facultades discrecionales; lo que tipificaba el interés legítimo era la *concurrencia inseparable* de varias personas en la pretensión, a diferencia de las situaciones en que la pretensión pueda individualizarse en forma exclusiva en cabeza de una sola persona.

Según la forma tradicional de entender el tema era necesario además que el recurrente o reclamante tuviera un interés personal y directo en la revocación o anulación que pidiera (dicho de otra forma, que el acto atacado lo afectara a él

[4.3] Estas y otras vacilaciones jurisprudenciales, inspiradas en el propósito de "alejar el fantasma de las acciones populares" o de clase, no parecen advertir que es una forma de ahorrar tiempo y usar eficientemente los dineros públicos del Poder Judicial, y que no es una *imposición* al Poder Judicial, sino una potestad que éste puede ejercer con la misma prudencia que el pretor romano. Pedir miles de juicios cuando *uno* puede alcanzar equivale al *hara-kiri* jurisdiccional. Para un panorama ver CAPUTI, MARÍA CLAUDIA, "La legitimación de los ciudadanos para accionar judicialmente en defensa de los intereses generales – Una perspectiva del modelo norteamericano y su relación con el argentino," *ED*, 185: 805. Ver BIANCHI, "Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de legitimación colectiva a gran escala," *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública,* Buenos Aires, 1998, Año XX, Nº 235, p. 13; OWEN, FISS, "La teoría de las acciones de clase" en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo,* Año I, Nº 1, abril de 1996, p. 5.

[4.4] Ver *supra,* t. 1, *op. cit.*, cap. XI, § 6.4 y el art. "Las ganancias sin límite objetivo alguno," en nuestro libro *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, p. 138 y ss., § 60 y nota 60.1, nota a *Telecomunicaciones Internacionales de Argentina S.A. y otros c. Comisión Nacional de Telecomunicaciones*, *LL*, 1997-C, 320, año 1997. Allí dos votos recordaron "el derecho de las empresas prestadoras del servicio público de telefonía al mantenimiento de tarifas acordes con los costos de prestación, incluidas las inversiones, *mas la utilidad justa y razonable que constituye su retribución; pues no es admisible sostener que les asista el derecho a obtener ganancias sin límite objetivo alguno* (doctrina de *Fallos,* 231: 311; 258: 322, consid. 6°; y 262: 555, consid. 10.)"

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

directa y personalmente.) Como se advierte, es una repetición del requisito del interés en el derecho subjetivo, que ha quedado limitado a una mera fórmula verbal, porque no siempre hay ni se tutela el interés de la persona que tiene un derecho subjetivo. Algo parecido ocurrirá con la percepción del interés legítimo, no bien se advierta que en realidad el derecho de incidencia colectiva garantizado constitucionalmente es una concepción procesalmente superadora de las dos anteriores, tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo. Este requisito del interés en el interés legítimo se entendía a veces sólo con sentido patrimonial,[1] pero podía ser suficiente un interés moral.[2] La jurisprudencia en materia de derechos subjetivos y de incidencia colectiva ha dado un paso mayor, reconociendo legitimación para demandar —en la especie, la inconstitucionalidad de una tarifa— a un usuario no ya actual sino potencial del servicio: "basta con que el actor esté domiciliado en esta ciudad y su lugar de trabajo se encuentra también en ella para que pueda ser usuario, aunque sea potencial, del servicio de subterráneos. Ello le alcanza para demostrar su calidad de afectado."[3] Pero no ha de olvidarse la necesidad de marcar la diferencia con el interés simple de la comunidad entera, para no caer en la objeción de la CSJN *in re Consumidores Libres* del 7-V-98.[4] Y traer siempre un afectado directo a cualquier litis, para prevenir traspiés ulteriores. Si el titular de un derecho de incidencia colectiva tiene tutela judicial, no puede la administración denegársela. Lo cierto es que todos los entes reguladores tienen un sistema de reclamos referidos a cuestiones que afectan a los usuarios. El viejo interés legítimo que se podía reclamar siempre en sede administrativa, es decir, ante la propia administración, pero cuya protección era mayor y más significativa cuando existiera también una acción judicial creada o admitida para su defensa (acción de nulidad; recurso o acción de ilegitimidad, etc.), ha quedado subsumido en el derecho de incidencia colectiva. El derecho subjetivo, la pretensión individual, exclusiva y excluyente, tiene desde siempre tanto tutela en sede administrativa como judicial y puede dar lugar a reparaciones pecuniarias. El interés simple no tiene tutela judicial ni tampoco administrativa, salvo para la presentación de denuncias, que ahora es obligación resolver a tenor del decreto 229/00. En ello el derecho subjetivo es igual al derecho de incidencia colectiva y distinto del interés simple. Tarifas cobradas de más que se devuelven a *todos y cada uno* de los usuarios; multas globales por incumplimiento, aplicadas al licenciatario o concesionario por el ente regulador, que se acreditan a todos y cada uno de los usuarios (pero no a la colectividad entera), en las siguientes facturaciones *individuales*;

5.1 "Material," según la jurisprudencia francesa.

5.2 BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. V, Buenos Aires, La Ley, 1966, 6ª ed., p. 155 y nota 31. Con anterioridad, BERTHÉLEMY, H., *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, 1923, 10ª ed., p. 993. La jurisprudencia francesa es uniforme: cap. IV, § 18 y 19.

5.3 *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo nacional*, CNFed. CA, Sala IV, *LL*, 1997-E, 535, año 1997. Este fallo fue revocado, rechazándose el amparo, pero sin cuestionar la legitimación, por sentencia de la CSJN, *LL*, 2000-A, 179.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

efectos de la sentencia anulatoria de *un acto general que también produce efectos particulares* —los casos *Blas*,[5] *Barsanti*[6] y su precedente *Monges*—,[7] etc.[8] Podemos continuar con ejemplos: arts. de un pliego que se anulan a pedido de quien resulta discriminado por ello y que se anulan, con efectos para todos los posibles interesados.[9] Las viejas categorías han perdido fuerza ante la creación superadora del texto constitucional, que al autorizar la defensa judicial del derecho de incidencia colectiva comprende tanto los derechos subjetivos como los intereses legítimos y difusos o colectivos. Pueden defenderse simultáneamente. La sentencia tendrá efectos individuales en los demás casos iguales al que motivó la acción. (*Labatón*,[10] *Viceconte*,[11] *Verbrugghe*,[12] etc.) También se puede defender únicamente el derecho de incidencia colectiva a la vigencia del principio de legalidad, cuando los hechos del caso lo justifican.[13] Es lo que se ha visto en los fallos recientes y es tanto una solución lógica a los problemas de abarrotamiento jurisdiccional como un razonable cumplimiento del nuevo precepto constitucional, que puede tanto ejercerse por la vía del juicio de amparo, como por juicio ordinario, sumario o sumarísimo de conocimiento, por la acción declarativa, el amparo contra particulares.[14] Si la ley prevé un recurso directo ante la Cámara, allí puede defenderse un derecho de incidencia colectiva y derechos de usuarios y consumidores

[5.4] *Fallos*, 321-1: 1352, año 1998; *DJ*, 1998-2, 820. Pero el avance posterior ha sido irrefrenable.

[5.5] CNFed. CA, Sala I, *LL*, 1998-A, 288, año 1997.

[5.6] CNFed. CA, Sala I, *LL*, 1998-A, 293, año 1997.

[5.7] CSJN, *ED*, 173: 272; *LL*, 1997-C, 150; CASSAGNE, JUAN CARLOS, "Acerca de la eficacia *erga omnes* de las sentencias anulatorias de reglamentos," *ED*, 185: 703.

[5.8] Otros casos *infra*, § 6.7 a 6.10.

[5.9] Cám. Fed. de Mar del Plata, *Compagnie Générale d´Entreprises Automobiles*, 2-III-2000.

[5.10] Sala V, *LL*, 1998-F, 346, año 1996. Ampliar *infra*, § 6.7 a 6.9. Ver GULLCO, *op. loc. cit.*

[5.11] Sala IV, *Viceconte*, *LL*, 1998-F, 305, año 1998, firme por haberse rechazado la queja.

[5.12] Sala I, *LL*, *SJDA*, 3-IV-2000, p. 38 y ss.; *ED*, 185: 995. *Infra*, § 6.7 "El caso de los medidores de agua," 6.8 "El caso de los profesionales monotributistas," 6.9 "El caso de los contribuyentes monotributistas."

[5.13] *Gambier c. Poder Ejecutivo Nacional* (*Gambier II*), Sala II, *LL*, 1999-E, 624 (disposición de fondos públicos para propaganda política); *Gambier c. M° de E.O. y S.P. (Gambier I*), Sala II, (defensa del patrimonio cultural en el Teatro Odeón.) Allí quedó reconocida su legitimación judicial "invocando su condición de vecino de la Ciudad de Buenos Aires y ciudadano argentino." En cambio, la solución tradicional primó en *G.B.*, Sala III, *LL*, 1999-C, 254, año 1998, con nota de JIMÉNEZ, EDUARDO PABLO, "El alcance de la legitimación para interponer acción de amparo en calidad de ciudadano de la República. Acerca de otro nuevo retroceso con grave perjuicio al interés social." En *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, "Civismo y amparo...," *op. cit.*, se destacó que era jubilada. De todos modos, es también ejercicio del derecho a la vigencia del principio de legalidad. En igual sentido BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental del Derecho Constitucional Argentino*, t. I-A, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 788. En la misma línea, la disidencia temprana de FAYT en *Polino* (cons. 11), *LL*, 1994-C, 294.

[5.14] La CSJN admite la acción declarativa de inconstitucionalidad para el derecho de incidencia colectiva en *AGUEERA*, *LL*, 1997-C, 322, año 1997; su defensa en juicio ordinario y sumarísimo se reconoció en *Consumidores Libres*, Sala IV, 17-X-97, *LL*, 1997-F, 273; *Fernández*, Sala IV, *LL*, 1997-E, 535 (la CSJN rechazó el amparo en cuanto al fondo, pero sin cuestionar la legitimación: *LL*, 2000-A, 179, 1997.) *Labatón*, *LL*, 1998-F, 346, año 1996, Sala V; *Dalbon*, *LL*, 1997-F, 291, año 1999; *Verbrugghe*, Sala I, *ED*, 185: 995.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

(Sala IV, *ADECUA c/ ENARGAS*,[15] 1998) u otros derechos de los administrados (los citados *Blas* y *Barsanti*, Sala I, 1997.)[16] Esta inclusión de los derechos subjetivos e intereses legítimos y derechos difusos dentro de las acciones de incidencia colectiva plantea dudas procesales y de fondo. En cuanto a las primeras, demandada la administración o la concesionaria o licenciataria, ellas naturalmente pedirán la citación de los terceros que consideren pueden sostener derechos similares a los propios y en su caso habrán de unificar personería.

En tal sentido es de interés procesal (además del derecho de fondo) el caso *Impsat S.A. c. Estado Nacional s/ amparo* en el que se cuestionaba la res. 100 del Ministerio de Economía, que postulaba permitir a las licenciatarias telefónicas el empleo de su poder monopólico para la prestación de actividades en libre competencia. Se sostenía, acertadamente, que dichas actividades les estaban vedadas por el pliego y los principios restrictivos de todo monopolio, incluso de hecho. La administración perdió el amparo en primera instancia el 21-XI-95. Entonces pidió la citación de las licenciatarias. En su virtud la Sala IV anuló el 21-XII-95 la tramitación en primera instancia del amparo ganado por la actora sin intervención de las licenciatarias. Pero en el nuevo amparo, con citación de tales terceros, otro juez de primera instancia hizo también lugar a la acción, el 27 de mayo de 1996. La Cámara lo confirmó el 23-XII-96.[17] En éste las licenciatarias pidieron la citación de innúmeros terceros con potenciales intereses similares a los propios, a lo que la Sala IV sensatamente no hizo lugar.[18] La parte actora y la parte demandada son objetivamente las primeras interesadas en traer a juicio oportunamente a aquellos que puedan tener interés en la causa y efectuar un aporte útil; y será la justicia la que en su caso deberá limitar tal participación a la que fuere útil al pleito, si se trata de un mero intento obstruccionista, como era manifiesto en ese caso. Si se iniciaran diversas acciones análogas ante distintos tribunales y recayeran pronunciamientos diversos, corresponderá un plenario por interposición del recurso de inaplicabilidad de la ley. De todas maneras, nada impide que en las distintas jurisdicciones del país se presenten decisiones contrapuestas que no siempre se resuelven en una instancia superior, como es el caso del rechazo *in limine litis* de las acciones de amparo, que se efectúa o no dependiendo de qué tribunal intervenga y queda sin reparación ni solución alguna cuando el tribunal de alzada mantiene el rechazo liminar del amparo en primera instancia.

En cuanto a la sentencia, dependerá de su contenido: si condena a la administración a construir rampas para discapacitados, como en el caso *Labatón*[19] o su

5.15 Sala IV, *LL*, 1998-F, 339.

5.16 Respectivamente, *LL*, 1998-A, 288 y 293.

5.17 *Impsat S.A. c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos*, *LL*, 1998-A, 246

5.18 CNFed. CA, Sala IV, publicados en *LL*, 1998-A, 246, año 1995, con nota de AGUIAR, HENOCH D., "Monopolio telefónico y servicios en competencia," *LL*, 1998-A, 239. Ver otros pronunciamientos en los § 6.7 a 6.9.

5.19 *LL*, 1998-F, 346, año 1996. Ver GULLCO, *op. loc. cit.*

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

símil *Verbrugghe*,[20] tanto la sentencia como su ejecución benefician indiscriminadamente a todos quienes se encuentren en similar situación; si se condena a retirar carteles que constituyen un peligro para el tránsito vehicular (*Dalbon*),[21] también. En tales supuestos la misma conducta administrativa satisface tanto el derecho de incidencia colectiva como el derecho subjetivo e intereses legítimos que puedan estar en juego. Con ello la distinción deviene abstracta. Si la justicia condena a las licenciatarias a devolver lo cobrado en exceso de una ganancia razonable,[22] serán posiblemente las licenciatarias que deberán presentar un proyecto de distribución de tales montos en forma proporcional a las tarifas de los usuarios y el tribunal en su caso la aprobará o modificará. Si se trata de una acción de clase para la indemnización de algún daño que afecta a muchas personas individuales que no han sido partes en el pleito, la práctica del derecho norteamericano resulta aplicable. Los abogados de la causa efectúan publicaciones para citar a todos los eventuales interesados, reciben sus reclamos, los procesan en cuanto auxiliares de la justicia y someten al tribunal una propuesta de ejecución de la sentencia distribuyendo en forma proporcional la indemnización obtenida.[23] Algunas reparaciones a veces las ordena la autoridad de contralor y en tal caso se trasladan directamente a los usuarios a través de descuentos en las tarifas fijadas; si la autoridad de contralor no lo hace, cabe entonces la intervención judicial. En cualquiera de las dos hipótesis tenemos la superposición del derecho subjetivo de cada usuario a recibir la devolución de lo pagado de más y el derecho colectivo de todos los usuarios a que sus derechos e intereses económicos sean protegidos por la autoridad administrativa o en su caso judicial.

6. *Casos*

6.1. *Pluralidad de pretensiones en las tarifas de servicios públicos y derecho a la salud*

Hay derecho subjetivo cuando la administración debe una conducta positiva o negativa en forma exclusiva a un individuo, pero también se dan otras situaciones en que los derechos individuales se suman a derechos de incidencia colectiva. Tal es el caso de los servicios públicos y las tarifas que los usuarios pagan por ellos, como los peajes de las concesiones de obra pública. Cada usuario tiene en juego su derecho de propiedad a una tarifa justa y razonable, sin incrementos carentes de sustento legal, sin sobrefacturaciones, sin inversiones falsas o infla-

5.20 *LL*, 2000-B, 311; *ED*, 185: 995.

5.21 *LL*, 1997-F, 291.

5.22 *Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Serv. c. Telefónica de Argentina y otro s/ amp. proc. sumarísimo*, CNFed. CA, Sala IV, *LL*, 1997-F, 273.

5.23 P. ej. *La Nación*, 17-XI-97, p. 21, "Notificación del arreglo propuesto sobre el litigio entablado en representación de un grupo y de la audiencia del acuerdo final" y en www.kinsella.com/broin, con la indemnización por enfermedades producidas "por la exposición al humo producido por otros fumadores de cigarrillos en las cabinas de aeronaves."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

das por encima de los precios de mercado para justificar mayor peaje o tarifa, etc. y ese derecho subjetivo existe sin perjuicio del concurrente derecho de incidencia colectiva.[1] Lo mismo ocurre con el derecho subjetivo a la existencia de un medio ambiente sano y sin peligros irrazonables a la salud o la vida de las personas,[2] que se suma al igual derecho de incidencia colectiva. Igual solución se aplica cuando un contrato tiene una cláusula indemnizatoria desproporcionada que afecta a los destinatarios del servicio al detraerles sin causa una parte sustancial de los fondos públicos afectados a tal fin.[3] Es el sistema de unidad de acción y pluralidad de pretensiones, de las provincias de Formosa y Buenos Aires[4] y la CABA.[5]

6.2. *El ejercicio de la profesión de abogado*

El abogado en ejercicio de su profesión tiene derecho a que se respete su dignidad profesional, el libre ejercicio de la profesión, la inviolabilidad del ejercicio profesional, etc. Tales derechos subjetivos dan lugar a la acción pública del C.P.A.C.F., ley 23.187, arts. 20 inc. *c)* y 21 inc. *j)*, como derechos de incidencia colectiva. Con el correr del tiempo y el progreso jurídico tales supuestos irán en incremento.[6] En las acciones por derechos de incidencia colectiva será necesario —para cumplir con el precepto constitucional— sea anular reglamentos,[7] modificar o sustituir actos, ordenar prestaciones, recomponer contratos *inter alios* eliminando cláusulas nulas (*Torello*),[8] ordenar conductas (*Viceconte*,[9] *Labatón*,[10] *Dalbon*,[11] *Ekmekd-*

6.1 CNFed. CA, Sala IV, *Consumidores Libres, LL*, 1997-F, 273, cons. X; *Fernández, LL*, 1997-E, 535, revocado en cuanto al fondo por la CSJN, que rechaza el amparo, pero no cuestiona la legitimación, *LL*, 2000-A, 179, año 1997. Ampliar *infra*, § 6.9.

6.2 Ampliar en *Derechos Humanos, op. cit.*, caps. IV y V y *supra*, cap. II, nota 3.1.

6.3 Sala II, *Torello, LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, "Civismo y amparo...," *op. cit.*

6.4 Hubo problemas iniciales: ver nuestro art. "Administrar sin justicia," *RAP Provincia de Buenos Aires*, 1-1: 11-25 (2003); POLICE, ARISTIDE, *Il processo amministrativo in Argentina. Garanzie dello Stato di diritto ed emergenza economica*, Milán, Giuffrè, 2002, cap. 4, "La favola della *Girafa Azzurra*," pp. 127-35; El mismo resultado por la aplicación del art. 43 de la Constitución nacional (nuestro art. "Un *leading case* provincial en que el derecho no cae en vorágine," *LL*, 2002-B, 344.) Lo produjeron los conjueces: ORTIZ, RICARDO MIGUEL, "Los abogados en la emergencia: la Corte de Conjueces" en AHE, DAFNE SOLEDAD (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp.180-197.

6.5 También ley 184, Ciudad de Buenos Aires.

6.6 Ver el fallo que comenta RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, "Leyes secretas. ¿Antagónicas con un estado de Derecho?," *LL*, 2005-D, 481, donde se admitió la legitimación del letrado y del Colegio Público; a mayor abundamiento también se le reconoció legitimación en carácter de ciudadano. Se admitió igualmente la legitimación del Colegio en la causa 6128/96, *Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/ Sec. de Estado y Rel. de la Com. (Dir. Nac. de Migraciones) s/ amparo ley 16.986*, 17 de abril de 1997, Sala III; a su vez en la causa 30.710, se admitió al *Centro Despachantes de Aduana c/ P.E.N. —Dto.1160/96 s/ amparo Ley 16.986*, 11-IV-97, Sala III.

6.7 CSJN, *Monges, ED*, 173: 272; *LL*, 1997-C, 150; CASSAGNE, *ED*, 180: 773 y 181: 942.

6.8 Sala II, *Torello, LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, "Civismo y amparo..., " *op. cit.*

6.9 Sala IV, *Viceconte, LL*, 1998-F, 305, año 1998, firme por haberse rechazado la queja.

6.10 Sala V, *Labatón, LL*, 1998-F, 346, año 1996. Ver GULLCO, *op. loc. cit.*

6.11 *Dalbon, LL*, 1997-F, 291, año 1996.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

jian,[12] *Verbrugghe*,[13] etc.), prohibirlas con efectos *erga omnes*,[14] anular genéricamente normas tributarias,[15] etc. Ello también terminará la reticencia a modificar o sustituir la voluntad administrativa. En los actos del C.P.A.C.F., que son administrativos,[16] se admite que la justicia sustituya el acto inválido por uno nuevo a su juicio válido.[17] Hay otros ejemplos.[18]

6.3. *El caso de los carteles y la seguridad vial*

En el caso *Dalbon*[19] se aceptó la legitimación activa del peticionante, que había invocado pero no se le tuvo por probada la representación de *Favat, Familiares y Víctimas de Accidentes de Tránsito*. Se condenó a la Ciudad de Buenos Aires a "regularizar" en 180 días la situación de los carteles publicitarios emplazados sobre la avenida Lugones. Pues cabe postular la existencia de un derecho subjetivo a la seguridad del tránsito, que en las actuales condiciones es también una derivación razonada del derecho a la vida. Es el derecho a utilizar una vía dotada de condiciones razonables de seguridad, de modo tal que razonablemente no ponga en peligro la vida de quienes la usan de modo normal. La eventual legitimación de la entidad no gubernamental lo hubiera sido por un derecho de incidencia colectiva; la efectivamente admitida del presentante constituyó el ejercicio no solamente de un derecho subjetivo a no tener amenazas ilegales a la salud y la vida misma, sino también, en definitiva, a un derecho de incidencia colectiva.[20] Esto hubiera sido impensable antes de la reforma constitucional, pero durante 1997 todos los tribunales han tenido la misma inteligente actitud superadora de la vieja tripartición derecho subjetivo — interés legítimo — interés simple; claro que recordan-

6.12 CSJN, *Ekmekdjian*, *Fallos*, 308: 647; *LL*, 1992-C, 543; *ED*, 148: 354.

6.13 Sala I, *Verbrugghe*, *ED*, 185: 995.

6.14 Un importante caso de prohibición de innovar a favor de la actora "y del resto de los usuarios del servicio público en cuestión" en *Manetti*, *infra*, § 6.7; *Defensor del Pueblo de la Nación*, Sala de feria, *RAP*, 210: 171, Buenos Aires, 1996. Ver UGOLINI, DANIELA, "El consumo de agua y la facturación del servicio en los consorcios de propietarios," *LL*, 1996-C, 403.

6.15 Los casos reseñados *infra*, § 6.8 y 6.9.

6.16 Causa 19.045/96, *Fernández Duque c/ C.P.A.C.F.*, 5 de agosto de 1997, Sala II.

6.17 Sala III, *Grittini*, *LL*, 1998-C, 338; *Cochlar Oscar Osvaldo c/ C.P.A.C.F.* (27-V-97); Sala II, *Asquini, Alejandro Daniel c/ C.P.A.C.F.*, causa 17.497/98, 20-V-99.

6.18 Otros casos en el t. 3, *El acto administrativo*, *op. cit.*, "Introducción," § 8.2.

6.19 *Dalbon*, *LL*, 1997-F, 291, año 1996.

6.20 *Infra*, cap. XX, § 3.3. Es el derecho subjetivo a la legalidad: *Gambier* II, *LL*, 1999-E, 624; al uso de un tren sin obstáculos, *Verbrugghe*, *ED*, 185: 995; o el derecho subjetivo y colectivo a la salud, *Viceconte*, *LL*, 1998-F, 305; *Asociación Benghalensis*, Sala I; el derecho a la no corrupción: CARELLO, LUIS ARMANDO, "La Convención Interamericana contra la Corrupción y el «derecho a la no corrupción»," en DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *50 años de Derechos Humanos*, Santa Fe, 1998, p. 25 y ss.; BIANCHI, *Las acciones...*, *op*, *cit*. La CSJN señaló que en la libertad de prensa confluyen un derecho individual y otro colectivo (*La Prensa*, *LL*, 1987-D, 592); es el derecho al uso legítimo de los fondos públicos, *Torello*, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, "Civismo y amparo...," *op. cit.*; CNFed CA, Sala IV, *Rojas*, con nuestra nota "La Justicia apunta al despilfarro público," *LL*, 2003-E, 313, año 2002; SCJBA, *Flores*, con nuestra nota "La sociedad civil vs. el poder político," *SJDA*, agosto de 2003.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

do, como lo hizo en forma teóricamente correcta aunque incorrecta o al menos harto dudosa aplicación al caso, la CSJN *in re Consumidores Libres* del 7-V-98, ya citado, por el tema de la intervención por el P. E. a la CNT (Comisión Nacional de Telecomunicaciones, que había actuado en forma independiente y objetivamente correcta). Así como antes de ahora se había negado legitimación a legisladores para pedir determinadas cuestiones tipificables como derechos de incidencia colectiva (p. ej., las demoradas elecciones locales por parte del gobierno nacional), durante el curso de 1997 la tesitura se modificó en primera y segunda instancia, muy claramente en el caso de los amparos de legisladores con motivo de la proyectada privatización de los aeropuertos sin ley que la autorizara, ni marco legal que la rigiera, ni ente regulador. Ese y otros precedentes abrieron el camino que se confirmó en *Youssefian* en la sala IV, en noviembre de 1997[21] y que la CSJN, con inexistente credibilidad, restringió nuevamente en sus fallos de 1998 "destrabando" la acción del gobierno de los pruritos de la justicia, en una circunstancia histórica que parece de difícil repetición (intervención a la CNT, reestructuración tarifaria telefónica, aeropuertos), pero que se repite. El cuidado de traer un afectado directo, con todo, no habrá que perderlo, hasta que el derecho se afirme.

6.4. *El caso de las rampas para discapacitados*

Cuando la administración no cumple lo determinado por la ley, sin dictar un acto en tal sentido, el recurso de anulación no siempre sirve para proteger el interés legítimo. Pero si se considera que en realidad se suman en la especie tanto un derecho de incidencia colectiva como un derecho subjetivo, entonces la solución cambia. Es lo que hizo el juez de 1º instancia y la sala V en el caso *Labatón*,[22] al ordenar a la administración realizar la obra. A pesar de que la administración responsable era el propio Poder Judicial en cabeza de su Corte Suprema, cumplió la orden judicial. Allí también aparece la sumatoria de derechos de incidencia colectiva, intereses legítimos de los discapacitados y derecho subjetivo de la actora por impedírsele de hecho el ejercicio de su profesión de abogada. Igual razonamiento, en lo sustancial, en el caso *Verbrugghe*, fallado por la Sala I.[23] Lo mismo en el caso *Ferreira* resuelto en noviembre de 1997 por la Sala K de la CNCivil, que ordena al Gobierno de la Ciudad publicitar las vacantes para que se puedan postular las personas con capacidades especiales al amparo de las normas que les confieren un cupo. La ley 22.431 obliga a contratar un 4% del personal, el art. 43 de la Constitución local el 5%; dicho sistema de discriminación positiva[24] ha sido

6.21 *LL*, 1997-F, 270.

6.22 *Labatón*, *LL*, 1998-F, 346, año 1996. Ver GULLCO, *op. loc. cit.*

6.23 *Verbrugghe*, CNFed. CA, Sala I, *ED*, 185: 995. Ver también *infra*, § 6.7 a 6.9.

6.24 Ver respecto de la evolución jurisprudencial norteamericana de las llamadas acciones positivas, SAGÜES, MARÍA SOFÍA, "Las acciones de clase en el derecho constitucional argentino" en BIDART CAMPOS y GIL DOMINGUEZ (coords.), *A una década de la reforma constitucional. 1994-2004*, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 481-504.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

admitido de antaño como razonable, más recientemente por la Corte Europea de Justicia en el caso *Helmut Marschall* de 1997. De igual tenor es el caso *Viceconte* fallado en 1998 por la Sala IV,[25] ordenando a la administración cumplir sin dilaciones el programa de producción de la vacuna contra la fiebre hemorrágica, haciendo además responsable de ello a los funcionarios; *Asociación Benghalensis*, proveer de medicamentos a los enfermos de SIDA, Sala I, etc. En criterio similar, el art. 12 inc. 6° del CCA de la Provincia de Buenos Aires autoriza que se condene a la administración a "La realización de una determinada prestación;" en igual sentido el art. 50 inc. 4°; pueden ordenarse medidas cautelares de contenido positivo, art. 22 inc. 3°: "Podrán disponerse medidas de contenido positivo, con el objeto de imponer la realización de una determinada conducta a la parte demandada."

6.5. *El caso de los bancos de datos y la privacidad*

Otro caso que acumula derechos subjetivos y de incidencia colectiva es el de los bancos de datos, que según la Constitución[26] podemos demandar a fin de que corrijan los datos erróneos o no los divulguen, incluso siendo ciertos. El problema es que además debemos preguntarnos si tienen derecho a acumular datos sobre nuestra persona y todo el mundo, sin autorización nuestra, como de hecho lo hacen. La respuesta es que no. Ello viola el derecho a la privacidad,[27] a la imagen,[28] a la intimidad, a no ser molestado, que es parte de un derecho de señorío o dominio sobre sí mismo, parte de la propiedad, junto al honor[29] y la libertad. Nadie puede privarnos de ellos sin causa, ni dedicarse —con o sin fines de lucro— a juntar tales datos. Si lo hace puede generar tanto el derecho de pedir su supresión o corrección, como exigir reparación por el daño material y/o moral ocasionado.[30]

El art. 43 contempla el *hábeas data* respecto de los bancos de datos privados cuando ellos estén "destinados a proveer informes." A esta última frase cabe darle el sentido de que se refiere a los que estén destinados, actual o potencialmente, a proveer informes, o simplemente almacenen datos, incluso secretos. En todo caso la cualificación del texto constitucional de "destinados a proveer informes," se refiere a los bancos de datos privados, no a los estatales o públicos no estatales.[31]

6.25 *Viceconte*, *LL*, 1998-F, 305, año 1998, firme por haberse rechazado la queja.

6.26 Su fuente son también los tratados de derechos humanos: TRAVIESO, JUAN ANTONIO, *Garantías fundamentales de los derechos humanos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 367.

6.27 BIANCHI, "Hábeas data y derecho a la privacidad," *ED*, 161: 866.

6.28 DALLA VIA, ALBERTO R. e IZASCUM BASTERRA, MARCELA, *Hábeas data y otras garantías constitucionales*, Quilmes, Némesis, 1999, pp. 120-5 y sus referencias.

6.29 Que por cierto tiene tutela supranacional, como recuerda DURÁN MARTÍNEZ, AUGUSTO, *Estudios sobre derechos humanos*, Montevideo, Ingranusi, 1999, p. 65.

6.30 Las variantes son muchas, como explicamos *infra*, cap. XIX, § 8.2, "La concatenación o la alternativa de daño material y daño moral. Modos alternativos de reparación."

6.31 Lo primero resulta de *Urteaga*, CSJN, *LL*, 1998-F, 237, 302, año 1998; *ED*, 182: 1202; nota de BIDART CAMPOS, en *LL*, 1999-A, 212; lo segundo de *Ganora*, CSJN, *LL*, 1º-III-2000, con nota de SAGÜÉS. Ver BIANCHI, ALBERTO B., "El hábeas data como medio de protección del derecho a la información objetiva en un valioso fallo de la Corte Suprema," *LL*, 1998-F, 297.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Incluye todas las bases de datos institucionales, sean civiles, comerciales, etc., (no las personales que cada una elabore para uso individual y personal en su propia computadora), pero sin distinguir dentro de las institucionales según que estén o no destinadas a proveer informes, o se organicen bajo otra figura. Es necesario desarrollar el principio y darle una extensión más amplia, p. ej. para tutelar el derecho de los clientes de bancos y entidades financieras en general, incluidas las empresas que otorgan tarjetas de crédito,[32] que aunque no estén destinados a dar informes, pueden de hecho darlos a pedido de otras entidades análogas: el particular tiene derecho a saber qué consta sobre él en tales bancos de datos y en su caso a requerir la modificación de los errores que contengan. El más importante banco comercial de datos actual es la empresa "Veraz," que ya ha sido objeto de litigios por hábeas data con motivo de proveer información errónea, de bancos privados y el B.C.R.A.[33] También es una especie de información errónea aquella que se halla desactualizada.

En algunos casos la jurisprudencia ha exigido además del error la acreditación del daño, lo cual es palmariamente erróneo: si el daño no se ha acreditado podrá no ser procedente una acción de daños y perjuicios, pero sí procede siempre la rectificación del error.[34]

Este tipo de empresa toma datos de las mesas de entradas de los juzgados, incluso ha dado en algún caso saldos de cuentas corrientes (a los que accede —en violación al secreto bancario— a través de BANELCO, uno de sus socios), con todo lo cual se presta a abusos. Al igual que los medios, no da cuenta luego de cómo termina la causa; es que "se encargan de divulgar indiscriminadamente cuanta acción judicial (y hasta extra judicial) se inicie a persona física o jurídica, sin medir el peso y los alcances que estas «noticias» pueden tener en el circuito comercial," con lo cual "los límites de lo razonablemente permitido se empiezan a ver ya seriamente afectados."[35] Es una utilización de la información lesiva al interés público, que viola la privacidad y merece ser descalificada por el derecho. Así como

6.32 El art. 53 de la ley 25.065 prohibe a estas entidades dar informe sobre sus deudores, excepto al B.C.R.A y las hace responsables de la información provista en caso de existir errores de cualquier naturaleza en ella.

6.33 El B.C.R.A. es líder en la invasión de la privacidad, como que publica ilegalmente en su sitio en Internet los datos de los deudores al sistema financiero, con lo cual con sólo conocer el CUIT de una persona es posible saber con qué bancos trabaja y cómo esta calificado su riesgo crediticio. Es un abuso del B.C.R.A., propio de un país autoritario, que para más se explota comercialmente a través de Veraz, agente de esa ilegalidad bancaria. Como se diría en EE.UU., *disclosure*: estamos bien calificados, pero igual nos parece una ilegal publicación de datos cubiertos por el deber de secreto, confidencialidad y fidelidad bancaria.

6.34 Comp. CNCom, Sala C, *R., R. J. c/ Org. Veraz S.A.*, *LL*, 1997-A, 212, año 1996; CNCiv., Sala A, *Pochini, Oscar y otro c/ Organización Veraz S.A.*, *LL*, 1998-B, 3, año 1997. En todo caso, la cuestión queda resuelta con la ley 25.065, que mentamos en la nota 6.31. Ver también, con carácter previo a la ley 25.065, SCMendoza, *Huertas*, *LL*, 1999-F, 296, con nota de BAZÁN; CNPenal Económico, Sala B, *DGI*, *LL*, 1999-A, 204, año 1997, con nota de BAZÁN.

6.35 CRIVELLI, JULIO CÉSAR y VEGA, SUSANA ELENA, "Boleta de deuda, un documento imprescindible," *Revista Construcciones*, 1215: 46 y ss., 52, Buenos Aires, mayo de 1998.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

se pone freno al mal uso de la libertad de prensa,[36] así también y con mayor razón debe aplicarse el máximo rigor en tutelar la privacidad frente a una organización comercial.[37] En *Lascano Quintana c. Veraz* la Cámara Nacional Civil, Sala D, ha resuelto —siguiendo el derecho europeo— que una persona es dueña y tiene dominio sobre sus datos, por lo que nadie puede sin su consentimiento expreso recolectar[38] ni menos proporcionar sus datos.[39] Una primera conclusión de esta premisa es que quien de hecho recolecta esos datos no adquiere control *legal* sobre ellos, lo que por lo tanto excluye tanto una eventual "propiedad" suya, como que sea información confidencial del dueño de la base, o secreto comercial.[40] También se resolvió allí que no pueden establecerse combinaciones o relaciones entre datos, p. ej. incluir en los datos de una persona física los referentes a una persona jurídica que preside. El fallo, por fin, aclara que los requisitos limitativos del decreto-ley de amparo no son de aplicación cuando la accionada es un particular: otro progreso interpretativo que es dable destacar.[41] La mera corrección de errores de las bases de datos comerciales es con todo una preocupación relativamente antigua, útil solamente para corregir equivocaciones respecto al crédito de una persona (tarjetas impagas, cheques rechazados, cierres de cuentas, pedidos de quiebra, etc.), pero que no cubre el verdadero desafío de hoy, que es todavía mayor, como lo demuestra el caso *Lascano Quintana*. Dicho desafío es que las bases de datos pueden compilarse utilizando correlativamente, en forma combinada o conjunta a través de bases de datos correlacionadas, la información que registra p. ej. la Internet de cuanto mandamos por ella, o las encuestas que contestamos, las cosas que pedimos, nuestros datos médicos, nuestras compras de farmacia, etc. Se ha dicho por ello que la unión de todos esos bienes: imagen, intimidad, honor, identidad, etc., en una base de datos centralizada no es en modo alguno igual a cada uno de ellos fuera de esa base centralizada.[42] Es la concatenación de datos que hace dañosos a datos que, aislados, serían quizás inofensivos. Así quedan registradas las personas a que mandamos *e-mail*, las bases de datos o sitios que consultamos, los libros u objetos que compramos, los datos personales; si fallan los sistemas de encriptación, los números de tarjetas de crédito y códigos de seguridad quedarán a merced de los delincuentes. Sin quererlo nosotros, han obtenido una radiografía detallada de

6.36 *Petric*, CSJN, *Fallos*, 321-1: 885; *LL*, 1998-F, 58. Es el deterioro de la intimidad: CHIRINO SÁNCHEZ, ALFREDO, "El derecho a la información en su relación con el derecho a la intimidad," en AA.VV., *Temas claves de la Constitución política*, San José, IJSA, 1999, p. 395 y ss.

6.37 En lo que hace a la veracidad la relación es recíproca entre informador y receptor.

6.38 Comp. CNCiv., Sala E, 1-IX-98, *Cosentino c. Veraz S.A.*, *LL*, 1999-E, 512.

6.39 *LL*, 1999-E, 151 con nota de CIFUENTES, SANTOS; del mismo autor, *LL*, 1999-A, 259.

6.40 Las reglas del TRIPS para la OMC exigen que se trate de "información legalmente bajo su control," art. 39, inc. 2.

6.41 *Lascano Quintana, loc. cit.*

6.42 BERGALLO, OSCAR, "El hábeas data en la reforma constitucional de 1994," en EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL y FERREYRA, RAÚL GUSTAVO (coords.), *La reforma constitucional de 1994 y su influencia en el sistema republicano y democrático*, Buenos Aires, Depalma, 2000, pp. 249-63, p. 263.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

nuestra vida personas o empresas a quienes en momento alguno autorizamos esa intromisión en nuestra privacidad. Por ello el fallo citado es fundamental en señalar el derecho de propiedad que tenemos sobre nuestros propios datos, invocando el viejo pero vigente caso *Bourdieu*.[43] No se trata pues de un mero derecho a la exactitud de la información,[44] sino de un derecho de propiedad sobre ella.[45]

El *hábeas data* debe desarrollarse jurisprudencialmente, como alguna vez lo hizo el amparo, para la tutela de la privacidad respecto de los datos que no deseamos figuren en una base de datos o se entreguen a terceras personas, o sean accesibles, sin nuestra expresa conformidad y con derecho a posterior revocación.[46] Otra variante es la regulación legal, pero el principio es siempre el mismo. Tal como lo resuelve el derecho europeo, "la regla general es que se requiere su consentimiento para recabarle información sobre su persona."[47]

Debemos estar atentos a las propagandas que ofrecen cupones, rifas, loterías, información o lo que fuere, a cambio de contestar encuestas, llenar cupones, fichas o formularios en papel, pantalla, *online* o no, con los productos que consumimos o nos interesan, o nuestras preferencias u opiniones sobre lo que fuere, o nuestra estructura familiar. Últimamente ha habido en Internet una explosión de sitios en castellano, con propaganda masiva por televisión satelital, de sitios o portales que ofrecen *pagar* por utilizarlos. La maniobra es tan burda que casi cabe recordar el adagio latino: *Vigilantibus, et non dormientibus, jura subveniunt.* Lo prudente, hasta que esta cuestión se resuelva en forma adecuada,[48] pareciera ser no dar nosotros ninguna información por esta vía ni por ninguna otra. No sea cuestión que otros tribunales interpreten nuestra buena fe como una "voluntaria" renuncia a la privacidad.

De todos modos, hay situaciones que sólo pueden protegerse tutelando la buena fe. Cuando un banco pide a su cliente —para abrirle una cuenta corriente, expedirle una tarjeta de crédito o darle una línea de financiación bancaria— su declaración de ganancias y bienes, etc., el cliente puede razonablemente interpretar que esa información sigue siendo confidencial del banco y no puede ser brindada a nadie ni utilizada para ningún otro fin que no sea precisamente aquél para el cual

6.43 CSJN, *Fallos*, 145: 325, año 1925.

6.44 Como postulan LORENTE, JAVIER ARMANDO y TRUFFAT, EDGARDO DANIEL, "El derecho a la exactitud de la información y el crédito," *ED*, 173: 88. Comp. COLAUTTI, CARLOS E., *Derechos humanos constitucionales*, Buenos Aires, Rubinzal–Culzoni, 1999, pp. 235-7 quien privilegia principalmente la exactitud.

6.45 Como señala el mismo fallo *Lascano Quintana*, octavo considerando.

6.46 Este criterio es difundido en el derecho comparado, como el derecho a ejercer el control y disposición sobre "el conjunto de información" sobre cada individuo, el único que puede resolver, comunicarlo o compartirlo: AFONSO DA SILVA, JOSÉ, *Curso de direito constitucional positivo*, San Pablo, Malheiros, 1999, 16ª ed., p. 209 , que lo considera un derecho conexo al de la vida, pp. 208-9.

6.47 GILS CARBÓ, ALEJANDRA M., "Datos personales. Prohibición de transferencia internacional," *LL*, 2000-A, 938, comentando las pautas europeas de 1998, Directiva 95/96, del año 1995.

6.48 Como lo ha hecho la Sala D. Falta que la solución se extienda a otros tribunales.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

se la pidió. Las normas sobre secreto bancario pueden ser invocadas en el caso (aunque como ya dijimos "Veraz" proporciona ilegalmente información bancaria). Hay entidades que exigen suscribir formularios cuya letra chica contiene renuncias a la privacidad de los datos que el firmante a veces no advierte en su verdadera implicancia, o constituyen contratos de adhesión que no se encuentra en situación de discutir. Ello debe considerarse atentatorio del orden público y contrario a la moral. Son claúsulas que judicialmente deberán tenerse por no escritas.

Pero siguen existiendo infinitas situaciones: los datos médicos sobre una persona (enfermedades porque fue atendida, médicos que la atendieron, diagnósticos que le hicieron; operaciones, etc.), medicación recibida a lo largo de la vida (drogas, dosis, etc.), licencias por enfermedad (duración, cuadro clínico, etc.), enfermedades de los miembros de su familia, historias clínicas, tratamiento psicológico, psicoanalítico o psiquiátrico, compras de farmacia. Cualquiera de estos items que pague con tarjeta de crédito permite que el destinatario negocie el cupón con una agencia de cobranza, a cuya base de datos ingresa entonces, insospechadamente, la información. En este sentido cabe tener severidad con los profesionales que tienen un deber de respetar la privacidad de sus clientes o pacientes. El tema es particularmente grave en el caso de psicoanalistas o psicólogos que toman nota, a veces con apabullante detalle, o incluso graban por cualquier medio (sabiéndolo o no el paciente), y luego de fallecido éste, escriben jugosos anecdotarios sobre la vida íntima de personajes famosos, lesionando a su familia, a sus íntimos, a su memoria y desde luego a su propia honorabilidad profesional. Todo esto ha pasado a ser ominoso, sin perjuicio de observaciones a su no cientificidad (POPPER) y a su ilegalidad.[49] Si esa u otra información se combina con el número de seguridad o previsión social, número impositivo,[50] patentes de coche, valor de los inmuebles, metros cuadrados, fecha de compraventa, deudas, créditos, etc., el peligro aumenta y puede ser exponencialmente grave y oneroso para el sufriente destinatario de esos abusos de múltiples violaciones a la privacidad. Podemos seguir con las películas que cada uno alquiló o compró, que ordenó en el *pay per view*; ferias, muestras, *shows*, desfiles, espectáculos, bailes, fiestas a las que asistió, viajes, congresos, premios, vacaciones; qué compró en la Internet o en los *shoppings*, etc. Con las fotografías satelitales se hacen G.I.S., *Geographic Information Systems*, a través de los cuales los datos aéreos fotográficos[51] están a la venta[52] y también se los puede acceder gratuitamente por todos los usuarios de Internet, a través de *Google*

6.49 AFTALIÓN, MARCELO E., "Psicoanálisis, mala praxis y defraudación. El cuento de la buena pipa," *ED*, 187: 1580.

6.50 Que, cortesía del BCRA, muestra en su página web junto a nuestra calificación como deudores del sistema financiero. Esos datos son impositivo y bancario, respectivamente y no podría ni debería el BCRA publicarlos en Internet.

6.51 El servicio efectivamente esta en el mercado: www.spaceimage.com.

6.52 Una variante más sofisticada, es GPS, *Global Positioning System*. Cabe agregar, por fin, el mapeado tridimensional de un 95% de las regiones pobladas del planeta, hecho por la *National Imagery and Mapping Agency*.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Earth, con una definición que permite identificar los edificios urbanos. Quien lleva el coche a un restaurante deja su patente en los registros del restaurante y al pagar deja el dato de qué consumió y con qué pagó, cuántas personas eran, etc. Sus gustos estarán registrados hasta en el detalle: si tomó vino o champaña, hasta la marca y desde luego si fue una unidad o varias. Deje el lector volar su imaginación y se aterrorizará de sólo imaginar de cuántos datos de su vida privada constan, aislados, en tantas partes, y cuanto daño podrían hacer todos juntos en manos extorsivas o simplemente malignas.

Información que aislada podría no parecer tan significativa, combinada con toda la demás que las computadoras pueden llegar a tener de una persona, puede volverse amenazante y gravosa.[53] En nuestro país el uso de la informática no ha sobrepasado todavía el ámbito comercial antes referido, pero este otro tipo de datos permiten ofrecer perfiles más completos de cada individuo para campañas publicitarias y promociones, que pueden luego pasar fácilmente al campo delictivo o al menos invasivo de la privacidad. Por ello no cabe descuidarse respecto a la futura evolución; como sociedad debemos estar atentos a los posibles abusos. El *hábeas data* debe utilizarse para limitar esa interferencia en la privacidad de las personas. Nuevamente confluyen aquí, como en tantos otros casos (principalmente, la libertad de prensa), el derecho individual y el de incidencia colectiva. La privacidad debe ser una cuestión de orden público, irrenunciable por los individuos, pues se tutela un bien colectivo y no meramente individual. En consecuencia, su trámite ha de equipararse al de las acciones de clase y los derechos del usuario o consumidor, como derechos de incidencia colectiva y no cuestiones exclusivamente limitadas a un caso individual.[54]

6.6. *El caso del ciudadano* GAMBIER. *El derecho a la vigencia del principio de legalidad.*[55] *Otros derechos colectivos*

Quizá el caso de mayor impacto teórico sea el iniciado por BELTRÁN GAMBIER invocando lisa y llanamente su condición de ciudadano,[56] que le fuera reconocida en dos muy importantes casos[57] como legitimante en primera y segunda instancia. Al no invocar la calidad de habitante impidió que su interés pudiera subsumirse

6.53 Lo que advierte y condena el fallo *Lascano Quintana*, *LL*, 1999-E, 150.

6.54 GALLARDO, MARÍA CECILIA; SORIA OLMEDO, KARINA y FLORI, JOSÉ LUIS, "Hábeas data," *LL*, 1998-A, 977.

6.55 GIL DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 241: "la legalidad constitucional [...] es un derecho de incidencia colectiva [...] y [...] se entiende por afectado con legitimación procesal para promover acción de amparo, a todo habitante de la Nación" (*op. cit.*, p. 241.) Ver también CARELLO, *supra*, nota 6.15.

6.56 CNFed. CA, Sala II, *Gambier, Beltrán c. Poder Ejecutivo nacional*, *LL*, 1999-E, 624. Este distinguido profesional es profesor de derecho administrativo: la legitimación invocada tiene pues carácter preciso. Así lo entendieron los magistrados de primera y segunda instancia, que aceptaron exactamente esa legitimación y la invocación del "derecho a que se respete el principio de legalidad." Toda una silenciosa revolución. Ver también CAPUTI, *La legitimación...*, *op. cit.*, *supra*, nota 4.3.

6.57 Que llamamos abreviadamente *Gambier I* y *Gambier II*.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

en el de la comunidad toda, lo cual hubiera aproximado la legitimación al interés de todos los miembros de la sociedad. Ello explica, a nuestro juicio, la particularidad de la cualidad invocada, sin perjuicio de que el autor lo funda más públicamente en su nota al fallo *Torello*.[58] En el primer caso —*Gambier I*— fue para preservar o restablecer el medio ambiente cultural de su ciudad. En el segundo —*Gambier II*— para pedir el cese de una propaganda política con fondos públicos. Uno de sus rasgos en común con *Torello* es el mal uso o irregular compromiso de fondos públicos, que a su vez tiene, como sabemos, fundamento supranacional.[59] El voto en minoría en *Gambier II* sigue la línea de la CSJN en otros casos. A su vez, en *Garré*, es la mayoría de la Sala I que siguió a la CSJN de entonces y la minoría (LICHT) que reconoce legitimación a quien invoca su calidad de diputada.[60] Pero poco después, *in re Castro*,[61] la minoría de la Sala I devino mayoría en otra cuestión procesal harto importante, con el voto de LICHT y COVIELLO.

Todos los casos tienen de común la legitimación nacida al amparo de un interés moral, desprovista de connotación económica directa para el interesado.[62] Es posible que pueda haber influido en la distinta suerte de cada caso, que los jueces perciban en los diputados una finalidad que por alguna razón no les complace y por ello vean con menos simpatía su legitimación.[63] También puede haber influido *in re Gambier II* tanto el exceso de la conducta administrativa como el manifiesto desinterés personal del actor, pero también lo frontal de su planteo. Es obvio que GAMBIER, al igual que YOUSSEFIAN, quiso forzar un avance jurisdiccional, intentó que el derecho diera un paso más. Quizás por ello en distintos juzgados y salas ambos tuvieron éxito y los diputados no. Es un dato empírico a tener presente.

La Sala II dictó otro importantísimo fallo *in re Torello*,[64] en que reconoce legitimación a una afiliada del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubi-

6.58 GAMBIER, "Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad," nota al fallo *Torello, LL*, 2000-B, 275. Cabe destacar el valiente enfrentamiento a un claro caso de corrupción administrativa. En igual sentido el fallo citado *infra*, § 6.10.

6.59 *Infra*, cap. XII.

6.60 CNFed. CA, Sala I, *LL*, 1999-E, 615, recordando *Polino* (*LL*, 1994-C, 294), *Nieva* (*LL*; 1998-B, 546), *Rodríguez* (*LL*, 1997-F, 884.)

6.61 *Castro, Ángel*, Sala I, 23-XI-99, *LL*, 2000-B, 305.

6.62 Aunque en *Torello* se invocó el perjuicio a la jubilada que recibiría menos prestaciones por los pagos ilegales a que se obligaba al ANSESS.

6.63 Algo similar parece sugerir —tácitamente— GELLI, MARÍA ANGÉLICA, nota al fallo *Verrocchi*, *LL*, 2000-A, 86, nota 19. Este tipo de razonamiento, con distintos actores y otros argumentos, se advierte p. ej en el voto de minoría *in re Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado de la Ciudad de Buenos Aires*, TSCiudad Autónoma de Buenos Aires, *LL*, 1999-E, 629, 636, 638, cons. 5°, tercer párr. Es de interés verlo, pues no es usual en nuestro medio razonar con la realidad. Ver CUETO RÚA, *Una visión realista del derecho, la justicia y los abogados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

6.64 Para la misma época se anulaban arts. de un pliego de una licitación en curso, por inconstitucionales, discriminatorios y lesivos a la libre competencia. Se trata del caso *Compagnie Générale d´Entreprises Automobiles*, resuelto en 1º instancia en tal sentido y confirmado por la Cámara Federal de Mar del Plata el 2-III-2000. Se le reconoció legitimación, por lo demás, a una empresa que no compró el pliego.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

lados y Pensionados y se declara la nulidad de un art. del pliego que otorgaba a las prestadoras una exorbitante indemnización, en caso de rescisión anticipada. Dice el fallo que "la peticionante no es un tercero más, sino una afiliada que, en su condición de tal, resulta beneficiaria de los servicios del PAMI y, consecuentemente, tiene interés en que no se comprometan sus recursos en otros objetos que no sean los específicamente previstos en la ley de su creación" (cons. 4°, segundo párrafo). "Su interés actual es evitar que cláusulas como las que aquí se cuestionan, puedan poner en riesgo el patrimonio del instituto y sus prestaciones y por ende, el derecho a la salud de los beneficiarios;" "Sin olvidarse tampoco que los recursos del PAMI se integran, entre otros, con los aportes de los jubilados y pensionados." El avance decisivo de la mayoría de la Sala II,[65] en dos momentos oportunos, al igual que el voto en disidencia de LICHT en la Sala I en *Garré* (y los fallos de la Sala I en *Verbrugghe* y *Asociación Benghalensis*), más los anteriores pronunciamientos de las otras salas y los más recientes del siglo XXI en las diversas juridicciones del país,[66] muestran no sólo que la cuestión no está cerrada, sino que —muy al contrario— sigue siendo materia de debate activo en los pronunciamientos de toda la judicatura de las distintas juridicciones y en las preocupaciones de los ciudadanos. En la misma línea cabe computar el fallo de la mayoría de la Sala I *in re Castro, Ángel*,[67] que hizo lugar a una acción cuestionando una designación ilegal a resultas de un concurso viciado. Si bien a la época de la sentencia la cuestión había devenido abstracta en lo material o pecuniario, pues la ganadora ya no desempeñaba el cargo, quedaba vigente tanto el interés moral del actor como su derecho a la legalidad, tal como antes fuera establecido por la Sala II y reafirmó la Sala I. Como se advierte, es un importantísimo giro jurisprudencial que no dudamos habrán de seguir otros tribunales.[68] Y puesto que la Sala II tuvo el acierto de recordar el precedente de la CSJN *in re Ekmekdjian*, bien haría ésta en no hacer fracasar las expectativas ciudadanas de más extensa, mayor y mejor justicia. Por fin, cabe destacar que en todos estos casos no sólo es amplia la legitimación por el derecho a la vigencia del principio de legalidad, sino que además los efectos de la sentencia que hace lugar a la acción son *erga omnes*.[69] No siempre es esto así, pues no todos los casos son iguales y las circunstancias de hecho varían *ad*

[6.65] La Sala parece intentar atemperar la decisión en la última parte del fallo, pero lo que hace es aproximar —elogiablemente— la equivalencia de la cautelar a una medida autosatisfactiva, como en *Squaglia, LL* Litoral-Juris, octubre de 1997, p. 1007 y ss. y otros.

[6.66] A modo de ejemplo pueden citarse *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275; *Defensor del Pueblo* (monotributo), Sala IV, *LL*, 2000-C, 162.

[6.67] *LL*, 2000-B, 305.

[6.68] Ya recordamos el pronunciamiento del TSJ de Neuquén del 7-II-97, causa 46-99, *Defensoría de Menores nº 3*, *supra*, cap. II, nota 3.1, citado, en igual sentido.

[6.69] CASSAGNE, "Acerca de la eficacia *erga omnes* de las sentencias anulatorias de reglamentos," *ED*, 185: 703, nota al caso *Monges*. Es el mismo efecto que se produce en los casos *Blas, Barsanti* y *Defensor del Pueblo* (20-IX-99, *ED*, 26-XI-99) de la misma Sala I, los primeros de los cuales la CSJN ya confirmara. Ese efecto *erga omnes* se encuentra también en *Ekmekdjian* y *Monges*, de la CSJN y en diversos pronunciamientos más.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

infinitum, pero el principio está sentado; es constitucionalmente posible y admisible, cuando el tribunal lo juzgue apropiado de acuerdo a las circunstancias del caso, dictar sentencia con efecto *erga omnes*.

6.7. *El caso de los medidores de agua*

Lo expuesto obliga a recordar casos que han sido orientadores, desde antes, en la jurisprudencia. Entre ellos corresponde mencionar nuevamente a *Manetti*,[70] en que se dictó prohibición de innovar a favor tanto de la actora individual como "*del resto de los usuarios del servicio público en cuestión*."[71]

6.8. *El caso de los profesionales monotributistas*

El 9-III-99 la Sala IV nuevamente reconoció legitimación al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal para accionar judicialmente por los intereses de sus integrantes, que suman más de 50.000 personas. Los efectos de la sentencia fueron para todos ellos. Lo mismo, con igual resultado, hicieron otros colegios profesionales. El tema de estas causas era el monotributo. Sin embargo la CSJN, en su anterior composición, rechazó primero *in re Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos*[72] el amparo interpuesto por el Colegio profesional en representación de sus matriculados por entender que carecía de la legitimación procesal por encontrarse involucrados derechos de carácter patrimonial, puramente individuales. Luego repitió los argumentos en *Colegio Público de Abogados de Capital Federal*.[73]

6.9. *El caso de los contribuyentes monotributistas*

El 7-III-2000 la misma Sala IV extendió aun más los efectos de la decisión en materia de monotributo. Lo hizo a ahora a *todos* los contribuyentes de dicha condición fiscal. Así lo resolvió en la causa 35.050/98, *in re Defensor del Pueblo de la Nación contra E.N. —MºE y O.S.P. (Monotributo) Dto. 885/98 sobre Amparo ley 16.986*. En cambio la misma CSJN en su anterior composición no reconoció legitimación a los colegios en los casos de los profesionales monotributistas y pocos días antes había rechazado el amparo interpuesto por el Defensor del Pueblo[74] basada en la índole patrimonial de los derechos en juego, *in re Defensor del Pueblo de la Nación c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos*.[75]

6.70 *Supra*, nota 6.14.

6.71 *RAP*, Buenos Aires, 1996, 210: 171.

6.72 CSJN, *Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos*, *LL*, 2004-A, 93, año 2003.

6.73 CSJN, Colegio Públicos de Abogados de Capital Federal, 7-X-2003, *LL*, 2004-C, 268, con nota de JIMÉNEZ, EDUARDO PABLO, "¿Qué tan amplia es la legitimación para requerir tutela que confiere el artículo 43 de la Constitución nacional?"

6.74 Para un análisis de la jurisprudencia de la CSJN en materia de legitimación del Defensor del Pueblo ver JEANNERET DE PÉREZ CORTÉZ, *op. loc. cit.*; RIVERA y RIVERA (H.), *op. loc. cit.*

6.75 CSJN, 21-VIII-2003, *LL*, 2003-F, 936.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

6.10. *Amparo contra el pliego de una licitación, sin comprar el pliego*

La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata admitió el 2-III-2000 un amparo interpuesto por una empresa extranjera contra cláusulas del pliego de licitación que consideró discriminatorias. El juez de primera instancia y la Cámara admitieron el amparo y declararon la inconstitucionalidad de las normas puntuales del pliego que resultaban atentatorias contra la libre competencia. El caso fue *Compagnie Générale d´Entreprises Automobiles c/ Municipalidad de General Pueyrredón y otro s/ amparo.* El caso tiene precedentes en la jurisprudencia y la doctrina y constituye una muestra más del progreso existente en la materia.[76]

6.11. *Otros amparos contra el despilfarro público*

Además del recordado caso *Gambier II*, ya mencionado, cabe destacar importantes fallos congruentes, apuntando a la irracionalidad del manejo de los fondos públicos.[77]

6.12. *Conclusiones para el comienzo del siglo XXI*

La tendencia jurisprudencial es así unívoca, indetenible, justa, eficaz, innovadora, eficazmente preventiva de la corrupción en una de sus manifestaciones; correctora oportuna de la ilegalidad administrativa o inconstitucionalidad legislativa. Un verdadero y resonante progreso social en materia de tutela judicial efectiva, pronta y cumplida. Debemos felicitar, con humildad y de todo corazón, al Poder Judicial que ha tenido las cualidades humanas e intelectuales necesarias para dar una brillante nueva página a la historia argentina.

[6.76] Ver BOTASSI, CARLOS, *Contratos de la administración provincial,* La Plata, Scotti, 1996, p. 57; "Demanda de amparo para cuestionar un pliego de licitación," *LL,* 1994-B, 402; cap. XII, § 3.1.4, "Impugnación de los pliegos," pp. XX-12/15 y nota 3.23; § 6.5 y nota 6.10.

[6.77] Los ya citados casos de la CNFed CA, Sala IV, *Rojas*, con mi nota "La Justicia apunta al despilfarro público," *LL,* 2003-E, 313; y de la *SCJBA*, *Flores*, con mi nota "La sociedad civil vs. el poder político," *LL,* 2003-E, 263.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Capítulo IV

EL INTERÉS LEGÍTIMO

1. *Legitimación e interés legítimo*

Cabe preguntarse si todavía tiene sentido la categoría del interés legítimo,[1] cuando ya el código procesal administrativo de la Provincia de Buenos Aires —para dar un ejemplo cuantitativamente importante en cuanto a justiciables— lo equipara al derecho subjetivo en cuanto a la legitimación[2] y cuando el derecho constitucional de incidencia colectiva que emerge de las normas nacionales es de aplicación obligatoria en todo el país. Al mismo tiempo van apareciendo casos de tutela judicial del interés legítimo incluso sin tales códigos.[3] Esos casos también pueden, si se lo desea, subsumirse en un derecho subjetivo a la legalidad, o en un derecho de incidencia colectiva a la legalidad;[4] constituyen ejemplos de interés moral —el

[1.1] Como bien lo apunta JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, "La legitimación del afectado, del defensor del pueblo y de la asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia" *LL*, 2003-B, 1333, recordando a GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, "Las partes en el proceso administrativo," *Separata de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, año XLIX, nº 74, Madrid, 1997, p. 24 y ss. GORDILLO; LOIANO; FLAX; GORDO; LÓPEZ ALFONSÍN; FERREIRA; TAMBUSSI; RONDANINI; GONZÁLEZ CAMPAÑA, *Derechos humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, 5ª ed., cap. VIII, "Derechos de incidencia colectiva," pp. 2-3. También denuncia la superación de esta categoría: CAFFERATTA, NÉSTOR A., "Los derechos de incidencia colectiva," *LL*, Sup. Adm. 2006 (febrero), pp. 1-14, *LL*, 2006-A.

[1.2] Ese cambio normativo se vio precedido de un cambio jurisprudencial: *Rusconi*, con nota de BOTASSI, CARLOS A., "El proceso administrativo bonaerense con base en el interés legítimo (Un fallo histórico)," *LL*, 1996-C, 20, 22; lo que antes era la minoría de la Suprema Corte en *Thomann* (1984) pasó a constituir la mayoría, con brillante voto de HITTERS. El código procesal administrativo admite la legitimación amplia del derecho subjetivo y el interés legítimo, a lo que cabe agregar la protección de los derechos de incidencia colectiva, que como garantía federal impone la Constitución nacional. Ver BOTASSI, "Las legitimaciones aciva y pasiva en el nuevo contencioso administrativo," en BOTASSI (coord.), El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires, La Plata, Libreria Editora Platense LEP, 2004, 2ª ed., p. 263-99. Ver también nuestro art. "Administrar sin justicia," *RAP Provincia de Buenos Aires*, 1-1: 11-25 (2003); POLICE, ARISTIDE, *Il processo amministrativo in Argentina. Garanzie dello Stato di diritto ed emergenza economica*, Milán, Giuffrè, 2002, cap. 4, "La favola della *Girafa Azzurra*," pp. 127-35.

[1.3] *Infra*, § 17 *in fine* y 18.

[1.4] Sala II, *Gambier, II*, *LL*, 1999-E, 624.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

más débil en nuestra jurisprudencia tradicional— ahora tutelado sin embargo judicialmente con vigor en muchos casos. Con todo, tal vez sea prematuro anunciar su desaparición del mundo jurídico en derecho administrativo, razón por la cual mantenemos por ahora su tratamiento. Aunque puede resultar algo forzado, pareciera ser que no puede asignarse el carácter de derecho de incidencia colectiva a todo interés legítimo, ni viceversa. Mientras que la administración puede sin problema reconocer carácter de parte al titular de un interés legítimo, es difícil que acudan a ella los titulares de derechos de incidencia colectiva, que preferirán la acción judicial directa. En la práctica es así posible que el interés legítimo se transforme en el primer círculo de afectados por el acto, con tutela administrativa pero usualmente no judicial en el orden nacional —sí en muchas Provincias— y el derecho de incidencia colectiva sea una categoría algo más restrictiva que el interés simple de toda la colectividad, con tutela judicial por imperio del art. 43 de la Constitución. En cualquier caso, es obvio que lo mejor sería que los tribunales cortaran por lo sano eliminando estas categorías. Una cuestión es determinar quiénes pueden ser partes en el procedimiento administrativo, esto es, tienen capacidad o aptitud legal para serlo;[5] otra, las condiciones que se requieren para que uno de los sujetos mencionados pueda ser tenido como parte "interesada" en un procedimiento determinado. En el proceso judicial tradicional, la legitimación deriva de tener o no derechos subjetivos afectados por la litis que se plantea; en el procedimiento administrativo la legitimación no sólo puede surgir de un derecho subjetivo sino también de un interés legítimo afectado. En algunos casos, por excepción, puede serlo por un interés simple, pero la regla es que sea necesario un derecho subjetivo o un interés legítimo y que el interés simple sea insuficiente.

El derecho de incidencia colectiva todavía no ha tenido recepción como legitimación en sede administrativa, pero al tenerla judicialmente por el art. 43 de la Constitución parece inevitable que la administración también deba acogerlo. Una de sus primeras apariciones es en el procedimiento de audiencia pública[6] y los casos de tutela del medio ambiente.[7] La existencia de los derechos de incidencia colectiva en el proceso judicial torna un poco ociosa la discusión en el procedimiento administrativo acerca de si alguien tiene o no un interés legítimo. Es muy posible que de afirmarse en la experiencia el reconocimiento de la legitimación constitucional amplia para aquéllos, la segunda categoría tienda a desaparecer. Pero como adelantamos es un poco temprano para anunciar su desaparición de la vida y del procedimiento administrativo. El procedimiento administrativo no establece recursos diferenciados según se trate de la defensa de derechos subjetivos o intereses legítimos, como sí lo hace a veces en las provincias el proceso judicial

1.5 Ver t. 4, *El procedimiento administrativo*, cap. I, "Las partes."

1.6 *Infra*, cap. XI, "El procedimiento de audiencia pública."

1.7 Ver ROSSI, ALEJANDRO, "La defensa supranacional del derecho a un medio ambiente sano," en GORDILLO-GORDO-LOIANNO-ROSSI, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1999, 3ª ed.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

llamado "contencioso administrativo;"[8] por ello ante la administración no presenta importancia a los efectos de la legitimación el determinar si estamos en presencia de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. En ambos casos será procedente el mismo recurso.

En cambio, reviste mayor importancia a los efectos de la legitimación en el procedimiento administrativo, la distinción entre el interés legítimo y el interés simple, pues aquí las vías de recurso se abren. Cuando existe un interés legítimo proceden todos los recursos: jerárquico, reconsideración, etc.[9] Cuando se invoca meramente un interés simple, tales recursos no proceden y tan sólo pueden interponerse denuncias. Desde un punto de vista práctico, la cuestión de la legitimación en el procedimiento administrativo se centra en determinar si hay solamente interés simple; interesa menos precisar si se trata de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. Claro está que esta última cuestión no es intrascendente, ya que resolverá luego la pertinencia de la indemnización y en algún caso resuelve también la legitimación, p. ej. en el reclamo administrativo previo, que sólo procede para la defensa de derechos subjetivos. Por último, corresponde destacar que muchas provincias han admitido en sus códigos de la materia la tutela judicial del interés legítimo y que la Provincia de Buenos Aires, una de las más conservadoras al respecto, finalmente admitió la tutela judicial del interés legítimo primero por un cambio jurisprudencial[10] y luego legislativo.[11] Falta ahora que lo haga la Nación, aunque como veremos más adelante hay algunos adelantos importantes del fuero y algunos retrocesos parciales de la Corte. Es muy difícil predecir qué orientación tomará finalmente la jurisprudencia al respecto.

2. *Ilegitimidad o inoportunidad del acto impugnado y legitimación para atacarlo*

A veces se presenta una dificultad terminológica por el distinto empleo de las palabras "legitimidad" y "legítimo," usadas con *un* sentido en la expresión "interés legítimo" y su símil "legitimación" y con *otro* sentido en cuanto a la "legitimidad" o "ilegitimidad" del acto. La dificultad no debiera pasar de lo verbal, pues a pesar de la similitud que puedan tener, su significado y funcionamiento es independiente. Debe distinguirse el interés legítimo lesionado que habilita a una persona a ser *parte* recurrente o impugnante en un procedimiento administrativo o judicial, de la *ilegitimidad* de la conducta misma que se impugna. Una cosa es la infracción al ordenamiento que el acto tenga y otra los efectos que ocasiona a quienes sean *afectados*. Puedo estar afectado y tener legitimación (*standing*) para impugnar,

1.8 A través de los llamados recursos de plena jurisdicción y de anulación, respectivamente.

1.9 Estos recursos podrían reducirse a uno sólo, como explicamos en el t. 4, *op. cit.*, cap III, "Los recursos administrativos," § 22, "Hacia la unidad del recurso administrativo."

1.10 Ver *supra*, nota 1.2.

1.11 La ley 13.101 que modificó la ley 12.008, también lo contempla en su art. 13.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

pero puede ser legítima la conducta en cuestión y no tener yo derecho a su cese, aunque sí a tramitar esa petición que será denegada en cuanto al fondo, no a la forma para pedirlo.[1]

Por ello, un acto puede ocasionar efectos sobre una parte y así legitimarla, sin ser con todo ilegítimo, lo que llevará a que el recurso sea formalmente procedente pero habrá de ser rechazado en cuanto a la pretensión material, de fondo. Del mismo modo, podrá ocurrir que un acto ilegítimo no cause lesión a determinados individuos, los que no podrán así atacarlo por vía de recurso a pesar de que el acto efectivamente sea contrario a derecho.[2] También se da el caso de que una impugnación a un acto, fundada en que éste es ilegal, tenga legitimación sobre la base de la lesión de un interés tan sólo moral del recurrente, según veremos después.[3] Y finalmente, puede haber interés legítimo, sea patrimonial o moral, a impugnar un acto, no porque él es ilegal, sino tan sólo porque es inoportuno, impugnación ésta que sería inadmisible en el proceso judicial actual, pero que es perfectamente normal en el procedimiento administrativo. Como se advierte de lo expuesto, no existe ninguna necesaria coincidencia entre el concepto de legitimación (interés legítimo a atacar el acto) y la legitimidad u oportunidad del acto que se ataca.

3. *Cuándo se decide si hay o no legitimación*

Veremos más adelante que la legitimación debe existir al interponer el recurso, pero que según los casos puede admitirse una legitimación retrospectiva y también futura o eventual. Ello es una cuestión distinta de cuándo se decide, por parte de la autoridad administrativa, si existe o no esa legitimación; o sea, cuándo el órgano administrativo resuelve si la legitimación (sea ella actual, retrospectiva o eventual, desde el punto de vista del recurrente) se da o no en el recurso.

En el procedimiento administrativo la apreciación de la legitimación del recurrente no es efectuada por los órganos inferiores, sino por la propia autoridad que debe decidir sobre el fondo del asunto y además esa decisión es adoptada en ocasión de decidir sobre dicho fondo. En el proceso judicial la analiza el juez de acuerdo con el art. 347, inc. 3° del CPCC.

En consecuencia, en sede administrativa no es necesario que haya una decisión previa sobre la legitimación del interesado y luego la tramitación del recurso para llegar posteriormente a la decisión de fondo en caso de haberse admitido anteriormente la legitimación, sino que la mera presentación del recurso asegura normalmente su tramitación por todas las autoridades que deben intervenir y la resolución final del órgano competente. Éste decidirá de una sola vez si existe legitima-

[2.1] Comp. GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Madrid, 1961, p. 109. Comp. CSJN, *Fallos*, 321-1: 1352, *Consumidores Libres*, 1998; *DJ*, 1998-2, 820, cons. 2.

[2.2] En tales casos puede de todos modos hacerse una denuncia, requiriendo el control de oficio de los actos administrativos, o también invocar los derechos de incidencia colectiva, en su caso.

[2.3] *Infra*, § 17 y Sala I, *Ángel Castro, LL*, 2000-B, 305, año 1999.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ción, caso en el cual pasará a resolver también sobre el fondo, o si no existe, caso en el cual puede no pronunciarse sobre el contenido del recurso. Y decimos puede no pronunciarse, pues también puede sí hacerlo, no ya como resolución del recurso sino como control de oficio de la legitimidad de sus actos o de los de sus inferiores. Todo esto no significa que la distinción entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple carezca de importancia, sino que se presenta en distinto momento. Pues al momento de la decisión final del recurso, si se encuentra que el recurrente está animado por un mero interés simple, es muy posible que esta circunstancia baste para llevar a la autoridad decidente a rechazarlo. De igual modo, la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo era tradicionalmente fundamental para determinar si quedaba o no abierta la vía judicial ulterior. En algunos tipos de reclamación, p. ej. el reclamo administrativo previo, la distinción se aplicaba para determinar la procedencia del reclamo, ya que éste procedía, según explicamos, supuestamente sólo para la defensa de los derechos subjetivos de los individuos.[1] Pero ello, como vimos en los caps. II y III, ya no es así.

4. *El "interés personal y directo" como elemento de la noción de "interés legítimo"*

Expresamos ya que en el concepto clásico de interés legítimo hay por lo general una concurrencia de individuos a quienes el orden jurídico otorga una protección especial. También en el interés simple hay una concurrencia de individuos, sólo que en tal caso dicha "concurrencia" abarca a todos los habitantes. La diferencia entre el interés legítimo y el interés simple está dada por el hecho de que en el primero se requiere que el individuo tenga un "interés personal y directo" en la impugnación del acto. Toca ahora analizar, entonces, qué caracteres reviste dicha noción de "interés personal y directo."

5. *El interés debe ser de un círculo definido y limitado de individuos*

La diferencia entre el interés legítimo y el interés simple está en que en el interés simple el interés es común a todos los habitantes, mientras que en el interés legítimo debe pertenecer a "una categoría definida y limitada" de individuos.[1] Las circunstancias que rodean al acto o hecho cuestionado deben trazar un círculo de interés, definido con precisión suficiente;[2] puede así tratarse de una medida administrativa que afecte a todos los comerciantes, o a todos los usuarios de un servicio

[3.1] Para aquella época nos remitimos a nuestros arts. "La reclamación administrativa previa," *ED*, 6: 1066, año 1963; "El reclamo administrativo previo," *ED*, 89: 777; año 1980; reproducido en AA.VV. *Procedimiento administrativo*, La Plata, A.A.D.A., 1981, pp. 13-47. Estos arts. corresponden, respectivamente, al antes y después del decreto-ley 19.549/72. Para el régimen actual, ver *infra*, t. 4, cap. XII.

[5.1] KORNPROBST, BRUNO, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, París, 1959, p. 127.

[5.2] KORNPROBST, *op. cit.*, p. 129.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

público, etc. pero no a todos los contribuyentes del Estado, o a todos los ciudadanos o habitantes;[3] puede, en cambio, tratarse de todos los contribuyentes o habitantes de una comuna determinada;[4] lo importante en esta concepción, hoy superada en el derecho argentino, era que el círculo no se ampliara "hasta las dimensiones de la colectividad nacional." Pero con la Constitución de 1994 es una tesitura que no puede ya sostenerse. En este aspecto existían a veces, de todos modos dificultades para precisar el círculo de personas legitimadas, por cuanto el interés va descendiendo gradualmente a distintos sectores de personas, sin producirse separaciones tajantes. Este principio da una explicación de por qué GAMBIER invocó en un caso la calidad de "ciudadano argentino" y fue admitido[5] y en otro la calidad de habitante o vecino;[6] o por qué la justicia enfatizó el interés de TORELLO como jubilada.[7] Del mismo modo explica el interés de los vecinos de una localidad,[8] o de quienes defienden los intereses de un grupo actual o potencialmente amenazado por una enfermedad,[9] o los usuarios actuales o potenciales de un servicio.[10] En tales casos, ¿dónde poner el límite de separación entre el derecho de incidencia colectiva y el interés legítimo, frente al interés simple? ¿Se hace llegar la legitimación, p. ej., a todos los habitantes que sin duda constituyen un círculo definido y delimitado? ¿O en cambio se la limita sólo a grupos menos generales? La cuestión es siempre de hecho y debe resolverse de acuerdo con las circunstancias de cada caso en particular. De cualquier manera, queda dicho que el interés a veces se va esfumando progresivamente y entonces el límite habrá que fijarlo, si es necesario, en algún punto determinado que desde luego no puede ya ser el derecho subjetivo individual solamente —como quedó explicado y tantos precedentes lo demuestran— sin que sea posible tener soluciones precisas y seguras.

6. *El interés personal y directo*

Se señalaba tradicionalmente que el interés debe ser además "personal y directo." Ésta es la formulación tradicional del principio y precisamente por eso debe

[5.3] KORNPROBST, *op. cit.*, p.129; DEBBASCH, CHARLES, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, t. 2, Aix-en-Provence, 1960, pp. 283-4.

[5.4] DEBBASCH, *op. cit.*, pp. 283-4 y jurisprudencia que cita; GABOLDE, CHRISTIAN, *Traité pratique de la procédure administrative*, París, 1960, p. 147.

[5.5] *Gambier II*, Sala II, 1999-E, 624, medida cautelar autosatisfactiva.

[5.6] *Gambier I*, Sala II, 18-VI-98, causa 25.841/97.

[5.7] *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de BELTRÁN GAMBIER, "Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad." Ver *supra*, caps. II, "Derechos de incidencia colectiva" y III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva."

[5.8] *Gambier I*, Sala II, 18-VI-98, causa 25.841/97; *Viceconte*, Sala IV, *LL*, 1998-F, 305, firme; *Defensora de Menores nº 3 c/ Poder Ejecutivo municipal s/ acción de amparo*, TSJ de Neuquén, expte. 46-99, *LL*, 2000-D, 882 y en *DJ*, 2000-2, 702.

[5.9] *Asociación Benghalensis*, causa 33.929/96, Sala I, 7-II-97 (cautelar) y 19-XII-97 (sentencia definitiva), *LL*, 2001-B, 126, año 2000, sentencia de la CSJN.

[5.10] *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo Nacional*, CNFed. CA, Sala IV, *LL*, 1997-E, 535; *Youssefian*, Sala IV, *LL*, 1997-F, 270 (cautelar), sentencia definitiva, *LL*, 1998-D, 712.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

manejárselo con precaución, pues dice más que su verdadero contenido actual. No debe pues interpretárselo en un sentido "excesivamente estricto."[1] Una primera temperación surge de agregar, como lo hace con acierto la jurisprudencia, que puede ser actual o potencial. No se trata de que el recurrente deba tener un interés personalísimo, en el sentido de individual y exclusivo, pues ello implicaría acercarnos a la hipótesis del derecho subjetivo; ni de que el interés deba surgir en forma inmediata y actual, pues ello también implicaría acercarnos a la mencionada hipótesis. La "actualidad" del interés queda pues superada por la nueva formulación jurisprudencial que admite la calidad de afectado actual o potencial[2] o usuario actual o potencial,[3] sea en forma material o moral.[4] Por lo demás, antiguamente la hipótesis de exigir un interés personal y directo estaba centrada en la situación de la persona física; con el reconocimiento constitucional de los derechos de las asociaciones, que también se encuentra desde antes en la ley 24.240, no parece ya tener importancia. Históricamente, pues, se trataba de que el recurrente debía justificar no ser un mero curioso o entrometido en la cuestión, ni luchar líricamente por el interés público. Es decir, que debía ser plausible su interés, diferenciado del interés general.[5] También ello cambió, al admitirse, a la inversa, lo que BELTRÁN GAMBIER denomina el civismo jurídico.[6] Ello ocurre cuando se invocan cualidades como la de ciudadano,[7] vecino,[8] usuario,[9] jubilado,[10] etc. En las asociaciones cuyo objeto es la defensa de todos o algunos de los derechos de los usuarios y consumidores, o del medio ambiente, etc., su existencia ya demuestra suficiente diferenciación del interés general y la habilita en consecuencia para actuar tanto administrativa como judicialmente, en defensa de los derechos que constituyen su objeto asociativo *lato sensu*.[11] En los derechos de incidencia colectiva tanto la ley 24.240 como la Constitución reconocen a las asociaciones interés jurídico suficien-

6.1 HEREDIA, HORACIO H., "Los medios administrativos para la protección de los administrados," en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 2: 261, año 1945; BODDA, PIETRO, *Giustizia amministrativa*, Turín, 1963, p. 19.

6.2 *Asociación Benghalensis*, Sala I, 7-II-97 (cautelar) y 19-XII-97 (sentencia definitiva), *LL*, 2001-B, 126, año 2000, sentencia de la CSJN; *Viceconte*, Sala IV, *LL*, 1998-F, 305, firme; *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de BELTRÁN GAMBIER, "Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad," *op. cit.*

6.3 *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo Nacional*, CNFed CA, Sala IV, *LL*, 1997-E, 535; *Youssefian*; Sala IV, *LL*, 1997-F, 270 (cautelar), sentencia definitiva, *LL*, 1998-D, 712.

6.4 *Ángel Castro*, Sala I, *LL*, 2000-B, 305; *Gambier I*, Sala II, 18-VI-98, causa 25.841/97.

6.5 ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. II, Milán, 1958, p. 64.

6.6 Nota al caso *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, "Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad."

6.7 *Gambier II*, Sala II, *LL*, 1999-E, 624, medida cautelar autosatisfactiva.

6.8 *Viceconte*, Sala IV, *LL*, 1998-F, 305, firme; *Schroder*, Sala III, *LL*, 1994-E, 449; *Gambier I*, Sala II, 18-VI-98, causa 25.841/97.

6.9 *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo Nacional*, CNFed. CA, Sala IV, *LL*, 1997-E, 535; *Youssefian*, Sala IV, *LL*, 1997-F, 270 (cautelar), sentencia definitiva, *LL*, 1998-D, 712.

6.10 CNFed. CA, Sala II, *Torello*, *LL*, 2000-B, 275.

6.11 Prueba de ello han sido, entre otros fallos, *ADECUA c/ ENARGAS*, Sala IV, *LL*, 1998-F, 339; *Consumidores Libres*, *LL*, 1995-E, 516.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

te para actuar, administrativa y judicialmente, en defensa del interés que constituye su objeto social o estatutario.

7. *Origen y significado actual de este requisito*

Para comprender mejor el significado actual que debe darse al concepto de "interés personal y directo," es necesario referirse a su origen. En un comienzo los actos impugnados ante el Consejo de Estado francés afectaban a un individuo determinado, o a un grupo reducido de individuos personalmente designados y considerados.[1] Por ello se estableció el hábito de considerar que el recurso no podía ser ejercido sino contra los actos individuales que se referían a un pequeño número de personas: "de allí la regla del interés directo y personal."[2] No se había planteado todavía el caso de los recursos contra actos que afectaran intereses generales. En esa tesitura, el objetivo de la regla del interés personal es "evitar que una persona pretenda representar los intereses generales de la Administración;"[3] "en otros términos, hace falta que el peticionante tenga un interés distinto de aquel que tendría la persona administrativa misma, por cuenta de la cual el acto ha sido hecho; distinto incluso del interés que tendría el Estado cuyas prerrogativas habrían sido violadas."[4] De allí se advierte que el concepto de interés personal se entiende simplemente como interés no administrativo, como interés de índole privada, que afecta a individuos particulares.

Por ello es que bajo este concepto cabe excluir del recurso a las personas que no pueden invocar sino el interés general de que se cumpla la ley o se respeten los principios del derecho, pues este interés es común a todos los habitantes y también a la administración pública: es el interés simple de la acción popular. Se requiere, entonces, un interés más "privado," "personal," "no-administrativo." En este concepto, puede haber un interés personal, aunque el individuo que lo esgrima no esté particularmente afectado por la medida; el interés será en este aspecto "personal" siempre que el particular pueda aducir motivos de agravios distintos del interés administrativo de que se cumpla la ley. Lógico es advertir que estas limitaciones para diferenciar al interés legítimo del interés simple no son aplicables a los derechos de incidencia colectiva, más próximos a la *class action* o *actio popularis*.[5]

7.1 DEBBASCH, *op. cit.*, p. 281 y ss.

7.2 HAURIOU, MAURICE, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. II, París, Sirey, 1929, p. 208.: "De allí esta regla [...] de que el recurso [...] no es admisible de parte del peticionante si no tiene un interés personal en la anulación del acto, es decir un interés diferenciado del de un administrado ordinario en tanto que este administrado desea una buena gestión de los intereses comunales."

7.3 DEBBASCH, *op. cit.*, p. 281.

7.4 HAURIOU, *op. cit.*, p. 208: "En otros términos [...] es esencialmente un recurso de interés privado, no debe ser ejercido en el interés de la cosa pública."

7.5 Ver *supra*, cap. II, nota 2.3.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

8. *Su antigua interpretación en la práctica argentina. Superación*

Por tal razón es que debe admitirse el recurso presentado por asociaciones (gremiales, profesionales, industriales, etc.) contra actos que afectan a sus miembros o asociados.[1] Allí la asociación actúa por un interés legítimo y un derecho de incidencia colectiva. Puede incluso actuar hasta por un derecho subjetivo propio, en la medida que su objeto estatutario sea precisamente la defensa de tales intereses o derechos. Cuando la asociación se presenta para defender derechos del tipo de los que son parte de ella como socios, pero no necesariamente lo son, entonces estamos en presencia de un derecho de incidencia colectiva. Se requiere en estos casos —en el interés legítimo— que la decisión atacada concierna directa o indirectamente al común de los miembros adherentes a la asociación[2] y si ella afecta sólo a uno de los miembros, o a una parte de ellos, no habría tradicionalmente y en principio interés legítimo de parte de la asociación para recurrir contra dichos actos; pero puede haber hoy en día derecho de incidencia colectiva, conforme el art. 43 de la Constitución nacional. La práctica administrativa argentina no había recibido hasta el presente esta aplicación del principio y así es como se había negado interés a dicho tipo de agrupaciones o asociaciones, incluso cuando el acto afectaba a la totalidad de sus miembros.[3] Esa vieja tesitura ha quedado superada en la evolución del derecho argentino a partir del fallo de la CSJN *in re AGUEERA*, en que se reconoce legitimación judicial para actuar por sus asociados a título individual a una asociación en una acción declarativa de inconstitucionalidad.[4] Aquella otra solución administrativa se había dado debido a una interpretación literal del concepto de "interés personal y directo," que la llevó, en ese caso, a un incorrecto rigorismo. Ello se advertía en los fundamentos dados para así resolver el problema: "Promueven el recurso dos asociaciones de empresarios cinematográficos contra medidas reglamentarias que no afectan de modo personal, directo e inmediato a las asociaciones recurrentes como tales entidades." "Con arreglo al art. 1º del decreto 7520/44 (*B.O.*, 4/IV/944), el recurso jerárquico presupone para su procedencia la lesión de un derecho o interés legítimo, es decir, una injerencia en la esfera legal propia del recurrente; esta condición no aparece cumplida, según lo expuesto arriba, con respecto a las asociaciones presentantes, ni tampoco ha sido invocado por las mismas. En el expediente [...][5] esta Procura-

[8.1] GABOLDE, *op. cit.*, p. 146; HEREDIA, *op. cit.*, p. 261. Incluso a quienes no lo son: si el estatuto social lo prevée, está entre sus finalidades legales.

[8.2] HEREDIA, *op. cit.*, p. 161; GABOLDE, *op. cit.*, pp. 146-7; DEBBASCH, *op. cit.*, p. 295 y ss.

[8.3] Así PTN, *Dictámenes*, 68: 239, *Cámara de Envasadores de Aceites Comestibles*, 1959; 77: 220, *Asociación de Empresarios Cinematográficos de la Provincia de Buenos Aires*, 1961; 79: 223, *Asociación Argentina de Compañía de Seguros y Asociación de Aseguradores Extranjeros en la Argentina*, 1961.

[8.4] *AGUEERA, LL*, 1997-C, 322, con nota "Las asociaciones de usuarios y la defensa de los derechos de incidencia colectiva (Acción declarativa de inconstitucionalidad)," reproducida en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 61, p. 140.

[8.5] Se trata del que figura en PTN, *Dictámenes*, 68: 239, *op. cit.*

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ción entendió que, no habiendo acreditado una cámara gremial que podía representar a sus afiliados particularmente y por asuntos propios de ellos, el recurso jerárquico no era procedente. La misma solución se impone en este caso."[6] Bien se advierte que cuando estos dictámenes afirman que las asociaciones quieren "representar a sus afiliados particularmente y por asuntos propios de ellos," están exigiendo poco menos que un derecho subjetivo para recurrir, en lugar de un interés legítimo.

Si la jurisprudencia francesa ha entendido que tales cámaras, asociaciones, etc., tenían suficiente interés para recurrir,[7] parece incongruente que en un simple procedimiento administrativo, en que estamos en presencia de un recurso administrativo y no jurisdiccional, se aplique un mayor rigorismo. El criterio administrativo argentino tradicional es contrario a la eficiencia administrativa y debería considerarse abrogado a la luz del art. 43 de la Constitución Nacional. Negar interés a las asociaciones es exigir que sus asociados se presenten individualmente, con lo cual se desembocará en definitiva en una multiplicidad de recursos que deberán luego ser acumulados de oficio por la administración, llegándose así en definitiva a un resultado similar, aunque más costoso y complicado, que el que se hubiera obtenido de haberse admitido la presentación de la asociación misma. Es el mismo drama que aquejaba a la justicia y que ésta no había atinado a resolver hasta hace muy poco tiempo.[8]

Esa vieja y en principio derogada jurisprudencia es incongruente hasta con un restringido concepto legítimo. En sentido estricto, resultaría que las asociaciones sólo tendrían interés cuando se tratara de cuestiones que las afectarán a ellas directamente, en cuanto asociaciones. Dado que dichas asociaciones se constituyen para la defensa de los intereses de los asociados o del sector, es obvio que afectarlos a estos es afectar también el interés directo y personal de la sociedad. Negarle interés en la impugnación de las medidas ilegítimas que afectan a sus asociados o al sector es negarle su misma razón de ser.[9] Ello ha obligado a los abogados a agudizar el ingenio y, en definitiva, atiborrar innecesariamente a los tribunales de causas. Pues en algunos asuntos que han concitado mucho interés público se han presentado, en diversas acciones, una multiplicidad de actores, desde usuarios o afectados a título individual o por derechos de incidencia colectiva, pasando por asociaciones de usuarios y llegando a la corporación de los cincuenta mil abogados de la Capital Federal, litigando también por sus mismos

8.6 PTN, *Dictámenes*, 79: 233.

8.7 Más aun, son claras las múltiples razones que determinan la utilidad de su actuación en pro del bien común: BRAIBANT, GUY y STIRN, BERNARD, *Le droit administratif français*, París, Presses de Sciences Po y Dalloz, 1999, 5ª ed., p. 537.

8.8 Nos remitimos a nuestro art. "Los fallos repetitivos como merma de justicia: cómo evitarlos en el derecho actual," *RAP*, 227: 5 (Buenos Aires, 1997); *infra*, cap. XIV, § 4.

8.9 ROMIEU, *Sindicat des Patrons Coiffeurs de Limoges*, fallado por el Consejo de Estado el 28-XII-1906 (citado por DEBBASCH, *op. cit.*, p. 295.)

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

teléfonos.[10] Es una solución forzada a la cual llevaban estas restricciones al acceso a la justicia.

9. *Las asociaciones*

El art. 16 de la ley 14.555, ya de antaño, facultaba a las asociaciones profesionales para representar los intereses individuales de cada uno de sus asociados ante la administración y la justicia, por derecho propio o como terceristas, cuando por la naturaleza de la cuestión pudiera afectar intereses de la actividad o categoría sindical de que se trate.[1] En su momento la norma se interpretaba a veces restrictivamente, exigiendo que el caso sometido a la justicia afectara a la totalidad de los afiliados y no a uno sólo de ellos o a un grupo de ellos.

Igual solución amplia existe en el plano supranacional, pues las asociaciones, sindicales o no, tienen expedita la vía ante la ComisiónIDH, a pesar de no ser ellas mismas personas físicas ni actuar en nombre o representación de sus asociados. Así lo establece el art. 26 del reglamento de la ComisiónIDH, que confiere legitimación a "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros," los que pueden actuar "en su nombre propio *o en el de terceras personas*."[2] Es lo mismo que en los casos *Asociación Benghalensis*, *Consumidores Libres*, *ADECUA*, etc., que en el orden local no actúan por sus asociados sino por terceros y fueron sin embargo legitimados para actuar en justicia.[3]

La citada norma ha sido interpretada en el sentido de que el interés no ha de considerarse exclusivamente con relación a la asociación profesional, sino también al de sus afiliados e incluso "al efectivo cumplimiento de las reglamentaciones que les protegen o le son inherentes."[4] El mismo criterio se amplió en las leyes 20.615, 22.105 y 23.551,[5] que precedieron la solución genérica que vendría luego a dar la Constitución de 1994,[6] superando las leyes precedentes. La importancia de

[8.10] Ver *LL*, 1995-D, 304, *Schroder*, Sala III; *LL*, 1995-E, 516, *Consumidores Libres*; *LL*, 1996-B, 517, *Confederación Unificada Bioquímica de la República Argentina*, Sala II; *LL*, 1996-B, 520, *Garrido y Marcos*, Sala II; *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, pp. 67, 88 y 92.

[9.1] Art. 16, inc. 2º.

[9.2] *Supra*, t. 1, *Parte general*, *op. cit.*, cap. VI, notas 1.5 y 2.13. Ver también el art. 44 de la Convención de San José, el art. 22 inc. 2 y el art. 23 del reglamento de la CorteIDH.

[9.3] *Infra*, cap. XVI, "La justicia administrativa internacional," § 1, "Observaciones comunes."

[9.4] PTN, *Dictámenes*, 91: 184, 185; DEVEALI, MARIO, *Derecho sindical*, Buenos Aires, 1952, p. 93. El criterio se ha extendido, como surge de *Gambier I* y *II*, *Torello*, *Asociación Benghalensis*, *Labatón*, *Verbrugghe*, *Viceconte*, *Monges*, *Ekmedjian*, *Blas*, *Barsanti*, *Defensora del Pueblo nº 3*, etc.: *supra*, caps. II y III.

[9.5] Dice el art. 23 de la ley 23.551: "La asociación a partir de su inscripción, adquirirá personería jurídica y tendrá los siguientes derechos: *a)* Peticionar y representar, a solicitud de parte, los intereses individuales de sus afiliados; *b)* Representar los intereses colectivos, cuando no hubiere en la misma actividad o categoría asociación con personería gremial." Esta fórmula queda superada con el inc. *b)* y el art. 43 de la Constitución nacional.

[9.6] Otras leyes que prepararon el cambio *supra*, cap. III, § 2.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

la legitimación administrativa y judicial de todo tipo de asociación es fundamental para la vigencia del derecho.[7] Esa legitimación se confirma con la ley 24.240 y el art. 43 de la Constitución.[8]

10. *El interés puede ser patrimonial o moral*

El interés suficiente para conferir legitimación o calidad de parte en un procedimiento administrativo o jurisdiccional a un sujeto de derecho, puede ser patrimonial (material, pecuniario) o también moral.[1] Pero es más, aún el interés moral no necesita ser actual, inmediato. Se ha admitido que puede ser retrospectivo o ultraactivo.[2] El concepto de interés "moral" es tomado en sentido psicológico, subjetivo o valorativo, por oposición a "interés material"[3] y por ello comprende los casos de intereses de orden moral o religioso, intelectual, filosófico, artístico, etc.[4] Incluye también el interés en hacer respetar una situación, una prerrogativa, o un rango honorable,[5] como un nombramiento o una mención honorífica.[6] Desde luego, en todos los casos se requiere que el interés en cuestión sea reconocido como valioso y digno de ser defendido.[7] La apreciación del interés debe hacerse desde el punto de vista del recurrente. Cabrá dar mayor amplitud al concepto de "interés artístico," cuando se trate de un artista, de profesión o vocacional; de "interés intelectual," cuando se trate de un estudioso, etc. Lo que para un creyente puede ser de suma importancia y conferirle legitimación para accionar[8] puede no tenerla para un no creyente, el cual podrá entonces en igual situación carecer de interés tutelable. Cabe pues reconocer el interés moral a quien por su situación u ocupación

9.7 Como lo explican BRAIBANT y STIRN, *op. loc. cit.*

9.8 Normas posteriores de algún modo lo presuponen, como el art. 9º del decreto 229/00: "A los efectos de la aplicación del presente Decreto, se consideran Servicios a los Ciudadanos a las prestaciones que el Estado brinda, por sí o por terceros, a los particulares, *grupos de ellos* o personas jurídicas, a fin de satisfacer sus necesidades, en virtud de las responsabilidades y competencias que le son propias."

10.1 Ampliar *infra*, § 17. Confr. BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, La Ley, 1964, 6ª ed., p. 216, BODDA, *op. cit.*, p. 20: doctrina uniforme. Alguna vez se negó el interés moral, por considerar que siendo "legítimo" el interés, debía provenir de una norma jurídica, lo que excluiría lo moral. Sin embargo, es de advertir que lo que debe provenir del orden jurídico es sólo el principio que demuestre la antijuridicidad del acto atacado; lo que aquí se trata es si ese acto, objetivamente antijurídico, puede ser impugnado por quien se ve afectado moralmente por él, aunque no pecuniariamente; y la respuesta afirmativa es así correcta.

10.2 *Infra*, § 18, "El interés moral ultraactivo."

10.3 Conf. KORNPROBST, *op. cit.*, p. 135, nota.

10.4 GABOLDE, *op. cit.*, p. 145 y jurisprudencia que cita.

10.5 GABOLDE, *op. loc. cit.*

10.6 KORNPROBST, *op. cit.*, p. 136.

10.7 KORNPROBST, *op. cit.*, p. 132, admite que pueda ser inmoral. Se trata del precedente del Consejo de Estado frances, *Dol et Laurent*, del año 1919 en que dicho interés fue tutelado incluso en las circunstancias excepcionales y del ejercicio de los poderes de guerra. Ver MARCEAU LONG, PROSPER WEIL, GUY BRAIBANT, PIERRE DELVOLVÉ, BRUNO GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 14ª ed., París, Dalloz, 2003, cap. 35, pp. 214-6.

10.8 *Ekmekdjian*, CSJN, *Fallos*, 308: 647; *ED*, 148: 354, año 1992.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

puede acreditar, incluso por presunciones,[9] un interés subjetivo u objetivo[10] en la cuestión de que se trate. De tal manera, es también admisible que una asociación creada para defender ciertos y determinados principios, pueda recurrir contra decisiones que afectan los principios que ella tiene por misión defender o propagar.[11]

11. *El interés puede ser subjetivo*

El interés, como puede advertirse, es una apreciación conforme a las condiciones personales del actor. Una medida que afecta a la generalidad de los habitantes puede así no afectar intereses de grupos determinados; pero pueden existir individuos o grupos de individuos que sean alcanzados con más intensidad por la misma disposición, con lo que pueden llegar a justificar suficiente interés para atacar el acto. Aquí es donde mejor advertimos que el interés legítimo ha quedado superado por el derecho de incidencia colectiva, que no haría ya semejante distinción. Así p.ej., una decisión referente a lugares de camping afecta en general a toda la colectividad, ya que son todos los individuos los que tienen derecho a visitar un lugar de camping. Pero un individuo que aduce su calidad de miembro de una asociación de camping y que efectúa su práctica asidua, se encuentra en una situación particular y no en la de cualquier ciudadano. Tiene por lo tanto suficiente interés legítimo, en la vieja categorización, para reclamar.[1] Esto demuestra que la apreciación del interés debe hacerse conforme a las condiciones personales del recurrente y en ese sentido afirmamos que el interés "puede ser subjetivo." Es decir que la situación de cada sujeto puede dar una distinta inflexión, con respecto a él, a un acto determinado. Pero la apreciación de si ese sujeto tiene o no un interés legítimo no es "subjetiva," en el sentido de que dependa de una manifestación de voluntad del interesado, afirmando que a él le interesa impugnar el acto; por el contrario, dicha apreciación es siempre resuelta objetivamente, atendiendo a esas condiciones personales o a la situación individual. Reiteramos que estas apreciaciones son para explicar antiguas características de una categoría en vías de extinción, en tanto no llegue el momento de pronunciarla formal y oficialmente superada, de una vez y para siempre, por el derecho de incidencia colectiva. Sólo hace falta que éste quede firmemente reconocido y aplicado por todos los tribunales del país: ese momento no ha llegado aún, pero tampoco se encuentra demasiado distante.

[10.9] *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo Nacional*, CNFed CA, Sala IV, *LL*, 1997-E, 535; *Youssefian*, Sala IV, *LL*, 1997-F, 270 (cautelar), sentencia definitiva, *LL*, 1998-D, 712; los terceros afectados por la sentencia en *Asociación Benghalensis*, causa 33.929/96, Sala I, 7-II-97 (cautelar) y 19-XII-97 (sentencia definitiva); CSJN, *LL*, 2001-B, 126.

[10.10] *ADECUA c/ ENARGAS*, Sala IV, *LL*, 1998-F, 339, año 1998; *Consumidores Libres*, *LL*, 1995-E, 516; puede considerarse una solución firme.

[10.11] Así el Consejo de Estado francés, *Ligue Nationale de Défense contre l'Alcoolisme*, 1934, citado por GABOLDE, *op. cit.*, p.146. Es el caso de *Consumidores Libres*, constituida, autorizada e inscripta para defender los derechos de los usuarios en general. Hay desde luego otras.

[11.1] Caso *Abisset*, Consejo de Estado, 14-II-1958, citado por DEBBASCH, *op. cit.*, p. 284.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

12. *El interés puede ser actual, eventual o retrospectivo*

Si bien en principio el interés debe ser actual,[1] ello no es absoluto. Por de pronto, es importante señalar que hay interés actual no sólo cuando se produce o ha producido un daño material[2] o moral, sino también cuando el daño está próximo a cumplirse y cuando se efectúa una modificación reglamentaria a la situación jurídica del particular. Es que las disposiciones generales afectan en forma actual e inmediata los intereses de las personas que deben someterse a ellas o cuyas situaciones jurídicas son de alguna manera modificadas por ellas. Tal interés existe prescindiendo de que la norma se ejecute o no en los hechos. "Las resoluciones dictadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que constituyen una «decisión» en el sentido técnico que son contempladas por el Decreto 7520 (primer apartado del art. 1º), que implican una manifestación de voluntad de la administración al admitir la existencia legal de la obligación del administrado y son susceptibles de lesionar en forma directa y actual los derechos o intereses legítimos de este último, son impugnables por la vía del recurso jerárquico. Cabe agregar todavía que ante una resolución que origina nuevas obligaciones o introduzca variantes en el ámbito jurídico del administrado, se está en presencia de lo que se denomina una medida constitutiva —por oposición a las meramente declarativas, sin efectos legales propios— que, por causar gravamen, hace procedente el recurso jerárquico."[3]

13. *Interpretación de este principio en la práctica argentina*

Este mismo dictamen deja ya traslucir la aceptación del interés eventual como base de un recurso administrativo; dicha aceptación cuenta también con antecedentes jurisprudenciales franceses; se ha dicho así que "no es necesario que el acto atacado provoque ya mismo por sus efectos la situación que justifica el recurso. Este puede ser presentado en la eventualidad de la aplicación ulterior y posible del acto."[1]

Esto presupone, en el caso de los recursos, que existe un acto que origina el interés eventual: si sólo hay medidas preparatorias de actos administrativos, el interés es también "eventual" pero ya no es suficiente para justificar un recurso; en tales hipótesis sólo serían admisibles simples escritos de procedimiento, sin carácter formal de recurso.

Así en el caso de una resolución meramente preparatoria de un funcionario que "no tenía competencia suficiente para resolver sobre el punto," ni tampoco había dictado el acto con voluntad de producir ese efecto jurídico, la Procuración del

12.1 Así lo dice en general la doctrina. Ver p. ej. BODDA, *op. cit.*, p. 19.
12.2 DEBBASCH, *op. cit.*, pp. 307-9.
12.3 PTN, *Dictámenes*, 71: 290.
13.1 GABOLDE, *op. cit.*, p. 145, quien señala que la justicia exige al menos la inminencia de la amenaza que pesa sobre el recurrente.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Tesoro de la Nación ha sostenido que "cuando los interesados interpusieron sus recursos, no existía lesión efectiva de sus derechos e intereses sino solamente la posibilidad de que esa lesión se produjese. Mientras no hubiera sido emanado el acto administrativo adverso al solicitante, éste no podría interponer así sea en subsidio, recurso jerárquico, esto es, para el evento de que se produjese la lesión de su derecho subjetivo o interés legítimo, porque faltaría la actualidad de su interés, condición entre otras, para la procedencia del recurso."[2]

14. *Evolución actual. El resurgimiento de la denuncia de ilegitimidad*

Esta solución ha sido justamente criticada de formalista en exceso. Es suficiente con que una persona manifieste su voluntad una sola vez en el sentido de qué es lo que pretende o reclama de la administración pública, para que ésta se encuentre con la posibilidad e incluso con el deber jurídico de resolver esa presentación, hubiere o no sido dictado el acto adverso al momento de su interposición. Ello dimana también del expreso derecho que el decreto 229/2000 reafirma a las personas a que sean resueltos *en cuanto al fondo* —obviamente— tanto sus recursos y reclamos como sus *denuncias*.[1] Lo cual debería, en buen derecho, hacer desaparecer la tendencia de las últimas décadas a quitar todo derecho y toda expectativa al que interpusiere una denuncia de ilegitimidad. Es una etapa que cabe considerar relegada a la época histórica en la cual nació y floreció.

15. *El problema del interés en los recursos interpuestos en subsidio*

Como surge de lo anteriormente dicho, la orientación administrativa fue a veces estricta en exigir un interés actual, rechazando la posibilidad de que un interés eventual justifique la interposición del recurso.[1] Se ha dicho así, en un pasado ya muy distante, previo al decreto–ley 19.549/72 y su reglamento, que el recurso jerárquico interpuesto en subsidio, juntamente con el de revocatoria, habría sido improcedente. Se argumentaba en tales tiempos que la lesión de los derechos subjetivos o intereses legítimos del recurrente, que condicionaba el recurso, debía ser actual y ello no ocurriría mientras no se dictara el acto administrativo adverso a sus pretensiones; en el caso, el rechazo del recurso de revocatoria.[2] La solución cambió en nuestro país en 1972, pero ya el derecho uruguayo se había adelantado y admitía la posibilidad de presentar el recurso de revocatoria y el recurso jerárquico en subsidio.[3]

[13.2] PTN, *Dictámenes*, 73: 153.

[14.1] Dice el art. 3º, inc. *i*): "DERECHO a que la Administración dicte resolución expresa ante sus peticiones, solicitudes o *denuncias*."

[15.1] Aunque no se admita el "interés eventual" para recurrir, sí se admite el interés para actuar hasta que se produzca el acto lesivo que hace nacer al interés actual para recurrir.

[15.2] PTN, *Dictámenes*, 38: 38; 55: 342; 69: 105. ZANOBINI, *op. cit.*, p. 65: uniforme.

[15.3] REAL, ALBERTO RAMÓN, "Recursos administrativos," en *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*, t. 3, Montevideo, 1962, § 1-4, p. 22.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Dicha tesitura[4] fue recogida por el decreto 1.759/72, que admite los recursos en subsidio, *v.gr.* el recurso de reconsideración (art. 88). Quedan algunos pasos por dar, en lo que se refiere a la unidad del recurso administrativo.[5]

16. *El interés retrospectivo*

El interés retrospectivo existe cuando un acto que produjo efectos durante un lapso y luego fue extinguido *ex nunc*, haya afectado a un individuo: éste tiene un interés retrospectivo a lograr la anulación *ex tunc* del acto;[1] desde luego, también puede ser un interés moral retrospectivo.

En el ámbito *judicial* nacional, en que no se tutelaba tanto el interés legítimo como el derecho subjetivo y los derechos de incidencia colectiva, los tribunales han sido contrarios a resolver cuestiones que en sentido material hayan devenido "abstractas," entendiendo por ello que los hechos pertenecen al pasado. Pero la calificación jurídica de un acto sigue teniendo interés moral para la sociedad, incluso cuando el acto se ha extinguido por cumplimiento o cualquier otra vía. Es una cuestión que interesa a la vigencia del Estado de Derecho, pues está en tela de juicio el ejercicio legítimo del poder público. Dado que se postula la vigencia del principio de legalidad, no parece que pueda considerarse "abstracto" o "carente de interés" determinar si la administración violó o no ese principio de legalidad. Pues si no existe interés jurídicamente tutelable, tampoco existe el principio de derecho explicitado. Es el mismo problema que explicamos al comienzo del cap. II.

17. *Cuándo se aprecia el interés*

En principio, el interés debe existir y se aprecia con referencia al momento en que se interpone el recurso[1] Sin embargo, se admite también que si el interés es adquirido sólo con posterioridad a la presentación del recurso, pero antes de la decisión definitiva, el recurso es procedente.[2]

Este criterio, teóricamente correcto a nuestro juicio, no es el imperante en la práctica administrativa argentina, aunque tiene distinguidas excepciones. En cuanto a la regla, se ha dicho en alguna ocasión que un recurso presentado contra una medida preparatoria era improcedente, por faltar el interés actual al momen-

15.4 Lo sostuvimos en *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Jorge Álvarez Editor, 1964, 1ª ed., cap. IV y en *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, 2ª ed., cap. XII.

15.5 Lo explicamos en el t. 4, *op. cit.*, cap. III, § 22.

16.1 GABOLDE, *op. loc. cit.* y los fallos que cita.

17.1 ODENT, RAYMOND, *Contentieux administratif*, t. II, París, 1958, p. 470. En criterio similar, BODDA, *op. cit.*, p. 19, admite que el interés pueda existir dentro del término de presentación del recurso. Los casos de interés no actual por tratarse de una lesión futura a una situación jurídica generalmente son los de proyectos de actos, actos sometidos a referéndum o aprobación, etc., en los que el acto todavía no es apto para producir directamente el efecto jurídico lesivo.

17.2 ODENT, *op. cit.*, pp. 470-1.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

to de la interposición del recurso, aunque con posterioridad al recurso se dictara un acto del tenor del que se proyectaba. "Si se tiene en cuenta que el escalafonamiento de los interesados se produjo con posterioridad a sus presentaciones, la improcedencia del recurso resulta evidente por no existir al tiempo de su interposición contra la providencia de que se agravia, interés suficiente para su sustentación."[3] Ello significa que en nuestra práctica tradicional era necesario presentar otra vez el recurso cuando el acto proyectado era efectivamente dictado.[4] Demás está decir que la solución es injusta e inútilmente formalista y que debe ser corregida en atención, entre otras razones, al principio de la buena fe administrativa. Lo que debe analizarse es si hay interés en el sentido de lesión a la situación jurídica del recurrente, sea ella material (ergo, actual) o moral (actual o retrospectiva y, por qué no, futura). Lo que interesa, en consecuencia, es si la lesión existe al momento de interponerlo *o de resolverlo*. Si al momento de decidirse, el proyecto de acto que se atacaba no fue transformado en acto administrativo, o si el referendo no fue otorgado o no fue conferida al acto la aprobación que requería para producir efectos jurídicos, entonces puede ser admisible la solución tradicional de rechazar el recurso por falta de agravio del recurrente. Pero, si después de presentado el recurso se confirman los temores del peticionante y el acto es realmente dictado y produce sus efectos jurídicos, parece impropio pretender que el recurrente carece de agravios, al momento de tomarse la decisión sobre el recurso, porque no los tenía al momento de recurrir. Aducir semejante cosa cuando consta que el acto que se impugnaba ha sido efectivamente dictado, sólo que después de la impugnación, no sólo es manifiestamente irreal y por tanto arbitrario, sino también malicioso. Posteriormente se concretó una posibilidad de cambio de tal criterio, ya que en un ulterior dictamen se ha dicho que "el momento en el que es suficiente que se den los requisitos de la admisibilidad del recurso es el del decreto que lo resuelve;"[5] este concepto, que es el que propugnamos, fue incluido incidentalmente y en cierto modo supletoriamente, pero es muy posible que llegue a afirmarse, modificando entonces el criterio tradicional. De cualquier manera, por razones prácticas, convendrá reiterar el recurso ya interpuesto contra un proyecto, acto no aprobado, acto sometido a referéndum, etc., una vez que el proyecto se convierta en decisión definitiva o la aprobación o refrendo sean otorgados: ello evitará toda discusión futura sobre la actualidad del interés.

18. *El interés moral ultraactivo*

Aunque el recurrente haya tenido interés al momento de la presentación del recurso, si por causas posteriores deja de tenerlo, se dice que el recurso se transforma en

17.3 PTN, *Dictámenes*, 73: 153.

17.4 Tributo, como pocos, al más exagerado de los inútiles formalismos.

17.5 PTN, *Dictámenes*, 86: 48, 50 vta.; se siguió allí la opinión de GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Aguilar, 1962, 2ª ed., p. 383.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

improcedente. Ha perdido en tal caso, se sostiene, el interés legítimo para seguir siendo considerado como parte.[1] Ello es así a menos que pueda invocarse la subsistencia de un interés moral en la declaración retroactiva de nulidad. En efecto, aquella solución no dejaba de tener sus problemas, pues importaba contravenir el principio general del procedimiento administrativo conforme al cual incluso en caso de desistimiento del particular, la administración sigue teniendo obligación de resolver si hubo o no ilegalidad en la conducta impugnada.

También hace al interés público en el mantenimiento del principio de legalidad. Por otra parte, el recurrente pudo haber perdido el interés material en el resultado del acto y de su impugnación, pero no por ello pierde el interés moral en que se resuelva si la conducta impugnada era o no conforme a derecho. Muchas veces los recurrentes se cansan de lo que perciben como una excesiva demora de la administración, o en el mejor de los casos obtienen otra solución a su problema, pero ello no libera a la administración de la obligación genérica de resolver. Se podrá objetar que esto importa un recargo innecesario de tareas. Pero ello significa no advertir que el recargo de tareas proviene en primer lugar de la comisión de actos ilegítimos. Y es esto lo que debe procurarse prevenir y evitar, al menos mediante la declaración de ilegitimidad de los actos que merezcan ese calificativo.

Si el interés para recurrir se juzgara al momento de la interposición del recurso, entonces ese principio debería mantenerse también si el recurrente pierde su interés —y con él, por supuesto, también su recurso— con ulterioridad al acto de interposición del recurso administrativo. No vemos qué inconveniente de orden lógico o práctico existe en admitir que también pueda ganar dicho interés luego del recurso y antes de la decisión. Puede ocurrir que la pérdida del interés se presente bajo la forma de revocación del acto impugnado, producida independientemente del recurso interpuesto. P. ej., si se impugna un acto de un director nacional ante el Poder Ejecutivo y el secretario de Estado revoca el acto, el recurrente perdería el interés de que el propio Poder Ejecutivo, el Jefe de Gabinete o el ministro se pronuncie. Allí faltaría el interés o gravamen actual en la resolución del recurso.

Sin embargo, a veces la revocación del acto atacado no hace perder el interés, pues éste puede subsistir, no ya desde un punto de vista material, sino moral. En tal sentido, la Sala I de la Cámara Nacional en lo Contenciosoadministrativo Federal, *in re Castro, Ángel*,[2] resolvió por mayoría de votos que tenía interés y el caso no había devenido abstracto, el postulante perdidoso en un concurso, aunque al momento de la sentencia quien resultara ganadora del concurso ya no revistaba en el cargo.

En otro ejemplo, si un acto sanciona a un individuo por la supuesta comisión de determinada infracción y aquél lo impugna, una "condonación" de sanciones ad-

[18.1] ODENT, *op. cit.*, p. 471; BODDA, *op. cit.*, p. 19.
[18.2] *LL*, 2000-B, 305, año 1999.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ministrativas por motivos de gracia no le quita en modo alguno legitimación para que se declare, si así corresponde, que la infracción no fue cometida y que fue indebidamente sancionado, antes que graciosamente "perdonado" por una "infracción" o un "delito" no cometidos.[3] En esta perspectiva, consideramos que tampoco se pierde el interés retrospectivamente, con respecto al tiempo en que el acto estuvo en vigencia, pues subsiste actualmente al menos como interés moral, jurídicamente tutelable según estamos viendo.

19. *El interés moral exclusivo o dominante*

Por fin, hay situaciones en que el interés moral es la única o principal preocupación del derecho, sin ninguna connotación importante en lo material o económico de la tutela.[1] El concepto de interés moral se utiliza entonces en el sentido de espiritual, intelectual, mental, etc., por oposición a material o de contenido económico. El caso más destacado es *Ekmekdjian*, previo a la reforma constitucional, en que se aceptó la legitimación de un creyente ofendido en sus sentimientos por un programa televisivo.[2] Pero hay más.

a) Del mismo tenor moral es una acción, en nuestro país, que busca evitar la repetición de situaciones viales propicias a los accidentes (*Dalbon*), o

b) Investigar la verdad del pasado (*Urteaga*).[3]

c) Es un supuesto de interés moral tutelable el que permite pedir sanciones a quienes maltratan a los animales.[4]

d) Es la situación de los inscriptos en el padrón electoral que piden judicialmente que el Tribunal Electoral corrija algún vicio del padrón del que forman parte, sea o no directamente vinculado a su propia persona; del procedimiento electoral, etc.

e) Las acciones de GAMBIER por el teatro Odeón[5] o contra el financiamiento estatal de una campaña política,[6] se fundan en un interés moral, no material.

[18.3] Era el caso del indulto a *Norman Brisky*, que analizamos en la primera edición de *Derechos Humanos*, 1990 y reimpresión 1992.

[19.1] En el caso de la comuna francesa de *Saint-Just-Chaleyssin*, el prefecto había resuelto exhumar de oficio una parte de los cuerpos del cementerio local, para hacer disponible más lugar. El Tribunal de Conflictos consideró que el acto era ilegal pues constituía "una violación al respeto debido a los muertos" y constituía una vía de hecho. BRAIBANT y STIRN, 1999, 5ª ed., *op. cit.*, pp. 194-5. Otros ejemplos en el Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires, arts. 43 y ss. Estos bienes colectivos o individuales habilitan la vía judicial, como recuerda MILITELLO, SERGIO A., *Código contravencional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 82.

[19.2] *Ekmekdjian*, CSJN, *Fallos*, 308: 647; *ED*, 148: 354, año 1992.

[19.3] CSJN, *Urteaga*, *LL*, 1998-F, 237.

[19.4] Ver y comp. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO y otros, *Los animales y el derecho*, Madrid, Civitas, 1999, p. 107: "en defensa de la colectividad, herida en su sensibilidad."

[19.5] Que encuentra apoyo también en el derecho local. Ver al respecto MILITELLO, *op. loc. cit.*

[19.6] *Op. cit.*, cap. II y en el cap. III, § 6.6.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

f) Lo propio ocurre con quienes cuestionan cláusulas nulas de contratos que son *inter alios acta*,[7] aunque tengan efectos indirectos de índole material para la jubilada actora.[8]

g) Comprende también el goce del medio ambiente y con él su tutela (CN, art. 41).[9]

h) La protección contra daños potenciales a la salud pública,[10] etc.

i) Es moral el interés que se tutela en el *hábeas data*,[11] pues la privacidad, la intimidad, pertenecen fundamentalmente a la esfera de lo espiritual y no de lo material. Con todo, el derecho a la imagen puede llegar a tener contenido económico si se trata de un artista, que debe administrar la imagen como un recurso.[12]

j) De igual naturaleza es el derecho a ver un espectáculo que la administración quisiera prohibir, o asistir al culto y en general practicar sus creencias en libertad y sin ofensas.[13]

k) El derecho a informarse y a la libertad de prensa es igualmente, en primer lugar, un interés moral o intelectual, íntimamente vinculado al ámbito de libertad del ser humano.

l) Igual cosa corresponde respecto del derecho a participar en una audiencia pública que se omite realizar,[14]

ll) A que un ente regulador esté bien constituido,[15] etc.

19.7 *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275.

19.8 *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, BELTRÁN, "Civismo y amparo...," *op. cit.*

19.9 Los casos ya vistos: *Schroder*, *Defensoría de Menores nº 3*, *Dalbón*. El medio ambiente sano involucra, como es obvio, una vida sana, o sea el derecho a la salud que pauta el art. 41. Allí aparecen otros casos como *Viceconte*, *Asociación Benghalensis*, etc. Nos remitimos a lo desarrollado en los caps. II "Derechos de incidencia colectiva" y III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva."

19.10 *Asociación Benghalensis*, causa 33.929/96, Sala I, 7-II-97 (cautelar) y 19-XII-97 (sentencia definitiva), *LL*, 2001-B, 126 (sentencia de la CSJN); *Viceconte*, Sala IV, *LL*, 1998-F, 305, firme.

19.11 *Supra*, cap. III, § 6.5, "El caso de los bancos de datos y la privacidad;" GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, *LL*, 2005, 3ª ed., pp. 504-521.

19.12 En tal caso corresponde indemnización por daño material, no moral. Pero no son casos fáciles.

19.13 CSJN, *Ekmekdjian, Fallos*, 308: 647; *ED*, 148: 354, año 1992.

19.14 El caso *Youssefian*, sala IV, que el actor desistió cuando iba a la CSJN, con lo cual quedó abstracto *pero firme*. Ver *LL*, 1997-F, 270 y *LL*, 1998-D, 712, año 1998.

19.15 *ORSNA*, Juez Dr. SILVA GARRETÓN, segunda causa iniciada por *ADECUA*.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Capítulo V

EL "PODER DE POLICÍA"

1. *Poder o función. Autoridad o libertad*

La doble noción de "policía" o "poder de policía" fue una de las más empleadas y la que más se prestaba a abusos por los equívocos a que dió lugar, confundiendo una frase ambigua con el sustento normativo para limitar derechos individuales. En la actualidad, las obras generales ya no traen un cap. sobre el tema,[1] como lo puntualiza BANDEIRA DE MELLO;[2] o se sustituye el término en obras puntuales[3] o generales.[4] A veces lo mantienen, coincidiendo en la crítica, aclarando que no se trata de una construcción jurídica.[5] Otros autores mencionan la posibilidad de eliminarla, pero dudan si llegó el momento.[6] La tónica general, en Europa al menos, es la que en su momento hemos adoptado.[7] En este capítulo el derecho

[1.1] Ver, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 12ª ed., t. II, 9ª ed., Thomson/Civitas-La Ley, Buenos Aires, 2006, en ambos casos es 1ª ed. argentina, con notas de AGUSTÍN GORDILLO; MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, Trivium, 1999, 20ª ed.

[1.2] BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Curso de direito administrativo*, San Pablo, Malheiros, 2004, 17ª ed., cap. XIII, sección I, § 6, p. 717, quien expresa: "La crítica [...] fue [...] bien hecha por Agustín Gordillo [...] a quien hoy damos razón y según quien sería mejor que fuese eliminada del vocabulario jurídico. Actualmente, en la mayoría de los países europeos [...] el tema es tratado [...] no más bajo el rótulo de «poder de policía»."

[1.3] SUNDFELD, CARLOS ARI, *Direito administrativo ordenador*, San Pablo, Malheiros, 1993; "Administração ordenadora," en BANDEIRA DE MELLO (coord.), *Direito administrativo na Constituição de 1998*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 59 y ss.

[1.4] VALLE FIGUEIREDO, LUCÍA, *Curso de derecho administrativo*, San Pablo, Malheiros, 2000, 4ª ed., cap. XI, § 4, pp. 283-6.

[1.5] BANDEIRA DE MELLO, *Curso..., op. loc. cit.* El cambio de opinión que expresa es respecto a su prólogo al excelente trabajo crítico a este cap., por BEZNOS, CLOVIS, *Poder de polícia*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1979, que nos distinguiera con su pormenorizada y conceptuosa crítica.

[1.6] MARTÍNEZ, PATRICIA R., "Policía y poder de policía," en FARRANDO (H.), ISMAEL Y MARTÍNEZ, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, pp. 505-6; GUAJARDO, CARLOS A., *Código Alimentario Argentino. Su valoración jurídica*, Mendoza, EJC, 1998, p. 137.

[1.7] Uno de los primeros en advertirlo, en nuestra lengua, fue GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El administrado*, Madrid, Abella, 1966, p. 12, citando afectuosamente nuestro primigenio trabajo "La crisis de la noción de poder de policía," 1960.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

administrativo repite la tónica de abuso semántico del lenguaje en favor del poder de turno, que ya denunciáramos.[8] Pero el tema reaparece siempre bajo nuevos vocablos, nuevos capítulos, nuevas cabezas de Hidra: necesidad y urgencia, delegación legislativa, etc. Es la eterna lucha contra el poder incondicionado que deben librar los que pretenden vivir en un estado democrático de derecho.

El aditamento de "Poder" es inexacto: el poder estatal es uno sólo. La llamada división de "poderes" consiste en una división de "funciones" (legislativa, administrativa, jurisdiccional) y de órganos (legislativo, administrativo y jurisdiccional.) La policía o el "poder de policía" no son órganos del Estado, sino una parte de alguna de las funciones mencionadas.[9] Esta cuestión semántica tiene implicancias políticas e ideológicas. Desde un punto de vista político, hablar de policía o poder de policía es tomar como punto de partida el poder del Estado sobre los individuos. Tal como veremos en el caso *Cine Callao*,[10] ese punto de partida ideológico llevó a error CSJN, que en esencia sostuvo que porque el Estado detentaba el poder, tenía además derecho,[11] en el caso. Sin embargo, el Estado tenía el poder pero no tenía el derecho.

También se ha utilizado la fraseología para confundir el ámbito expreso de la legislación del de la reglamentación, pretendiendo que la administración puede ejercer facultades legislativas,[12] p. ej. a propósito del art. 42 de la Constitución. En todo caso, el derecho norteamericano[13] que mucho ha sido utilizado para invocar el "*police power*" prefiere hoy en día referirse simplemente a la regulación ("*regulation*") o también "*rulemaking*" para designar la emisión administrativa de normas, diferenciándola de la específica legislación ("*legislation*") producida por una legislatura representativa.

Luego de haber el país ratificado por ley la Convención Americana de Derechos Humanos, ella lo compromete interna e internacionalmente a respetar una serie de garantías individuales. Al haber incluido las convenciones de derechos humanos en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, no pueden sus juristas partir

[1.8] En el cap. I, § 3, "Un «derecho» legitimador del poder absoluto," § 4, "El lenguaje del poder incondicionado," § 2.3, "La búsqueda del poder incondicionado."

[1.9] Confr. VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1949/50, t. V, p. 99 y ss.

[1.10] O, si el lector estudió Derechos Humanos, lo vió al analizar la guía de lectura de dicho caso. Nos remitimos a GORDILLO y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, 5ª ed., cap. XI, pp. 38-9.

[1.11] Traspolamos la frase de CARRIÓ, GENARO, citada *supra*, t. 1, *Parte general*, cap. I.

[1.12] STRAUSS, PETER L., "From Expertise to Politics: The Transformation of American Rulemaking," en *Las formas de la actividad administrativa*, Caracas, Funeda, 1996, p. 335 y ss. y su anterior *The Rulemaking Continuum*, 41 "Duke Law Journal," 1992, p. 1463 y ss., esp. pp. 1468-9. Por lo demás y como recuerda GUAJARDO, *op. loc. cit.*, la idea norteamericana no era tampoco la que tomaron nuestros fallos y autores, pues se refería a la división de facultades del Congreso federal y las legislaturas locales.

[1.13] A pesar de las claras Opiniones Consultivas en contrario de la CorteIDH, obligatorias internamente: *Giroldi*, *Bramajo*, *Arce*, etc. que explicamos en el t. 1, cap. VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

del poder del Estado como noción fundante de un sistema.[14] Deben partir de las libertades públicas y derechos individuales, es el derecho positivo vigente. Lo mismo se aplica a las inversiones extranjeras, que tienen un sistema de revisión arbitral internacional para la tutela de esos derechos de carácter económico.[15]

Deben pues, si explican el sistema jurídico de nuestro país, partir de los derechos de los individuos, que son la base del sistema democrático de gobierno.[16] Podrá haber limitaciones a tales derechos y las habrá, sin duda, pero el que explica y analiza el sistema jurídico administrativo no puede partir de la limitación, para entrar después inevitablemente a las limitaciones de las limitaciones.[17]

Cabe partir del derecho que se ejerce y en su caso señalar hasta dónde se lo puede ejercer, no existe otra metodología posible en un estado democrático de derecho. Ya hasta los programas de enseñanza de la Facultad tienen una materia dedicada a la enseñanza de los derechos humanos, donde tanto se explican los derechos como sus limitaciones, pero siempre partiendo de los derechos y libertades. ¿Cómo hacer lo contrario en derecho administrativo? El derecho constitucional también enseña, en su parte dogmática, los derechos individuales y sus limitaciones. ¿Qué tiene que hacer el derecho administrativo, a contramano de los demás derechos, teorizando a partir de las limitaciones?

Solamente puede hacerlo si se define al derecho administrativo como el derecho de la administración y no el de los administrados, si se piensa que la administración necesita más poder y los individuos menos, si se cree que el fundamento del sistema constitucional argentino es ese, si se olvida que estamos sometidos a un orden jurídico internacional de los derechos humanos.

Es un contrasentido explicarles en primer año a los alumnos cuáles son sus derechos y limitaciones, reiterarlo luego en derecho constitucional y dar una *volteface* o contramarcha en el derecho administrativo, elaborando toda una "teoría" dedicada exclusivamente a las limitaciones a tales derechos.[18]

1.14 Desde 1994 ratificamos tratados de derechos humanos; mal podemos dedicar "teorías" a la *limitación* de esos derechos. Así, la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (ley 24.632), prevé en su art. 11 pedir opiniones consultivas a la CorteIDH, obligatorias en el derecho interno (*Giroldi, LL*, 1995-D, 462; *Bramajo, DJ*, 1996-196 y *Arce, LL*, 1997-F, 697); la convención interamericana sobre desaparición forzada de personas (ley 24.820, que le da jerarquía constitucional); la convención interamericana contra la corrupción; la convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (ley 25.319); la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional (ley 25.632), etc.

1.15 Como explicamos, *infra*, cap. XVII, "El arbitraje administrativo nacional."

1.16 SÁENZ, JORGE A., "Gordillo, la función administrativa y la democracia," en BOTASSI, CARLOS A. (dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, LEP Librería Editora Platense, 2003, pp. 69-78, esp. 77; BOTASSI, "Presentación," en BOTASSI (dir.), *Temas...*, *op. cit.*, pp. 9-14, esp. 11.

1.17 Ver HUTCHINSON, TOMÁS, "La actividad administrativa de policía y las garantías de los derechos constitucionales," en *Las formas de la actividad administrativa*, Caracas, Funeda, 1996, p. 95 y ss.

1.18 El derecho administrativo no debería mostrar una autocontradicción más propia de su objeto mediato de estudio, la administración, que de la disciplina que la estudia.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Se invierte de ese modo, irrazonablemente, el principio constitucional. Lo fundamental deviene secundario, lo excepcional la norma. Los derechos de los individuos, en lugar de sujetos de la ecuación individuo-Estado, pasan a ser mero objeto de la acción controladora[19] y restrictiva del poder estatal. Se parte del poder, se lo enuncia a nivel de principio, inconscientemente en algún caso se llega al punto máximo y se lo idolatra.[20] Es un punto de partida demasiado grave en un país con tradición autoritaria como el nuestro, que ha vivido bajo gobiernos de facto y poderes de facto, teorías de facto, construcciones sobre el derecho de la necesidad del Estado, reglamentos estatales de necesidad y urgencia, decretos leyes que todos llaman y tratan como si fueran leyes, como si la diferencia ya se hubiera perdido en la memoria colectiva. Un país en el que la corrupción es endémica y se entremezcla con las prácticas paralelas que nacen del ejercicio del poder.[21] Sostuvimos la eliminación de la *noción* de poder de policía desde 1960,[22] para enfatizar en cambio el estudio de su polo opuesto, las libertades y garantías individuales. Lo reiteramos en este tratado a partir de su 1ª ed. en 1974 y en el libro *Derechos Humanos*, 4ª ed., 1999. Si bien parte de la doctrina argentina ha preferido continuar anclada a un pasado prehistórico a los derechos humanos, la tendencia universal justifica no abandonar el intento de corregir ese defecto de razonamiento teórico, político y práctico. Hay que evitar intoxicarse con las teorías del poder[23] y lo que desde allí se puede hacer en detrimento de las libertades; se debe ser fiel a la premisa inicial de qué es y para qué debe servir el derecho administrativo[24] y no consagrar en cambio un "derecho administrativo" al servicio de la autoridad y del poder, como el "poder de policía."

2. *Atribución o servicio público*

No debe confundirse el poder de policía con un órgano del Estado, como no debe confundírselo con los servicios públicos que presta. Afirmar que es "el conjunto de los servicios públicos," es incongruente con decir luego que una especie de la policía (o sea, una especie de los servicios públicos) sea "policía del servicio público," pues habría allí un servicio público del servicio público.[1] Servicio público es en todo caso una actividad monopólica de un concesionario o licenciatario particular

[1.19] Ampliar en González Pérez, *Administración Pública y Libertad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 1971.

[1.20] Ya vimos en el t. 1, cap. I, el peligro de las idolatrías en derecho y en la ciencia; Sáenz, *op. cit.*, pp. 70-1.

[1.21] Ver nuestros libros *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982, 3ª reimpresión 2001; *Introducción al Derecho*, edición como *e-book* en www.gordillo.com, cap. VII, "La «certeza» que da el poder" y su versión inglesa, ampliada, *An Introduction to Law*, prólogo de Spyridon Flogaïtis, Londres, Esperia, 2003, cap. VII; Sáenz, *op. ult. cit.*; Botassi, *op. ult. cit.*

[1.22] En nuestro art. "La crisis de la noción de poder de policía," *Revista Argentina de Ciencia Política*, 2: 227 (Buenos Aires, 1960.)

[1.23] Según feliz expresión de Brewer Carías: "Es un sarampión por el que todos pasamos."

[1.24] Ver *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. V, § 3 y cita de Bodenheimer, nota 3.8.

[2.1] Comp. Bielsa, *Derecho administrativo*, t. IV, Buenos Aires, La Ley, 1965, 6ª ed., p. 1 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

o privado que ejerce un privilegio otorgado por el Estado; poder de policía, una facultad o atribución del Estado, que entre otras cosas se supone que limita y controla ese poder monopólico que ha concedido.

También es criticable considerarlo como una atribución implícita en el orden jurídico, una atribución metajurídica que el Estado tiene a su disposición por su naturaleza o esencia.[2] Ello se vincula con toda una concepción del derecho administrativo que parte de la premisa de que tales "potestades" pueden existir. Es así frecuente en el derecho administrativo encontrar autores que tratan de determinadas "potestades" que suponen apriorísticamente pertenecientes al Estado, antes o por encima de un orden jurídico positivo. Esto constituye un error de interpretación del sistema, nacido al amparo de prejuicios que otorgaban al Estado determinadas prerrogativas, propias del soberano o monarca absoluto, no sometido a ley alguna; su soberanía absoluta e ilimitada, como es obvio, es totalmente contrapuesta con cualquier noción de régimen de estado de derecho democrático contemporáneo, en el cual los únicos poderes que el Estado tiene son los que el orden jurídico le otorga en forma expresa o razonablemente implícita. El problema de las seudopotestades públicas se ha hipertrofiado, dando origen a "instituciones" con supuesta existencia propia como la presente. Resulta simplemente falso razonar sobre la base de estas "instituciones" o "poderes,"[3] sin referir concretamente el punto *sub examine* al derecho positivo. En el caso de la noción o atribución de policía, sería necesario remontarnos a sus orígenes históricos, primero, para luego ver evolutivamente cómo sus supuestos caracteres han ido desapareciendo uno a uno a través del tiempo, hasta llegar a la nada en el presente.[4] Y no nos parece adecuada metodología, desde un punto de vista axiológico, exponer la evolución histórica y quedarse en el pasado en lugar de dar un paso decisivo en la historia por la lucha de las libertades públicas[5] y los derechos humanos en general.[6] Es lo mismo que el continuado uso del vocablo "ley" para referirse a los decretos–leyes de los gobiernos de facto: su tiempo ya pasó, pero el mal uso, inexplicablemente, continúa.[7]

[2.2] Es el mismo error que reaparece en algunos autores al tratar el servicio público, como se verá en el cap. siguiente; error que ya hemos destacado en el cap. I del t. 1, *op. cit.*

[2.3] O "funciones," como algunos autores postulan.

[2.4] Para ubicar la evolución histórica del poder de policía dentro del marco general de la evolución del derecho administrativo, ver *supra*, t. 1, *Parte general*, cap. II.

[2.5] Señala GONZÁLEZ PÉREZ, *Administración pública y libertad*, *op. cit.*, pp. 19-20, que "De una época que se concebía la limitación de la libertad por razones de seguridad y salubridad pública, hemos llegado a una en que no existe esfera o realidad social que no escape a la limitación de los motivos más diversos. Cualquier finalidad pública puede justificar un atentado a la libertad del hombre, a través de las diversas funciones administrativas. Resultado: los atentados diarios a la libertad individual."

[2.6] Más de un autor argentino actual asoma al tópico pero no ejerce la opción clara y definida de abandonar una teoría que por definición es restrictiva y negatoria de las libertades públicas y los derechos humanos: MARTÍNEZ, *op. loc. cit.*; HUTCHINSON, *op. loc. cit.*

[2.7] Ver nuestra crítica en el t. 1, cap. I, § 5, *Introducción al Derecho*, *op. cit.*, cap. VII, *An Introduction to Law*, *op. cit.*, cap. VII. Ver también, en igual sentido, SÁENZ, *op. loc. cit.*

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

3. *Origen y evolución. El poder de policía en el Estado de Policía y en el Estado liberal*

Dentro de la configuración existen numerosas concepciones divergentes, habiéndose planteado su crisis y existencia como figura autónoma. Para comprender el por qué de estas diferencias muchas veces sustanciales, es de interés recordar el origen y la evolución de dicho concepto. Algunos autores, contraponiendo su propio énfasis al nuestro, llegan a afirmar que "La jurisprudencia también, desde tiempos inmemoriales, afirmó la existencia del poder de policía."[1] En realidad no es para tanto. Desde la edad antigua hasta el siglo XV, "policía" designaba el total de las actividades estatales; en la organización griega de la *polis* (ciudad-Estado), el término significaba actividad pública o estatal y se mantuvo en esa significación a pesar de la desaparición de la *polis*. En el siglo XVI se separa del concepto de policía todo lo referente a las relaciones internacionales; sucesivas restricciones hacen que en el siglo XVIII estén excluidas del concepto también la justicia y las finanzas.[2] En ese momento "policía" designa el total de la actividad administrativa interna —con exclusión de las finanzas—y consiste en la facultad estatal de reglar todo lo que se encuentra en los límites del Estado, sin excepción alguna; es el poder jurídicamente ilimitado de coaccionar y dictar órdenes para realizar lo que se crea conveniente. En este momento medieval la policía no estaba, por lo tanto, limitada ni en punto a su objeto o finalidad ni en cuanto a los medios que podía emplear;[3] pero se advierte ya que es una función del Estado y concretamente una parte de la función ejecutiva. En el siglo XVII JUAN ESTEBAN PÜTTER sostiene que la policía es la "suprema potestad que se ejerce para evitar los males futuros en el estado de la cosa pública interna" y que "la promoción del bien común no pertenece a la esfera de la policía."[4] Esta formulación fue rápidamente aceptada en doctrina, legislación (particularmente en el Código Civil prusiano) y jurisprudencia; el Estado no debería ya intervenir doquiera con su poder de policía, sino solamente allí donde el buen orden de la comunidad estuviera en peligro. "El poder de policía que entró en vigor dentro de estos límites más estrechos siguió siendo ante todo, ciertamente, el antiguo; se mantuvo como poder de coaccionar y ordenar sin regulación ni límites. *Pero se redujo el campo en que podía actuar*."[5] De esta forma nació el concepto de que el objeto central del ejercicio de la potestad estatal llamada de policía era la lucha contra los peligros realizada mediante el poder

[3.1] LEGARRE, SANTIAGO, *Poder de policía y moralidad pública*, Buenos Aires, Ábaco y Universidad Austral, 2004, p. 244.

[3.2] ADAMOVICH, LUDWIG, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, t. I, Viena, Springer, 1954, 5ª ed., p. 102.

[3.3] ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, Manzsche, 1954, p. 288 y ss.

[3.4] Comp. GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *Derecho administrativo*, t. II, Madrid, 1957, 6ª ed., p. 400 y VON TUREGG, KURT EGON, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Berlín, 1950, 3ª ed., p. 281.

[3.5] ANTONIOLLI, *op. loc. cit.* La bastardilla es nuestra.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

coaccionador. En esta etapa de la noción, el objeto de la policía está limitado y precisado; ilimitados son, sin embargo, todavía los medios que puede usar.[6]

Ese objeto, la lucha contra los peligros que amenazan el buen orden de la comunidad (o, según algunos autores, la seguridad, salubridad y moralidad públicas), elimina la promoción del bien común, las acciones positivas tendientes a mejorar lo existente, no simplemente a mantenerlo estático. Estas nuevas ideas contrarias al *Polizeistaat* significaron la restricción de los fines del Estado, y por ende, del alcance del poder estatal, que se estrechaba ahora en esta nueva noción de policía. Esas ideas expresaban que el Estado sólo estaba llamado a asegurar la protección de la libertad y la seguridad y que sólo para el cumplimiento de tales finalidades podría usar su poder coaccionador y ordenador. Las preocupaciones acerca de conseguir la felicidad y el bienestar de los ciudadanos debía dejárselas a ellos mismos; y si se le ocurriera ocuparse de ellas, que lo hiciera al menos sin el uso de la coacción.[7] Se llega, pues, al concepto del Estado liberal. Es harto conocido que ese concepto, también, entró en crisis a fines del siglo XIX con la irrupción del Estado de Bienestar;[8] pero éste a su vez también entró en crisis a fines del siglo XX[9] y entra en falencia absoluta a partir del 2002, con índices de endeudamiento en una meseta que supera lo que en el siglo XIX fue la peor crisis del país,[10] lo cual acarrea, de paso, un gravísimo problema de exclusión social y la aparición de una actividad asistencial del Estado que gerencian grupos piqueteros.[11] Para no quedar atrás, ahora algunos sectores en latinoamérica critican acerbamente lo que sería la nueva versión del "neoliberalismo"[12] y la globalización a que demonizan. El conflicto pues, pareciera continuar en un frenético avance hacia el pasado que sólo la literatura alcanza a intentar pintar en trazos de ficción.[13]

4. *Caracteres clásicos generales*

En esa vieja noción liberal se caracterizaba al poder de policía que competía al Estado, como la facultad de imponer limitaciones y restricciones a los derechos individuales, con la finalidad de salvaguardar solamente la seguridad, salubridad y moralidad públicas contra los ataques y peligros que pudieran acecharla. Es típico de esta concepción: Que sólo se justifica la limitación de los derechos de los

3.6 ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 230.

3.7 ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 229.

3.8 Ver s*upra*, t. 1, cap. III, "Bases políticas, supraconstitucionales y sociales del derecho administrativo," sección III.

3.9 *Supra*, t. 1, cap. IV.

3.10 Ver FERRERES, ORLANDO J., Director, *Dos siglos de economía argentina (1810-2001). Historia argentina en cifras*, El Ateneo/ Fundación Norte y Sur, Buenos Aires, 2005, pp. 13-14, gráfico 14 y tabla 3.

3.11 Ver MERKLEN, DENIS, "Pobres *Ciudadanos. Las clases populares en la era democrática, [Argentina,1983-2001],*" Buenos Aires, Gorla, 2005, pp. 66-67.

3.12 Ver infra, cap. VII, "La regulación económica y social," § 5, "Auto y heteroregulación."

3.13 Nos referimos a MAIRAL, PEDRO, *"El año del Desierto,"* Buenos Aires, Interzona, 2005.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

individuos en esos tres casos; que incluso en tales casos legitiman la intervención estatal sólo en la medida que ésta tenga por finalidad evitar ataques o daños a la comunidad; o sea, que la acción estatal debe ser tan sólo negativa: establecer prohibiciones y restricciones, pero no obligaciones positivas a cargo de los ciudadanos o del Estado mismo.[1] Esta concepción era congruente con la idea liberal de cuál era la posición del individuo en sus relaciones con el Estado: también negativa, levantando vallas y frenos a su actividad para que no se extralimitara (recuérdese la diferenciación entre esta actitud negativa y positiva, que expusiéramos al hablar de Estado de Derecho y Estado de Bienestar).[2]

5. *Su cambio en el Estado actual*

Aquella noción y conceptuación sobre qué era y qué alcances tenía el poder de policía del Estado no se ha mantenido. Incluso, cuando a fines del siglo XX se produce un retorno a la privatización y desregulación, no se desanda todo el camino del intervencionismo, solamente parte de él. Por de pronto, es evidente que los bienes jurídicos que el Estado protege a través de limitaciones y restricciones a los derechos individuales, lejos de restringirse a esos tres, se multiplican y es así que aparecen:

a) La tranquilidad pública,[1] manifestada en la prohibición de hacer ruidos molestos (teléfonos portátiles, altavoces, bocinas, escapes de automotores, radios portátiles en los medios de transporte, alborotos callejeros, etc.), molestar a los radioescuchas o telespectadores con avisos agresivos (gritos, etc.); expender artículos en los medios de transporte; entrar a los espectáculos públicos después que han comenzado; provocar aglomeraciones (arts. 54, 57, 62 del código de la Ciudad de Buenos Aires), perturbar un espectáculo deportivo (53, 55, 56, 58, 59, 61, 62, 63, 68, 69, 70), organizarlo mal (57 *bis*), etc.

b) La confianza pública:[2] control de pesas y medidas, prohibición de hacer *envases engañosos* (frascos con protuberancias internas no visibles desde el exterior,

[4.1] González Pérez, *op. cit.*, p. 20, señala que "La defensa de la libertad se ha movido en planos distintos:1) Por lo pronto, la lucha por reducir la intervención a sus justos límites. 2) En segundo lugar, la lucha por la intervención que se ajuste a unos principios de justicia y equidad, que la hagan llevadera. 3) Y, por último, la lucha por la instauración de un sistema de garantías que haga efectiva la sumisión a aquellos principios."

[4.2] Ver *supra*, t. 1, cap. III, "Bases políticas, supraconstitucionales y sociales del derecho administrativo," § 21, "Una nueva solución: el Estado de Bienestar," § 22, "Estado de Derecho y Estado de Bienestar," § 23, "Garantías individuales y garantías sociales," § 24, "La libertad en el Estado de Bienestar,"§ 25, "Crisis y cambio."

[5.1] Ver Militello, Sergio A., *Código contravencional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 140 y ss., arts. 71 y ss. del Código de la Ciudad de Buenos Aires; p. 120 y ss., arts. 53 y ss.; Lapadú, Sergio Martín, *Legislación contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires comentada*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 114 y ss., p. 99 y ss.

[5.2] Un ejemplo exclusivamente puntual en el art. 52 del Código de la Ciudad de Buenos Aires; también pueden mencionarse aquí los arts. 45 y 46 y el 80 inc. *b*).

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

que hacen parecer que tienen un contenido mayor a pesar de que consignen su contenido exacto en volumen o gramos; cajas con dobleces internos, doble fondo, etc.), *títulos engañosos*. Y en general propaganda engañosa, prohibida en Europa por la directiva 84/450/CEE, de 1984.[3] Queda comprendido aquí todo otro tipo de fraude al público, tal como la propaganda subliminal.

Quizás el peor ejemplo de propaganda subliminal y fraude a la confianza pública es el de las empresas tabacaleras[4] asociando su letal producto a eventos deportivos, jóvenes deportistas, elegantes y bellas mujeres, juguetes para niños (el caso del dibujo infantil de *Camel*, prohibido en Estados Unidos pero no aquí, donde el Poder Ejecutivo vetó una ley restrictiva de estas propagandas.) Tampoco la progresista Ciudad de Buenos Aires hace nada al respecto, ni siquiera para proteger a los menores.

c) La economía pública, en la defensa del usuario y consumidor, que utiliza la regulación de monopolios, lealtad comercial, defensa de la competencia, etc.[5] Este es el campo de mayor crecimiento actual en la regulación comparada y posiblemente llegue a serlo de la nuestra, como veremos en el cap. VII.

d) La estética pública en casos tales como la obligación de edificar todos los edificios a una misma altura, o en un mismo estilo, o de un mismo color; o inversamente, prohibir la uniformidad arquitectónica o cromática; la prohibición de edificar a mayor o menor altura de una determinada; la creación de barrios residenciales, etcétera.

e) El decoro público en cuanto a protección de las buenas costumbres sin que se haya afectado todavía la moralidad pública; la prohibición del boxeo femenino, de los malos tratos a los animales, de las corridas de toros, riñas de gallos, etc.; de establecer lugares de diversión cerca de cementerios o escuelas, de exponer con fin de lucro cadáveres de individuos prominentes o de delincuentes famosos; de exponer con fin de lucro y para curiosidad malsana a personas con alguna malformación congénita,[6] etc.

[5.3] Ver KAKOURIS, C. N., "Sur la concurrence déloyale," en su libro *Perspectives. Droit communautaire Européen. Théorie Générale du droit. Domaine méta-juridique*, Atenas, Sakkoulas, 1998, p. 413.

[5.4] MARTÍN MATEO, *El marco público de la economía de mercado*, Madrid, Trivium, 1999, p. 225.

[5.5] El tema se presenta bajo la regulación económica y los servicios públicos y en el derecho empresarial; parece mucho repetirlo otra vez con esta seudo noción. Su insaluble duplicación demuestra que se puede y debe prescindir de ella. Ver SIMÃO FILHO, ADALBERTO y DE LUCCA, NEWTON, *Direito empresarial Comtemporâneo*, San Pablo, Juarez de Oliveira, 2000, pp. 124-34 (competencia desleal.)

[5.6] El caso de *El hombre elefante*, que recuerdan argumentativamente MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO y otros, *Los animales y el derecho*, Madrid, Civitas, 1999, p. 104. El decoro público es un interés o bien moral que puede tutelar el Estado y por el cual pueden también accionar los individuos, como explicamos en el cap. IV, *in fine*. Claro está que algunos de estos problemas parecen empalidecer frente a la enorme magnitud de los que mentamos, al pasar, al final del § 3.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

En la actualidad ese problema se exterioriza en la tan debatida materia del nuevo Código de Convivencia Urbana de la Ciudad de Buenos Aires (que sustituyó los antiguos edictos de la Policía Federal), al cual nos remitimos para otros ejemplos. Si bien este Código redujo en mucho los supuestos de tutela del decoro público privilegiando un mayor ámbito de libertad individual, la figura de todos modos subsiste y en algunos casos se halla expresamente amparada.[7]

f) La seguridad social a través de la obligación de asociarse a las cajas de jubilaciones o AFJP, contratar seguros de vida o de riesgo de trabajo (ART), someterse a revisaciones médicas periódicas, agremiarse obligatoriamente en determinados casos, adoptar seguros contra el desempleo, etc.

g) La protección de la minoridad contra la explotación (código porteño, art. 49), falta de tutela o supervisión (art. 50), consumo de bebidas alcohólicas: art. 51 y ley 24.788, arts. 1, 5, 6 *a*), 15. Increíblemente, no está punido ofrecer un cigarrillo a un menor, a pesar del supuesto carácter "progresista" de ese Código local. ¡No se le puede invitar a beber, pero sí a fumar! Tampoco el código contravencional de la Ciudad Capital prohibe la propaganda pública del vicio de fumar o beber, cuyos efectos de inducción al consumo inevitablemente llegan al menor, principal *target*, por lo demás, de todas las campañas de publicidad de cigarrillos. Ello es de público y notorio conocimiento.

h) La diversión y el entretenimiento públicos se tutelan como novedosos bienes colectivos autónomos, en espectáculos deportivos o artísticos masivos.[8]

i) Se respeta en cambio el ámbito de libertad en diversas conductas no punidas: el derecho a ser diferente, a estar enfermo y vivir su enfermedad, a ser un vagabundo[9] incluso maloliente.[10]

[5.7] El maltrato a los animales, que hiere en su sensibilidad a la colectividad y los individuos, es recordado por MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, p. 107. Un caso de tutela judicial del interés moral en nuestro derecho es el excelente fallo *Castro*, Sala I, que mentamos en el cap. IV *in fine; Ekmekdjian*, CSJN, *Fallos*, 308: 647, *ED*, 148: 354. Otros ejemplos del código local en MILITELLO, *op. cit.*, p. 142; arts. 43, 53, 59, 73, etc.

[5.8] Comp. MILITELLO, *op. cit.*, p. 120 y ss.; LAPADÚ, *op. cit.*, p. 99 y ss. La ley 24.192 de espectáculos deportivos, derogado orgánicamente por el Código capitalino, tenía más prohibiciones.

[5.9] Estos ejemplos en KAKOURIS, C. N., "L' universalité des droits de l' homme. Le droit d' être différent. Quelques observations," en su libro *Perspectives. Droit Communautaire Européen. Théorie générale du droit. Domaine méta juridique, op. cit.*, p. 399 y ss., p. 410. No están previstos como contravenciones en el código de la Capital, por ende son conductas lícitas. A la inversa se prohibe la discriminación (art. 43 *bis*), p. ej. por la orientación sexual (igual norma), o la incitación al odio o la persecución, de propaganda de superioridad racial, etc. (ley 23.592.)

[5.10] MILITELLO, *op. cit.*, p. 142, a menos que el olor pueda provocar un daño, art. 40. El código es también permisivo en conductas colectivas, como el hostigamiento no amenazante, o el maltrato no físico (art. 38, *a contrario sensu*.) Personalmente se trataría allí de tutelar, a la inversa, el derecho de reunión y de expresión. La práctica neoyorkina de permitirlo dentro de vallados en la vía pública pareciera equilibrar mejor estos derechos con el orden público y la tranquilidad pública.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

j) La libertad de tránsito y movimiento se protege instituyendo como contravención el impedir la circulación por la vía pública (art. 41), u obstaculizar el ingreso o egreso tanto de lugares públicos como privados (art. 42.)

De todo lo expuesto resulta un claro abandono de la concepción liberal rígida, en que la intervención del Estado sólo se justificaba en casos limitados y el pase a una considerable amplitud de los fines del Estado que pueden legitimar su acción.[11] Tan evidente es la ampliación de esos fines del Estado y consecuentemente de su "poder de policía," que los autores que todavía la utilizan evitan ya referirse a aquella trilogía (seguridad, salubridad, moralidad) y utilizan nociones más genéricas. Dicen así que lo que el poder de policía protege es el "orden público,"[12] el "bien común," el "buen orden de la comunidad,"[13] etc., comprendiendo allí todas las especies vistas: la "economía pública," la "seguridad social," la confianza pública "el bienestar social," etc.

De cualquier manera, aunque se pretendiera forzar los conceptos de seguridad, salubridad y moralidad, incluyendo en ellos por extensión —impropia, por cierto— la estética, la economía, etc., queda en pie el hecho de que se ha separado y aislado mentalmente un cierto fin estatal, pero sin haber caracterizado el modo de actuación ni los órganos que actúan y sin haberse demostrado, según veremos más adelante, que a esos fines corresponda un régimen jurídico determinado, distinto del que corresponde al resto de la actividad estatal. El art. 14 de la Constitución (el agregado me pertenece) permite a la ley establecer restricciones a los derechos individuales aunque no se trate de los fines de seguridad, salubridad y moralidad; a su vez, la administración *a)* no puede proteger por sí esos tres bienes mediante restricciones a los derechos individuales si la ley no la faculta

5.11 En esta orientación se encuentra la jurisprudencia de la CSJN, a partir del caso *Ercolano*, 136: 161, año 1922, en que declaró constitucional la ley de alquileres de 1921; se reiteró el principio con relación a la ley de moratoria hipotecaria, 172: 21. Un resumen en *Fallos*, 199: 483, *Inchauspe*, 1944. Como dice BACACORZO, GUSTAVO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1997, 2ª ed., p. 366, "No hay actividad en la que no pueda intervenir el poder de policía." A partir del año 2002 se advierte un crecimiento realmente alarmante de poderes excepcionales otorgados por el legislador al ejecutivo, o asumidos directamente por éste, invocando ahora la "emergencia." Si el caballo del "poder de policía" parece un poco cansado o demasiado abusado, se cambia por caballos frescos y se montan los ágiles corceles de la "emergencia" y de la "delegación." No hay límite para la iniquidad en el mundo jurídico subdesarrollado. Nos hemos referido a ello en nuestro artículo "¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?," *LL*, 2005-A, pp. 905-921.

5.12 ELOY LARES, *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2001, p. 231, señala que "Policía administrativa es la actividad del Estado, mediante la cual, con el objeto de asegurar el mantenimiento del orden público, se imponen restricciones a la libertad personal y a la propiedad de los administrados."

5.13 BIELSA, *Régimen jurídico de policía*, Buenos Aires, La Ley, 1957; *Compendio de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1960, 3ª ed., p. 383 y ss. y GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, 1952, usan la primera expresión. FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Poder de policía*, Buenos Aires, 1957, p. 100, la segunda. GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *Derecho administrativo*, Madrid, 1957, 6ª ed., p. 398, la tercera.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

para ello y *b)* puede proteger otros bienes que los señalados, si la ley la autoriza. Con ello resulta que querer separar y aislar como objeto de la "policía" a la seguridad, salubridad y moralidad, es objetable no sólo por su demostrada insuficiencia, sino porque además carece por sí de relevancia jurídica y, al no destacar ni determinar ningún régimen jurídico especial, es además inútil.

6. *La promoción del bienestar social y el "poder de policía"*

Pero no sólo se abandona aquella limitación en los fines que el Estado y su "poder de policía" pueden perseguir: llega el momento de abandonar también la supuesta distinción entre la actividad estatal de "prevenir peligros y daños contra el bien común" —que sería la función policial— y "promover el bien común," que no sería parte de la acción del "poder de policía" y que incluso, en la concepción liberal clásica, no sería tampoco función del Estado.

Cuando se advierte modernamente que promover el bien común mediante acciones positivas es también una función estatal, llega entonces el momento de señalar que ambas actividades —prevención de daños y promoción del bienestar—son tan inseparables como para constituir dos caras de una misma moneda, a tal punto que parece realmente imposible hacer una cosa sin hacer al mismo tiempo la otra. Señala MERKL, en este sentido, que el concepto de "policía" precisamente "abarca lo opuesto a policía, es decir, los fines de política cultural de la administración, la llamada asistencia y casi se identifica con toda la administración imperativa. De este modo escapa el concepto a todo sentido racional."[1] En el mismo sentido la jurisprudencia estadounidense rechaza específicamente la distinción y considera que "está bien asentada la regla en que si las leyes de emergencia promueven el bienestar común constituyen un ejercicio válido del poder de policía,"[2] o sea, que el "poder de policía" se entiende destinado a promover el bienestar común.

El buen orden de la comunidad, el bienestar social, el orden público, interés público, bienestar común, bien común, etc., no son un objeto físico, algo inerme y estático, pues no se concibe una dimensión o equilibrio social que sea estático. No se pueden sacar o agregar trozos ni se puede entonces clasificar útilmente la actividad de traer trozos y evitar que sustraigan los que hay...; es una fuerza social, una tensión de conductas humanas. Esta fuerza social lucha también por sí sola contra los ataques que la afectan; sumarse a la lucha con un criterio intervencionista no puede sólo ser designado como "defensa" de esa fuerza, es también colaborar con ella, ayudarla, promoverla.

[6.1] MERKL, ADOLFO, *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, 1935, p. 327.

[6.2] Ver la colección "American Jurisprudence," t. II, p. 980, donde se citan los casos *Home Building and Law Association v. Blaisdell*, 290 U.S., 398 y *Edgard A. Levy Leasing Co. v. Siegel*, 258, U.S., 242.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Si se afirma, en otro sentido, que el orden surge "automáticamente" en la sociedad cuando no hay perturbaciones o peligros y que si existen perturbaciones no hay orden, entonces también el eliminar los peligros y perturbaciones es necesariamente crear el orden. En realidad, si el orden no fuera sino ausencia de perturbaciones (así tranquilidad es ausencia de ruidos molestos, de luces molestas, de individuos molestos; salubridad es ausencia de enfermedades, dolores, contagios; seguridad es inexistencia de la posibilidad de que se produzcan daños, etc.), es ilógico considerar que prevenir o reprimir peligros no sea crear o promover el orden. Promoción del bien común y prevención de peligros o perturbaciones que afecten al bien común no son, pues, términos disímiles ni mucho menos antitéticos: ambos significan exactamente lo mismo; el carácter que se imputa al "poder de policía" no tiene, pues, sentido. Ejemplos: obligar a un miembro de la colectividad a aceptar la instalación de aguas corrientes y servicios cloacales es tanto prevenir un daño a la salubridad colectiva como promover la salubridad común; al obligarse a plantar árboles se promueve el asentamiento de los suelos y la oxigenación del aire, pero al mismo tiempo se previene la erosión excesiva del suelo y la falta de oxigenación adecuada; cuando se prohibe abusar de una posición dominante en el mercado, tener ganancias excesivas en virtud de un monopolio conferido por el Estado, etcétera, se promueve el buen orden de la economía nacional, pero al mismo tiempo se reprimen las tarifas y ganancias excesivas, etc., que dañan a esa economía. Y así sucesivamente.

7. *La crisis de la "noción" de "poder de policía"*[1]

De lo antedicho se desprende una doble conclusión: por un lado, que los fines que el Estado puede perseguir con su poder son amplios; no puede hoy día sostenerse que el Estado sólo puede establecer limitaciones a los derechos individuales para proteger nada más que la seguridad, salubridad y moralidad de la población, sino que todo objetivo de bienestar social está comprendido dentro de sus funciones y de sus fines. Pero por otro lado, se advierte también que al ampliarse de ese modo, el "poder de policía" ha perdido las supuestas características con que en el pasado se lo quería conceptualizar. No existe hoy en día una "noción" autónoma y suficiente de "poder de policía;" no existe porque esa función se ha distribuido ampliamente dentro de toda una actividad estatal. La coacción estatal actual o virtual aplicada por alguno de sus órganos sobre los particulares para la consecusión de determinados objetivos de bien común u orden público, sigue siendo una realidad en el mundo jurídico, pero no lo es que haya una parte de esa coacción, una parte de esos órganos y una parte de esos objetos, que se encadenen entre sí diferenciándose del resto de la acción estatal e institucionalizándose en el mentado "poder de

[7.1] Hicimos el planteo en 1960, siguiendo a ANTONIOLLI; la doctrina latinoamericana posterior ha sido remisa en seguir esa orientación. Recordamos en este capítulo a varios autores latinoamericanos que se han ido aproximando, con todo, a este punto de vista metodológico.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

policía." Adviértase muy especialmente que no afirmamos que el Estado o la administración carezcan en absoluto de facultades para limitar los derechos individuales en pro del bien común, sino que decimos que esas facultades no pueden subsumirse en un concepto común que luego tenga vigencia jurídica autónoma y pueda a su vez fundamentar nuevas facultades y nuevas limitaciones.[2] Por lo tanto, nuestro planteo tiende a demostrar que es errado fundar una limitación a un derecho individual tan sólo en ese concepto, pues él a su vez es inexacto: la limitación deberá, pues, fundarse concretamente en las disposiciones legales o constitucionales y demás principios jurídicos aplicables, pero no en esa "noción" de "poder de policía."

La importancia que le atribuimos al planteo no es semántica, sino que surge fundamentalmente del hecho de que permanentemente una gran cantidad de limitaciones a los derechos individuales son justificadas por quienes las imponen, sustentándose en dicho concepto, cuando en realidad muchas de ellas son antijurídicas y lo que ocurre es que se ha empleado la impropia noción de "policía" como aparente fundamentación de ellas.

Para demostrar más acabadamente este principio que enunciamos, en el sentido de que no existe actualmente una noción racional de "poder de policía," puesto que éste se ha confundido con el total del poder estatal, analizaremos ahora algunas otras notas conceptuales con que a veces se ha querido, en la doctrina tradicional y a través de distintos autores, caracterizar la supuesta institución.

8. *Otros caracteres antiguos de la "policía"*

Antiguamente el "poder de policía" se caracterizaba del siguiente modo: *a)* Su objeto (seguridad, salubridad, moralidad; o buen orden, u orden público, etc.) era asegurado como bien jurídico de derecho natural, el que debía ser defendido y protegido contra las perturbaciones de los individuos incluso a falta de legislación que lo estableciera positivamente como bien jurídico protegible: incluso a falta de leyes se justificaba el uso de la coacción, pero sólo allí se justificaba éste.[1] *b)* Era de carácter esencialmente prohibitivo, en el sentido de que se manifestaba a través de prohibiciones y restricciones negativas a la actividad individual,[2] es decir, a través de obligaciones de no hacer, en lugar de hacer. Era una función ejecutiva, es decir, una parte de la función administrativa. Según algunos autores, se caracterizaba porque el objeto consistía en la seguridad, salubridad y moralidad públicas; según otros autores, porque el objeto mencionado era el buen orden público o bien común. *c)* Era preventivo-represiva, distinguiéndose con ello de la promoción del bien común o de aquello que fuera su objeto.

[7.2] Una excelente sinopsis de nuestro planteo en LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso...*, *op. loc. cit.*
[8.1] Ver ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 230.
[8.2] PETERS, HANS, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlín, 1949, p. 374.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Así, si el orden no es una presión que desde afuera se ejerce sobre la sociedad, sino un equilibrio que se suscite en su interior (ORTEGA Y GASSET), la "policía" no buscaba obtener ese equilibrio o suscitarlo, sino mantener por la coacción el orden que ya existiera, defendiéndolo contra los ataques de que fuera objeto. La "policía" se limitaba a tutelar lo existente, sin tender a aumentarlo o promoverlo; actuaba sobre los efectos, no sobre las causas, de las perturbaciones al buen orden de la comunidad. Nada de todo eso es cierto hoy en día.

9. *Pérdida de identidad propia*

Ya hemos visto cómo los dos caracteres son inexactos y que el "poder de policía" protege todo el bienestar común, sin que quepa hacer distinciones de ninguna clase dentro de éste; que no es cierto que la "policía" sea una función únicamente preventiva y represiva, sin poder promover el bien común, pues ambas cosas son inseparables. Los demás caracteres antiguos han desaparecido igualmente:

La seguridad, salubridad, moralidad, etc., están aseguradas por el orden jurídico positivo al igual que otros muchos derechos; el derecho natural no tiene en este aspecto necesidad de ser aplicado. Los autores que utilizan la noción reconocen que el "orden público" y su protección mediante limitaciones a la libertad está comprendido en la Constitución; ello contradice que sea necesario hablar de esta noción preconstitucional.[1]

El que la actividad policial sea solamente prohibitiva es una concepción sin curso actualmente: las obligaciones de hacer instalaciones de seguridad contra accidentes, contra incendios, de primeros auxilios, etc.; la obligación de vacunarse, de poner silenciadores en los escapes de los vehículos, de construir cercos, de exponer al público listas de precios, de colocar en los comercios chapas con identificación del ramo y el propietario, de usar delantales, etc., son todas obligaciones policiales positivas y no meras prohibiciones. Luego, también ha desaparecido esta característica de la "policía."[2] El que la "policía" sea una actividad reservada a la administración no es tampoco una realidad contemporánea. El legislador que integra comisiones parlamentarias de investigación, también actúa en función policial; lo mismo puede decirse de algunas actividades judiciales.

Por otra parte, no sólo la "policía" en cuanto función ejecutiva es ejercida por cualquiera de los tres poderes del Estado, sino que tampoco es solamente ejecutiva: la facultad de dictar normas que rijan aquella actividad también se llama ahora "policía" y así tenemos que toda la actividad legislativa sobre materias llamadas de policía, son "leyes de policía;" que los reglamentos en iguales circunstancias, también son actividad policial.[3]

9.1 Comp. BIELSA, *op. cit.*, t. IV, La Ley, 1965, 6ª ed., p. 4.

9.2 Comp. ELGUERA, ALBERTO, *Policía municipal*, Buenos Aires, 1963, p. 2, quien trae ejemplos similares aunque acepta "en general" la caracterización que criticamos.

9.3 ELGUERA, *op. cit.*, p. 10: "la policía no es solamente reglamentación de derechos, sino también vigilancia de su cumplimiento, ejecución coactiva de decisiones y aplicación de sanciones."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

10. *Caracteres en la doctrina actual. Crítica*

En realidad, el cambio que se ha producido en este último aspecto es más profundo: en el *Estado de policía* es el mismo monarca, en su función ejecutiva, quien dicta las normas generales; en el *Estado de Derecho,* el dictado de las normas generales pasa a ser función primordialmente del Poder Legislativo, produciéndose entonces un traspaso de parte del "poder de policía" del ejecutivo al legislativo.

En consecuencia, al no ser ya el "poder de policía" una actividad reservada a la administración, sino distribuida en parte entre los tres poderes del Estado, se produce una nueva crisis en la concepción. Ya no se caracterizará a este poder como perteneciendo a un órgano determinado del Estado, sino que se dirá que pertenece en general a todo el Estado.

Este es el estado actual de la mayoría de las doctrinas modernas: así, p. ej., lo define GARRIDO FALLA[1] como "el conjunto de medidas coactivas arbitradas por el Derecho para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública;" WALINE[2] lo hace del siguiente modo: "En el lenguaje del derecho administrativo, el término "policía" no tiene el mismo sentido que en el lenguaje corriente: es la limitación por una autoridad pública y en el interés público, de una actividad de los ciudadanos, sin dejar de subsistir ésta como una actividad privada; ella es solamente reglamentada. Ella sigue siendo libre en la medida en que no está restringida expresamente por las prescripciones de policía." Por su parte SERRA ROJAS expresa: "La policía está constituida por un conjunto de facultades que tiene el poder público para vigilar y limitar la acción de los particulares, los cuales, dentro del concepto moderno de Estado, deben regular su actividad con los deberes y obligaciones que les impone la ley y se funda en una finalidad de utilidad pública."[3] FIORINI lo caracteriza como la "actividad estatal que tiende a regular el equilibrio necesario entre la existencia individual y el bien común cuando es perturbado,"[4] etc. Estas definiciones demuestran a nuestro juicio lo contrario de lo que proponen, porque no destacan nota alguna que sea específica de este supuesto "poder de policía."

Con los ejemplos precedentes es suficiente para advertir la imprecisión y extrema latitud de cualquiera de estas definiciones. Se quedan todas en la afirmación de que se trata de la aplicación de la coacción estatal, actual o potencial, sobre los derechos individuales en pro del bien común; lo que no la diferencia del resto de la actividad estatal y no justifica en modo alguno la creación de una definición especial. En efecto, ¿qué de original y novedoso tiene el afirmar que el Estado limita los derechos individuales en pro del bienestar común? ¿Es acaso tal facultad no

[10.1] GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Las transformaciones del régimen administrativo,* Madrid, 1952, p. 111, aunque la propone como definición provisional.

[10.2] WALINE, MARCEL, *Droit administratif,* París, 1963, p. 637.

[10.3] SERRA ROJAS, ANDRÉS, *Derecho administrativo,* México, 1959, p. 690.

[10.4] FIORINI, *op. cit.,* p. 100. HERRAIZ, HÉCTOR EDUARDO, *Poder de policía,* Buenos Aires, 1970, pp. 7, 11 y 15, habla del "poder regulador de los derechos, ejercido por el Estado."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

comprensible por sí sola, para que sea necesario intentar aislarla y darle un nombre que nada tiene que ver con su significación actual? Y por lo demás, ¿nos sirve concretamente para explicar algún fenómeno que no se explique ya por sí mismo? A juicio nuestro, se trata de una "noción" que actualmente no sólo carece de significado propio, sino que además carece de toda utilidad teórica o práctica.

Para saber si una determinada limitación que el Estado pretende imponer a un derecho es o no válida, no podremos invocar simplemente el "poder de policía" como si estuviéramos en los tiempos del Estado absoluto: debemos buscar el concreto fundamento normativo de la restricción y a él solo podremos encontrarlo en el juego de las normas constitucionales y legales de nuestro sistema.

La "noción" de "poder de policía," pues, es innecesaria y además perjudicial porque da lugar a una serie de dificultades para su comprensión y aplicación, precisamente por su misma ambigüedad o indefinición. Pero sobre esto volveremos más adelante, luego de referirnos a otro de los intentos de restablecer la noción perdida. Aquí se aplica verdaderamente la idea de institución "evanescente," como dijera VANOSSI respecto de la misma Constitución.

11. *La distinción entre "policía" y "poder de policía." Crítica*

VILLEGAS BASAVILBASO,[1] partiendo de una diferenciación hecha por BIELSA, intentó separar lo que él denominaba meramente "policía" de lo que constituiría estrictamente "poder de policía." Sostiene dicho autor que "policía" es "una función administrativa que tiene por objeto la protección de la seguridad, moralidad y salubridad públicas y de la economía pública en cuanto afecta directamente a la primera;" y en cuanto al "poder de policía," dice que es la "potestad legislativa que tiene por objeto la promoción del bienestar general, regulando a este fin los derechos individuales, expresa o implícitamente reconocidos por la Ley Fundamental."

Las diferencias entre ambas nociones serían las siguientes: *a)* La "policía" es una atribución de la administración, el "poder de policía" una facultad del Congreso. *b)* El objeto de la "policía" está limitado a la tetralogía "seguridad, moralidad, salubridad, economía," mientras que el objeto del "poder de policía" es más amplio, comprendiendo todo el bienestar colectivo en general. Sin embargo, bien se advierte que ello no resuelve nada, porque no es exacto que la llamada actividad administrativa de "policía," se limite exclusivamente a la seguridad, salubridad moralidad y economía públicas, sin referirse en general al bienestar colectivo. Toda la legislación que el Congreso dicta sobre el bienestar general puede también estar en su ejecución y reglamentación a cargo de la administración; no puede en verdad afirmarse que la promoción de la seguridad social, p. ej., no esté también a cargo de la administración (cajas de jubilaciones, seguro de vida obligatorio, obras sociales, etc.) o que la tarea de embellecimiento de la ciudad (plazas, par-

[11.1] VILLEGAS BASAVILBASO, *Tratado de derecho administrativo*, t. V, p. 11 y ss., esp. pp. 56-7, 76-8, 88 y 108.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ques, jardines, arreglos, etc.), no esté a cargo de la administración y sí en cambio exclusivamente del Congreso. Todos los ejemplos señalados anteriormente para referirnos a la insuficiencia de la trilogía "seguridad, salubridad, moralidad" son aplicables aquí en toda su plenitud. Por lo demás, la distinción tampoco agrega principio alguno al sistema constitucional y administrativo que no pudiéramos conocer sin necesidad de él. Que la restricción de los derechos individuales está a cargo del Congreso y no de la administración ya lo deducimos del art. 14 de la Constitución en cuanto dice que los derechos están sometidos "a las leyes" que reglamentan su ejercicio. ¿Qué nos habrá de explicar entonces la noción de "poder de policía"? Nada en absoluto; sólo contribuye a arrojar dudas y confusiones a través de la necesidad de conceptuarla y distinguirla de una figura cuya denominación similar no puede sino dar lugar a equívocos. Por lo demás, lo superfluo de la distinción entre "policía" y "poder de policía" se advierte hasta en que su propio autor los desarrolla conjuntamente en el tratamiento concreto de sus problemas.

12. *El régimen jurídico de la "policía." Crítica*

Veremos ahora cómo la "policía" no tiene un régimen propio. Tradicionalmente se afirma que el "poder de policía" se caracterizaba por el siguiente régimen jurídico: *a)* implica libertad en la elección de medios para cumplir su fin; *b)* uso de la coacción para proteger el bien común; *c)* es eminentemente local; *d)* implica restricciones a las libertades individuales.

La primera afirmación es hoy inexacta; la segunda ni se aplica a todo el régimen "policial," ni es exclusiva de él; la tercera y cuarta funcionan autónomamente, sin necesidad de referirlas a noción especial alguna. La primera característica ha desaparecido hace tiempo; el orden jurídico ha terminado con la libertad de elección de los medios de coacción, al determinar en qué casos los órganos estatales pueden intervenir como policía para la prevención de peligros y qué medios pueden usar.[1]

Las nuevas concepciones sobre "reserva de la ley" han hecho que en el Estado de derecho la policía necesite una regulación o autorización legal para disminuir o interferir en la esfera de los individuos.[2] Ha dicho así la Corte Suprema de Justicia: "La configuración de un delito por leve que sea, así como su represión, es materia que hace a la esencia del poder legislativo y escapa de la órbita de las facultades ejecutivas. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohibe (art. 19 de la Constitución). De ahí la necesidad de que haya una ley que mande o prohiba una cosa, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido. Y es necesario que

[12.1] ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 230.

[12.2] PETERS, *op. cit.*, p. 374. La solución es clara en el derecho contemporáneo de cualquier país de sistema jurídico desarrollado. Nos remitimos por ejemplo a GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, "*Curso de Derecho Administrativo,*" 12ª ed., Thomson/Civitas-La Ley, Buenos Aires, 2006, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, especialmente caps. I a V, pero es el sesgo claramente imperante en toda la obra.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

haya, al mismo tiempo, una sanción legal que reprima la contravención para que esa persona deba ser condenada por tal hecho (art. 18)."[3] Y no se habla aquí de ley en sentido "lato" (ley, reglamento, ordenanza) sino de ley del Congreso de la Nación.

La segunda característica —el uso de la coacción— está negada inicialmente por la aseveración de que la policía sea preventiva-represiva, pues al actuar en función preventiva, de vigilancia, la coacción no funciona, sino que amenaza.[4] Esa coacción potencial no es por otra parte privativa de lo que se denomina "policía," sino común a toda la actividad estatal; en cuanto a la coacción actual, tampoco es ella exclusiva a la actividad policial, pues se presenta también en la justicia penal, en los remates judiciales, etc.; es así que "esta pretendida nota diferencial, la coacción, no permite ninguna demarcación segura entre la policía y otras actividades del Estado, lo que no debe extrañar si se tiene presente la esencia del Estado como orden coactivo."[5] En conclusión, que si bien la coacción puede presentarse en la "policía," no sólo allí se presenta, ni se presenta tampoco en toda manifestación estatal o pretendidamente llamda "policial:" no es, pues, un elemento que pueda mostrarse como integrando un pretendido pero inexistente régimen jurídico "policial."[6] En cuanto a que es local, sabido es que la noción ha sido utilizada en los países de sistema federal en ocasión de determinar qué poderes pertenecían al gobierno federal y cuáles a los gobiernos locales. Se afirma así que el "poder de policía" es por principio local y que sólo lo puede ejercer el gobierno federal cuando le ha sido expresamente conferido o es una consecuencia forzosa de otras facultades constitucionales (así la regulación del comercio, tránsito, etc., interprovinciales). Sin embargo, ello no es peculiar a la noción de "policía:" simplemente, todos los poderes no delegados son locales; si entre los poderes delegados no figura la aplicación de la coacción administrativa o lo que fuere para prevenir y reprimir perturbaciones al buen orden de la moralidad, seguridad y salubridad públicas, entonces la misma es naturalmente local.[7]

[12.3] CSJN, *Fallos*, 237: 636, caso *Mouviel*, año 1957; 191: 245, caso *Cimadamore*, año 1941.

[12.4] MERKL, *op. cit.*, p 317.

[12.5] MERKL, *op. cit.*, p 319.

[12.6] En todo caso, la doctrina ha encontrado un modo de conceptuar estos fenómenos, alrededor de la noción alemana de administración ordenadora. Así p.ej. SUNDFELD, *Direito administrativo ordenador*, *op. cit*, p. 16; comp. GRAU, EROS ROBERTO, *Elementos de direito econômico*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 67 y nota 20.

[12.7] En *Bonorino* la CSJN dijo "que es un hecho y también un principio de derecho constitucional, que la policía de las provincias esté a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conducente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos" (*Fallos*, 7: 150, 152), pero ya en *Resoagli* se nota que la imputación de la "policía" a las provincias es una consecuencia, no el fundamento, de la división de poderes federales y locales... "conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, [...] de este principio fundamental se deduce, que a ellas corresponde exclusivamente darse leyes y ordenanzas de impuestos locales, de policía, higiene y, en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitación que las enumeradas en el artículo ciento ocho de la misma Constitución." CSJN, *Fallos*, 7: 373, 386, año 1869.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

¿Necesitaría eso noción alguna especial para llegar al raciocinio del jurista? ¿Es tan difícil concebir el contenido del art. 121 de la Constitución como para requerir la muletilla de una noción amorfa para explicarlo? Creemos que no; la "policía" no puede encontrar justificación en la problemática interpretativa del art. 121 de la Constitución.[8] Respecto a que implique restricciones a la libertad, es obvio que tales limitaciones sólo las establecen las leyes (arts. 14 y 28 de la Constitución). El fundamento de tales limitaciones, al mismo tiempo, está en ese art. 14 de la Constitución, cuyo texto meridiano no admite duda alguna en cuanto a la posibilidad de reglamentar los derechos individuales; y ya la Corte Suprema ha dicho que reglamentar un derecho es limitarlo, hacerlo compatible con los derechos de los demás.[9] No hay así necesidad ni conveniencia alguna en recurrir a la noción de "policía" para explicar este concepto constitucional: si esa noción no hace falta aquí ni encuentra justificación en otra parte, no queda sino una actitud a tomar: eliminarla.

13. *Fundamento político autoritario*

Además de las razones jurídicas esgrimidas para demostrar la necesidad de eliminar la noción de "poder de policía," el caso merece algunas consideraciones políticas. Todas las "nociones" modernas de "policía," quiten o agreguen parte de los elementos analizados, carecen fundamentalmente del valor político de las nociones antiguas, que servían de valla al poder omnímodo del Estado. Históricamente, el poder de policía fue *una esfera de libertad* hallada por exclusión; en la segunda mitad del siglo XX se pretendió un "poder de policía" como *restricción a esa misma libertad enseñada por principio.* En el pasado lejano, era el individuo quien podía esgrimir la noción de poder de policía para sostener que el Estado no podía invadir sus derechos ni restringir sus actividades. En la segunda mitad del siglo XX, en cambio, en estas teorías de la autoridad, es el Estado quien puede esgrimir la "noción" de "poder de policía" para afirmar que tiene el poder de restringir los derechos de los habitantes. Así, resulta que en lugar de que la noción sirva para proteger a los individuos, hay que proteger a los individuos contra la "noción," analizando y remarcando las "limitaciones al poder de policía," las "garantías individuales," etc. ¿No es un esfuerzo estéril el que cada autor se empeñe en aceptar una noción que no existe, para luego tratar de restringirla, cercarla, contenerla? Lleva a opinable redacción, en tanto se lo define como "limitaciones" que a su vez tienen "limitaciones;" o sea, es una limitación a la libertad, pero tal limitación tiene límites o limitaciones. No parece una terminología feliz.

Los autores de las obras tradicionales del siglo XX se encuentran con que han creado o adoptado una institución que escapa de su control, ávida de expansión; se

[12.8] La solución es la misma en otros derechos y con otras normas, como lo explica LUCÍA VALLE FIGUEIREDO, *op. loc. cit.*

[12.9] *Fallos,* 136: 161, 171, *Ercolano, año* 1922.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

dedican entonces tenazmente a encontrar "limitaciones al poder de policía" y enseñar cómo no puede violar las garantías constitucionales, cómo la Constitución es una protección nuestra que no existe en otros países, cómo la policía no puede desconocer la persona humana, cómo debe respetar la ley... La práctica demuestra que los intentos de los autores no son suficientes para contener el poderío que evoca el *mantra* del poder de policía; éste holla la libertad y la dignidad humanas sin que los autores puedan hacer otra cosa que indignarse contra el gobierno.

Cuando de una noción ha podido decirse: "No hay poder, o ejercicio de poder que sea más propenso a lesionar derechos o garantías constitucionales y legales a veces, por normas inferiores: reglamentos, ordenanzas, etc., que el de policía" (BIELSA), el juicio de disvalor que la misma debe merecer en los espíritus republicanos es unívoco y terminante. Es una noción demasiado vieja a fines del siglo XX, uncida al carro de las tradiciones autoritarias de ese mismo siglo, de que tanto nos cuesta desprendernos. No tiene cabida en el siglo XXI. Y está finalmente cediendo su lugar a una proposición que al menos se presenta a sí misma como eje de debate, antes que como postulación de poder. Es la tensión entre regulación y desregulación que tratamos en el cap. VII.[1]

14. *La inversión del principio. Los derechos individuales como principio, la limitación a los mismos como excepción*

Si la noción no tiene un fundamento jurídico positivo; si se presenta desprovista de caracteres jurídicos, desprovista de régimen jurídico específico, e innecesaria para explicar problema o cuestión alguna de derecho constitucional o derecho administrativo; si además carece de valor político propio y es todavía políticamente repudiable, ¿para qué mantenerla o reestructurarla? En lugar de establecer un principio general de coacción y poder estatal ("policía," "poder de policía") al que luego se le buscarían restricciones en los derechos individuales de los habitantes, lo correcto es, en los sistemas constitucionales que estructuran positivamente a su Estado como "Estado de Derecho" y que se encuentran sometidos a un régimen supranacional e internacional de derechos humanos, sentar la premisa opuesta. Es así como corresponde afirmar que el principio general establecido son los derechos individuales, a los que luego, en los casos concretos y por expresa determinación de la ley, se les encontrarán restricciones y limitaciones en la eventual coacción estatal.

En conclusión, la "noción" de policía es peligrosa: si algún argumento hubiera en derecho para sostenerla podría correrse el riesgo de hacerlo. Sin embargo, no lo hay y sólo por algún extraño fenómeno de resistencia al cambio, temor a lo nuevo, comodidad, apego a lo antiguo, empatía con el poder o la razón que fuere, se manten-

[13.1] O también se puede postular, como hace SUNDFELD, un derecho o administración ordenadora. Ver también MALARET I GARCÍA, ELISENDA, *Régimen jurídico–administrativo de la reconversión industrial*, Madrid, Civitas y Generalitat de Catalunya, 1991, p. 121 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ga en vigor lo que ya ha sido y puede volver a ser, sepultura de la libertad. Sostener esta noción es negar la finalidad misma del derecho administrativo; es en definitiva deliberadamente preferir el poder y no la libertad; la autoridad y no los derechos.

15. *Conclusiones. La purificación de la técnica científica*

15.1. *Facultades de la administración*

Acabamos de indicar que debe eliminarse del derecho administrativo la noción de "policía;" es necesario explicar ahora las consecuencias de ello y la solución que cabe dar a los problemas de técnica jurídica que se relacionan con esta cuestión.

La consecuencia central de suprimir tal noción es que ningún caso de derecho administrativo, ninguna pregunta acerca de si en una situación determinada pudo la administración o el Congreso disponer algo, podrá ser solucionado en base a que allí se ejerció el "poder de policía." Nuestro planteo es pues meramente de técnica jurídica; y su resultado es una simplificación del derecho administrativo, al quitarle elementos que perturban el análisis objetivo de la razonabilidad de los actos estatales.

El primer caso a considerar en este aspecto de técnica jurídica es el de las facultades de la administración. Aceptando como se hace hasta ahora la noción de "policía" se tienen en la práctica del derecho administrativo tres principios: *a)* la administración puede actuar cuando una ley la autoriza, en forma reglada; *b)* la administración puede actuar cuando una ley la autoriza, aunque le dé facultades discrecionales; *c)* "la administración podría actuar, aunque una ley no la autorizara en forma expresa o razonablemente implícita, si ejerce el poder de policía que «en general» le corresponde por el orden jurídico." Hemos demostrado que la tercera hipótesis es falsa: que el orden jurídico no confiere a la administración ningún "poder de policía" genérico e indeterminado que la autorice a actuar en ausencia de ley; suprimimos por lo tanto esa tercera posibilidad y decimos categóricamente que la administración sólo puede actuar avanzando sobre la esfera jurídica individual cuando una ley (en forma expresa o razonablemente implícita) la autoriza, en forma reglada o discrecional, a hacerlo. El lector advertirá que esto es precisamente el principio de la legalidad de la administración, generalizado en todas las obras modernas sobre la materia, que expone como técnica jurídica del derecho administrativo el criterio de que la administración no puede actuar sin una fundamentación legal.[1] Claro está, existe un autor tradicional argentino, dotado de una calificada gama de discípulos, que da un paso más lejos y afirma que ni siquiera la ley es la que puede avanzar en ciertas materias y éstas se las deja libradas a la regulación por la administración, bajo la llamada "reserva de la administración." Estamos con ello tan lejos del principio constitucional del Estado

[15.1] Hasta la teoría general del derecho ha recogido ya estos principios. Ver p. ej. ESSER, JOSEF, *Einführung in die Grundbegrife des rechtes und Staates*, Viena, 1949, p. 110.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

de derecho, de la división de poderes, de la garantía de la libertad, que sólo en este contexto de vida política argentina tan frecuentemente anticonstitucional puede entenderse que haya florecido una teoría a tal extremo impropia en un Estado de derecho contemporáneo. La Constitución de 1994 tiene el sesgo contrario a tales supuestas facultades reservadas de la administración, que en ninguna parte menciona y al contrario le limita sus poderes normativos, como explicamos en el cap. VII del t. 1 y reiteramos en el cap. VII del presente t. 2. La supresión de la fraseología de "poder de policía" y por lo tanto de la posibilidad de que bajo su invocación verbal la administración actúe sin fundamentación legal, es por consiguiente una posición que encaja y se adecua a los principios del Estado de Derecho: viene así a suprimirse una mancha más en el principio de la legalidad de la administración. En este aspecto concreto (legalidad de la administración y su violación por parte del empleo de la noción de policía), los libros y fallos sobre derecho administrativo no exponen en realidad enunciados categóricamente contrarios a los que aquí damos. El lector atento advertirá que en las obras modernas de la materia, sin perjuicio de tratarse el uso de la coacción y la aplicación de sanciones administrativas, ya ningún cap. es dedicado a nada que se llame policía o poder de policía.[2]

No se suele decir en ningún lado, claramente, que la policía implique posibilidad de actuar *sine legem*;[3] pero aunque no siempre se lo diga, la realidad es que así se lo admite. Cuando en un caso particular o singular la fundamentación normativa es deficiente, o no la hay, casi siempre es dable ver cómo se recurre accesoriamente a la noción de "poder de policía," pretendiendo fundar allí lo que no se pudo apoyar en norma expresa alguna. Y las más de las veces el procedimiento se invierte: se señala primero que allí se ejerce "poder de policía" —y que por lo tanto la actuación estatal es legítima— y se agrega luego, como complemento accidental, el que también hay una norma que con mayor o menor claridad dispone la posibilidad de restringir el derecho individual. Esto es un defecto de método y técnica científica que debe evitarse cuidadosamente, so pena de incurrir en frecuentes errores.[4]

Eliminando la noción se quita al administrador la posibilidad de recurrir a principios metajurídicos para socorrer soluciones deficientemente apoyadas en el derecho positivo: si no puede fundar lo que sostiene en las normas de derecho

[15.2] Ver, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. loc. cit.*; MARTÍN MATEO, *op. loc. cit.*; SUNDFELD, *op. loc. cit.*

[15.3] Entre los que sí opinan que la policía implica la posibilidad de restringir los derechos individuales aunque la ley o la Constitución no la autoricen, ver GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 148. Con todo, es importante aclarar que no hace falta que la ley tenga "detalladas previsiones" para que la restricción sea admisible; basta que ella esté razonablemente implícita dentro de las facultades que la ley confiere a la administración. Al respecto ver LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, cap. X, p. 113 y ss. y *supra*, t. 1, cap. VII, "Fuentes nacionales del derecho administrativo."

[15.4] Conf. CARRILLO, SANTIAGO R., "Un adecuado encuadre en materia de reglamentación de derechos individuales," *LL*, 2001-D, 36; BARBIERI, GALA, "El valladar del artículo 18 vs. la potestad sancionadora de la administración," *LL*, 2005-E, 303.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

positivo, ninguna ayuda le podrá prestar ya la oficiosa "noción de policía;"[5] se obliga al juez a tener por infundada y antijurídica toda disposición administrativa que pretendiendo ejercer el "poder de policía" haya actuado sin la debida fundamentación legal. Allí reside tal vez el valor fundamental de la eliminación que efectuamos: en evitar el empleo oculto de criterios políticos o sociológicos autoritarios para convalidar actuaciones administrativas al margen de la ley y en infracción a los derechos individuales.

No debe tampoco creerse que la supresión de la noción de "poder de policía" puede llevarnos a identificar lo que antes así se designaba, con "actividad discrecional de la administración," como la doctrina propone para el acto de gobierno.[6] En el caso del acto de gobierno hay ya normas que autorizan a la administración a actuar: si se estima allí que no puede hacerse una construcción especial en base a las situaciones consideradas, quedarán siempre esas normas que autorizan a actuar y podrá entonces subsumirse el caso dentro de las facultades discrecionales de la administración. En el caso de lo que se pretende encubrir como "poder de policía," en cambio, no existe por hipótesis una norma que autorice a la administración a actuar. Suprimiendo esa ilógica construcción sólo podremos asimilar al grupo de las facultades discrecionales aquellas partes de la "policía" que tengan una concreta fundamentación legal, una norma jurídica determinada que les confiera en forma expresa o razonablemente implícita esa discrecionalidad que se pretende fundamentar sólo con palabras vacías.

Haciendo un inventario hipotético de cuáles pueden ser las soluciones de fondo que habrá que modificar a raíz de la supresión de la noción de "policía," habrá que señalar, pues, que *a)* algunas soluciones habrán sido fundadas erradamente en el "poder de policía," pero tendrán también una fundamentación legal, por lo que se mantendrán en vigor; *b)* otras soluciones fundadas erradamente en el "poder de policía" carecerán de fundamentación legal, pero podrán tal vez sostenerse en virtud del estado de necesidad, o de alguna aplicación analógica; *c)* y finalmente, algunas soluciones erradamente fundadas en el "poder de policía" quedarán huérfanas de todo basamento jurídico al quitárseles ese de la "policía;" tales soluciones habrán de caer. En consecuencia, la supresión de la noción de "policía" no implica necesariamente una transformación profunda de todos los pilares y planteos del derecho administrativo: ella llevará tan sólo a destruir un cierto número de soluciones o principios espúreos y evitar en alguna medida que aparezcan otros de cuño similar. Obligará a funcionarios y jueces a encontrar el fundamento *legal* de una restricción a la libertad impuesta por la administración, antes de concluir en que se puede imponerla... ¡porque se tiene la policía o el poder de policía!

[15.5] Si remedáramos el empleo que a veces se ha hecho del término, diríamos que esto es un acto de policía científica: eliminamos del derecho administrativo un elemento perturbador, que atenta contra el buen orden y progreso de la materia; como se ve, para todo se puede emplear el vocablo.

[15.6] Para una crítica sistemática de la teoría ver *infra*, cap. VIII: "Los «actos de gobierno»."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

De las mismas razones que acabamos de exponer, se desprende también que el que se suprima el vocablo "policía" no implica que no exista, aquí y ahora, coacción estatal actual o virtual sobre los individuos para proteger ciertos postulados de bien común; no significa que la ley no pueda restringir los derechos individuales; no significa que la administración no pueda estar facultada para actuar en detrimento de los individuos; pero sí significa que en cada caso habrá de encontrarse una fundamentación en el orden jurídico positivo para que esa coacción y esa actuación sean jurídicas, pues no las sustenta el que se hable de "poder de policía." Y destaquémoslo una vez más: lo que se suprime es la noción, no el poder estatal para restringir los derechos individuales: ese poder existe, pero no puede científicamente llamárselo "poder de policía," ni puede ser conceptualmente connotado en forma particular alguna, en lo que respecta a la restricción a los derechos individuales. Ello lleva luego a la conclusión de que ciertos casos —pero no todos— en que se emplea el poder estatal bajo la capa de "poder de policía" son en verdad intervenciones antijurídicas del Estado, lo que se advierte al desembozarlo suprimiendo nada más que la noción de poder de policía. Suprimiendo la noción (que por otra parte no existe con carácter racional), se advierte a renglón seguido que algunas de aquellas restricciones hechas por el poder estatal son ilegítimas, pues carecen de todo fundamento legal y sólo las cubría esa aparente noción. El que hablemos de la eliminación del vocablo "policía" no significa, pues, que pretendamos ver en nuestra sociedad actual una repentina extinción del poder estatal o una anonadación de los órganos administrativos: tan sólo calificamos jurídicamente la forma en que se lo aplicará a aquél y los medios por los cuales actuarán éstos. De allí se sigue, asimismo, que la supresión de la palabra o conceptualización de policía es esencialmente un problema de técnica jurídica y no un planteo que implique una conmoción del régimen jurídico estatal.

15.2. *Facultades del Congreso*

De la premisa general de que "ninguna pregunta acerca de si en una situación determinada pudo la administración o el Congreso disponer algo, podrá ser solucionada en base a que allí se ejerció el "poder de policía," surge ahora una importante consecuencia con respecto a las facultades del Congreso. El Congreso está facultado por la Constitución nacional para reglamentar los derechos individuales (art. 14), siempre que no los altere (art. 28), lo que no quita que los restrinja en alguna medida para hacerlos compatibles con los derechos de los demás (*Fallos*, 136: 161, *Ercolano*, 1992). Trátase ahora de saber cuándo la restricción impuesta por el Congreso a los derechos individuales es tan sustancial como para alterar el derecho de que se trate y ser por lo tanto inconstitucional.

En el conocido caso *cine Callao* (1960), la Corte Suprema de hecho ha argumentado: *a)* el "poder de policía" que le corresponde al Congreso puede entenderse en sentido amplio o restringido, *b)* la Corte Suprema ha decidido entenderlo en sentido

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

amplio, *c)* el Congreso entonces tiene amplias facultades para restringir los derechos individuales, sin que por ello deba considerarse que los altera en el sentido del art. 28, *d)* además y como correlato a esa tesis amplia del "poder de policía," la Corte Suprema entiende también que debe autolimitar el contralor judicial en favor de la presunción de constitucionalidad de las leyes; *e*) *ergo*, la ley es constitucional.[7]

Razonabilidad,[8] sentido común, equilibrio constitucional: esos son los argumentos que deberán considerarse. No será jurídico, sino arbitrario e infundado, querer demostrar la inconstitucionalidad de la ley en base a una pretendida noción de "poder de policía."

Es difícil, desde luego, decidir cuándo una ley altera un derecho subjetivo de los habitantes. Pero la dificultad de la decisión no puede dar lugar a una renuncia a tomarla, ni menos a sostener la idea no fundada de que sea facultad amplia del Congreso restringir los derechos de los habitantes. Será necesario estudiar los hechos del caso y evaluar la proporcionalidad de la propuesta legislativa, para determinar si ella se conforma o no a la Constitución. Volvemos con ello al cap. I del t. 1 y al cap. I del presente t. 2. Si el tribunal no encuentra argumentos en base a los cuales decir que la ley es inconstitucional, puede simplemente adoptar la regla de que en la duda deberá estarse a favor de la constitucionalidad de la ley; pero nunca, en igual situación, decir que el Congreso tiene amplios poderes para limitar los derechos de los individuos. Esto último simplemente no tiene sustento lógico sin referirlo a hechos concretos, a un caso concreto de derecho.

Prescindiendo ya de la inexistente noción de "policía," es de advertir cómo el sentido de nuestra Constitución no es —en el aspecto que plantea el fallo— el indicado, sino el opuesto. La Constitución establece una serie de derechos individuales de los habitantes, que entiende garantizar contra el Estado[9] y cuya existencia no subordina al dictado de leyes reglamentarias.[10] Los derechos subjetivos de los habitantes existen y tienen vigencia tanto *a)* si se dicta una ley que los respeta, como *b)* si se dicta una ley que no los respeta —caso en el cual no se aplica la ley—, como *c)* si no se dicta ley alguna, caso en el cual rige directamente la norma constitucional[11] y en su caso supranacional. En otros términos, las normas

15.7 CARRIÓ, GENARO, "Nota sobre el caso de los números vivos," en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 6: 49 y ss., 68 y ss. (1961); RÉBORA, JUAN CARLOS, "Comentario," en *Revista Argentina de Ciencia Política*, 2: 295 (1960); BOTET, LUIS, "El comunismo de Estado y la jurisprudencia," *JA*, 1960-V, 402; NERVA, nota en *LL*, 100: 46. El caso puede verse en *Fallos*, 247: 121-135, *Cine Callao* (1960). Una guía del caso en *Derechos Humanos*, *op. cit.*, cap. VIII, pp. 39-42.

15.8 Al respecto, LINARES, *op. cit.*, p.135 y ss.; *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. VI.

15.9 Confr. ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Escritos póstumos*, Buenos Aires, 1899, t. X, p. 125; MAUNZ, THEODOR, *Deutsches Staatsrecht*, Munich y Berlín, 1959, 9ª ed., p. 91. Nuestra CSJN ha receptado el principio enunciado por la CorteIDH: ver nuestro comentario "Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado," nota al fallo *Arce*, CSJN, *LL*, 1997-F, 696.

15.10 *Op. cit.*, p. 28 y ss.; *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. III, "Bases políticas, supraconstitucionales y sociales del derecho administrativo."

15.11 *Op. cit.*, p. 29.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

y principios constitucionales e internacionales o supranacionales que contemplan los derechos individuales frente al Estado, no remiten la existencia de tales derechos a la decisión del Estado, sino que la predeterminan ellos mismos.[12] Ahora bien, ¿a quién corresponde determinar el significado último de la Constitución y los tratados, comprendidos esos derechos subjetivos de los habitantes? La importancia de la cuestión es obvia, pues en ella reside prácticamente el núcleo de toda la actitud del tribunal. Si correspondiera sólo al Congreso determinar el significado último de la Constitución y los derechos allí conferidos a los habitantes, entonces el tribunal no podría siquiera pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes y sería sobreabundante o superfluo que hiciera mención alguna además a una "noción de poder de policía:" simplemente debería decir que no le concierne opinar sobre derechos individuales cuando una ley del Congreso de la Nación avanza sobre ellos. Y no se crea que más de un juez no esté tentado de decirlo de una buena vez...

Si, por el contrario, tal interpretación corresponde al órgano judicial nacional o supranacional, no cabe entonces postular premisas genéricas de poderes amplios o restringidos del Congreso: sus poderes estarán siempre bajo la Constitución según la interprete en el caso el Poder Judicial argentino primero y la justicia supranacional después. Pues bien, creemos que no puede haber duda acerca de cuál es nuestro sistema constitucional, ni del sistema interamericano e internacional en el cual estamos insertos. El art. 116 de la Constitución, cuando dice que corresponde al Poder Judicial el conocimiento y decisión de las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, le atribuye claramente la facultad y el deber de decidir en cada caso el sentido y alcance de toda cláusula constitucional.

Lo que es más, al determinar en el art. 28 que los principios, derechos y garantías precedentes no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, establece la supremacía del órgano judicial sobre el legislativo, ya que en el caso previsto por dicho art., la facultad de determinar cuándo una ley altera o no los derechos constitucionales, está en manos del órgano judicial en el orden interno (art. 116.) A su vez y como lo ha resuelto la Corte en el caso *Giroldi*, los órganos internos deben interpretar y aplicar las normas supra o internacionales conforme a los criterios de los órganos supranacionales o internacionales de aplicación. Algunos autores se cuestionan si puede o no el tribunal sacar consecuencias jurídicas (así: "moral," "justicia," "equidad," "democracia"),[13] cuando la Constitución o las normas supranacionales fijan un principio jurídico amplio o indeterminado, o se trata de un principio general del derecho. Pero ello no quita que cuando se trata de los concretos derechos individuales (libertad de comercio, de tránsito, de trabajo, etc.) deba el juez hacer su propia interpretación de lo que disponen la Constitución

15.12 *Op. cit.*, p. 28; CSJN, *Arce, LL*, 1997-F, 696.

15.13 Ver SPANNER, HANS, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen*, Viena, 1951, p. 67.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

y los tratados en el caso y determinar a continuación si la interpretación que ha hecho el Parlamento se ajusta o no a la Constitución. La interpretación final, desde luego, reside en el ámbito de la justicia supranacional.[14]

De otra forma se entra en una peligrosa pendiente en la que ocasionales mayorías parlamentarias puedan trastocar la esencia del sistema constitucional, llevando en su momento la plena vigencia de los derechos a su total desconocimiento. Precisamente los tribunales tienen la difícil tarea institucional de ser el contrapeso, el equilibrio estatal, el poder que va tal vez a la zaga de todos, pero que en definitiva los contiene y los frena en sus impulsos no siempre bien meditados o madurados.

En cuanto al problema de técnica constitucional, repetimos, no pueden admitirse medias tintas: o el Poder Judicial tiene facultades para controlar la constitucionalidad de las leyes, o no las tiene. Es erróneo que el tribunal se haga planteos acerca de si el Congreso tiene un amplio o restringido poder; pues el Congreso tiene tan sólo el poder que le da la Constitución con el presupuesto de los derechos reconocidos en los pactos supraconstitucionales y ese plexo normativo habrá de ser interpretado en los casos ocurrentes por el Poder Judicial nacional o supranacional.

Ello nos lleva incidentalmente a otra crítica: nuestro tribunal viene diciendo desde su creación que no le compete hacer declaraciones generales acerca de la constitucionalidad de las leyes, que sus fallos se limitan siempre al caso concreto. ¿A qué viene entonces ahora el que diga que el Congreso tiene en general amplios poderes para restringir los derechos de los individuos? Entendemos que si la Corte considera que no puede declarar genéricamente la inconstitucionalidad de la ley, tampoco puede declarar genéricamente su constitucionalidad y menos en abstracto las facultades que tenga el Congreso para dictar leyes; el peligro de tales declaraciones, por otra parte, es evidente. El deber de los tribunales es ir analizando, caso por caso,[15] si la ley de que se trata ha interpretado correctamente o no los principios constitucionales. En cada caso concreto, el tribunal deberá hacer su propia interpretación de la Constitución para decidir si la que ha hecho el Congreso es la válida. Si el tribunal cree que hay argumentos concretos para decir que la ley es inválida —incluso, que no hay argumentos concretos para decir que es válida—,[16] entonces deberá declarar su inconstitucionalidad. Si, a la inversa, no encuentra tales argumentos de invalidez y cree, en cambio, que la ley encuentra

15.14 Y bueno es recordar, en las palabras del Tribunal español, que es obligatorio atenerse a la interpretación de las normas en el sentido más favorable a la eficacia de los derechos fundamentales, lo que equivale a una formal prohibición de las interpretaciones *contra cives*, tal como lo recuerdan García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, t. II, *op. cit.*, cap. XXII, IV, 3 *in fine*, "El principio *in dubio pro actione*."

15.15 Carrió, *op. cit.*, p. 73 y ss.; *supra*, cap. I del t. 1; nuestros libros *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1988, 4ª reimpresión 2001; *Introducción al Derecho*, *op. cit.*; *An Introduction to Law*, *op. cit.*

15.16 Así Spanner, *op. cit.*, p. 65.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

apoyo en las disposiciones constitucionales, así deberá declararlo. No será jurídico ni aceptable que el tribunal diga nunca que a su criterio los demás poderes tienen amplias facultades, en su detrimento, para interpretar la Constitución.

De eso se trata, nada más, cuando autores y fallos mentan un inexistente "poder de policía."[17]

[15.17] Para una guía de análisis de éste y otros casos sin recurrir a este tipo de nociones y analizando simplemente los hechos, ver *Derechos Humanos, op. cit.*, 5ª ed., 2005.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Capítulo VI

SERVICIOS PÚBLICOS

1. *Origen y evolución*[1]

1.1. *Origen*

La noción de servicio público nació y floreció en Francia caracterizada como actividad de determinado tipo realizada por la administración en forma directa, o indirectamente a través de concesionarios y fue el concepto que sirvió para la construcción del viejo derecho administrativo. La relación con el servicio público era lo que justificaba la competencia de los tribunales llamados contencioso administrativos, la naturaleza de contrato administrativo que asumían ciertos convenios con la administración, el régimen jurídico del dominio público, la monopolización del servicio o falta de libre competencia, etc. Nuestra doctrina abrevaba en tales fuentes, pero nuestra jurisprudencia lo hacía en la estadounidense, que ni siquiera utilizaba tal noción sino que se refería al grado de regulación normativa

[1.1] Ver D'Argenio, Inés, "Permanencia «anacrónica» del servicio público: su imprecisión como determinante de la aplicación de un régimen tutelar," en Botassi, Carlos A. (dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín Gordillo*, La Plata, LEP, 2003, pp. 229-48; Botassi, Carlos A., "Gestión de intereses públicos. El rol del Estado y de los particulares," en AA.VV., *Actualidad del derecho administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Función Pública, 1999, p. 69 y ss.; Comadira, Julio R., "El Derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público," en *Servicio Público, Policía y Fomento*, RAP, Buenos Aires, 2004, pp. 25-32; Mairal, Héctor A., "La ideología del servicio público," *RDA*, 14: 359; "El concepto de servicio público en el derecho argentino actual," en AA.VV., *Servicio público..., op. cit.*, p. 231; *Control judicial de la administración pública*, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 20-56; Pérez Hualde, Alejandro, *El concesionario de servicios públicos privatizados*, Buenos Aires, Depalma, 1997; Salomoni, Jorge Luis, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999; Albertsen, Jorge, "El monopolio como dato esencial del servicio público," en AA.VV., *Servicio público..., op. cit.*, pp. 423-34; Citara, Rubén, *El servicio público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1995; parte 2, *Poder de Policía*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1997; Cicero, Nidia Karina, *Servicios públicos. Control y protección*, Buenos Aires, UBA y ECA, 1996; Sarmiento García, Jorge H., *Concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999; Marafuschi, Miguel Ángel, "Servicio público. Concepto y evolución," en Botassi, *Temas..., op. cit.*, pp. 249-63; Pérez Sánchez, Luis R., *Servicio público. Técnica de protección al usuario*, Abeledo-Perrot, 1998.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

que determinadas actividades privadas podían o debían tener. Posteriormente la noción fue perdiendo importancia hasta quedar restringida a mostrar un régimen jurídico especial en determinado tipo de actividad; pero como este régimen jurídico es contingente a políticas económicas que han sido cambiantes en el siglo XX, y vuelven a ser cambiantes en la primera década del siglo XXI en nuestro país, la noción también debe mutar, desaparecer o reaparecer según como se presente ese régimen jurídico en cada contexto económico temporal.[2]

Por ello se ha podido decir con acierto que lo que se escriba al respecto tiene siempre "carácter efímero" y que se trata de palabras que "se escriben para ser reescritas más adelante,"[3] como el presente nos muestra en la Argentina.[4] No caigamos pues en el error de querer encontrar esencias inmutables donde sólo están las arenas movedizas de las cambiantes políticas económicas gubernamentales. Algo ha permanecido inmutable a través del tiempo, sin embargo y es que al igual que en la regulación a que nos referimos en el cap. siguiente, su resultado práctico no satisface los derechos individuales. Las normas se dictan, pero el efecto no es siempre el deseado. Por ello incluimos estos temas dentro de la presente sección III, "Lesión a los derechos" y no de la IV, "La protección de los derechos," como también podría razonablemente postularse. Cabe reconocer que es un dilema permanente,[5] tanto como el inasible equilibrio entre autoridad y libertad.[6]

1.2. *Fines del siglo XIX y comienzos del XX*[7]

En esa época la expresión era utilizada, en nuestro país, para designar actividades realizadas monopólicamente por particulares, por delegación y bajo control del Estado, con un régimen de derecho público en el cual se fijaban las tarifas, se ordenaban y controlaban las inversiones, se controlaba la prestación del servicio, se aplicaban sanciones en caso de incumplimientos de metas cuantitativas o cualitativas de inversión, etc.[8] La influencia en la interpretación de este sistema provi-

[1.2] Ver el magnífico desarrollo de MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Servicio público y mercado*, cuatro vols., Madrid, Civitas, 1998, en especial t. I, *Los fundamentos*, p. 17 y ss. Para las mutaciones locales ver MAIRAL, "El concepto..," *op. loc. cit.*

[1.3] CITARA, *El servicio público*, parte 2, *Poder de Policía*, *op. cit.*, p. 17.

[1.4] Las recientes estatizaciones del correo, de la empresa de provisión de agua y cloacas Aguas Argentinas, del Ferrocarril San Martín y las distintas experiencias en el mismo sentido en el interior del país nos muestran cómo, incluso en cortos períodos –una década en este caso–, puede andarse y desandarse el mismo camino.

[1.5] Que se extiende hasta la función pública misma: ver los trabajos del libro de DIIULIO, JOHN J. JR. (ed.), *Deregulating the Public Service. Can Government be improved?*, introducción de PAUL A. VOLCKER y WILLIAM F. WINTER, Washington, The Brookings Institution, 1994.

[1.6] Ver *supra*, t. 1, cap. III.

[1.7] Ver el análisis histórico argentino realizado por SALOMONI, *op. cit.*, caps. I a III, pp. 33-322, aunque no compartimos su idea en el sentido que el origen de la expresión, menos aún el concepto, pueda postularse en el derecho patrio.

[1.8] Ello sin perjuicio de algunas excepciones como es el servicio de correo, íntegramente gestionado por el Estado. Ver en este sentido GARCÍA SANZ, AGUSTÍN: "Las ruinas circulares de la gestión pública," en prensa.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

no del derecho estadounidense referido a las *public utilities* o servicios privados de interés público.[9]

1.3. *La época de las nacionalizaciones*

En la mitad del siglo XX se produjo aquí el proceso de nacionalización.[10] Contribuyeron diversos factores: insatisfacción con el poder monopólico de los prestadores privados y la poca capacidad del Estado para controlarlos; la trasnochada teoría económica local,[11] que ahora se inclinaba por la estatización y causas circunstanciales.[12] Los servicios privados que pasaron al Estado recibieron el mismo régimen jurídico de la administración; servicio público y función administrativa se confundieron en un mismo régimen jurídico[13] y en una misma *praxis* administrativa. Los organismos de control de los servicios públicos se desmontaron. El control del Estado sobre el Estado prestador de servicios o empresario no parecía una tarea realizable. Desapareció el concepto de la "tarifa" o "tasa" como *contraprestación* del servicio, para transformarse en otra manifestación del poder *tributario*: era otro impuesto destinado a rentas generales y no tenía relación con el servicio prestado.[14] Ese precio tenía un carácter político, generalmente de tipo social, en que el Estado atendía el crecimiento del servicio desde rentas generales y no desde la tarifa. Todo ello llevó a una desinversión progresiva y generalizada en los servicios públicos, con imposibilidad de revertir la tendencia cuando el endeudamiento del Estado adquirió niveles crónicos.[15] Esa misma época se caracteriza por un intervencionismo estatal en actividades privadas que nadie llamó servicio público, pero que quedaron sometidas a regímenes de precios y controles: ley de abastecimiento, precios máximos, agio y especulación, regulación y control de alquileres, etc. Los temas jurídicos de ese momento no eran entonces los servicios públicos, sino la actividad total del Estado y la regulación pública de casi toda la economía: en algún momento llegó a haber cuatro mil precios fijados por la administración.

1.9 Ello se advierte ya en las constantes referencias al derecho estadounidense que hacen los fallos de nuestra Corte Suprema en materia de servicios públicos y sus tarifas. Ver BARNES, IRSTON R., *Cases on Public Utility Regulation*, Nueva York, F.S. Crofts & Co., 1938; ANDERSEN, WILLIAM R. y ROGERS III, C. PAUL, *Antitrust Law: Policy and Practice*, 2ª ed., Nueva York, Matthew Bender, 1992; PIERCE, JR., RICHARD J. y GELLHORN, ERNEST, *Regulated Industries*, St. Paul, Minn., West Publishing Co, 1994, 3ª ed. Ver también PÉREZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 37 y ss. y sus referencias. La doctrina, en cambio, prefirió siempre los modelos francés y español.

1.10 La constitución de 1949 afirmaba que "Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren, en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa cuando una ley nacional lo determine."

1.11 Que, desde luego, no era la única en el mundo y que siempre parece tener adeptos que a veces, llegados al poder en tal o cual país, desarrollado o no, intentan ponerla en práctica.

1.12 Así, los excedentes financieros acumulados a fines de la segunda guerra mundial. Ver nuestro art. "G-8, UE, FMI, Argentina," *LL*, 2002-E, 927.

1.13 *Osores*, CCA, Sala I, Tucumán, *LL NOA*, 1999-265; *LL*, 1997-F, 784, 42.199-S, § V.

1.14 En el siglo XXI volvemos a esa época...

1.15 *Supra*, cap. IV del t. 1.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

1.4. *Las privatizaciones de fines del siglo XX*

1.4.1. *Privatizaciones con desmonopolización*

A partir de los años 90 se recepta en el país[16] el cambio de orientación mundial[17] de las ideas económicas, tanto abandonando la regimentación de la economía privada[18] como traspasando nuevamente a la actividad privada ciertas actividades asumidas medio siglo antes por el Estado. Al efectuarse la desestatización algunas actividades quedaron además desmonopolizadas, libradas a las reglas del mercado y la libre competencia, sin una destacada regulación estatal. Por cierto, el Estado mantiene el deber de controlar si se produce una tendencia monopolizante o de abuso de posición dominante en el mercado, para mantener la competencia como regla. Y hay casos en que la regulación existe sin que se aplique la calificación de servicio público: bancos y entidades financieras, seguros, etc.[19]

1.4.2. *Privatizaciones con monopolio*

Algunas privatizaciones se hicieron no hacia la libre competencia sino bajo un régimen jurídico oficial de monopolio. Requirieron entonces la creación de los mecanismos apropiados de control. Si determinados servicios están en manos de particulares en condiciones monopólicas, sea de hecho o por concesión o licencia otorgada por la administración, el Estado debe ejercer su potestad de controlar cómo se presta ese poder.[20] Allí reaparece un *corpus* normativo y una realidad económica que puede ser calificada útilmente como servicio público. Es una solución de derecho que debe constantemente reajustarse, en cada actividad de que se trate, a lo que la regulación determina sobre la base de tales cambiantes hechos. Podremos siempre discrepar acerca de si corresponde o no que tal actividad se encuentre o no en determinada situación, pero jurídicamente lo cierto es que sólo su condición monopólica, cuando la tenga y no su objeto, fin, etc., es lo que justifica

[1.16] No, p. ej., en Brasil: SUNDFELD, CARLOS ARI, *Fundamentos de direito público*, San Pablo, Malheiros, 1992, pp. 81-3.

[1.17] Ver p. ej. BARRAGUIRRE, JORGE A., "Control de la gestión de intereses públicos por medios privados," en WIGGLESWORTH, HUTCHINSON, BARRAGUIRRE y otros, *El nuevo control en los servicios públicos*, Santa Fe, UNL, s/d, p. 9 y ss.

[1.18] Sobre si esto significaba o no volver a la constitución liberal de 1853 comp. SALOMONI, *op. cit.*, p. 344-5. Una réplica en RAMÍREZ CALVO, RICARDO, "Alberdi y la intervención estatal en los servicios públicos. A propósito de una curiosa interpretación del pensamiento constitucional alberdiano," *LL*, 2002-B, 1158-73; conf. MAIRAL, "El concepto...," *op. cit.*, p. 230.

[1.19] *Infra*, cap. VII, "La regulación económica y social."

[1.20] Comp. MARAFUSCHI, "La teoría del servicio público y su función en el derecho administrativo," en AA.VV., *Servicio público: estudios a la luz de la Reforma del Estado*, La Plata, UNPL, 1996, p. 27, quien no obstante partir de una hipótesis distinta concluye finalmente afirmando que "la figura tradicional del Servicio Público, en la medida que salvaguarde el interés público *y proteja a la comunidad del abuso monopólico*, ha de subsistir dentro de un Estado que habrá de ejercer su rol de equilibrio entre prestadores y usuarios;" PÉREZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 48. En líneas generales es similar en cuanto al monopolio y su efecto sobre la regulación que requiere, cuando se lo autoriza, BARRAGUIRRE, *op. cit.*, pp. 24-34.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

y determina ese régimen.[21] No depende de la naturaleza de la actividad, sino de que las normas la sujeten al derecho público. Hay muchas otras actividades que podremos considerar como de interés público mayor o menor, pero si en ellas existe libre competencia no encontraremos —hoy en día— fundamento fáctico suficiente para fijarles la tarifa. Es una facultad que el Estado ejerce cuando ha conferido un monopolio y que a la inversa no puede llevar a cabo, actualmente, para actividades prestadas en libre competencia. No habrá en tales supuestos, pues, sustento fáctico ni legal suficiente para que la administración fije las tarifas.[22] De todas maneras, la claridad que parecía existir a finales del siglo XX vuelve a los claroscuros a comienzos del siglo XXI, reflejando parecidas incertidumbres europeas: el intervencionismo estatal ha vuelto a asomar su cabeza sobre la economía. Es todavía temprano, con todo, para saber si estaremos condenados a revivir nuevamente todas las etapas ya atravesadas.[23]

Por otra parte, hay casos en que existe competencia y de todos modos hay una importante regulación, p. ej. la actividad bancaria, la medicina prepaga, las compañías aseguradoras, etc. Sin embargo allí nadie postula llamarlas servicio público, lo que coincide con esta descripción fundada en el monopolio o la libre competencia. En todo caso, hoy es claro que el derecho atribuye las notas de un régimen especial de derecho público a las actividades monopolizadas. Es lo que han hecho

[1.21] Dice en tal sentido MALARET I GARCÍA, ELISENDA, "L'expérience espagnole," en AA.VV., *Le service public. Unité et diversité*, en el número especial de la revista *L'actualité Juridique. Droit Administratif*, París, 1997, p. 136 y ss., 139: "La declaración de servicio público significa un monopolio de derecho y no de gestión. Ello implica que las personas privadas no pueden prestar este servicio sino como concesionarios;" esa declaración formal, llamada *publicatio* en la doctrina española, es también caracterizada por el monopolio en RAMÓN MARTÍN MATEO, *El marco público de la economía de mercado*, Madrid, Trivium, 1999, pp. 82-3. Ver *infra*, nota 1.27.

[1.22] Respecto a la "rentabilidad razonable" ver HUTCHINSON, TOMÁS; BARRAGUIRRE, JORGE A. y GRECCO, CARLOS M., *Refoma del Estado. Ley 23.696*, Santa Fe, Rubinzal–Culzoni, 1990, pp. 327-32. En los servicios públicos, a su vez, renace la práctica viciosa de incluir en la tarifa un *plus* impositivo con destino al tesoro nacional, p. ej. res. conjunta MIV y ME 118/00 y 343/00, que antes la CSJN declarara legal a propósito de los subterráneos, *in re Fernández Raúl c. Poder Ejecutivo Nacional*, *LL*, 2000-A, 179 (1999), que revoca el fallo de la Sala IV, *LL*, 1997-E, 535. Ver TORNOS MAS, JOAQUÍN, "Potestad tarifaria y política de precios," *RAP*, 135 (Madrid, 1994); "Las potestades administrativas, tarifaria y de tasación de precios," separata de Consejo General del Poder Judicial, *La intervención administrativa en la economía*, p. 157 y ss.

[1.23] Que explicamos *supra*, tomo 1, caps. I a IV. Algunos ya advierten las posibles consecuencias de repetir nuestra propia historia. Así, se ha dicho -en relación a la estatización del servicio de agua y cloacas en la Ciudad de Buenos Aires y el conurbano- que: "...al acudir al pensamiento mágico en materia de políticas públicas, todo se desvanecerá más temprano que tarde. En algún punto, el superávit de hoy será el déficit de mañana y no habrá recursos disponibles para realizar las obras de mantenimiento y expansión requeridas, como pasó hace poco más de 20 años. También se terminará priorizando la provisión de agua por sobre el tratamiento de efluentes, cuyos efectos sólo se sienten en el más largo plazo. Nuevamente empujará la demanda insatisfecha y tendremos unos servicios en estado de crisis estructural. Todo ello ocurrirá, claro está, con el mismo Estado indemandable, con órganos de control bajo su poder jerárquico y con la paulatina migración del concepto de "tarifa" al de "impuesto" ..." (GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., "Aguas Argentinas: las preguntas que nacen con la terminación del Contrato," *LL*, 2006-B.)

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

p. ej. la ley y la reglamentación en materia eléctrica y de gas. La solución es nuevamente contingente y durará tanto como la política económica que la sustenta.

Dice el art. 1º de la ley 24.065:[24] "Caracterízase como servicio público al *transporte* y *distribución* de electricidad. La actividad de *generación*, en cualquiera de sus modalidades, destinada total o parcialmente a abastecer de energía a un servicio público será considerada de interés general, afectada a dicho servicio y encuadrada en las normas legales y reglamentarias que aseguren el normal funcionamiento del mismo. El decreto reglamentario 1398/92 va un poco más allá en la precisión y declara en el Art. 1°: "Caracterízase a la actividad de transporte como un servicio público *por su naturaleza monopólica*. No obstante lo cual, comparte las reglas propias del mercado por las particularidades que presenta en lo atinente a su expansión. Tales condiciones deberán ser tenidas en cuenta por la SECRETARÍA DE ENERGÍA ELÉCTRICA al establecer la regulación específica de tal actividad y por el ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD al ejercer las funciones que le asigna la Ley N° 24.065. La actividad de generación de energía eléctrica *por responder al libre juego de la oferta y la demanda* debe ser sólo regulada en aquellos aspectos y circunstancias que afecten el interés general."

Puede ocurrir que en determinadas localidades exista libre competencia y ella falte en otras zonas del país para el mismo servicio y las mismas empresas; allí donde falta la libre competencia, por la razón que fuere, renace en los hechos la tendencia a que nuevamente se recurra al poder regulatorio del Estado.[25] Como aplicación de este criterio puede advertirse que en el monopolio se suele considerar que no pueden aplicarse sus resultados económicos ni el poder que él confiere sobre el mercado, para subsidiar otras actividades realizadas en libre competencia. Es p. ej. el caso telefónico, en que se prohibe a las licenciatarias tanto los subsidios cruzados como competir en materias libradas a la competencia del mercado.[26] En suma, así como en el pasado ha podido señalarse que lo típico del servicio público era un monopolio en manos del Estado,[27] con la consecuencia de atribuir potestades al Estado prestador, ahora lo distintivo ha pasado a ser el monopolio en manos privadas, con la consecuencia opuesta de limitar las potestades y los derechos del prestador monopólico, limitación ésta que debe realizar el Estado a través de sus tres poderes, en una serie de mecanismos complementarios que pasamos a explicar a continuación. Con todo, al momento de la desmonopoli-

[1.24] En igual sentido la ley del gas 24.076, art. 1º.

[1.25] Adviértase que no estamos postulando teoría económica alguna, sino tratando de interpretar cómo el derecho refleja las cambiantes teorías económicas que en los hechos se imponen.

[1.26] CNFed. CA, Sala IV, *Impsat S.A. c/ Estado Nacional —Ministerio de Economía y O.S.P.— s/ Amparo Ley 16.986*, causa 40.380/95, primera instancia 9-XI-95 y 27-V-96, Sala IV, 20-XII-96, *LL*, 1998-A, 246, con nota de AGUIAR, HENOCH D., "Monopolio telefónico y servicios en competencia," *LL*,1998-A, 239.

[1.27] SILVA CIMMA, ENRIQUE, *Derecho administrativo chileno y comparado. El servicio público*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 16, quien recuerda en igual sentido, entre otros, a DUEZ, PAUL y DEBEYRE, GUY, *Traité de Droit Administratif Français*, París, Dalloz, 1952, p. 536. En igual sentido, también para el presente de privatizaciones, RAMÓN MARTÍN MATEO, *op. loc. cit.*; MALARET I GARCÍA, *op loc. cit.* Ver *supra*, nota 1.21.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

zación estatal y entrega a monopolios privados, faltó en muchos casos la previa o simultánea instrumentación de todos los necesarios mecanismos de control.

1.5. *Las renovadas discusiones sobre la definición*

En la Argentina, con las salvedades expuestas en la primera mitad del cap. I del t. 1, hay un renovado debate que tiene alguna justificación. Salvo los que buscan una definición "esencial,"[28] las discusiones se acercan al tema real, que es la extensión que en el derecho positivo vigente tenga un régimen jurídico al que luego, buscando receptar esa extensión, optaremos por llamar p. ej. "servicio público," o también "actividad regulada," etc. El nudo de la cuestión no es a qué decidamos colectiva o individualmente, por un acto mágico de voluntad, llamar "servicio público" y luego deducir algo de ello. El verdadero debate es decidir qué tipo y cantidad de regulación el orden jurídico ha establecido —y nosotros como sociedad postulamos— para qué tipo de actividad, en qué tiempo y lugar, en qué estadio tecnológico, etc. Y es bueno recordar que hay varios debates sustanciales relativos a la regulación administrativa de actividades privadas, que debemos enfrentar antes del decaimiento automático de todo el sistema de legislación delegada en el 2004, tema que tratamos en el cap. siguiente.

Una vez resuelta la discusión de cuánta regulación hay o queremos que exista para ciertas actividades, entonces sí podemos resolver si llamamos a algunas de ellas servicio público, actividad regulada, o si pasamos más simplemente a abandonar la pretensión de establecer criterios generales precisos y explicamos entonces cada actividad principal por sí misma en su régimen jurídico concreto: gas, electricidad, etc. Algunos autores han comenzado a hacerlo con especial acierto.[29]

Dejando de lado a quienes creen posible definir *ex cathedra* el concepto de servicio público, debemos tratar de explicar, con la definición, cómo funciona el derecho. Algunos autores, entonces, optan por decir que será servicio público lo que el legislador diga que lo es.[30] Ese razonamiento no es criticable *per se*, pero obliga a una aclaración: si el legislador aplica irrazonablemente un régimen legal como el del agua, la electricidad, etc., a la venta de ballenitas en la vía pública, esa ley será inconstitucional.[31] En el ejemplo extremo nadie dudará de esta aseveración, pero como siempre el problema lo presentan los casos grises.

[1.28] *Infra*, § 6.

[1.29] MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, *op. cit.*

[1.30] Siguiendo, en este sentido, la antigua caracterización del concepto de *publicatio* nacido en España, forma alambicada de expresar una idea sencilla, aunque sin pretensiones teóricas. El ropaje semántico sólo le agrega confusión, por apartamiento a las bases de teoría general del derecho que debe informar a toda rama jurídica, como lo explicamos en el cap. I del tomo 1. Ver, en aquel sentido de la *publicatio*, que otros autores adoptan, VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS, *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964, p. 207 y ss. Esta concepción subsiste, algo debilitada, aún en sistemas que admiten mayor apertura a la participación privada en la gestión de los servicios públicos.

[1.31] Un razonamiento análogo en PÉREZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 59.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

No hay duda que cuando existe monopolio *stricto sensu* la legislación expresa o implícitamente impone limitaciones y regulaciones especiales que pueden englobarse en la noción de servicio público. Es una tendencia empírica que tiene el Estado tanto en su rol de legislador como de administrador y por fin de intérprete del orden jurídico. Cuando el monopolio es imperfecto, cuando hay una importante restricción o limitación de la libre competencia, cabe la aplicación del mismo régimen jurídico básico, aunque con morigeraciones.[32] Aparecen así nociones como oligopolio, monopsonio, etc., que no nos parece útil entrar a precisar en una definición genérica,[33] porque sería como pretender encontrar en el lenguaje natural palabras precisas, lo que es imposible.[34]

El eje de la discusión debe estar alrededor de cuál es el grado de regulación que se justifica en una determinada actividad, sea por determinación del legislador,[35] del ente regulador independiente, o de la jurisprudencia, todo lo cual recogerá luego la doctrina, actividad por actividad;[36] objetivamente según el derecho vigente y no por preconceptos que algún autor quiera imponer a todos los creadores e intérpretes del orden jurídico. En la Argentina de comienzos del siglo XXI, a despecho de la Constitución, el gran regulador *de facto* es todavía el Secretario de Estado bajo cuya égida actúa el ente constitucionalmente *regulador* e independiente: se viola pues, doblemente, la Constitución.[37]

Cuando hay hiperconcentración, el rol mediático lo asume el presidente, aunque las normas emanen de funcionarios con menor rango.

1.32 El mismo PÉREZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 60, señala que el caso del autotransporte de pasajeros no constituye monopolio pero es servicio público. Es cierto tomando la palabra demasiado estrictamente, pero es obvio que en dicha actividad tampoco hay libre competencia. Creemos que es una cuestión de grado en la cual las definiciones, las hagamos como querramos, no alcanzarán para explicar la riqueza de la realidad. Pues decir que toda vez que haya ausencia de libre competencia hay servicio público también es algo exagerado. Las paradas de diarios, p. ej., necesitan de autorización estatal y se dan conforme a ciertos criterios. Pero habiendo tantas que ofrecen lo mismo al mismo precio, pensamos que sería irrazonable pensar en más regulaciones.

1.33 Interesa en cambio cuando la discusión está en determinar el régimen. Ver en este sentido el ya citado AGUIAR, "Monopolio telefónico y servicios en competencia," *LL*, 1998-A, 239.

1.34 Cabe pues remitirnos, una vez más, a la primera parte del cap. I del t. 1.

1.35 MAIRAL, "El concepto...," *op. cit.*, p. 231, coincide con BIANCHI en que el servicio público es el grado máximo de regulación: ver BIANCHI, ALBERTO B., "Los entes reguladores," en AA.VV., *Servicio público...*, *op. cit.*, pp. 149-207. A su vez, cabe admitir que la palabra *legislador* en los hechos se ve muy bastardeada por el extraordinario avance que en ocasiones realiza el Poder Ejecutivo sobre lo que es materia legislativa, luego débilmente cohonestado por tardías aprobaciones legislativas expresas o tácitas, a despecho de la Constitución. En cambio, los entes reguladores, que a nuestro juicio tienen aptitud constitucional propia en el marco de la ley para regular actividades, quedan avasallados en nuestro país por la administración central.

1.36 Como lo hace el excelente libro de MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, *op. cit.*

1.37 Ello es impensable en los EE.UU.: CANN, STEVEN J., *Administrative Law*, Thousand Oaks, California, Sage Publicatios, 1995, I, 2, p. 23 y ss.; SARMIENTO GARCÍA, *op. cit.*, p. 160 y ss. La propia autoridad del Presidente de los Estados Unidos es enorme pero se concentra en una media docena de cuestiones básicas. La presidencia de los Estados Unidos no pretende ocuparse, como la argentina, de *toda* la administración. Lo que acá vemos como un fenómeno normal de la vida diaria, allá se vería como una inimaginable aberración.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

2. *Estado actual*[1]

2.1. *La existencia de marco regulatorio legal y ente independiente de contralor, audiencias públicas, protección del usuario o consumidor*

En esta segunda etapa de privatizaciones de fines del siglo XX se tomaron algunos elementos del derecho estadounidense, pero sólo en pocos casos fueron los suficientes y adecuados. Entre estos últimos cabe destacar el gas y la electricidad, en los que el Estado:

a) dictó un marco regulador *legal* del servicio público que privatizaba bajo forma de monopolio,[2]

b) creó desde el comienzo, antes de la privatización, un *ente regulador independiente* para controlar dicha actividad (gas y electricidad, con el ENARGAS y el ENRE, respectivamente),[3]

c) aplicó empíricamente, en cuanto dependió del ente regulador, los aspectos mínimos del principio que posteriormente nosotros formuláramos en forma teórica: *quien concede no debe controlar*.[4]

Como parte indispensable del sistema, se prevé:

d) la necesaria realización de *audiencias públicas* antes de la adopción de determinadas medidas generales;

e) la aplicación de la ley de *defensa del usuario y del consumidor* y otros mecanismos de regulación;[5]

f) la vigencia inmediatamente operativa de los principios del art. 42 de la Constitución;

g) la tarifa es una contraprestación justa y razonable tanto para el contratista como para el usuario y

[2.1] Ampliar en USLENGHI, ALEJANDRO JUAN, "El control de los servicios públicos de gestión privada," en I.E.D.A., *Estudios de derecho administrativo II*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 161 y ss. La expresión "Estado actual" que mantenemos en el título es aún correcta, a pesar del reciente conato de intervencionismo estatal, porque los defectos heredados de las privatizaciones hechas sin organismos de control independientes aún no han sido corregidos.

[2.2] Aunque esta última nota es una característica que alguna doctrina local no acepta: CASSAGNE, JUAN CARLOS, *La intervención administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pp. 37-8; SARMIENTO GARCÍA, *op. cit.*, p. 295. Sigo en el punto a la doctrina comparada: ver *supra*, notas 1.21 y 1.27.

[2.3] *Supra*, t. 1, cap. XV; REIRIZ, MARÍA GRACIELA, "Autoridades administrativas independientes para la regulación y control de servicios públicos," en BOTASSI, *Temas..., op. cit.*, pp. 265-84; SARMIENTO GARCÍA, *op. cit.*, p. 143 y ss.; BIANCHI, "Los entes...," *op. loc. cit.*

[2.4] *Supra*, cap. XV del t. 1.

[2.5] Con la limitación que la propia ley 24.240 impone. En efecto, el artículo 2º de la ley de Defensa al Consumidor y sus previsiones no son de aplicación para "quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello..."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

h) las sanciones pecuniarias que se aplican por mala prestación del servicio se descuentan en algunos casos de la tarifa y vuelven entonces al patrimonio del usuario; en otros casos van a rentas generales;[6]

i) rige el lema o la noción del usuario–soberano, en la concepción de BENVENUTI.[7]

2.2. *Las privatizaciones sin marco legal ni ente regulatorio independiente*

En otros casos casi todo fue hecho mal: *a)* en vez de un régimen legal, cambiantes reglamentos de la administración; *b)* la autoridad regulatoria, *dependiente* de la administración central (teléfonos, primero con la CNT y luego de intervenida y disuelta ésta por intentar controlar el servicio, por una CNC dependiente de la administración central; las autopistas de acceso a Buenos Aires por OCCOVI, etc.); *c)* las audiencias públicas, con renuencia y a fuerza de demandas judiciales; *d)* casos en que primero se hace la privatización y después el régimen jurídico que ha de regir el servicio. Los resultados han sido visibles: en aquellos sectores en los que no ha existido ente regulador independiente creado por ley ni debido acatamiento al principio de la audiencia pública, se han renegociado los contratos originarios sin audiencia pública y en detrimento de los intereses económicos de los usuarios que la Constitución garantiza, aumentando incausadamente las tarifas, prorrogando concesiones, perdonando al concesionario o licenciatario multas devengadas a favor de los usuarios, etc.: son los mismos vicios que décadas antes sumaron razones para la estatización, el rescate, la nulidad. Un comienzo poco auspicioso. Un tribunal llegó a considerar que los usuarios no tienen derecho de índole constitucional —a pesar de que la Constitución lo establece— a tener un ente regulador independiente para controlar los servicios públicos.[8]

[2.6] Ello resulta del juego de las normas del contrato de concesión (*v. gr.*, ley 24.065 y Subanexo IV, punto 5.5. del contrato) y del art. 31 de la ley 24.447 (y punto 6 del Subanexo IV). Sala I, expte. 1810/96, 10-VI-99; Sala II, 1806/96 y 2181/96, 23-III-99; Sala III, 13.125/98 y 13.736/98, 19-VIII-98; Sala IV, 10-VI-99, 13.495/98; Sala V, 13.499/98, 14-VIII-98; todos *Edesur c/ ENRE*. Sobre la ilegalidad de la remisión sin causa de las primeras, *infra*, cap. XX, § 3.1.

[2.7] Ver ARENA, GREGORIO, "L'utente-sovrano," en UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. I, Módena, Mucchi, 1996, p. 147. La figura del usuario es hoy suprema: BENVENUTI, FELICIANO, *Il nuovo cittadino. Tra garantía e libertá attiva*, Venecia, Marsilio, 1994, p. 60 y ss.; ELIA LEOPOLDO, "La nuova cittadinanza," en *Studi in onore di Feliciano Benvenuti, op. cit.*, t. II, p. 723 y ss; GHETTI, GIULIO, "Alcune considerazioni su «il nuovo cittadino»," en la misma obra, p. 835 y ss.; ROTELLI, ETTORE, "Il nuovo cittadino di Feliciano Benvenuti," idem, t. IV, p. 1527 y ss.; ver *infra*, cap. XX, "La responsabilidad del Estado y sus concesionarios y licenciatarios," § 3.1.

[2.8] *Consumidores Libres*, Juzgado n° 9, con nota "La legitimación en el amparo: asociaciones, cooperativas, derechos de incidencia colectiva," en *LL*, 1995-E, 516. La sala V revocó el fallo, *LL*, 1995-E, 470. Con igual criterio la misma Sala rechazó la medida cautelar solicitada en *Solá* y otros con motivo de su suspensión como Fiscales Adjuntos de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas. Ello dejó preparado el camino para su despido, que en 1997 la CSJN enmienda en cuanto al fondo pero recién en 1999 se pudo ejecutar y mientras tanto se reformó legislativamente la Fiscalía (ley 24.946, art. 72 inc. c). Resultan ser años en que la ciudadanía está *privada de organismos de control*, con un agravio irreparable al interés público, además de los derechos individuales.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

2.3. *El monopolio privado como nota fundante del régimen especial*

A su vez, el orden jurídico ha sido interpretado en el sentido de que cuando el Estado establece que una actividad ha de prestarse bajo un régimen monopólico o de competencia imperfecta, debe controlarla con un régimen de derecho público; al existir mayor competencia la tendencia regulatoria es menor. Ni siquiera es posible encontrar un sólo régimen jurídico en cada actividad, pues el ordenamiento establece constantes subdistinciones que importan un cambio de régimen *en la misma actividad*. Un mismo tema, energía, puede encontrarse bajo diversos regímenes jurídicos: la *generación* de energía eléctrica, casi en libre competencia, pero el *transporte*, *distribución* y *venta* muy regulada, porque hay monopolio. El petróleo en cambio se encuentra desregulado y en libre competencia, tanto en su extracción como en su transporte y venta. En el gas la generación se halla desregulada y también en libre competencia. En cambio, el transporte, la distribución y venta de gas depende de qué tipo de gas se trata. Si es *natural*, se halla regulado, porque es materia de concesiones que se dan en monopolio; la venta de gas licuado en "boca de pozo" (una figura de lenguaje, desde luego), está desregulada. Si el gas es *licuado*, la producción y el transporte se hallan desregulados y en libre competencia; la venta al público de gas licuado, por su parte, se halla con regulación mínima y en libre competencia. De todas maneras, si se produce un abuso de posición dominante, p. ej. para subir —o bajar: *dumping*— artificialmente los precios, existen mecanismos sancionatorios como la multa por más de cien millones de dólares que se aplicó a YPF en 1999. Por cierto, si no existen controles suficientes y adecuados, y el poder sancionatorio reside en manos administrativas y no en tribunales administrativos imparciales independientes, siempre existe el riesgo de que ese poder se utilice desviadamente para obtener otros fines, públicos o no.

En la práctica es el monopolio o ausencia de libre competencia lo que determina el régimen jurídico especial y por ello centramos la noción jurídica de servicio público en torno a esta idea.[9] Esta forma de ver la cuestión se enfrenta con todas las nociones que quieren buscar la "naturaleza" o "esencia" de lo que cada uno pueda entender que merece ser servicio público, dar la propia definición y luego postular que el orden jurídico debe comportarse como él sostiene. No parece un razonamiento jurídicamente válido, por más que se encuentre muy difundido.

El régimen jurídico no depende de la doctrina, sino de la legislación y la jurisprudencia. Es el legislador el que determina quién prestará esa actividad monopólica, por cuánto tiempo y bajo qué condiciones;[10] a su vez la jurisprudencia le indica principios jurídicos que lo conforman o modulan. A tales particularidades del régimen jurídico se agrega la interpretación restrictiva de las potestades mo-

[2.9] MAIRAL, "El concepto...," *op. cit.*, p. 233, recuerda la tendencia contemporánea a restringir los monopolios y extender la regla de la competencia.

[2.10] Existen otras formas de expresar esta misma idea, que en definitiva remite a la decisión del legislador *stricto sensu*.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

nopólicas concedidas o licenciadas, la fijación de la tarifa del servicio[11] para que la rentabilidad monopólica del concesionario o licenciatario no exceda lo razonable,[12] el necesario control objetivo y debidamente auditado de las inversiones, para que sean reales y a precios de mercado, etc.

2.4. *El rol del Estado cuando hay libre competencia*[13]

Si el orden jurídico resuelve que determinada actividad ha de prestarse en libre competencia, entonces el rol del Estado es el mismo que cumple con todas las actividades privadas de esa índole. En este caso, el Estado asegura la libre competencia, la lealtad comercial, persigue las propagandas engañosas, tutela al consumidor, evita los abusos de posición dominante, etc. Cuando hay libre competencia, el derecho administrativo de fines del siglo XX no asume fijar o regular precios ni tarifas, ni determinar qué debe invertirse en tal o cual actividad económica, ni tampoco interviene en el nivel de rentabilidad de una actividad libre por propia determinación de dicho orden jurídico. Existe como veremos alguna variante de regulación económica y social, pero no del nivel que se aplica en las actividades monopólicas constitutivas de servicios públicos. Ahora bien, en los comienzos del siglo XXI la Argentina parece estar emprendiendo el mismo camino pero en sentido inverso: cuánto habrá de recorrerlo realmente, cuánto son apariencias, llevará algún tiempo saberlo.

2.5. *Prognosis*

2.5.1. *A fines del siglo XX*

A modo de ejemplo, en la Argentina algunos servicios de telecomunicaciones se prestaban en régimen de libre competencia y otros en régimen de monopolio. En

[2.11] Ver BIELSA, RAFAEL, "La locución «justo y razonable» en el derecho y en la jurisprudencia," *Estudios de derecho público*, t. I, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1950, p. 479 y ss.; SALOMONI, "Sistema jurídico, emergencia, conflictos de derechos y revisión de las tarifas de los servicios públicos," *ED*, 27-III-2002; GRECCO, "Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario (A propósito de la privatización de ENTel)," *RDA*, 5: 481 (1990); BIANCHI, ALBERTO B., "La tarifa en los servicios públicos (Del «Rate of Return» al «Price-Cap»)," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 503 y ss.; reproducido en BOTASSI (dir.), *Temas...*, *op. cit.*, pp. 199-228.

[2.12] Ver *supra*, t. 1, cap. XI y nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, 2ª ed., 1998, cap. III, "La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios," antes publicado en *LL*, 1995-A, 217. El tema de las ganancias excesivas ha sido materia de litigio, invocándose el derecho de incidencia colectiva a que se devuelva a los usuarios lo percibido encima de una tarifa justa y razonable y una ganancia razonable, como la prevista en el pliego del 16% para una inversión denominada de riesgo: Sala IV, *Consumidores Libres c/ Telefónica de Argentina*, *LL*, 1997-F, 273.

[2.13] Ver MARTÍNEZ MEDRANO, GABRIEL, *Control de los monopolios y defensa de la competencia*, Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 2002. La ley 25.156 del año 1999, que este autor analiza, crea un tribunal administrativo independiente de defensa de la competencia. En el año 2006 todavía no ha sido puesto en funcionamiento sin que nadie haya cuestionado judicialmente tan grave omisión. Ver también *infra*, § 4.5.2.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

los primeros el Estado otorgaba licencias y establecía lineamientos generales, pero no fijaba tarifas, niveles mínimos de inversión o calidad, control de costos, ni adoptaba un detallado reglamentarismo. En los segundos, la intervención estatal reguladora debe tener y tenía las características antes expuestas de control de tarifas, de inversiones, calidad, etc., por lo que no puede entonces sino llamarse servicio público.

Concluíamos nuestra apreciación de ese fin de milenio expresando que cuando el mercado se desregule completamente, no tendrá ya sentido esa intervención estatal, sino la que asegure las clásicas condiciones mínimas de la libre competencia, lealtad comercial, no abuso de posición dominante en el mercado (tales como subsidios cruzados, incursión en actividades en libre competencia utilizando el poder monopólico ejercido en otra), etc. En ese momento no responderá a la lógica del sistema jurídico pretender denominarlo "servicio público" por alguna supuesta característica "esencial," que se emparenta con la pretensión aristotélica de definir la verdad, la belleza, la justicia, etc.[14] Bastará con analizar las normas en cada caso existentes. Pero las cosas no resultaron así.

2.5.2. *En la primera década del siglo XXI*

En los primeros años del nuevo milenio el Estado adopta una tónica que luce muy intervencionista en materia de precios, inversiones, tarifas, etc., desdibujando, al menos en apariencia, el escenario anterior. Nos parece prematuro intentar determinar ahora qué modificaciones resultarán al esquema conceptual del anterior esquema económico: falta todavía apreciar la respuesta de la economía real a los nuevos estímulos oficiales y a su vez cómo estos se reacomodan a la a veces rebelde realidad.

3. *El régimen jurídico del monopolio*

3.1. *Distintos supuestos jurídicos de monopolio*

Cuando es el Estado que monopoliza una actividad productiva, su régimen jurídico por lo general se confunde con el resto de la actividad administrativa o estatal en general. Si alguna se rige por el derecho privado, esto es razón suficiente para no denominarlos servicios públicos.[1] Pero esto no es cuestión de definición normativa. Al extinguirse la concesión de Aguas Argentinas y reestatizarse el servicio con la creación de AySA, el decreto de creación sometió al nuevo ente al

[2.14] Nos remitimos nuevamente al cap. I del t. 1.

[3.1] BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Curso de direito administrativo,* San Pablo, Malheiros Editores, 2004, 17ª ed., cap. XI, I, 5 *in fine*, p. 628: de nada sirve "calificar como servicio público determinadas actividades si algunas fuesen regidas por principio de derecho público y otras prestadas en régimen de economía Privada". A la inversa, este autor considera que los monopolios estatales establecidos en la constitución brasileña están sujetos a normas de derecho privado y no son por ende servicio público, § 44 y 45, p. 648.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

derecho privado. La historia argentina ha repetidamente mostrado que estas definiciones normativas son insuficientes y que a la larga termina predominando la aplicación del derecho público.[2] Lo que analizaremos, dentro del régimen de monopolio, son las actividades particulares que pueden llegar a ser alcanzadas por un régimen jurídico especial que luego pueda ser caracterizado como servicio público. Distinguiremos según que el monopolio sea espontáneo —fruto del mercado—, o nacido de una determinación estatal de atribuirlo bajo tales condiciones legales a una entidad privada, por concesión o licencia de servicio público, lo cual supone una decisión legislativa —que no siempre existe.

3.2. *El monopolio espontáneo y de facto*

Mucho se ha escrito en nuestro país en el sentido de que el monopolio *per se* no está punido por la ley, sino el abuso de posición dominante en el mercado. Ello se refiere al monopolio que surge de la libre competencia, sin tutela normativa, pero no al que se instituye en violación a las normas del ordenamiento. En cualquier caso, la regla constitucional es la desregulación y la libre competencia, no el monopolio, el privilegio o la exclusividad.

A partir del art. 10 de la ley 23.696 y del art. 42 de la Constitución, toda norma que establece alguna restricción a la libre competencia es temporaria y con tendencia a la desregulación y desmonopolización, o sea hacia la plena competencia.[3] Va de suyo, además, que tal restricción a la libre competencia solo puede tener fundamento legislativo formal, no siendo concebible un marco normativo de la propia administración.

No cabe atribuir otro sentido a la expresión "legislación" en el art. 42 de la Constitución.[4] Un principio de orden constitucional y legal entonces lleva a interpretar *extensivamente* las normas referidas al derecho de la competencia y *restrictivamente* los supuestos que la excluyan. Dado el sostén constitucional de las normas que tienden a la desmonopolización y al derecho de la competencia, cabe darles prevalencia ante cualquier duda interpretativa que pudiere presentar una norma de cualquier rango menor. En derecho corresponde estar a favor de la libertad de comercio y no del monopolio o la exclusividad. En verdad, la sola existencia de un monopolio *de facto* conlleva dos reacciones del ordenamiento jurídico: *a*) tratar de eliminar dicha distorsión al mercado; *b*) mientras tanto y al mismo tiempo, dictar normas regulatorias que disminuyan o impidan sus excesos.

[3.2] Ya los explicamos hace cuarenta años en nuestro libro *Empresas del Estado,* Buenos Aires, Macchi, 1996, al cual nos remitimos para el detalle más minucioso de los antecedentes que justifican el aserto del texto.

[3.3] Es la tendencia contemporánea, como lo indica MAIRAL, "El concepto...," *op. cit.,* pp. 232-3. Lo mismo podría decirse respecto de la desregulación o el intervencionismo, tema que tratamos en el cap. siguiente. Allí también se observan en nuestro país las mismas vacilaciones de la primera década del tercer milenio

[3.4] CITARA, *op. ult. cit.,* p. 85; MAIRAL, *op. loc. cit.*; BIANCHI, *op. loc. cit.*

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

3.3. *El monopolio en los servicios públicos*

En los servicios públicos el monopolio es distinto: no nace espontáneamente en el libre juego del mercado y de la competencia, sino que está impuesto por el Estado mediante un acto normativo, otorgando a una persona determinada privilegios legales específicos para prestarlo por determinado tiempo y bajo determinadas condiciones.[5] No se le aplica pues el principio relativamente tolerante de la legislación común, sino uno más restrictivo: "las cláusulas que confieren exclusividad o monopolio para la prestación de un servicio público deben interpretarse con un criterio restrictivo (confr. doctr. de Fallos 105: 26.)"[6]

"Esa forma de interpretación cobra sentido al resultar indispensable que los privilegios o monopolios se funden en el interés colectivo, *única y exclusiva razón que los legitimaría y los haría encuadrar dentro del marco constitucional*,[7] debiéndose tener presente, además, que el monopolio o privilegio debe limitarse a los servicios estrictamente indispensables, teniéndose siempre como mira la garantía de un fin público."[8]

"En otras palabras, dicha interpretación encuentra su fundamento en que toda vez que el servicio público fue creado para satisfacer necesidades de la comunidad, la creación de monopolios o regímenes de exclusividad *nunca puede ir en detrimento de los usuarios*."[9]

El privilegio de exclusividad, por imponer una ventaja adicional al concesionario o permisionario,[10] sigue con mayor razón la regla de todo privilegio y, como dice MARIENHOFF, su otorgamiento es, siempre, de competencia *legislativa*.[11] "Dado el concepto de privilegio, va de suyo que todo lo atinente a su existencia y extensión es de interpretación restrictiva. No hay «privilegios» implícitos."[12] Por ende, no es constitucionalmente posible conceder un servicio sin marco legal específico, ni modificar o renegociar un privilegio o monopolio sin expresa aprobación legislativa antes de su entrada en vigencia.

3.5 Para un cuestionamiento y mayores desarrollos de este problema ver el interesante trabajo de ALBERTSEN, JORGE, "El monopolio como dato esencial del servicio público," en *Servicio Público...*, *op. cit*., pp. 423-34.

3.6 CNFed. CA, Sala IV, *in re Telintar S.A. -incidente- y otros c/ Comisión Nac. de Telecomunicaciones - M° de Economía y OSP- s/ proceso de conocimiento, LL*, 1995-A, 220 (1994); *DJ*, 1995-1, 400; cap. XV, ap. *b*), primer párr. Reproducido como anexo al cap. III de nuestro libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, 1998, 2ª ed. Se ha apuntado que la interpretación así restrictiva de la Corte se aplica en verdad indiscriminadamente a todo el contrato, no solamente a lo que es materia específica de monopolio.

3.7 El destacado es nuestro.

3.8 Cap. XV, ap. *b*, segundo párr.

3.9 Tercer párr. El destacado es nuestro.

3.10 MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, Buenos Aires, Abeledo–Perrot, 4ª ed., reimpresión 1998, p. 622, aunque menos enfático que en la 3ª ed., 1983, p. 627.

3.11 *Op. loc. cit*. En el mismo sentido los diversos fallos del fuero en contra de la privatización de los aeropuertos por decreto: *Nieva*, etc.

3.12 MARIENHOFF, *op. cit*., 3ª ed., 1983, p. 626. No hallamos la frase en la 4ª ed., 1998, p. 626.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

3.4. *El monopolio en la Constitución*

3.4.1. *Obligación de control*

A todo lo dicho cabe agregar que el art. 42 de la Constitución prevé el control de los monopolios naturales o legales, lo que da más énfasis al control que a la permisión: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno." "Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios." "La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo *la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios* y de las provincias interesadas, en los organismos de control." El segundo párr. establece que todas las autoridades, tanto legislativas como administrativas *y en su defecto judiciales*, deben proveer lo necesario al "*control de los monopolios naturales y legales*." Se retoma así, de algún modo, el concepto primigenio de monopolio, del griego *monopolion*, que sugiere etimológicamente la idea de "trato ilegal."[13]

3.4.2. *Participación de los usuarios*

El tercer párr. es a nuestro juicio claro en cuanto al derecho que la Constitución establece para las asociaciones de usuarios a la participación en los entes de control, sujeto a la ley que contemplará la forma y cantidad de su integración a los directorios de los entes reguladores.[14] Se trata no sólo del derecho a participar en los cuerpos directivos de los entes regulatorios (con voz y voto, aunque sin afectar el quorum), sino también a la realización de audiencias públicas previas a la afectación de sus derechos.[15]

[3.13] COROMINAS, JOAN, *Breve Diccionario etimológico de la lengua castellana*, 3ª ed., Madrid, Gredos, 1976, pp. 401-2.

[3.14] Convengamos en que la opiniones están divididas, y que por ahora pareciera que van mejor reflejando la realidad las tesis restrictivas que entienden que no resulta procedente la participación de las asociaciones en el órgano de conducción de los entes reguladores, por resultar "inapropiada" la representación de los usuarios y consumidores en aquéllos cuando ejercen función jurisdiccional al resolver conflictos entre usuarios y consumidores, y los concesionarios o licenciatarios, por afectarse la neutralidad del ente. Así MURATORIO, JORGE I., "Situación jurídica del usuario del servicio público. Participación en el control. La tutela administrativa y jurisdiccional," en *Servicio Público,..., op. cit.*, pp. 318-9. Ya hemos expuesto que la eventual decisión administrativa individual debe ser a cargo de tribunales administrativos imparciales e independientes. Pero es la función regulatoria general la que requiere la constitucionalmente "necesaria" participación de los usuarios.

[3.15] Ver *infra*, cap. XI; *Youssefian, LL*, 1997-F, 270.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

3.4.3. *Marco regulatorio*

También es claro que debe haber marcos regulatorios de carácter legal y no reglamentario, aunque la CSJN haya denegado pronunciarse en materia de aeropuertos.[16] El derecho constitucional a prestar y recibir servicios en libre competencia solamente puede cercenarse con fundamento legal explícito. La administración no puede disponer *per se* que una determinada actividad esté bajo un régimen de monopolio o exclusividad, en concesión o licencia, con la consecuente restricción a los derechos de todos los usuarios y de los eventuales competidores, sin ley del Congreso de la Nación. Más allá de algún fallo circunstancial de la CSJN, no puede la administración por sí otorgar un monopolio: que se haya hecho —aeropuertos— no le quita el carácter de contrario a la Constitución. Debe pues tratarse de legislación *stricto sensu*, del Congreso de la Nación, la única que existe en nuestro sistema constitucional y en el sistema interamericano. En ausencia de ley, la justicia debe aplicar directamente los principios constitucionales. Nuestra Corte Suprema ha reconocido más de una vez la necesidad de cumplir los fallos y opiniones consultivas de los organismos internacionales de aplicación de los tratados que suscribimos.[17] A su vez, la CorteIDH tiene dicho que "Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que *las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución*."[18] En igual sentido se pronuncia la ComisiónIDH: "Por lo tanto, cualquier acción que afecte los derechos básicos *debe ser prescrita por una ley aprobada por el Poder Legislativo* y debe ser congruente con el orden jurídico interno."[19] La CorteIDH define pues como leyes "la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, *emanada de los órganos legislativos* constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes *para la formación de las leyes*,"[20] pues "El principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables;"[21] es la

[3.16] Ver BIELSA, RAFAEL ANTONIO y GARBER, CARLOS ABELARDO, "Aeropuertos: algo más que un caso difícil," *LL*, 1999-A, 110; STARCK, CHRISTIAN, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Madrid, Centro de Est. Constitucionales, 1979, pp. 66-7, 71, etc.

[3.17] *Giroldi*, 1995, *LL*, 1995-D, 462; *Arce*, *LL*, 1997-F, 697, con nota "Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado," reproducido en *Cien notas de Agustín*, 1999, pp. 165-71. FAPPIANO, OSCAR L., *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, p. 78 y ss.

[3.18] OC 6/86, § 22. FAPPIANO, *op. cit.*, pp. 95-8; SALOMONI, *op. cit.*, p. 453. El énfasis es nuestro.

[3.19] *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996*, Washington, D.C., 1997, p. 65. Ver también FAPPIANO y LOAYZA T., CAROLINA, *Repertorio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 1971 a 1995*, Buenos Aires, Ábaco, 1999.

[3.20] Opinión Consultiva n° 6/86, § 23 y 32.

[3.21] OC 8/87, § 24.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

legislatura electa y no otra autoridad constitucional o de facto la que tiene la potestad legislativa. Todo ello ha sido reiterado en el voto concurrente del representante argentino ante la ComisiónIDH.[22] El principio de la buena fe nos obliga a cumplir en el plano interno lo que sostenemos y nos obliga en el plano internacional, como también lo reconoce la Corte Suprema en *Arce* al citar lo expresado en nombre de nuestro país por su representante en Naciones Unidas.[23] Estamos pues, una vez más, no sólo en infracción al ordenamiento interno sino también en violación al derecho supranacional. El art. 42 de la Constitución establece el derecho de los usuarios a la protección de sus "intereses económicos;" "a una información adecuada y veraz;" "a la libertad de elección," "y a condiciones de trato equitativo y digno." A ello cabe agregar la Convención Americana de Derechos Humanos:[24] principios tales como el de la no discriminación pasan a ser de aplicación directamente constitucional también en materia de tarifas de servicios públicos. Lo mismo ocurre con otra serie de principios jurídicos de carácter constitucional y supraconstitucional.[25] Toda la construcción del derecho administrativo contra el abuso del poder se corresponde, hoy en día, no contra el poder del concedente sino contra el poder del concesionario o titular de un privilegio,[26] que asume el rol de poder dominante; cabe sostener igual conclusión de los principios generales del derecho,[27] etc. Es la regla *in favorem debilis*, antes aplicada al administrado, hoy también al usuario. En algunos casos hay hasta una cierta simbiosis, pues el concesionario o licenciatario ha asumido a veces roles *stricto sensu* estatales, como es el control de la matrícula de gasistas por los diversos licenciatarios de la distribución del gas natural, o el privilegio del juicio de ejecu-

3.22 FAPPIANO, caso 10.843, Chile, 15 de octubre de 1996, Informe n° 36/96, § 31, p. 197 del Informe de 1996 de la ComisiónIDH, *op. loc. cit.* Ver también FAPPIANO, *El derecho..., op. cit.*, p. 95 y ss. y sus más amplias referencias, que compartimos, sobre la "reserva legal."

3.23 *LL*, 1997-F, 697.

3.24 Ya en la edición de 1990 de *Derechos Humanos* incluimos al Pacto como primero en la jerarquía normativa, por encima de la Constitución; ver los casos *Ekmekdjian, Fallos*, 308: 647, año 1992; *ED*, 148: 354 y *Fibraca, Fallos*, 316-2: 1669, año 1993, entre otros.

3.25 *Supra*, t. 1, cap. VI, § 5 y ss; CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa, Gulbenkian, 1989, p. 76 y ss.; SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlín, 1840, 5, p. 10 y ss.; ATALIBA, GERARDO, *Constituição e República*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 14; BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de Direito Administrativo*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 229 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, pp. 97-103.

3.26 Así GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, 1979; SAINZ MORENO, FERNANDO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976; etc. Lo que fue concebido como control del poder, cuando lo ejercía la administración, tiene aplicación cuando el poder real lo ejerce el concesionario o licenciatario, no en verdad la administración. *In maxima potentia, minima licentia*.

3.27 Es lo que explicamos en nuestra *Introducción al derecho*, editado como *e-book en* www.gordillo.com. Ver CASSAGNE, *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988; REAL, ALBERTO RAMÓN, *Los princi-pios generales del derecho en la Constitución uruguaya*, Montevideo, 1962; JEANNEAU, BENOÎT, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État*, París, L.G.D.J., 1954, etc.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ción fiscal y designación de notificadores judiciales *ad hoc* por Aguas Argentinas, etc. Al volver esta empresa a manos del Estado, con distinto nombre, todo ello necesariamente se acentuará,[28] pero también es evidente que estos *corsi e ricorsi* afectarán también la claridad y coherencia del régimen jurídico.[29]

3.4.4. *Interpretación restrictiva de los derechos del concesionario y licenciatario*

El fundamento constitucional de la interpretación restrictiva de tales concesiones o licencias deviene de que ellos constituyen una excepción a la regla de la libre competencia prevista en la Constitución, con lo cual sólo son válidos en cuanto se interpreten restrictivamente. En todo caso, es un principio sempiterno que viene del derecho romano.[30] Dicho principio secular se halla también recogido desde siempre por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por doctrina uniforme.[31] La concesión no altera el régimen del servicio concedido, el cual "*continúa, en todo momento, siendo servicio público,*"[32] con el alcance de la aplicación de todos los principios jurídicos de antigua data al respecto.

Toda la construcción restrictiva sobre el régimen jurídico de los servicios prestados al público quedó en hibernación, olvidada pero no desaparecida, cuando ellos estuvieron a cargo del Estado. Aquella construcción la realizó y mantiene tanto la jurisprudencia francesa como la norteamericana y ha sido receptada desde siempre por nuestra CSJN, precisamente para los supuestos de concesiones otorgadas a particulares. La jurisprudencia de fines del siglo XX identifica nuevamente concesiones de monopolio y licencias de privilegio. Claro está, al volver

3.28 *Privilegia sunt strictissimae interpretationis Privilegia non sunt trahenda ad exemplum*, 14 D.L. 3; PICCIRILLI, RODOLFO, *El privilegio en las concesiones de servicios públicos*, Buenos Aires, Abeledo, 1936, p. 9; CSJN, *Fallos*, 146: 288; 149: 218; 114: 124; 111: 339; Sala IV, *Telintar, LL*, 1995-A, 220, año 1994.

3.29 GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., "Aguas Argentinas: las preguntas que nacen con la terminación del Contrato," *LL*, 2006-B, sostiene que "La segmentación vertical de la captación, potabilización, transporte y distribución de aguas, así como la captación, transporte, tratamiento y disposición final de afluentes es posible. Y en ese contexto, en el que sólo las redes troncales seguirían atadas al destino interjurisdiccional, podría devolverse a las jurisdicciones locales la competencia sobre estos importantes servicios, ahora que la Ciudad de Buenos Aires ha abandonado su carácter de territorio bajo administración federal. No debe perderse de vista que el cambio de *status* jurídico de la Ciudad con la reforma de 1994 ha cambiado y, en esas condiciones, no tendría la Nación derecho a disponer por ella de un servicio local, cual es la distribución de agua y la provisión de cloacas, ahora que no existe un contrato de Concesión que irradie derechos adquiridos."

3.30 Uno podría linealmente suponer que la vieja potestad de Aguas Argentinas no la tendrá AySA, porque su decreto de creación dice que se regirá por el derecho privado. Pero no es lo que enseña la historia del derecho argentino, según lo explicamos en la remisión de la nota 3.2.

3.31 *Fallos*, 146: 288, 149: 218, 114:124, 111: 339, citados por BIELSA, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 6ª ed., 1964, p. 259 y ss.; *Consideraciones sumarias sobre la concesión de servicios públicos (A propósito de la 4° Conferencia Nacional de Abogados)*, Buenos Aires, Abeledo, 1937; CARRILLO, PEDRO, "Concesión de servicios públicos," *LL*, 62: 948.

3.32 IVª CONFERENCIA NACIONAL DE ABOGADOS, *Régimen jurídico ..., op. cit.*, pp. 30-1.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

a intervenir el Estado en la prestación directa de algunos servicios públicos a comienzos del siglo XXI, es posible que los límites se tornen difusos.

3.4.5. *Su aplicación a la tarifa.*

Se ha dicho así que "el derecho de los usuarios a la elección de la tarifa más baja [...] debería prevalecer por sobre el derecho de la licenciataria de obtener mayor ganancia."[33] Las tarifas deben ser *justas y razonables* tanto para el concesionario como para los usuarios; en los términos de la CICC, deben también respetar el principio de *equidad*, es decir, deben ser *justas*. Es un tema que ha de analizarse periódicamente,[34] teniendo en cuenta la evolución de todo el contrato.[35] En el derecho brasileño se agrega además que las tarifas deben ser módicas, accesibles a los usuarios.[36] En todo caso y volviendo a nuestro derecho, nunca pueden ser excesivas, "sin límite objetivo alguno."[37]

Debe cuidarse "que entre los derechos y las obligaciones del cocontratante exista una equivalencia honesta, una relación razonable;"[38] en igual sentido el Consejo de Estado francés exige la *equivalencia honrada u honesta* entre las cargas y los beneficios.[39] La CSJN, a su vez, sostiene que la ecuación económico financiera del contrato no es distinguible de una razonable rentabilidad; pero no es la rentabilidad esperada al momento de ofertar.[40] Como consecuencia de ello los tribunales tienen el deber de investigar, o hacer que la administración investigue, las inversiones y los costos frente a las tarifas para restablecer en su caso el equilibrio de las tarifas con la inversión cierta y comprobada, útil y eficaz, a precios de mercado[41] y la ganancia justa y razonable, teniendo presente el derecho de los

3.33 Cap. XVI, tercer párr., del fallo *Telintar*, Sala IV, *LL*, 1995-A, 220 (1994); *DJ*, 1995-1, 400.

3.34 Ver PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, "Tarifas y renegociación de contratos," en GORDILLO (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 54-64.

3.35 Ello se replantea a propósito de los reclamos ante tribunales internacionales.

3.36 BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo, op. cit.*, 17ª ed., cap. XII, VI, § 54, p. 682. Debe haber tarifas diferenciadas para personas de menores recursos y tarifas por servicios de mayor nivel económico y rentabilidad compensatoria de las anteriores o tarifa libre; siempre que la rentabilidad *total* de la empresa se mantenga en niveles razonables.

3.37 "Las ganancias sin límite objetivo alguno," nota a *Telecomunicaciones Internacionales de Argentina S.A. y otros c. Comisión Nacional de Telecomunicaciones*, CSJN, *LL*, 1997-B, 320. La prohibición de la excesiva onerosidad es un principio general de derecho internacional privado, como señala ZUPPI, ALBERTO L., "La interpretación en la Convención de Viena de 1980 (CISG), (Compraventa internacional de mercaderías)," *LL*, 1997-F, 1290, punto III, 3, *l)*.

3.38 ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. I, *Parte General*, Buenos Aires, Depalma, 1977, pp. 453-4.

3.39 *Ministre des Travaux Publics vs. Compagnie Générale Française des Tramways*, dictamen del Comisario de Gobierno LÉON BLUM, *Conseil d'Etat*, 21-3-1910.

3.40 Ver CSJN, *in re Maruba*, *LL*, 1999-F, 456, con nota de CAPLAN, ARIEL R., "La visión de los usuarios sobre un fallo de la Corte," *LL*, 1999-F, 454.

3.41 Hay intentos de inflar los costos: EURNEKIAN, EDUARDO, "Carta a mis socios italianos," diarios del 8-II-2000, § 11 y 12. Dice en *Ámbito Financiero*, 21-II-2000, p. 2: "Quienes saben dicen que [...] quisieron usar una vieja treta de muchas privatizaciones [...] encareciendo las obras [...] como se hizo con los peajes, p. ej."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

usuarios y la CICC.[42] Esa recomposición parcial del contrato de concesión o licencia, que puede significar la anulación parcial de aumentos o ganancias incausadas, tiene también su fundamento en la ley de defensa del usuario y del consumidor, que autoriza tal procedimiento y es expresamente de orden público. En los últimos tiempos la administración ha preferido negociar con el concesionario rebajas parciales y de común acuerdo de las tarifas, lo que no satisface plenamente aquellos principios.[43] Falta allí el tercer elemento del sistema, que son los usuarios, como mínimo a través de una audiencia pública. Falta también ver desplegado en toda su magnitud la totalidad interrelacionada de las consecuencias tanto de la renegociación efectuada, las inversiones asumidas por el Estado, como los resultados de los juicios arbitrales internacionales. El público no cuenta con fácil acceso a esa información.

3.4.6. *Las cargas, los gastos y las inversiones reales. Las auditorías*

Las concesionarias y licenciatarias tienen derecho a tener ganancias razonables, no desproporcionadas, para asegurar la estabilidad y crecimiento del sistema.[44] A la inversa, los usuarios tienen derecho a no pagar tarifas que sean injustas o desproporcionadas al servicio que reciben.[45] Pues como se ha dicho en más de una oportunidad, "es principio general en la materia que las tarifas de los servicios públicos deben ser justas y razonables de manera que se asegure el respeto de la necesaria proporcionalidad entre el servicio prestado y la retribución abonada."[46]

Para determinar la ecuación económico financiera real y el nivel de las tarifas, es imprescindible adicionar auditorías cruzadas independientes, que determinen la exactitud y realidad de las inversiones del concesionario y las de sus empresas

3.42 Ver BOTASSI, CARLOS A., "El derecho frente a la corrupción política," *JA*, 2002-I, 1029; nuestro art. "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091.

3.43 Sobre redeterminación de precios y tarifas en los contratos de obras y servicios públicos. Ver VEGA, SUSANA y CRIVELLI, JULIO, "Emergencia y prohibición indexatoria de tarifas (Una vía de salida en la concesión de servicios públicos)," *RAP*, 282: 15, Buenos Aires, 2002.

3.44 GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., "Aguas Argentinas: las preguntas que nacen con la terminación del Contrato," *LL*, 2006-B, se pregunta "¿cuáles son las consecuencias de largo plazo del establecimiento de sistemas tarifarios en los que el pago del servicio no sólo dejan de dar ganancia (en una empresa de capital estatal, hasta podría ser admitido), sino que abandonan la idea de cubrir la amortización del capital instalado y de generar fondos genuinos para el desarrollo de nuevas obras expansión? Las consecuencias mediatas podrían ser precisamente aquellas que la Ley de Reforma del Estado vino a atender –más allá de las consideraciones que cada uno pueda hacer respecto de su efectividad– hace 15 años: desinversión, falta de servicio, demanda insatisfecha, ausencia de mecanismos eficaces de reclamo."

3.45 Cabe destacar el feliz acierto semántico de GUSMAN, ALFREDO SILVEIO, "La intangibilidad de la situación jurídica del usuario," *LL*, 2000-B, 263. Es al concedente que corresponde crear sistemas de medición *inviolables*, que eviten la aplicación de los *softwares* de sobrefacturación *random*, tan en boga en nuestro país.

3.46 Punto IX del voto de USLENGHI en *Fernández*, *LL*, 1997-E, 535. La revocación por la CSJN el 7-XII-99, *LL*, 2000-A, 179, no le quita fuerza de convicción al argumento, compatible con *Maruba* de la misma Corte, *LL*, 1999-F, 456.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

vinculadas o indirectamente subsidiadas, tanto en libros como en la realidad fáctica y económica concreta.[47] La carga de la prueba recae, sobre quienes invocan el monopolio o privilegio; en la duda cabe estar a favor del usuario o consumidor.[48]

3.4.7. *Relaciones con el usuario*

Algunos autores consideran que si el servicio es "obligatorio" se trata de una relación reglamentaria y si es "facultativo" es de derecho común.[49] Pero el servicio público constituye un monopolio y no existe libertad de contratar del usuario. No hay obligatoriedad jurídica formal de contratar, aunque sí fáctica,[50] derivada del carácter básico de la necesidad a satisfacer y la inexistencia de competencia. Incluso, la distinción contradice el carácter "esencial" de las definiciones utilizadas por esa doctrina.

Si bien las empresas suelen llamar "clientes" a los que reciben su servicio, consideramos que esa designación presupone libertad de elección; al no existir tal libertad y tratarse de "clientes" cautivos, corresponde más estrictamente la denominación de usuario. De allí que en este vol. estemos aproximando los conceptos de usuario y administrado: el administrado de ayer es el usuario de hoy. Esa relación se rige en la actualidad por el derecho administrativo, sobre todo a partir de la reforma de 1994 y los indubitables derechos públicos y de incidencia colectiva del usuario y consumidor que ella establece en sus arts. 42, 43 y concordantes, conforme explicáramos en los caps. II a IV. La competencia judicial para intervenir en las cuestiones entre usuarios y prestadores del servicio, al igual que la relación entre estos y el concedente, es también la procesal administrativa.[51] Las cuestiones de competencia, desde luego, constituyen una de las falencias sistemáticas de nuestro sistema de acceso a la justicia administrativa, que se multiplica ante el número extraordinariamente reducido de tribunales de justicia en materia administrativa.[52]

3.47 Esto es congruente con *Maruba*: "para ser resarcida, la actora debió acreditar al perjuicio que dice haber sufrido" (cons. 15); "no se detectaron elementos concretos según los cuales la actora haya tenido quebrantos en la explotación de las concesiones." La indispensable remisión a la temática expuesta en el cap. I de este vol. es de rigor.

3.48 Ley 24.240, art. 3°: "En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor;" CSJN, *Maruba, LL*, 1999-F, 456, cons. 21, con cita de *Fallos,* 308-1: 618 *Hotel Internacional Iguazú S.A.*, 1986, cons. 8° y su cita, *LL*, 1986-D, 397: "la duda es fatal para el derecho del concesionario." Hasta el presente el principio es uniforme.

3.49 Marienhoff, t. III-B, Buenos Aires, 1994, pp. 604-5, n° 1157, a quien sigue Mertehikian, Eduardo, *Naturaleza jurídica de los contratos que celebran concesionarios y licenciatarios de servicios públicos*, en AA.VV., *Derecho administrativo*, San Juan, 1997, p. 50.

3.50 Conf. Boragina, Juan C. y Meza, Jorge A., "Responsabilidad civil de las empresas concesionarias de peaje en relación a los daños padecidos por el usuario," *JA*, 1997-IV, 858, ap. IV.

3.51 Sala I, *Viola de Fischer, ED*, 145: 352, año 1991, prov. de Bs. As., art. 2°, inc. 2: Gusman, "En la antesala del nuevo contencioso administrativo bonaerense. Análisis del Proyecto de Código," *EDLA*, 1997-B, 1485. Antecedentes opuestos en Maljar, Daniel Edgardo, "Naturaleza de la relación jurídica entre concesionario y usuario del servicio público," *LL*, 1997-F, 1245.

3.52 Nos remitimos al mayor desarrollo de los caps. XIII y XIV.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

4. *Otras particularidades*

4.1. *La audiencia pública como garantía constitucional del usuario*

La modificación de la tarifa requiere de una audiencia pública para la defensa de los usuarios, junto con la intervención del Defensor del Pueblo. Este requisito, exigido expresamente por la ley en materia de gas y energía eléctrica, es en verdad de naturaleza constitucional y corresponde ser aplicado en todos los servicios privatizados,[1] haya o no norma legal o reglamentaria que la requiera en el caso del servicio específico de que se trate.[2]

La tendencia jurisprudencial parece orientarse en exigir la audiencia. Es lo que ocurre en 1997 con el fallo *Youssefian* de la Sala IV.[3] También la justicia exigió audiencia pública en materia ferroviaria, en 1999 y el Defensor del Pueblo en materia del aeropuerto de la Capital. En los casos mentados la administración cumplió con el recaudo en 1999.[4] Sin embargo, a comienzos del siglo XXI la administración nacional renegoció las concesiones de servicios públicos sin audiencia pública y las hizo pasar por un procedimiento de aprobación legislativa ficta, obviamente inconstitucional.[5]

Hasta ahora el principal régimen integral publicado y vigente es el del ENRE[6] y cabe destacar que poco a poco lo van adoptando todas las demás autoridades públicas del país, por lo que se puede afirmar que representa el estado actual del tema en la Argentina, en el orden nacional; pero como acabamos de expresarlo, su aplicación real ha sufrido un marcado deterioro. En el orden nacional el gobierno ha sido pródigo en el dictado de normas sobre transparencia, participación, acceso a la documentación, autolimitación de facultades administrativas, todo lo cual debiera haber dado un marco apropiado a las audiencias públicas que realizara en el marco del decreto 1172/03 dictado al efecto. No ha sido ello así en la práctica.[7]

4.1 Ver cap. XI, "El procedimiento de audiencia pública;" *supra*, caps. II a IV.

4.2 En una postura contraria CASSAGNE, JUAN CARLOS, "El futuro de los servicios públicos", en *Servicio Público,..., op. cit.*, p. 878, que por cierto es tan sólo uno de un nutrido grupo de juristas argentinos que resisten todo lo posible los cambios. El progreso se encuentra siempre en algún punto intermedio entre lo que se resiste a cambiar y lo que pugna por nacer.

4.3 *LL*, 1997-F, 270 (cautelar) y sentencia definitiva, *LL*, 1998-D, 712, que comentamos en el cap. XI, § 1. Este fallo fundamenta la obligación de hacer audiencia pública, antes de resolver acerca de la prórroga del monopolio, en la articulación de los arts. 18 y 42.

4.4 *Infra*, cap. XI, "El procedimiento de audiencia pública."

4.5 Lo que menos hizo el gobierno en el caso, fue satisfacer "Procedimientos que garanticen publicidad, transparencia y participación," como enuncia que debía hacerlo PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, *Renegociación de contratos públicos*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002, cap. VII, § 7, pp. 115-8. En peor defecto incurrió con las licencias de radiodifusión: *supra*, cap. II, § 11, "Algunas novedades en materia de licencias y renegociaciones."

4.6 Resolución n° 39/94, *B.O.* del 9-V-94, pp. 11-2. Cabe destacar que por resolución SC n° 57/96 la Secretaría de Comunicaciones estableció el "Reglamento General de Audiencias Públicas y Documento de Consulta para las Comunicaciones," lo que destaca la importancia que va asumiendo la audiencia pública como mecanismo de expresión y participación de los usuarios.

4.7 Un comienzo auspicioso bajo tales principios ha comenzado a desdibujarse. No ha sido ajeno a ello el manejo del difícil problema de la protesta urbana, *infra* § 5.2.4.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

4.2. *Los sistemas individuales y colectivos, administrativos y judiciales, de defensa. Derechos de incidencia colectiva*

Si bien es indubitable que son necesarios y deben ejercerse los mecanismos jurídicos individuales para la defensa de los derechos de los usuarios y consumidores,[8] ello no debe hacernos perder de vista el hecho de que, ante millones de usuarios para cada servicio, el Poder Judicial se halla materialmente impedido de brindar justicia a siquiera una parte mínima de ellos. Para que pueda existir tutela judicial efectiva de los derechos de los usuarios es necesario que se enfaticen los mecanismos colectivos que para ello existen.[9]

Mientras tanto, el énfasis debe ser puesto en aquellos procedimientos y órganos administrativos que pueden ayudar a prevenir o reducir el daño: entes regulatorios independientes,[10] audiencias públicas,[11] acciones colectivas o de clase, medidas autosatisfactivas, cautelares autónomas, medidas innovativas,[12] admisión amplia del amparo, etc.[13] Es otra vez, repetida, la comparación entre control judicial y administrativo en que siempre está el riesgo, entre nosotros, de que pueda ser más eficaz el administrativo que el judicial, para desmedro del Estado de Derecho.[14] Al menos contamos con las mayores precisiones que aportó la corte en *Estrada*, profundizando la línea sostenida en *Fernández Arias*, en el sentido de exigir la independencia de los tribunales administrativos.

4.3. *El ente regulador*[15]

4.3.1. *Su rol*

El mismo art. 42 de la Constitución exige que debe haber un ente regulador para cumplir esas funciones. Ello significa que debe tratarse de un ente regulador inde-

[4.8] Ver p. ej. GELLI, MARÍA ANGÉLICA, "Los derechos de usuarios y consumidores en la Constitución nacional," en el libro colectivo *Comentarios a la reforma constitucional*, Buenos Aires, 1995; GUAJARDO, CARLOS ALBERTO, "Algunas reflexiones sobre la protección a consumidores, usuarios y al mercado en el nuevo art. 42 de la Constitución nacional," en SARMIENTO GARCÍA y otros, *La reforma constitucional interpretada*, Buenos Aires, Depalma, 1995; MARCHAD, MERCEDES y BURGOS, DÉBORA, "Responsabilidad de las empresas prestadoras de servicios públicos," *JA*, 1997-I, 757; CICERO, NIDIA KARINA, "Los sistemas de protección de los usuarios de servicios públicos," en *LL*, 1996-C, 420; *Servicios públicos. Control y protección*, *op. cit.*

[4.9] *Supra*, cap. IV, "El interés legítimo;" *infra*, caps. XIII, "La tutela judicial" y XIV, "Problemas del acceso a la justicia." Ver también cap. XIV, § 4, "Los fallos repetitivos como merma de justicia: cómo evitarlos en el derecho actual."

[4.10] *Supra*, t. 1, cap. XV, "Los entes reguladores."

[4.11] *Infra*, cap. XI, "El procedimiento de audiencia pública," de este t. 2.

[4.12] Ver *infra*, cap. XIII, "La tutela judicial," § 9.8, "La tutela autosatisfactiva o anticipatoria."

[4.13] Ver ejemplos en los caps. II a IV. Otra variante de interés en CAPLAN, ARIEL, R., "Hacia una nueva relación entre los usuarios y los organismos multilaterales," en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2005, pp. 35-43.

[4.14] Lo explicamos *infra*, cap. XV. Ver también RETJMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000.

[4.15] Ampliar *supra*, t.1, cap. XV. Ver también BIANCHI, ALBERTO, "Los entes reguladores", en *Servicio Público,..., op. cit.*, pp. 149-207.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

pendiente del poder ejecutivo, aunque un fallo entendió en su momento que los usuarios no tienen derecho a dicho órgano de control independiente.[16] El ente regulador, que no puede actuar como un supuesto árbitro que dirime conflictos entre partes iguales, sino que tiene el deber constitucional y legal de buscar equilibrar la desigualdad existente, compensando el poder monopólico o exclusivo con un mayor peso de su control y una mayor defensa del usuario (que es además de orden público por la ley 24.240), viene en este pronunciamiento a ser una noción descartable en el derecho viviente. Esa decisión afortunadamente se encuentra hoy superada por el nuevo criterio de la CSJN, en tanto guarde coherencia con *Estrada*. Pero falta observar comportamientos materiales de la administración que demuestren el nuevo estado de situación.

4.3.2. *Facultades*

Por eso y otras razones la supuesta facultad "jurisdiccional" que alguna ley y doctrina reconoce a estos entes no puede ser entendida en sentido estricto. Es una facultad administrativa de resolver conflictos en sede administrativa, *sujeta a revisión judicial plena*.[17] Pero es además indispensable que no exista recurso de alzada u otro tipo de control jerárquico o tutela administrativa de la administración central. El único control debe ser el judicial en forma directa, sin agotamiento alguno de la vía administrativa.[18] No cabe discutir en cambio las facultades reglamentarias, que no son potestad "delegada" por el Congreso en los entes de contralor previstos en el art. 42,[19] sino potestad que tienen constitucionalmente, *iure propio*.

Algunos fallos mencionan una "relación especial de sujeción" entre el concesionario o licenciatario y el ente regulador, lo que ha sido debatido por la doctrina[20] pero no empece a la existencia de la potestad regulatoria.

4.16 *LL*, 1995-E, 470 (Sala V, aunque por error se indica Sala I); 1ª inst. en *LL*, 1995-E, 516.

4.17 El tema es tratado por BALBÍN, CARLOS, "Sobre el control judicial de los entes reguladores de los servicios públicos", en *Servicio Público,..., op. cit.*, pp. 767-794.

4.18 Lo explicamos en el t. 4, cap. XI, "Recurso de Alzada," § 1 a 4. Otro debate relacionado con las facultades jurisdiccionales de los entes es el referido a la competencia de los tribunales judiciales al ejercer el pertinente control sobre aquellas decisiones, cuando el administrado, junto a la impugnación del acto administrativo por nulidad, reclame un resarcimiento pecuniario originado en la actividad del ente o de la prestataria. Al respecto la doctrina de la Corte en el caso *Ángel Estrada* ha zanjado provisionalmente el debate, independientemente de las interpretaciones a que da lugar el pronunciamiento. Ver nuestro art. "Ángel Estrada," en *JA*, número especial, 2005-III, fascículo n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducido en *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, número 2, mayo-agosto de 2005, México, 2005, pp. 307-311. Ver también BALBÍN, *op. cit.*, p. 779.

4.19 De los cuales hay solamente dos parecidos, el ENRE y el ENARGAS, aunque no tienen participación de los usuarios en el directorio.

4.20 Sala I, *Edenor S.A.*, *LL*, 1996-C, 446, año 1995 y nuestros arts. en *LL*, 1996-C, 447; *RAP*, 212: 120. Ver, desde ángulos opuestos, PAREJO ALFONSO, LUCIANO, "La categoría de las relaciones especiales de sujeción," en GUILLERMO A. MUÑOZ y JORGE L. SALOMONI (dir.), *Problemática de la administración contemporánea*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, p. 131 y ss. y SALOMONI, "La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el Derecho público argentino," ídem, p. 151 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

4.3.3. *Participación*

En nuestra opinión, estamos en falta constitucional al no haber implementado la participación de los usuarios en los órganos de dirección de los entes reguladores. Algunos fallos han comenzado a rechazar petitorios de esta naturaleza de los usuarios, incumpliendo así, a nuestro modo de ver, el precepto constitucional.

La doctrina ciertamente no ayuda, en esta materia, pues por lo general no hace esta interpretación y no sólo postula que hace falta ley expresa sino que va más allá: hasta ve dicha participación incompatible con la función supuestamente jurisdiccional de los entes.[21] Es lo de siempre: se teme que la participación sea un factor de desestabilización, no advirtiendo que es un mecanismo de integración social. También es cierto que el impulso participativo que pareció animar el espíritu oficial contemporáneo ha perdido velozmente apoyo en las esferas gubernamentales. Se ha dado en los hechos más movilización social, con toma y dominio de la calle, que auténtica participación política y administrativa.

En cuanto a la participación de las provincias, cuando existe ella se maneja desde los llamados Consejos Federales como el de la Energía, presidido por el Secretario de Energía. Los plazos deben vencer en forma escalonada para que ningún gobierno pueda nombrar o remover a todos sus miembros en el directorio, sino como máximo recambiar a uno o dos en un mismo mandato, manteniéndose mientras tanto los representantes de los usuarios y las provincias con sus propios mecanismos autónomos de renovación.

4.3.4. *Casos especiales*

Hay casos especiales, como el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires, creado por los arts. 137 y 138 de la constitución local y reglamentado por las leyes 210 y 1384. El sistema prevé directores profesionales, nombrados previa audiencia pública, mas un representante de los usuarios.

4.4. *Su aplicación a la defensa del usuario*

La Constitución nacional establece un orden de prioridad de la libre competencia por sobre el monopolio. Es clara la reiteración constitucional de ese concepto —de todos modos preexistente en la legislación y en el espíritu constitucional previos. Igualmente lo es la imposición de controlar los monopolios naturales o legales, en defensa de los intereses económicos, etc., del usuario o consumidor, que el sistema constitucional impone ahora a todas las autoridades públicas, administradores y jueces incluidos. El control de que las tarifas sean justas y razonables comprome-

[4.21] Esto último carece de sustento una vez aclarado que en verdad no pueden tener función jurisdiccional, sino que se la deben dar a tribunales administrativos autónomos, imparciales e independientes. Ver nuestro art. "Ángel Estrada," en *JA*, número especial, 2005-III, fascículo n° 9, *El caso Ángel Estrada,* pp. 46-48 y sus remisiones.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

te pues tanto al administrador como al juez. Que la justicia puede y debe examinar las pruebas lo demuestra la CSJN *in re Maruba*, ya citado.[22]

4.5. *Otros mecanismos de defensa del usuario o consumidor*[23]

4.5.1. *La ley de defensa del usuario y consumidor*

Esta ley es verdaderamente importante, por distintos aspectos. Es de destacar, en primer lugar, que antes que se dictara el art. 43 de la Constitución nacional, ella ya legitimaba a las asociaciones de usuarios para iniciar acciones de clase en defensa de los derechos de todos los usuarios,[24] pero con una particularidad adicional. Se trata de que la ley determina que en caso de desistimiento de la asociación, el ministerio público *debe* seguir la acción, *ope iuris*.

Como dice el art. 52 de la ley 24.240, "En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas, la titularidad activa será asumida por el ministerio público." Por ser una ley de orden público no admite que el reclamo colectivo instaurado quede sin resolución en cuanto al fondo. Esto es un modo de enfatizar que la ley es de orden público.

En materia de medidas cautelares, tenemos también consecuencias jurídicas derivadas de este cuerpo normativo. En efecto, la verosimilitud existe de pleno derecho a favor del usuario, por la presunción que la ley establece. El art. 3° señala expresamente que "En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor," principio que repite el art. 37. No aplicaría bien esta ley de orden público un juez que hesitara en otorgar una cautelar.[25] Dictada la medida, la apelación no suspende sus efectos, como sí ocurre en el amparo[26] a tenor del decreto-ley 16.986/66.[27] Ello, por cuanto la ley 24.240 dispone

4.22 *LL*, 1999-F, 454, año 1998, con nota de CAPLAN, "La visión de los usuarios sobre un fallo de la Corte." La CSJN revisa la tarifa, pero la considera válida, en *Fernández, supra*, nota 1.22.

4.23 La ley de defensa del usuario y consumidor 24.240, la ley de defensa de la competencia 25.156 y la ley de lealtad comercial 22.802 se integran y complementan, conformando lo que se denomina "derecho de los consumidores:" MURATORIO, *op. cit.*, p. 313.

4.24 Ver también *supra*, cap. II, § 7, respecto a la acción de la ley de defensa del consumidor. La ley 24.240 ha sido complementada por la ley 24.787, de aplicación específica a los servicios públicos (ver *infra*, nota 4.27) y por el decreto 276/98, creando un sistema de arbitraje administrativo para el consumo; también la ley 24.999. Respecto al arbitraje ver *infra*, cap. XVII.

4.25 Ver cap. XIII, "La tutela judicial," § 9.2, "Los fundamentos para concederlas y/o denegarlas. La verosimilitud del derecho vs. la presunción de legitimidad del acto administrativo."

4.26 Salvo las medidas autosatisfactivas, como la Sala IV, *Assorati*, 18-VII-97; *Squaglia, Norberto P. c. Ministerio de Salud y Medio Ambiente*, 1ª inst. firme, *LL* Litoral—Juris, Octubre de 1997, pp. 1007 y 1113: en el caso se condenó a la demandada "a practicar al actor la angioplastía transluminal prescripta por el médico del hospital público, confirmando la medida cautelar despachada oportunamente." Ampliar en MORELLO, AUGUSTO MARIO, *Anticipación de la tutela*, Platense, 1996, p. 57 y ss.; PEYRANO, JORGE, *Medida cautelar innovativa*, Buenos Aires, Depalma, 1981. Ver *infra*, cap. XIII, § 9.8, "La tutela autosatisfactiva o anticipatoria" y sus referencias.

4.27 Que, por cierto, nuestra sociedad se empeña en seguir llamando "Ley," como si nada hubiera pasado en el país y en el mundo. Ver *supra*, nota 3.13 y también t. 1, cap. I, § 5: "Las «Leyes» que no son leyes."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

que la acción tramitará por el juicio de conocimiento más abreviado que exista en cada jurisdicción (art. 53), lo cual será el sumarísimo, sumario[28] u ordinario según lo disponga el juez en el primer auto, por lo demás inapelable.

Con la sanción de la Constitución de 1994 el art. 43 reconoce el derecho de incidencia colectiva para hacer una acción de clase no solamente a las asociaciones y al Defensor del Pueblo, sino también al afectado, lo cual hace más expeditivo el funcionamiento del sistema.

Si esta revisión es procedente constitucionalmente por la vía restrictiva del amparo, con mayor razón debe ella resultar viable cuando el actor elige una vía de mayor debate y prueba como son los juicios de conocimiento ordinario, sumario[29] o sumarísimo.[30]

4.5.2. *Defensa de la competencia*[31]

El sistema de la ley 25.156 del año 1999 no es quizás uno de los más eficaces, pero puede rendir sus frutos cuando se lo ponga en marcha, y cumplir un rol en la transición desde el servicio monopolizado hacia la libre competencia, momento en el cual sus mecanismos debieran estar ya ajustados para entrar ágilmente en funcionamiento al cesar el monopolio. No lo están. Se requiere autorización del Tribunal de Defensa de la Competencia –aún no creado– para determinadas operaciones, p. ej., fusiones. Debiera también funcionar para proteger las actividades que se brindan en libre competencia frente a los abusos que emergen de los subsidios cruzados que utilizan los servicios monopólicos para avanzar sobre los campos que les están prohibidos.[32] Ello al margen de que tales subsidios cruzados importan una violación de las condiciones de la licencia o concesión y debieran ser sancionados por el ente regulador o en su defecto por la justicia.

4.5.3. *Lealtad comercial. Propaganda engañosa*

La propaganda engañosa se repite por igual en productos dañinos para la salud (en los cigarrillos se transmite el mensaje subliminal de jóvenes deportistas fumando), medios tendientes a crear confusión o engaño,[33] utilización de logos o grafías de los monopolios para prestar servicios en competencia, utilizando así el poder de su monopolio para competir deslealmente, etc. La ley 24.240, modificada por la ley 24.787, que parcialmente veta pero promulga el Poder Ejecutivo, agrega

4.28 No en el orden nacional en el que ha sido eliminado por la ley 25.488.

4.29 Como es conocido, ahora eliminado a nivel nacional.

4.30 En igual sentido CNFed. CA, Sala IV, *Caplan, LL*, 1997-F, 277, año 1996 y *Consumidores Libres, LL*, 1995-E, 516, entre otros. Respecto del proceso sumario, ver la nota precedente.

4.31 Ver MARTÍNEZ MEDRANO, *op. cit.*, ver también *supra*, § 2.4.

4.32 La Sala IV lo resolvió claramente en el caso *Impsat S.A., LL*, 1998-A, 246, año 1995.

4.33 La lista es desde luego tan extendida como la práctica comercial e industrial. Ver entre otros SIMÃO FILHO, ADALBERTO y DE LUCCA, NEWTON (coord.), *Direito empresarial contemporâneo*, San Pablo, Juarez de Oliveira, 1999, p. 127 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

en el art. 25 las leyendas que la facturación debe comprender para su veraz información.[34] No parece con todo suficiente. El texto citado obliga a dejar constancia en la factura acerca de si existe deuda pendiente.[35]

La omisión de manifestar si existen o no deudas pendientes tiene a nuestro juicio el efecto liberatorio del pago, una vez cancelada la factura. En otras palabras, esa omisión hace presumir *juris et de jure* que el usuario se encuentra al día con sus pagos y que no mantiene deudas con la prestataria. No obstante ello, las concesionarias no tienen empacho en hacer liquidaciones estimativas y luego reliquidar retroactivamente.[36] La sobrefacturación, como se advierte, adquiere múltiples y cambiantes formas.

4.6. *La propiedad de la concesión o licencia*[37]

Cabe distinguir, porque se trata de diferentes regímenes normativos, las concesiones de servicios públicos y obra pública, de las licencias de servicios públicos. En ambas situaciones existe un derecho de propiedad del concesionario o licenciatario sobre el derecho patrimonial que emerge de su contrato con la administración concedente. Entendemos que en las licencias la propiedad de los bienes es también del licenciatario; no así en las concesiones. Si la propiedad revierte al Estado al fin del contrato, debe ser denominado concesión y no licencia.[38]

4.6.1. *Servicios públicos*

Tanto la concesión como la licencia de servicios públicos, como contratos administrativos que son, integran el patrimonio del concesionario o licenciatario y están amparados por el derecho de propiedad.[39] Pero es una propiedad con severas limi-

[4.34] "Las empresas prestatarias de servicios públicos domiciliarios deberán colocar en toda facturación que se extienda al usuario y en las oficinas de atención al público carteles con la leyenda «Usted tiene derecho a reclamar una indemnización si le facturamos sumas o conceptos indebidos o reclamamos el pago de facturas ya abonadas. Ley 24.240»."

[4.35] "Incorpórase el art. 30 *bis*, con el siguiente texto: Las constancias que las empresas prestatarias de servicios públicos, entreguen a sus usuarios para el cobro de los servicios prestados, deberán expresar si existen períodos u otras deudas pendientes, en su caso fechas, concepto e intereses si correspondiera, todo ello escrito en forma clara y con caracteres destacados. En caso que no existan deudas pendientes se expresará: «no existen deudas pendientes»."

[4.36] Es el caso, entre otros, de Gas Natural Ban S.A.

[4.37] Ampliar en CARELLO, LUIS ARMANDO, "Concesión de obras y servicios públicos: técnicas concesionales," *LL*, 1992-A, 668; SARMIENTO GARCÍA, "Concesión de servicios públicos," en AA.VV., *Derecho administrativo*, San Juan, 1997, p. 85 y ss.; SARMIENTO GARCÍA y FARRANDO (H.), *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual*, Buenos Aires, Depalma, 1994, etc.

[4.38] CARELLO, *op. loc. cit.* Comp. SALOMONI, *op. cit.*, p. 363. Si los bienes del concesionario están instalados en el dominio público, p. ej. en una concesión portuaria, revierten al concedente; cfr. CASSAGNE, *op. cit.*, t. II, pp. 548-9.

[4.39] BERÇAITZ, MIGUEL ÁNGEL, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 398. A su vez los bienes físicos con los cuales el servicio es materialmente prestado son de propiedad del licenciatario, no del concesionario. Esta fórmula fue concebida en parte para disminuir el riesgo del rescate, según explica lúcidamente CARELLO, *op. loc. cit.* Pero también evita que el prestador descuide los bienes al final de su contrato.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

taciones que giran siempre en torno a lo mismo: calidad del servicio e inversiones, cantidad confiable de inversiones realmente realizadas, gastos reales, tarifa justa y razonable para usuarios y prestador en función de los parámetros anteriores. No hay así un único contrato de concesión o licencia y una única relación jurídica concedente-concesionario; se trata de redes contractuales interconectadas. La historia argentina está llena de discusiones y desfasajes en uno u otro de tales aspectos; las controversias tienden explicablemente a iniciarse siempre en torno a las tarifas, donde se centran los demás aspectos y donde más claramente se manifiesta que se trata de un sistema o red de contratos interconectados entre sí. Como ha dicho la CSJN: "Si el gobierno [...] consideró que las tarifas en vigencia eran abusivas [...] no pudo por un acto de imperio unilateral, fundado sólo en la bondad de las razones que creía tener, derogar los derechos creados por una convención bilateral, los que no pueden modificarse ni extinguirse por la voluntad de una de las partes."[40] Hoy en día se debería efectuar una audiencia pública para modificar el régimen tarifario. Es la aplicación del derecho a ser oído antes de una decisión que pueda afectar los derechos o intereses del individuo, el *audi alteram pars* en los derechos de incidencia colectiva que tutela el art. 43 de la Constitución. Es también aplicación del principio de la participación que forma parte del derecho público contemporáneo, contemplado en diversos tratados internacionales de derechos humanos. Igualmente se funda en el art. 42 del texto de la Constitución nacional.[41]

En *Fallos* 182: 88-133 la Corte reiteró que: "los derechos emergentes de una concesión, se encuentran tan protegidos por las garantías consagradas en los arts. 14 y 17 de la Constitución nacional, como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio." Lo mismo cabe decir de los derechos de los usuarios. BERÇAITZ concluye en el punto del fallo de 182: 116 que: "La doctrina más autorizada sostiene como límite del poder de modificación unilateral del contrato por la Administración, la incolumnidad de la ecuación económico-financiera del convenio."[42] Por cierto, el principio debe funcionar tanto a favor del concesionario o licenciatario como de los usuarios, que son la otra parte inescindible de la relación jurídica y económica real.[43] Por lo tanto la incolumnidad de la ecuación económica financiera del contrato es también la del usuario.[44] Si —en ausencia de suficiente y ade-

4.40 *Fallos*, 171: 153, cons. 8°, con cita de 152: 347.

4.41 *Infra*, cap. XI.

4.42 *Op. cit.*, p. 403. Sin embargo, ha de tenerse presente la limitación probatoria expuesta por la CSJN *in re Maruba*, *LL*, 1999-F, 456, año 1998, con nota de CAPLAN.

4.43 GUSMAN, "La intangibilidad de la situación jurídica del usuario," *LL*, 2000-B, 263.

4.44 En cambio SALOMONI, *op. cit.*, pp. 373-90, considera que "los únicos sujetos que no tienen riesgo que soportar, son el Estado concedente y el usuario" y que el riesgo es todo del concesionario; en tanto que CASSAGNE, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 6ª ed., pp. 527-8 y pp. 541-2, por él recordado, considera que el concesionario asume sólo el álea normal, "quedando a cargo de la administración todos aquellos riesgos que le son ajenos."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

cuado sustento fáctico— se le aumentan tarifas, prorrogan plazos, disminuyen o perdonan inversiones o multas al contratista, se están lesionando los derechos e intereses de los usuarios, con indubitable infracción constitucional y la consiguiente obligación de reparar el daño.

4.6.2. *Concesión de obra pública*

La ley 23.696 modifica algunos de los arts. del decreto-ley 17.520 y atribuye a los concesionarios garantías adicionales, reconociéndoles en primer lugar en forma inequívoca el derecho subjetivo pleno a la explotación de la obra construida. El nuevo art. 1° del decreto-ley 17.520 expresa en el tercer párr.: "La tarifa o peaje compensará la ejecución, modificación, ampliación, o los servicios de administración, reparación, conservación o mantenimiento de la obra nueva." Le son aplicables los mismos principios de audiencia pública, etc.

5. *Felicidad colectiva,*[1] *interés público,*[2] *bien común,*[3] omnis et singulatis,[4] Everything and Nothing[5]

5.1. *La inefable felicidad colectiva*

En toda la historia de la humanidad se ha contrapuesto el bien de la comunidad por sobre los derechos de los individuos, con la no sorprendente conclusión de que

[5.1] Decía SÓCRATES que el buen rey lo es no "sólo por gobernar bien su propia vida, sino por asegurar también la felicidad de sus súbditos:" JENOFONTE, *Recuerdos de Sócrates*, Barcelona, Planeta-De Agostino, 1997, p. 107. También el general debía "hacer felices a las personas que estaban bajo su mando:" *op. loc. cit.* Por ello parte del fruto de la rapiña sobre los vencidos se repartía entre los generales y la soldadesca: algo parecido ocurre en la corrupción contemporánea, con la rapiña sobre las arcas del Estado. El concepto griego de "felicidad pública" ha sido transmutado en el argot de la corrupción local por infinidad de vocablos que expresan el latrocinio de los jerarcas y sus acólitos: uno de esos vocablos es, precisamente, "felicidad." Hemos recordado otras versiones posteriores de la "felicidad pública," ya medievales, como deber del monarca, en el cap. V de este mismo t. 2, § 3, pero que ya no debía ejercerse a través de la coacción. En cambio hoy en día vuelve a imperar la regresión al pasado más remoto, porque se pretende defender el uso de la coacción estatal para conseguir un genérico e incondicionado "bien común," "bienestar colectivo," y sus diversas sinonimias a costa de los derechos individuales: § 6 "La promoción del bienestar social y el «poder de policía.»"

[5.2] Lo que aquí exponemos lo hemos sostenido desde 1962, en nuestro primer art. publicado en *La Ley*, "Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos", *LL*, 106: 1187, año 1962 y al año siguiente en nuestro libro *Estudios de derecho administrativo,* Buenos Aires, Perrot, 1963. Ha seguido nuestro criterio ESCOLA, en su artículo "El Interés Público: su concepto y contenido", *RAP*, 129: 7, año 1989, versión anticipada de su libro *El interés público como fundamento del derecho administrativo,* Buenos Aires, Depalma, 1989.

[5.3] Ver *infra*, t. 3, "Introducción," § 3, nota 1, algunas versiones contemporáneas que no quitan la persistencia de las antiguas: CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo,* t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 6ª ed., cap. VII, pp. 596-7; COMADIRA, JULIO RODOLFO/ MONTI, LAURA, *Procedimientos Administrativos*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, *Introducción*, p. 3, nota 6 y comentario al art. 12, pp. 257-61 y nota 970.

[5.4] Usamos, fuera de contexto, la alusión literaria de FOUCAULT.

[5.5] Nos referimos ahora a las alusiones literarias de BORGES, también fuera de contexto. Pero nos ha parecido una forma apta de expresar lo que realmente quieren estas nociones absolutas.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

lo colectivo precede y supera lo individual, aniquilándolo o restringiéndolo tan severamente como sea necesario.[6] Sea que se arrojen vestales al volcán para aplacar la ira de los dioses, o que se recurra a cualquier otra versión menos primitivista, antigua o contemporánea, siempre es una pretensión de lo absoluto, fundada o no en alguna divinidad colectiva o singular, o en alguna invocación misteriosa, poco menos que sublime, pero siempre con una característica bien terrena, visible, tangible, que se trata de escatimar a la vista: es invocado por quienes ejercen el poder supremo en la colectividad, seres muy concretos de carne y hueso que desempeñan el material poder terrenal con toda su fuerza. Es pues, sumariamente, una más de las invocaciones de algo deliberadamente inasible como "ética" y justificación del poder ilimitado, quien quiera lo ejerza.

Se trata del absolutismo, monárquico o seudo-democrático, que invoca frases dotadas de un aroma a poderes extranormativos o incluso extraterrenos, en todo caso extra racionales, en que algo *indefinido* e *indefinible* es puesto como "fundamento" de su poder y condena como falsos "relativismos" a todos quienes intentan cuestionar ese poder terreno y esa noción bien humana y práctica de lo absoluto e incondicionado del poder ejercido desde la cúpula del Estado.[7]

Son usos ideológicos del lenguaje al servicio del poder de turno.[8] Como invocan lo inasible e indefinible, es lógico que descalifiquen el "relativismo" de las versiones que quieren rescatar al individuo de las garras del poder sin límites, frenos ni contrapesos. La defensa del individuo se denigra entonces como exagerado individualismo, pagano relativismo, etc. La pasión de los argumentos y su evidente apelación emotiva y en ocasiones divina, frente a la relatividad de lo humano, evoca un clima más propio del discurso de un pastor frente a sus fieles, que de un abogado frente al juez, pero ha tenido no poca difusión bajo el ropaje de seudo razonamiento jurídico.

Es como la corrupción, en el sentido de que así como ella ha sido y será eterna, así también debe ser nuestra vigilancia, en el control social de los corruptos o absolutistas vestidos de anti-relativistas. Debemos estar atentos y vigilantes frente

[5.6] GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., "Servicios Públicos: Construyendo las Bases de una Nueva Emergencia," *LL*, 2005-C, 925: "Lamentablemente, cuando alguna empresa interesada en invertir en servicios públicos se acerque a sus asesores legales para analizar la viabilidad de tamaña decisión, sólo habrá margen para contestar que contará con garantías formales pero no reales y con obligaciones que no encuentran contrapartida en sus derechos. El corolario de este tipo de respuesta llevará –según entiendo– a un ostensible empeoramiento de la calidad de los operadores, ya que los de mayor prestigio y experiencia internacional no podrán justificar ante sus accionistas una aventura de estas características, a menos que obtengan márgenes de ganancia muy superiores al promedio internacional. Así, la Argentina se verá en la temible disyuntiva de tener servicios prestados por operadores de menor nivel o garantizar esos mayores márgenes de ganancia ante la falta de inversión. Como es evidente, en ambos casos el costo lo afrontaremos todos, sea en la calidad de los servicios o en el precio que por ellos paguemos."

[5.7] Como ya fuera explicado por CARRIÓ, a quien hemos recordado en el tomo 1, capítulo I.

[5.8] Como lo explicamos en *Introducción al derecho, op. cit.*, cap. VII, «"La «certeza» que da el poder" y lo recuerda SÁENZ en su *Prólogo* a este tratado.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

a tantos juristas que se presentan cual si fueran pastores del bien común, si no logran articular mejores razones que la pura apelación emotiva a favor del poder de turno. No se trata de inocentes divagaciones metafísicas al estilo de "unos piensan que todo se mueve, otros que nada se mueve, unos que todo nace y perece, otros que nada nace ni va a perecer,"[9] sino de la defensa bien concreta de la voluntad del poder humano, terreno, en la cúpula del Estado o de sus protegidos, o en cambio del derecho del individuo frente al poder en ese momento y lugar.

5.2. *Interés público e interés individual*[10]

5.2.1. *Un intento de racionalidad*

Intentemos pues un análisis desapasionado del tema, carente de condenas morales: Es posible inquirir como cuestión de política legislativa acerca de qué tipo de regulación se justifica para cada determinada actividad humana. Pero es una cuestión que no puede responderse aristotélicamente, con pretensión de eternidad: depende de las circunstancias y los tiempos y que tiene respuesta en el derecho vigente y no en las definiciones teóricas que se den en la doctrina.

5.2.2. *Libertad de prensa y expresión del pensamiento*

Si bien hay una tendencia en todo Estado a regular las actividades de los particulares, de todas maneras existen razones por las cuales en determinadas actividades la regulación será mínima: la libertad de expresión del pensamiento, p. ej., debe por principio ser irrestricta, aunque es posible concebir algunas limitaciones mínimas cuando los medios de prensa requieren del uso del espacio público (así p. ej. en la prensa televisiva y radial); alguien tiene que asignar la onda y debe haber criterios para ello. Desde luego, la libertad de prensa está también sometida a otras limitaciones, como es el derecho de rectificación y respuesta que garantiza el Pacto de San José y la preservación de la intimidad y privacidad.

5.2.3. *La ocupación del espacio público*

Del mismo modo, la ocupación del espacio público por determinadas actividades humanas obliga a utilizar racionalmente ese espacio, pero no parece posible concebir muchas más limitaciones, desde las modestas paradas de diarios hasta la instalación de sistemas de comunicación por fibra óptica que circula por el subsuelo de la ciudad.

[5.9] JENOFONTE, *op. cit.*, p. 23.

[5.10] En cuanto a la minusvalía en que se suele pretender ubicar al administrado, ver GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El administrado*, Madrid, Abella, 1966, esp. pp. 9-19. Comp. BOTASSI, "Gestión de intereses públicos. El rol del Estado y de los particulares," *op. cit.*, p. 69 y ss. Ver también el inicio del presente § 5.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

5.2.4. *La interrupción del tránsito público y actividades similares*

Otro problema, a veces trágico, es el límite entre el derecho de reunión y expresión pacífica y algunos "cortes de ruta" por "piqueteros" enmascarados, armados de piedras y palos, como grupo de choque contra las fuerzas de seguridad que ahora tienen órdenes de no intervenir, replegarse, etc., en lugar de la vieja orden de "reprimir" que resultaba en corridas, gases, etc., pero que más de una vez terminó en muertos y la caída del gobierno. Ahora el nuevo lema oficial parte de un slogan generalizado *in extremis* con tinte algo dogmático, "No criminalizaremos la protesta social," que llega a la inacción deliberada por orden expresa del Ministerio del Interior, ante cualquier perturbación del orden vehicular o de circulación, incluyendo el libre tránsito de los puentes internacionales, el funcionamiento de la mayoría de la asamblea universitaria para elegir rector, etc. En estos ejemplos, el interés público de las mayorías es quebrantado por minorías amparadas por la inacción y omisión sistemáticas de una administración cuyo interés es evitarse problemas y no asumir responsabilidades de difícil manejo. Eso ciertamente no es el interés público. Como se advierte, la mera apelación emotiva al "bien común" o al " interés público" no tienen más asidero ni credibilidad que las invocaciones a la "felicidad general." Haría bien el derecho en desembarazarse de tales muletillas emotivas y recurrir solamente a las razones.

5.2.5. *Monopolio y libre competencia*

El Estado tutela la libre competencia con las normas sobre lealtad comercial, defensa del consumidor, etc. Ahora bien, cuando el monopolio se otorga por expresa voluntad del Estado que lo da en concesión o licencia, es allí donde se justifica la mayor regulación. También cuando el monopolio sea de hecho, sin que exista sustento para formularle reproche jurídico en el nuevo encuadre del art. 42 de la Constitución nacional.

5.2.6. *Un ejemplo colonial*

En la época de la colonia había un sólo peluquero y quería irse. El Cabildo de Buenos Aires, en una medida algo extrema, dispone prohibirle dejar la ciudad y le obliga a seguir ejerciendo su profesión, por ser el único peluquero existente. Parece, a los ojos de hoy, un ejemplo extremo, pero ilustra en cualquier caso que el grado de la regulación depende de la percepción colectiva del nivel de las necesidades sociales, en cada tiempo y lugar.

5.2.7. *Usuarios y consumidores*

En ese esquema es tradicional que prevalezca el interés público como interés de los usuarios y consumidores, por sobre el interés del individuo o empresa que

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

presta alguna actividad monopólica a tales usuarios y consumidores.[11] Cuando no se ha podido evitar el monopolio o se lo ha creado expresamente, la necesidad de regulación fuerte e intensa de un régimen de derecho público es indispensable para que el monopolio no perjudique los derechos e intereses que enumera el art. 42 de la Constitución nacional. Es clásica la afirmación de FLEINER, quien representa a la doctrina dominante con la formulación de que "el interés público debe anteponerse al derecho individual y al interés individual y no puede ser sacrificado a él bajo ninguna circunstancia" y de que "la noción de interés público es, sin embargo, vacilante y mutable."[12] Debe pues manejarse con cuidado, no como categoría lógica sino como guía empírica para cada tiempo y lugar. Como lo ha dicho la Corte Suprema, acertadamente en este punto, no corresponde "velar en todos los actos por los intereses estatales, cabe exigir que se otorgue un rango preeminente al interés público por sobre el particular o el de una minoría cuando a estos asiste un interés tutelado por el derecho vigente."[13]

5.2.8. *El interés público como interés de una mayoría concreta de individuos*

El interés público o bien común no es el interés de un conjunto de habitantes tomados como masa; no es un bienestar general, omnipresente, una felicidad indefinible e imprecisable; es sólo la suma de una mayoría de concretos intereses individuales coincidentes —actuales y/o futuros— y por ello la contraposición entre el interés público y el derecho individual es falsa si no redunda en mayores derechos y beneficios para los individuos de la comunidad.

Por supuesto, hablamos de una mayoría de individuos, no de la totalidad de los miembros de la sociedad; debe tratarse de intereses coincidentes *lato sensu*, esto es, homogéneos, actuales y futuros: nuestros descendientes también deben ser computados, por supuesto.

Sólo hay interés público cuando en una mayoría de individuos, cada uno puede encontrar su interés individual: el "interés público" en que cada individuo no pueda encontrar e identificar su porción concreta de interés individual es una

[5.11] GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M. en "Limitación de Responsabilidad y Servicios Públicos: Cuando el sol es más grande que la mano [Notas al margen del fallo Estrada]," *LL*, 2005-D, 431, muestra cómo se dejan para una "mejor ocasión" discusiones de fondo sobre temas que pierden su chance de ser racionalmente explicados en busca de consensos necesarios para la sustentabiliad y la baja progresiva de los costos de operación de los servicios públicos. Las urgencias inmediatas dejan de lado la búsqueda de mejoras sustentables de largo plazo en beneficio de los usuarios actuales y también de los futuros, partiendo de asumir la realidad económica.

[5.12] FLEINER, FRITZ, *Einzelrecht und öffentliches Interesse*, separata de las *Abhandlungen für Laband*, t. II, p. 1.

[5.13] CSJN, acordada 01/00, *LL*, 2000-A, 176. Se trata de una opinable seudo reglamentación "autónoma" para el Poder Judicial de la ley de ética pública 25.188.

[5.14] WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, Munich y Berlín, Beck, 1971, 6ª ed., pp.162-3. Ver también D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003, § 85, "Algo, evidentemente, no funciona, si la realización del bien común deja de mirar al bien particular de cada persona que integra la comunidad," pp. 144-6.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

falacia.[14] Hay interés público en los servicios de transporte, aguas, correos, teléfonos, electricidad, porque cada individuo de una mayoría de habitantes tiene un interés personal y directo en viajar, comunicarse por escrito y por teléfono y tener energía eléctrica. Ese interés público consiste en que cada individuo sea bien atendido en la prestación del servicio. Hay servicios que no se traducen en prestaciones individuales a personas determinadas,[15] pero cuando un servicio se efectiviza en prestaciones individuales el usuario es el objeto principal del servicio y es a él a quien el régimen jurídico debe proteger.[16]

5.3. *El interés público no es el interés de la administración pública*

El interés público no es el interés de la administración pública.[17] Así, el juego es contrario al interés público y explotado por la administración como en el caso de hipódromos, loterías, etc., redunda en su beneficio; la venta de cigarrillos es una bonanza tributaria para el Estado —un aparente beneficio público—, aunque gasta más para atender las enfermedades que provoca fumar, más lo que la sociedad pierde en enfermedades y muertes.

5.4. *El interés público no es sólo conveniencia material*

El tercer error de la concepción tradicional de interés público lo señala RADBRUCH y es fundamental: se concibe al interés público tan sólo como una conveniencia material o económica; nada más. Y ello comporta un error humano decisivo. El orden jurídico no sólo está destinado a asegurar los valores de seguridad y conveniencia sino también y primordialmente el valor justicia: "En el orden de prelación de estos valores tenemos que colocar en último lugar a la conveniencia del derecho para el bien común. De ninguna manera es derecho todo «lo que al pueblo aprovecha», sino que al pueblo aprovecha, en último análisis, sólo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y lo que aspira a ser justicia."[18]

Debe tenerse siempre presente que constituye una falacia creer que se puede beneficiar a la colectividad sobre la base de la aniquilación de los derechos de los

5.15 Sostenía ARNALDO DE VALLES, *I servizi pubblici*, en V. E. ORLANDO (dir.), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. VI, primera parte, Milán, 1923, p. 426 y ss., que servicio público era el que perseguía como fin primario la satisfacción de intereses individuales y como fin secundario los intereses públicos. Pero la satisfacción de los intereses individuales coincidentes debe ser, precisamente, satisfacción del interés público.

5.16 No puede sostenerse que siempre el servicio público se dirige a la satisfacción de un interés público y que sólo indirectamente o en forma refleja puede resultar en beneficio para un individuo: POTOTSCHNIG, *op. cit.*, pp. 163-4; BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padua, Cedam, 1959, p. 42 y ss.; el Estado se organiza para el bien de la comunidad y de los individuos; los servicios públicos, si están organizados en el interés de la colectividad, no deben estar contrapuestos a la mayoría de los intereses individuales: WOLFF, *op. cit.*, p. 163.

5.17 WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, *op. cit.*, pp. 162-5; D'ARGENIO, *La justicia administrativa en Argentina*, *op. cit.*, § 85, pp. 144-6.

5.18 RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 36, trad. de M. I. AZARETTO de *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

individuos; hay en ello una insalvable antítesis lógica, ya que al destruir los derechos del individuo en pro de la colectividad se destruye también, al mismo tiempo, la base necesaria de orden y justicia sobre la que esa colectividad entera reposa. Claro está, queda siempre pendiente la discusión acerca de los alcances del derecho que cada uno invoca; en el caso del concesionario o licenciatario, tales derechos son siempre de interpretación restrictiva, de acuerdo con la pacífica jurisprudencia que ya explicamos.[19]

5.5. *El régimen jurídico y la protección del interés público*

Cuando el régimen jurídico de los servicios públicos pretende asegurar "el interés público" dando grandes facultades y potestades incontroladas al que presta el servicio frente a los usuarios particulares, desemboca en la imposibilidad de que quien recibe un mal servicio o no lo recibe, pueda atacar esa defección del prestador del servicio. Si el servicio llega a ser irregular, aquel régimen jurídico tiene por principal resultado que la mayoría de los usuarios deba resignarse a recibir un mal servicio y que, en consecuencia, la suma de los intereses individuales relacionados con el servicio sea precisamente la contraria de la que el régimen jurídico entiende asegurar. Esto bien puede ser el caso si se avanza en la todavía incipiente estatización sujeta a controles meramente formales por organismos igualmente estatales que no han probado eficacia en esa materia. Todo eso ya lo vivió el país en las nacionalizaciones de la primera mitad del siglo XX: los controles estatales preexistentes perdieron eficacia y poco a poco el ente estatal a cargo del servicio se transformaba, además, en el regulador del servicio. Sabemos que eso terminó mal. No repitamos el camino de la falta de controles eficaces.

Así llegamos a que el régimen jurídico, en lugar de tutelar el interés público, lo ataca; dicho interés público no esté en que un administrado no pueda perturbar a la administración o al concesionario o licenciatario, sino en que la mayoría de los administrados y usuarios estén en condiciones de quejarse eficientemente contra el servicio defectuoso y lograr que sea mejorado: ese es el bien común.

Igualmente es fundamental el derecho a que las tarifas sean justas y razonaexcesivas del concesionario o licenciatario, "sin límite objetivo alguno;" cuando la ganancia excede ese límite justo y razonable corresponde que el exceso sea devuelto a los usuarios.

6. *Las viscisitudes de una noción "esencial" de servicio público*

Como se advierte de lo expuesto, la noción y el régimen están indisolublemente unidos no solamente a la política económica del Estado en un momento dado sino también a las concepciones sociales y económicas de cada época. Ello explica la

[5.19] *Supra*, t. 1., cap. XI, "Clasificación de los contratos administrativos."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

diversidad de opiniones jurídicas que se han pronunciado en la materia. La doctrina francesa moderna y comparada de antaño había venido observando incongruencias y errores en el concepto, modificándolo frecuentemente para adecuarlo a una realidad que se empeñaba en contradecirlo.[1]

Algunos consideraban que debe ser eliminado: Este autor así lo pensaba cuando estaban todos en manos del Estado, pues no había diferencia alguna de régimen jurídico real entre el resto de la actividad administrativa y aquello que se eligiera, por una u otra razón, llamar servicio público.

HAURIOU decía que era "un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública;"[2] según BIELSA, se trataba de "toda acción o prestación realizada por la Administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía."[3] DE CORAIL resumió otras ideas similares: "una empresa creada por las autoridades públicas y dotada de medios exorbitantes al derecho común, en vista de dar satisfacción a una necesidad de interés general."[4] "Público es el servicio [...] cuya gestión es asumida, ya por la administración directamente, ya por una persona o entidad por su encargo o con su colaboración."[5] En estas y otras definiciones se advierte que se pone el énfasis en lo que se considera "sustancial" de la actividad, cayendo otra vez en las superadas búsquedas de "esencias" o "naturalezas" de instituciones, que ya hace siglos están superadas por la ciencia, como explicáramos.[6]

6.1. *Identidad metodológica con el dominio público*

Se sigue de todo lo expuesto que el elemento que determina la necesidad de aplicar un régimen jurídico especial es el monopolio legal conferido por el Estado. En otras palabras, la decisión que se adopta en materia de política económica es la que lleva a determinado régimen jurídico y no otro.

Desde un punto de vista metodológico, pasa con la noción de servicio público lo mismo que con la de dominio público. La mente ingenua puede llegar a concebir, p. ej., que las montañas "debieran" ser del dominio público. Sin embargo la decisión legislativa nunca fue así y es de tal modo que las montañas han sido siempre y

6.1 Ampliar en D'ARGENIO, "Permanencia...", *op. cit*., p. 231 y ss.

6.2 HAURIOU, MAURICE, *Précis de Droit Administratif*, París, 1919, 9ª ed., p. 44.

6.3 BIELSA, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 1964, 6ª ed., p. 463.

6.4 CORAIL, JEAN-LOUIS DE, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, París, 1954, p. 1 y ss., 21 y ss.

6.5 GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *Derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1955, p. 262. Mientras la noción "esencial" es de una gran fuerza expansiva, es obvio a la inversa que corresponde transitar el camino de las nociones restringidas: ver en tal sentido BARRA, RODOLFO CARLOS, "Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público," *LL*, 1982-B, 363. Más categórico, por cierto, MAIRAL, "La ideología del servicio público," *RDA*, 14: 359.

6.6 *Supra*, t. 1., cap. I, "El método en derecho."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

siguen siendo en todo el mundo, susceptibles de ser objeto de propiedad privada. Y de hecho, desde luego lo son. Si para alguien debieran ser del dominio público, para el orden jurídico son del dominio privado. Quien piensa lo contrario simplemente discrepa con el ordenamiento, pero no hace interpretación jurídica. Con el servicio público pasa lo mismo. Cualquier persona puede postular según sus preferencias que determinada actividad tenga un régimen jurídico especial, pero ese régimen no nacerá, al igual que no nace en materia de dominio público, por una supuesta naturaleza o esencia de él, sino por determinación del orden jurídico.

6.2. *El servicio público como organización*

Es repetido que el servicio público presupone una organización de elementos y actividades para un fin, una ordenación de medios materiales y personales. Pero no se advierte qué tiene de significativo jurídicamente, aunque sea fácticamente correcto. La idea de organización es inseparable de cualquier otra empresa o actividad humana: la desorganización nunca fue productiva y el mercado siempre la castigó con el fracaso. Nada nuevo hay allí que requiera ser explicado en un libro de derecho administrativo.

6.3. *La finalidad del servicio público*

Con las salvedades expuestas en el § 5, el objeto o finalidad sería satisfacer una necesidad pública, colectiva, de interés público, etc. Necesidad pública, o necesidad de interés público, significa la suma de las necesidades individuales; no presupone necesariamente que todos los individuos de la sociedad deban tenerla, pero sí al menos que una mayoría de ellos la tiene.[7] Hay muchas actividades humanas que satisfacen un fin público, *lato sensu*, desde luego; hasta escribir este libro podría encuadrar allí, pero a nadie se le ocurriría extraer consecuencia jurídica alguna de ello. Ese es el inconveniente de estas ideas finalistas o teleológicas: querer extraer consecuencias jurídicas a partir del puro voluntarismo, sin fundamento jurídico expreso o razonablemente implícito.

6.4. *Caracteres del servicio público*

Como dice con agudeza D'ARGENIO, se trata de la aplicación particularizada del "régimen tutelar impuesto por la Constitución para aquellos supuestos genéricos de protección al más débil."[8] Se afirma en cambio, tradicionalmente,[9] que en ra-

[6.7] BIELSA, *op. cit.*, p. 467; VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo,* t. III, Buenos Aires, TEA, 1951, p. 51 y ss.

[6.8] D'ARGENIO, "Permanencia...," *op. cit.*, pp. 239-40.

[6.9] ÁBALOS, M. GABRIELA, "Los servicios públicos," en FARRANDO (H.), ISMAEL y MARTÍNEZ, PATRICIA R., *Manual de derecho administrativo,* Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 403 y ss. Hoy el régimen jurídico de cada servicio público tiene sus propias normas: MARAFUSCHI y otros, *Servicio público..., op. cit.* Ver también MALJAR, "Las distintas facetas de la continuidad del servicio público," en *RAP*, 228: 91, Buenos Aires, 1997.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

zón de que trata de satisfacer una necesidad pública el servicio público debe estar dotado de "medios exorbitantes al derecho común," es decir, de un régimen de derecho público que asegure su generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad. Como se advierte, este segundo tipo de razonamiento no sólo no es igual al anterior sino que hasta puede resultarle contrapuesto, por ello algunos insisten en su inutilidad o inconveniencia.[10] Pero ya hemos visto que ese régimen se convierte en necesario cuando hay una condición monopólica, no abstractamente en virtud de lo que cada autor considere es el interés público en juego. También hay interés público en que los particulares gocemos de libertad de expresión del pensamiento, de tránsito y reunión; que los periodistas ejerzan libremente su derecho de opinión, los religiosos su culto, los abogados defiendan sus clientes, etc. Con todo, la fraseología que domina esta materia insiste en que el poder público se hace presente a través de un régimen jurídico especial que subordina los intereses privados al interés público, fundamentalmente en razón de proteger la continuidad del servicio.

Se repite de antaño esos cuatro caracteres que rigen los destinos del servicio público: continuidad, regularidad, uniformidad, igualdad. La *continuidad* no significa que la actividad sea ininterrumpida, sino tan sólo que satisfaga la necesidad pública toda vez que ella se presente; pero tampoco es una característica uniforme. Ella residiría en que se satisfaga oportunamente —sea en forma intermitente, sea en forma ininterrumpida, según el tipo de necesidad de que se trate— la necesidad pública. Pero ello no es así, pues no se trata de una determinación abstracta que haga la doctrina en función de la necesidad pública a satisfacer, sino de una decisión concreta del orden jurídico en función de la posibilidad material de prestar el servicio o atender la necesidad pública. En el servicio público de aguas corrientes en las zonas que pueden captar el agua del Río de La Plata (y existe entonces un régimen de provisión de agua suficiente), el servicio es por definición normativa o positiva continuo,[11] en el sentido de ininterrumpible. Pero si se considera el sistema de provisión de agua para riego en Mendoza o San Juan la solución varía diametralmente: el servicio se tiene sólo en muy precisas y determinadas circunstancias, regladas por la autoridad regante; más que continuidad hay excepcionalidad del servicio, determinada por la misma naturaleza, los deshielos, etc. En el servicio público de gas, a su vez, hay en el orden nacional un doble orden de tarifas: caras, por servicio ininterrumpible; normales, por servicio interrumpible. Allí la característica de la continuidad tampoco puede postularse como normal, conforme al régimen jurídico vigente.

Por fin, se suele agregar a estos caracteres la *generalidad*, que significa que todos los habitantes tienen derecho a gozar del servicio y se comprende en una

6.10 D'ARGENIO, "Permanencia...", *op. cit.*, pp. 239-41.

6.11 Ver las normas en MERTEHIKIAN, EDUARDO, "Naturaleza jurídica de los contratos que celebran concesionarios y licenciatarios de servicios públicos," en AA.VV., *Derecho administrativo,* San Juan, 1997, p. 39 y ss., p. 47; "La regulación de los servicios públicos privatizados," *RAP*, 197: 5.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

característica que a veces se menciona aisladamente: la igualdad o uniformidad, por imperio de la cual todos tienen derecho a exigir el servicio en igualdad de condiciones. Hoy en día diríamos, conforme al nuevo sistema de valores en materia de derechos humanos, que no haya discriminaciones de ninguna especie; lo cual viene otra vez a reafirmar que no estamos afirmando algo específico del servicio público, sea éste lo que fuere, sino común a toda actividad humana.

Regularidad quiere decir conformidad a reglas y condiciones preestablecidas, lo cual es un insalvable pleonasmo. Bien se advierte de lo hasta aquí expuesto que de los llamados caracteres del servicio público no resta nada tangible que sea susceptible de ser enseñado como supuestas notas calificadoras o diferenciadoras de la actividad en cuestión.

6.5. *El régimen jurídico del servicio público*

Ha sido una fuerte tendencia de la doctrina el procurar establecer, encontrar o diseñar los caracteres del régimen jurídico del servicio público, pero la tarea es fallida: es el orden jurídico el que le impone las reglas que el legislador ha estimado oportunas a cada servicio público y es el ente regulador el que completa la tarea de determinar el régimen específico de cada actividad sometida a este control. Las generalidades que se pueden explicar, entonces, son demasiado inespecíficas como para merecer excesiva atención. La característica más recordada del régimen jurídico especial de los servicios públicos es que los hombres que trabajan en él carecen del derecho de huelga, pues la huelga implica la suspensión del servicio y se considera precisamente que el Estado debe asegurar su continuidad. La flexibilidad laboral que se va procurando imponer a fines de siglo termina, por otra vía, en la misma consecuencia.

La necesidad de asegurar el funcionamiento y la continuidad del servicio determina además: *a)* que la fuerza pública preste un apoyo especial a su prestación, *b)* que quien presta el servicio pueda pedir al Estado que expropie bienes útiles a su gestión (también lo puede pedir el concesionario o propietario minero), *c)* que puedan establecerse servidumbres y restricciones al dominio privado en razón de ese servicio —indemnizando, en el primer caso—, *d)* que los contratos que asocien un particular al funcionamiento del servicio sean contratos administrativos, *e)* que se organice el poder de percibir tarifas, precios o tasas en contraprestación por el servicio, *f)* que el monto de las tarifas, precios o tasas esté sujeto a la autorización del poder público, previa audiencia pública bajo pena de nulidad; *g)* que en ciertos casos la prestación sea obligatoria de hecho para los particulares, *h)* que toda cuestión vinculada a él, incluidos los problemas contractuales de los usuarios con el prestador del servicio, correspondan a la jurisdicción llamada contencioso administrativa. En el orden nacional el sistema es de control judicial por jueces federales con competencia en materia procesal administrativa, a los que por un

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

accidente de la historia que hoy ya no causa dificultad, el legislador eligió llamar "contenciosoadministrativos" sin que tengan absolutamente nada que ver con el sistema francés.

6.6. *La noción tradicional y sus elementos*

Los tres elementos esenciales de la noción tradicional de servicio público son, según se aprecia: 1º) el fin que el servicio cumple, 2º) la persona que lo atiende, 3º) el régimen que lo regula. El juego de estos tres elementos lo explican autores como GARCÍA OVIEDO[12] de la siguiente manera:

a) No hay servicio público que no tenga por fin la satisfacción de una necesidad colectiva; pero este criterio, aislado, sería insuficiente, por cuanto "múltiples son, en cualquier sociedad bien constituida, las necesidades públicas que se satisfacen mediante el procedimiento del servicio privado:" pueden citarse las panaderías y comercios de expendio de carne, leche, verduras, etc. Sólo MARIENHOFF en nuestro medio llegó a dar una extensión casi infinita a la noción de servicio público, en forma incompatible con su medida definición de dominio público, al cual estipula como determinado por la norma del legislador y no por la "naturaleza" o "esencia" de las cosas. En materia de servicios públicos sería para dicho autor al revés: una suerte de "naturaleza" o "esencia" de la institución regiría sus alcances. Ello pertenece a las concepciones aristotélicas, hoy superadas en la metodología de la ciencia.[13]

b) También sería insuficiente decir que servicio público es el prestado por la administración, pues ésta puede conceder el servicio; y además porque no todas las actividades de la administración son servicios públicos: "Cuando el Estado explota un monte patrimonial o un teatro, o toma a su cargo y dirección una empresa industrial (la fábrica de porcelana de Sèvres del Estado francés), evidentemente no realiza servicio público."[14] Es que el régimen de servicio público sólo nace en ausencia de libre competencia. Es un fruto o consecuencia de la regulación del monopolio, no su causa. Por eso no pensamos que, existiendo regulación para una actividad monopólica, quepa desenfatizar la noción de servicio público, no como noción esencial, sino como exposición del derecho positivo.[15]

6.7. *La crisis de este concepto de servicio público*

Dos elementos de esta noción —el de la persona que atiende el servicio y el del régimen que lo regula— entraron en crisis hace mucho tiempo.[16]

6.12 GARCÍA OVIEDO, *op. cit.*, p. 260 y ss.
6.13 Como ya lo explicamos en el cap. I del t. 1.
6.14 GARCÍA OVIEDO, *op. loc. cit.*
6.15 Lo señalamos en relación a la cita de ARIÑO ORTIZ que hacen BRITO, MARIANO R. y DELPIAZZO, CARLOS A., *Derecho administrativo de la regulación económica*, Montevideo, 1998, p. 6.
6.16 Ver, entre otros, CORAIL, *op. loc. cit.*

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

En cuanto a la persona que presta el servicio, se observaba que no era ya sólo la administración por sí misma o a través de concesionarios que satisfacía necesidades públicas bajo un régimen especial, sino que también existían otras entidades encargadas de cometidos semejantes. Surgieron así entidades profesionales o corporativas tales como los Colegios de Abogados, etc., cuando están creadas y organizadas compulsivamente por ley, pero con autodeterminación de su régimen de funcionamiento; asociaciones gremiales, etc., cuya actividad está a veces sometida a un régimen "exorbitante al derecho común," es decir, que tienen asignadas por ley atribuciones de poder público en ciertas cuestiones: ingreso a la profesión, control de la matrícula, habilitación profesional temporaria y ulteriores rehabilitaciones temporarias, etc.

Se asevera que ello constituye una crisis de la noción de servicio público, pues habría allí un servicio público prestado directamente por particulares o al menos por órganos que no forman parte de la administración ni tienen un contrato de concesión con ella para realizar tal actividad.[17] Si un servicio público podía ser prestado no sólo por el Estado o con su autorización, se podía definir al servicio público exclusivamente por su objeto [...] retoma así su *élan* la "noción funcional" o "existencial" de servicio público. Dicho en otras palabras, que puede haber servicios públicos "virtuales," en los cuales sin estar presente la actividad del Estado ni un acto expreso de concesión a un particular o a otra entidad no estatal, de todos modos se sostiene que la actividad es materialmente un servicio público y por ello debe ser jurídicamente considerada como tal.[18] Ese aspecto de la "crisis" es obviable, sin embargo, pues estas asociaciones profesionales, corporaciones de oficios, etc., no son personas enteramente ajenas al proceso administrativo. Dado que la administración no es sino un órgano del Estado, carente de personalidad jurídica propia, no es sólo a través de ella y mediante su intervención que puede hacerse una delegación de función administrativa. Dicho en otros términos, el contrato temporal de concesión o licencia no es la única forma en que el Estado puede delegar poderes de naturaleza pública en un ente determinado para que realice una parte de la función administrativa; también puede la ley directamente crear un ente y conferirle tales facultades sin limitación temporal prefijada, en las condiciones que venimos de explicar. En consecuencia, cabe afirmar que cuando la ley crea un ente y le confiere el ejercicio de una parte de la función administrativa, tal función se ejerce en forma indirecta, por órganos distintos de los directamente encargados por la Constitución para realizarla.

6.17 CORAIL, *op. cit.*, p. 131 y ss.

6.18 Como dice MARIENHOFF, *op. cit.*, 1994, t. II, p. 55, "también pueden haber servicios públicos cuya índole de tales no derive de un acto estatal expreso o de un hecho o «comportamiento» de la Administración Pública, sino de su propia naturaleza o esencia." Entre los servicios públicos "virtuales" u "objetivos" enuncia farmacias, almacenes, proveedurías, lecherías, carnicerías, panaderías (p. 55), aunque esta extensión se halla limitada por el concepto teleológico (p. 40, nota 43.)

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

La ley puede fijar fundamentalmente dos tipos de entes: unos, en los que los directivos son nombrados por el Estado (entes autárquicos, empresas del Estado) y otros en los que los directivos son nombrados por los administrados (asociaciones profesionales y gremiales, etc.) En esta interpretación, al decir entonces que el servicio público es una actividad realizada directa o indirectamente por la administración, no se excluye del concepto a ninguno de los casos traídos a la luz por la doctrina francesa moderna. Sin embargo, pareciera que no puede admitirse la noción virtual, funcional o existencial del servicio público, con el alcance de que pueda haber actividades que sean un servicio público por su propia naturaleza,[19] independientemente de un acto expreso de reconocimiento por parte del Estado, pues en esa hipótesis ya la noción ha perdido límites concretos y su ámbito de aplicación prácticamente puede abarcar a cualquier actividad humana, haya o no voluntad estatal de considerarla servicio público.

Hablar de servicio público por su "esencia" o "naturaleza" es tan opinable como hablar de dominio público por su "esencia" o su "naturaleza."

6.8. *El objeto o finalidad del servicio*

Se dice que el servicio público tiene por objeto la satisfacción de una necesidad colectiva,[20] pero se aclara que es el legislador y no el juez quien aprecia cuándo hay en la sociedad una tal necesidad que deba ser atendida mediante el procedimiento del servicio público. El fin del servicio público es así contingente y no sirve para caracterizarlo en un plano teórico estable; carece de rigor dogmático, constituye un elemento subjetivo no objetivamente apreciable.

6.9. *El régimen de derecho público*

El régimen de derecho público no es un elemento que siempre se asocie a los anteriormente citados en la noción de servicio público: pero es normal que se lo asocie con la ausencia de libre competencia —el monopolio— que el Estado en ocasiones resuelve establecer en favor de particulares, por razones de política legislativa. De ello se desprende que:

a) No toda la actividad realizada directa o indirectamente por la administración con fines de satisfacer una necesidad pública se rige por el derecho público; así las viejas empresas del Estado, cuando actuaban en libre competencia, se regían en varios aspectos por el derecho privado. Las sociedades anónimas con

[6.19] Sobre la naturaleza o esencia de las cosas ver *supra*, t. 1, cap. I y sus remisiones: *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1988, 4ª reimpresión, 2001; *An Introduction to Law*, Londres, Esperia, 2003, etc. Ver también allí lo referente a las definiciones y clasificaciones, que son algunos supuestos metodológicos de este cap.

[6.20] Sin embargo hay otras actividades que interesan al público que no son calificadas por el legislador como servicios públicos; por eso sostiene MAIRAL, "El concepto de servicio público...," *op. cit.*, p. 232, que es nota típica del servicio público la obligatoriedad de prestarlo a todo aquel que lo solicite.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

participación estatal mayoritaria y las sociedades del Estado tienen también un margen de actividad regido por el derecho privado.

b) Se sostiene que hay otras actividades que no son administrativas directa o indirectamente y que, teniendo el fin de satisfacer una necesidad pública, se rigen por un régimen exorbitante al derecho privado: los llamados "servicios públicos impropios." Se trata de un concepto algo híbrido con el cual se quiere designar a las actividades de ciertos particulares a quienes el Estado exige autorización y reglamenta sus servicios con miras a asegurar su continuidad y la certeza y uniformidad de las tarifas; taxis y remises, farmacias, botes de alquiler, changadores, etc. La lista de "servicios públicos impropios" puede por lo demás extenderse a todas las actividades o empresas "reglamentadas."[21] En efecto, los bancos, compañías financieras, de seguros, sociedades de inversión, etc., tienen en general la misma especial regulación de derecho público que limita y controla sus actividades, sin que haya importado y con razón, preocuparse de si correspondía denominarlos "servicios públicos impropios" o no.

c) Hay, por último, actividades que no son realizadas directa ni indirectamente por la administración, que no tienen un fin de interés colectivo y que a pesar de ello se rigen en parte por el derecho público: lealtad comercial, prohibición de propaganda engañosa, control de pesas y medidas, derecho marcario, control de abuso de posición dominante, prohibición de actividades nocivas a la salud: ciertas drogas, el tabaco, la contaminación ambiental, etc. Los ejemplos varían de país en país, de época en época.[22] Mas ello es así no porque estas actividades interesan o afectan al interés público noción esencial o material, sino porque son objeto de regulación específica por el derecho público: noción normativa.

6.10. *Conclusión. La supresión de la noción esencial o funcional de servicio público*

Ello demuestra que los elementos *a)* actividad realizada directa o indirectamente por la administración y *b)* con miras a satisfacer una necesidad colectiva, no llevan al tercer elemento: régimen de derecho público. Éste se presenta en otros casos que los señalados por esos dos requisitos y, además, no siempre se presenta cuando ellos aparecen.[23] De allí surge que la "satisfacción de una necesidad colectiva" no fundamenta ni condiciona el "régimen de derecho público."

[6.21] *Supra*, t. 1, cap. XIV, § 12.2, pp. 23-4.

[6.22] Es así interesante el análisis de MALARET I GARCÍA, ELISENDA, *Régimen jurídico-administrativo de la reconvención industrial*, Madrid, Generalitat de Catalunya y Civitas, 1991, esp. cap. III, p. 149 y ss.

[6.23] A punto tal que algunos admiten que pueda haber un servicio público bajo un régimen de derecho privado (ver los casos que reseña y critica JÈZE, GASTÓN, *Principios generales del derecho administrativo*, t. II-1, Buenos Aires, Depalma, 1949, pp. 9 y 4) y otros que sostienen que no es necesario que haya un régimen especial de derecho público, sino que basta un encuadramiento general en él.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Dicho en otras palabras, la determinación de aplicar un régimen de derecho público a cierta actividad, estatal o no, es una decisión que no puede estipular libremente la doctrina, a partir de la afirmación que resuelva hacer en el sentido de llamarla "servicio público;" esa determinación viene dada por el orden jurídico, en la medida en que efectivamente someta o no, en mayor o menor grado, alguna actividad humana al derecho público. Que alguien la llame "servicio público" antes de existir la regulación legal de derecho público, expresa sólo su opinión personal de que convendría que esa actividad fuera objeto de regulación por el derecho público. Que denomine "servicio público" a una actividad cualquiera, *después* que el derecho público la ha regulado, no sólo es ya intrascendente, sino que también es proclive a confusiones, pues muchos podrán creer, siguiendo esta tradición conceptual, que se rige por el derecho público porque "es" un servicio público, olvidando que se lo llama convencionalmente servicio público porque está regido expresamente por el derecho público. Si el jurista encuentra determinada actividad regida por el derecho privado, no puede llamarla servicio público sin inducir a equivocaciones. Tampoco efectúa con ello una clasificación jurídicamente relevante o útil.[24] Las clasificaciones y definiciones deben servir para explicar el derecho positivo y no pueden ser abstracciones sin referencia empírica alguna en el derecho. En tal caso no son útiles.[25]

Solamente el régimen jurídico positivo puede justificar la denominación y ese régimen jurídico tan intervencionista sólo tiene sustento constitucional suficiente[26] cuando antes se ha otorgado un privilegio o monopolio bajo forma de concesión o licencia. Es necesario terminar con este experimento esencialista que la doctrina ha ensayado por décadas y volver a aplicar una sana dosis de mínima dogmática jurídica para restablecer el orden.

[6.24] Criterio que debe satisfacer toda definición o clasificación, según explicamos en el t. 1, cap. I, "El método en derecho," sección I, "Las cuestiones fundamentales."

[6.25] Nos remitimos, siempre, al t. 1, cap. I, sección I; comp. D'ARGENIO, "Permanencia «anacrónica» del servicio público: su imprecisión como determinante de la aplicación de un régimen tutelar," *op. cit.*, esp. § VI, "La inutilidad de la noción clásica," pp. 239-41.

[6.26] D'ARGENIO, *op. loc. cit.*, esp. § VII, "El texto constitucional," pp. 241-6.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Capítulo VII

LA REGULACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL

1. *Introducción*

La vida en sociedad supone necesariamente la regulación[1] de la conducta de los individuos y grupos de personas. Es el eterno dilema de cuánta libertad y cuánta

[1.1] Comp. BIANCHI, ALBERTO B., *La regulación económica*, t. 1, Buenos Aires, Ábaco, 2001; "Toda la legislación delegada está por caducar: ¿qué hacemos con la disposición transitoria octava?," *ED*, 182: 1270; GELLI, MARÍA A., "Cuestiones de la delegación legislativa," *ED*, 182: 1284; BUSTAMANTE, JORGE E., *Desregulación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993; SARAVIA, ENRIQUE y otros (org.), *Regulação, defesa da concorrência e concessões*, Río de Janeiro, FGV Editora, 2002; BARRA, RODOLFO C., *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Principios. Fuentes*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, cap. III, § 25-7 y pp. 139-54; COMADIRA, JULIO R., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, cap. VIII; MATA, ISMAEL, "Del Estado empresario al Estado regulador," en el libro *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Buenos Aires, 1994, p. 219 y ss.; SALOMONI, JORGE L., *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999; MILJIKER, MARÍA EVA, "A propósito de un fallo: la delegación legislativa después del 24 de agosto de 1999," *LL*, 1999-D, 353; CICERO, NIDIA KARINA, *Servicios públicos. Control y protección*, Buenos Aires, 1996; GUAJARDO, CARLOS A., *Código Alimentario Argentino. Su valoración jurídica*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998; MIRKO, JUAN, "Sobre la caducidad de la legislación delegada preexistente," en CEDyCS, *II Congreso Nacional de Derecho Público, Ponencias*, 1999, pp. 232-6; NEUMANN, ARIEL, "El destino de la legislación delegada en la Constitución reformada," en *Ponencias, op. cit.*, pp. 236-9; BRITO, MARIANO R. y DELPIAZZO, CARLOS E., *Derecho administrativo de la regulación económica*, Montevideo, 1998; GRAU, EROS R., *A Ordem Económica na Constituição de 1998*, San Pablo, 1990; *Elementos de direito econômico*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1981; WITKER, JORGE, *Derecho económico*, México D.F., Harla, 1985*; Curso de derecho económico*, México, 1989; MARTÍN MATEO, RAMÓN, *El marco público de la economía de mercado*, Madrid, 1999; BONFIELD, ARTHUR EARL, *State Administrative Rule Making*, Boston y Toronto, Little, Brown and Co., 1986; SCHUCK, PETER H., *Law and Post-Privatization Regulatory Reform: Perspectives from the U.S. Experience*, mimeo, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 1998; GORZELANY, LILIANA B.; MAC MAHON, JUAN JOSÉ y SARCIAT, ALBERTO DIEGO, "Entes Reguladores," *RAP*, 213: 104; SORIA, DANIEL F., "Sobre los entes reguladores, los conflictos entre prestadores y usuarios de servicios y las vías administrativas previas," *RAP*, 234: 61; CITARA, RUBÉN M., *El servicio público*, Parte 2, *Poder de Policía*, Buenos Aires, 1997; PALAZZO, EUGENIO L., "Caducidad de las delegaciones legislativas," *ED*, 182: 1269; PUNTE, ROBERTO A., "¿Cómo salir del problema del 25 de agosto?," *ED*, 182: 1302; MIAILLE, MICHEL (dir.), *La régulation entre droit et politique*, París, L'Harmattan, 1992; AA.VV., *La regulación de la competencia y los servicios públicos*, Buenos Aires, FIEL, 2000.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

autoridad.[2] Se puede discurrir siempre respecto a la regulación y desregulación pero mientras tanto, por acción u omisión, estaremos en algún punto de la balanza. No se pueden formular reglas ni principios generales[3] y por ello es oportuno recordar una vez más a POPPER.[4] Un mercado libre sin intervención no puede existir, ni existe de hecho; pero la intervención en sí no garantiza nada, pues depende de cómo efectivamente se haga: puede tanto favorecer como perjudicar, sea a los productores o a los consumidores; puede por ineptitud o corrupción hasta perjudicarlos a ambos al mismo tiempo. Como decía RIVERO, tanto se puede estar en la "ley de la jungla" como en la "jungla de la ley." La experiencia indica que las leyes y reglamentos demasiado minuciosos o abarcativos pierden efectividad, terminan en la imposibilidad de aplicación práctica y son la base de la ineficiencia económica o inclusive de la corrupción administrativa en perjuicio final de los usuarios y consumidores (normas ostensiblemente favorables al productor, p. ej. una tarifa de servicios públicos monopólicos que exceda una utilidad razonable). También puede resultar en perjuicio inicial del productor y final del consumidor (costos adicionales ineficientes, o corrupción administrativa que se traslada a los precios al consumidor); o sea, todos pierden. La actividad de todo sujeto de derecho tiene al menos la legislación de derecho civil, penal, comercial, etc., que la regula, emanada de un cuerpo legislativo, electivo, representativo, en suma el Congreso por el procedimiento previsto para la sanción de las leyes. Pero a su vez cabe distinguir entre ese tipo de normas, dotadas de una cierta seguridad y previsibilidad y las cambiantes, numerosas y minuciosas resoluciones y reglamentaciones administrativas. Es en este punto donde nuestra experiencia es negativa, por el constante cambio en la madeja de resoluciones. Algo anda mal cuando hay que leer el Boletín Oficial todos los días para saber cuál es "la normativa" vigente, como ocurre hace décadas entre nosotros.

Hemos abandonado una buena parte de la legislación regulatoria por imperio de la ley 23.696 (art. 10) y sus decretos de ejecución.[5] A su vez, la Constitución de

[1.2] *Supra*, t. 1, *Parte general*, *op. cit.*, cap. III, "Bases políticas, supraconstitucionales y sociales del derecho administrativo."

[1.3] *Supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. I, "El método en derecho."

[1.4] Dice POPPER: "un mercado libre sin intervención no existe, ni puede existir" (*La lección de este siglo*, Buenos Aires, Temas Grupo Editorial, 1998, p. 59); "El mercado libre es muy importante, pero no puede ser absolutamente libre como ninguna cosa lo es. La libertad absoluta es un sinsentido" (*op. cit.*, p. 63, donde continúa desarrollando el pensamiento de KANT); "Un «exceso» de estatismo lleva a falta de libertad. Pero existe también algo así como «exceso» de libertad" (*op. cit.*, p. 111.) "Necesitamos la libertad para impedir que el estado abuse de su poder y necesitamos al estado para impedir el abuso de la libertad. Este es un problema concreto que quizás nunca se resuelva en lo abstracto por medio de leyes," "*Debemos aceptar que es un problema que tal vez no se resuelva nunca de un modo definitivo*" (*op. loc. cit.*) Ver también a SCHUCK, *Law and Post-Privatization Regulatory Reform: Perspectives from the U.S. Experience*, *op. cit.*, quien expone la idea de considerar simultáneamente a la regulación económica y social.

[1.5] Ver BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 133 y ss.; nuestro art. "La validez constitucional del decreto 2284/91," en *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, cap. IX.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

1994 prohibe la delegación administrativa y puso plazo final de vigencia a la antes existente, a los cinco años de la Constitución, en agosto de 1999. El Congreso empeoró el panorama con las leyes 25.148, 25.645 y 25.918, que en una mezcla de omnipotencia y debilidad no supo resolver el problema y optó por prorrogar el plazo constitucional hasta el 2006, a pesar de la previsión constitucional que lo disponía para 1999. Un verdadero dislate.[6] La cuestión contemporánea argentina es si después del 2004, 2005, 2006, etc, se continuará con esa adicional imposición *administrativa centralizada* de deberes y prohibiciones, regulación emanada sea por delegación legislativa o por construcciones autoritarias que invocan los distintos niveles de la organización administrativa centralizada. El legislador no enfrentó la cuestión, sólo atinó a intentar correr los plazos. La justicia tolera este incumplimiento de la Constitución, pero es claro que no puede seguir siempre así.

El desafío que tenemos como sociedad es si podremos pasar en forma integral y no anecdótica al sistema de entes reguladores independientes, integrados por personas designadas mediantes procedimientos públicos de concurso que garanticen su idoneidad técnica con prescindencia de su afiliación política, que tengan estabilidad, imparcialidad e independencia, sin intervención ni ingerencia de la autoridad política de la administración central. Su idoneidad y estabilidad y la audiencia pública previa antes de introducirse cambios al sistema, asegurarán la claridad y previsibilidad de sus decisiones. El argumento de que los controlados pueden capturar a los controladores, que algunos extienden para oponerse también a la participación de los usuarios en el directorio de estos entes, pierde de vista que por su mayor cercanía a la sociedad están mejor sujetos a control social y deben rendir mayor cuenta de sus actos que los integrantes del Poder Ejecutivo; su propio sistema de designación tiene más garantías objetivas y deben todos rendir más cuentas a la comunidad que un Ministro o Secretario de Estado. Su inserción en el aparato del Estado como órganos técnicos independientes importará que no se perseguirán a través de ellos políticas económicas ajenas al objeto de su cometido. La política económica estará en manos del Congreso, no de la autoridad central ni de delegaciones a la administración central.[7]

2. *Los problemas de la realidad en un caso secular*

Sin embargo, la cuestión es sumamente compleja. Daremos primero un ejemplo relativamente alejado de las principales preocupaciones regulatorias del presente,

[1.6] Ver MILJIKER, *op. loc. cit.*; MIRKO, *op. loc. cit.*; NEUMANN, *op. loc. cit.;* CASSANI, DANIEL H., "Delegación legislativa: la caducidad de la legislación delegada preexistente," *JA*, 2002-III, 14. Los principios hermenéuticos que debieron aplicarse están claros en STARCK, CHRISTIAN, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, pp. 66-7, 71. La reserva de ley está consagrada a nivel supranacional. Ver FAPPIANO, OSCAR L., *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, p. 95 y ss.

[1.7] Ver AMBROSINO, MARÍA SILVANA, "Algunas reflexiones en materia presupuestaria: el presupuesto paralelo," *LL*, 2005-E, 1123.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

para mostrar su plasticidad. Nos referimos al régimen de los intereses por mora en el pago, que tenía desde antiguo mínima regulación civil y penal: prohibición de anatocismo y usura, presunción de pago según el art. 624 del CC, etc. Ahora bien, el mundo presenta variantes y más allá de que la solución sea buena o mala, en todo caso es distinta según se esté en mora o no.

a) Una cuestión es, en efecto, la mora en el pago de los alquileres por los inquilinos; o de las cuotas de los deudores hipotecarios no bancarios: Librados a los contratos que se celebren, pero bajo control judicial por abuso del derecho, lesión, anatocismo, usura, etc. Este ejemplo es propio de la fluctuación regulatoria. Así también hace ya algunos años se dictaron leyes que regularon mucho, p.ej. las locaciones urbanas. Llevó décadas al país aceptar que la regulación entonces existente en dicha materia, en lugar de proteger al inquilino como era su intención, frenaba la oferta en contra del interés de los inquilinos potenciales. Y la solución no es universal: en un país con fuerte desregulación económica, los alquileres todavía están a veces regulados: El Estado de Nueva York, en los EE.UU.

b) Distinta es la situación del usuario por el pago de las tarifas de los servicios públicos monopólicos que el Estado sí regula, aunque es de recordar que es materia regulada diversamente en cada servicio público concedido o licenciado, salvo las normas generales de la ley de defensa del consumidor.

c) En el caso de la mora por descubiertos en cuenta corriente, autorizados y sin autorizar, la actual política del B.C.R.A. no los regula; tampoco otras operaciones financieras, hipotecarias, etc.[1]

d) Distinta es también la situación del consumidor en compras a crédito, que requieren transparencia, información correcta y clara sobre las características del financiamiento[2] y tiene tope legal en materia de intereses: ley 25.065 sobre tarjetas de crédito, art. 16.

e) También diverso es el caso de la mora de los usuarios de tarjetas de crédito por los saldos de sus cuentas de consumos, intereses, gastos, etc. A dichas liquidaciones les resultan de aplicación las obligaciones generales sobre transparencia de la información, de acuerdo a la ley 24.240,[3] pero también hay otras normas en protección del contratante débil.[4]

En cada uno de estos temas, cabe predecir... la incertidumbre. En cada país y época existirá inevitablemente una perpetua fluctuación y oscilación entre desre-

[2.1] BCRA, Circular "A" 2689; disp. 15/98 de la SSICyM. Son políticas *siempre* cambiantes.

[2.2] Surge del mismo deber de información que establece el art. 4° de la ley 24.240 de defensa del usuario y del consumidor, CNFed. CA, Sala II, *Casa Dapas*, 21-X-97, reseñado en CARATTINI, MARCELO GUSTAVO, "Ley de defensa del consumidor," *RAP*, 236: 125, 128.

[2.3] Sala II, *Diners Club Argentina*, 4-XI-97, reseñado en CARATTINI, *op. cit.*, p. 128.

[2.4] Ver MOEREMANS, DANIEL E., "Conexidad de contratos en el sistema de tarjeta de crédito," *LL*, 2000-B, 1068.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

gulación y regulación, etc.[5] Recaemos en las premisas del cap. I del t. 1. El problema es que los excesos que se cometan en un campo se pagan con falencias en el otro, es inevitable como la ley de gravedad.[6]

3. *¿Regulación vs. desregulación?*

Siempre se ha discutido cuál debe ser el grado de intervención del Estado en la economía: desde el obsoleto poder de policía,[1] pasamos sin respiro a la discusión del también antes llamado intervencionismo estatal, el sector público de la economía, el dirigismo económico y la planificación.[2] El discurso social se orienta ahora, con un sentido más neutro, a la regulación y desregulación de servicios privados en competencia, o concedidos por el Estado en monopolio.[3] Se parte del criterio regulatorio, pero en confrontación con la palabra "desregulación," que invita al debate, en vez de pretender cerrarlo.[4]

Con ello se sale de las viejas discusiones sobre el "poder de policía,"[5] y se entra en una nueva terminología que no evoca preconceptos sino controversia o incluso neutralidad:[6] desregulación o regulación, en su caso qué regulación, a quiénes, dónde, cómo, por quién, etc., lo cual otorga racionalidad a la discusión y dificulta innecesarias y peligrosas generalizaciones.

Nadie propone que el Estado deba siempre regular todo y luego de un lapso muy corto en que se postuló la libertad total del mercado (bajo el principio de "desregulación, desmonopolización, privatización,") se ha afirmado la tesis de una moderada dosis de intervencionismo estatal, hoy discretamente llamado regulación.[7] Lo cual significa que no se regula todo ni siempre, sino que caso por caso,

2.5 O sea qué regular, cómo y cuándo hacerlo o no, etc.

2.6 Ver nuestros artículos "Racionalidad, política, economía, derecho," en *LL*, 28 de diciembre de 2005, p. 1. y "Si las palabras fueran energía eólica...," *LL*, 2004-C, 1557; reproducido en FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE (coord.), *Derecho Administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, México, UNAM, 2005, pp. 107-112.

3.1 *Supra*, cap. V, "El «poder de policía»."

3.2 Ya es prehistoria: nuestros libros *Introducción al derecho de la planificación*, Caracas, EJV, 1981; *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, México y Buenos Aires, Alianza Para el Progreso y Ediciones Macchi, 1973; *Derecho administrativo de la planificación*, Bogotá, OEA, 1967; *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1966; *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1996.

3.3 O también se rescata un término con el cual en Alemania, "superando el arcaismo [...] del poder de policía, se habla [...] de una administración ordenadora," como recuerda SUNDFELD, CARLOS ARI, *Direito administrativo ordenador*, San Pablo, Malheiros, 1993, p. 16.

3.4 Ver BUSTAMANTE, *op. loc. cit.*

3.5 *Supra*, cap. V, "El «poder de policía»."

3.6 MALARET I GARCÍA, ELISENDA, *Les transformations du système administratif espagnol*, en MIAILLE, *op. cit.*, p. 245 y ss.; MATA, "Una versión sesgada de la regulación," *RAP*, 256: 101, 104.

3.7 El fenómeno tiene así algún parentesco con lo que se ha dado en llamar "huida y recuperación" del derecho administrativo, p. ej. en BREWER CARÍAS, ALLAN-RANDOLPH, "La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la administración pública y el proceso de huida y recuperación del derecho administrativo," en AA.VV., *Las formas de la actividad administrativa*, Caracas, FUNEDA, 1996, p. 23 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

época por época, se determina si algo se somete a regulación y en caso afirmativo qué y cómo, por cuánto tiempo, etc.

Tal como veremos en este cap., hay materias sumamente diversas que se pueden incluir bajo este rótulo, por lo que hay que tener presente una vez más y de entrada que no estaremos aquí encontrando un concepto, principio o axioma que permita deducir conclusiones para los casos particulares. En una obra general no se pueden explicar todos los servicios públicos ni todos los derechos y sus limitaciones; o todas las regulaciones. Es forzoso, pues, contentarse con algunas observaciones y ejemplos que puedan, con optimismo, brindar una visión general de la cuestión. Pero en modo alguno ha de verse aquí un muestrario de reglas generales a aplicar a casos concretos; antes bien y al contrario, intentaremos una vez más demostrar la ausencia de reglas generales en materia regulatoria.

4. *Regulación económico-social*

Es frecuente leer acerca de la regulación económica y no de regulación social, pero esa dicotomía es proclive a errores. Toda regulación social tiene efectos económicos; toda regulación económica tiene efectos sociales. Que los efectos puedan ser mayores o menores, no hay duda; pero parece imposible postular que no existen.

4.1. *Los costos de la regulación*[1]

Lo antedicho se aprecia mejor cuando se advierte que difícilmente exista una decisión regulatoria económica intrascendente: si se afecta el medio ambiente para producir energía barata, esto es hoy económicamente conveniente, pero no socialmente; mañana será social y económicamente inconveniente. Si la regulación de tutela del medio ambiente es excesiva y prohibe la actividad económica, ello tendrá ventajas para el medio ambiente y desventajas en lo inmediato para la economía; y mañana la ecuación será diferente. Sea en términos sociales o económicos, siempre ambas cuestiones interactúan en toda regulación. Si se propone que el aprendizaje, la salud o el seguro social sean gratuitos, ello no es económicamente intrascendente: la pregunta será en tal caso quién lo paga, ya que en la definición va supuesto que quien lo recibe no lo paga: deberá hacerlo otro.

4.2. *La eficiencia de la regulación*

Si se determina que una actividad económica cumpla tales o cuales requisitos adicionales, ello importará un mayor costo del producto y un mayor precio de venta a los consumidores: la decisión regulatoria podrá ser adecuada o no, pero en cualquier caso no es económicamente intrascendente, ni tampoco socialmente. La regulación no puede ser calificada en abstracto de buena ni mala: lo que importa es *en cada caso concreto* su grado de eficiencia puntual, su equilibrio entre lo que

[4.1] Ver y comp. BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 40 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

obtiene de bueno para la sociedad y lo que a ella cuesta en el caso (primero al productor, tal vez al presupuesto estatal, al final al consumidor y al contribuyente). En otras palabras, cuán sensata y razonable es, cuán eficiente empleo de recursos constituye en cada situación particular de tiempo y lugar.

5. *Auto y heteroregulación*

Hay también una posible contradicción que todos procuran superar, pero que constituye algo tan inasible como el equilibrio entre autoridad y libertad. Se postula hoy en el mundo[1] que la libertad de mercado constituye el mejor regulador en materia de calidad y precios al consumidor: el productor ineficiente por mala calidad o alto precio se sale del mercado y es castigado por éste con la declinación de sus ventas y finalmente la falencia o desaparición; es una autoregulación. Ello constituye la antítesis de la solución planificadora en la cual el Estado era el que determinaba qué producir, bajo qué parámetros, con qué precios, etc. Hoy se postula —en el mundo; no, al parecer, en nuestro país— que el mercado libre se autoregula en materia de calidad y precio, satisfaciendo al mayor número de consumidores al menor precio posible. En la teoría económica actual, el Estado no tiene por qué intervenir en materia de qué producir, ni a qué precio hacerlo, o en qué cantidades, ni quiénes deben o pueden producir. Pero ninguna autoridad administrativa argentina va a considerar que puede dejar al mercado que funcione sin intervención suya. A veces el mercado se autoregula en cuestiones no económicas, como es el caso de la autoregulación de calificación de películas en los EE.UU., hecha para evitar la intervención estatal. Otras veces se postula la ausencia de regulación previa, como es el caso de la libertad de prensa en que la censura previa es anatema y sólo existen responsabilidades ulteriores. Resultará obvio, por otra parte, que hay cosas que no pueden dejarse al mercado: el Estado debe resolver qué medicamentos autorizar o no a la venta y en su caso con qué restricciones; qué medidas de seguridad debe imponer en tutela de los trabajadores y usuarios; qué tipo de responsabilidades especiales requiere la cadena de producción y consumo y así sucesivamente. En este tipo de discusión ya no será suficiente con encontrar la solución justa ni que encuadre en la dogmática jurídica: será inevitable el análisis por la jurisprudencia de intereses.[2] *En cada caso* deberá evaluarse el costo y el efecto social conseguido, para saber si se ha logrado un equilibrio regulatorio mejor que el equilibrio del mercado. Como en todas las cuestiones, la sociedad se inclina-

[5.1] Pero no, por el momento, en la Argentina, que parece haber resuelto bajarse del *carroussel* y desandar el camino del comercio internacional, si uno atiende a algunos gestos y actos gubernamentales.

[5.2] Ver el cap. I del t. 1, "El método en derecho;" *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1988, reimpresión 2001; *Introducción al Derecho*, publicado como *e-book* en www.gordillo.com; también en su versión inglesa, *An Introduction to Law*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Londres, Esperia, 2003. Ver mis glosas en el libro de NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las límitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

rá seguramente por intentar lograr alguna suerte de término medio, en la búsqueda constante de un equilibrio que por definición es dinámico.

6. *¿La regulación protege o lesiona los derechos?*

Incorporamos este tema dentro de la Sección III, "La lesión de los derechos:" puede serlo tanto de los prestadores regulados como de los usuarios, consumidores y administrados que se relacionan con los prestadores regulados. La regulación de una tarifa de servicio público o peaje,[1] p. ej., puede resultar en perjuicio de quien la paga y en ingente beneficio del que recibe la regulación de la tarifa: es paradigmático el caso telefónico. La regulación de la calidad y normas del servicio que debe prestarse puede ser también utilizada como un instrumento de extorsión al regulado, al imponérsele normas de difícil o imposible cumplimiento; no hay que pecar de inocencia en esto. También puede ocurrir que la regulación proteja los derechos de usuarios y consumidores (la parte más débil de la ecuación real de poder) y limite los derechos de prestadores de servicios públicos o actividades económicas y sociales. Ninguna postulación puede generalizarse. Es *en cada caso y en cada regulación* que podrá determinarse si era mejor la libertad o es mejor tal o cual intervención reguladora. En realidad todo puede ocurrir, pero salvo las normas de algunas autoridades regulatorias cuasi independientes (ENRE, ENARGAS, ETOSS) la regulación de los servicios públicos que dicta la administración a veces favorece más al servicio mismo en cabeza de sus prestadores, que los intereses —al menos inmediatos— de los usuarios y consumidores. En las actividades en competencia es frecuente que la administración cree madejas burocráticas aptas para muchas cosas pero no para tutelar al usuario ni la competencia: incluso es posible que sus requerimientos aumenten los costos del oferente y por ende los precios al consumidor final, sin un beneficio público proporcional. Hay regulaciones francamente monopólicas en un mercado libre.[2] Pareciera así que se da lo peor de los dos mundos: se regula de menos donde hay monopolio, se regula de más donde hay libre competencia (y a veces se regula a favor del monopolio y en contra de la libre competencia). Esta irracionalidad puede tener su explicación en los mecanismos paralelos de la administración,[3] en la "racionalidad irracional" de la burocracia[4] y la justicia es remisa a adentrarse en tales vericuetos administrativos.[5] El desiderátum es lograr un equilibrio entre los derechos e intereses contrapuestos de prestadores y usuarios, consumidores y administrados. De todas maneras, si la regulación resulta excesiva por detallista, entramos en el campo de la irrazonabilidad; también en el caldo de cultivo para la corrup-

[6.1] Ver § 13.2 de este cap., "Tarifas de servicios públicos."
[6.2] Res. SE 227/98, *B.O.* del 22-VI-98, p. 18.
[6.3] Ampliar en *La administración paralela*, Madrid, Civitas, tercera reimpresión 2001.
[6.4] *Supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. VII, "Fuentes nacionales del derecho administrativo."
[6.5] *Infra*, caps. XIII a XV.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ción.[6] Es algo en lo que hay que mantener la eterna vigilancia que postula LORD DENNING y enseña toda la historia.

7. *Los umbrales regulatorios actuales*

Con las salvedades que anteceden y sin olvidar las normas del derecho privado,[1] parece haber un umbral regulatorio en las siguientes materias:

7.1. *Defensa del usuario y consumidor, de la competencia, lealtad comercial*[2]

La primera pieza clave de carácter genérico es la ley 24.240 de defensa del usuario[3] y del consumidor,[4] que puede considerarse reglamentaria del art. 42 de la Constitución, aunque lo preceda por un corto lapso. La Constitución, a su vez, amplía el criterio directriz de dicho marco regulatorio legal en la tutela de los derechos de usuarios y consumidores. La parte medular de la ley 24.240 es la existencia de una acción de clase (arts. 52 y 53)[5] y una presunción de orden público (art. 65) a favor del usuario o consumidor (art. 3°).[6] Se trata de un nuevo orden jurídico que está en constante crecimiento y se perfila como una nueva materia especial del derecho administrativo o del derecho público en general; aunque muchos lo enfocan desde el ángulo del derecho civil. Se complementa con medidas como la prohibición de publicidad engañosa,[7] exigiendo las necesarias advertencias al consumidor[8] y consiguiente responsibilidad en caso de engaño; información

[6.6] Tema que hemos tratado en *La administración paralela, op. cit.*

[7.1] ZANNONI, EDUARDO, *Responsabilidad por productos elaborados*, Buenos Aires, Astrea, 1984; MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Contratos*, Buenos Aires, Ediar, 1987.

[7.2] MOSSET ITURRASPE y LORENZETTI, RICARDO L., *Defensa del consumidor*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1993; STIGLITZ, GABRIEL A., *Protección jurídica del consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1990; STIGLITZ y otros, *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, Buenos Aires, La Rocca, 1994; GHERSI, CARLOS ALBERTO y WEINGARTEN, CELIA (dirs.), *Defensa del Consumidor*, Rosario, Nova Tesis, 2005. Es fundamental la divulgación del sistema: CAPLAN, ARIEL R. y SHEIBLER, GUILLERMO M. (coords.), *Manual de Ciudadanía activa*, Buenos Aires, Asoc. Civ. Sánchez Viamonte, 2005.

[7.3] Ley 24.240 y sus modificatorias 24.787 y 24.999.

[7.4] El art. 8º del decr. 229/2000 agrega: "Los Entes Reguladores de servicios públicos concesionados o prestados por terceros, podrán acordar con las prestadoras la adhesión de las mismas al Programa." El Estado, como concedente, debió hacerlas obligatorias.

[7.5] Ver FERRAZ, SÉRGIO, *Mandado de segurança (individual e coletivo.) Aspectos polêmicos*, San Pablo, Malheiros, 1996, 3ª ed., pp. 41-50; BIANCHI, "Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de legitimación colectiva a gran escala," *RAP*, 235: 11; *Las acciones de clase*, Buenos Aires, Ábaco, 2001; JIMÉNEZ MEZA, MANRIQUE, *Justicia constitucional y administrativa*, San José, IJSA, 1999, 2ª ed., pp. 211-44.

[7.6] Coincide hasta aquí SALOMONI, *op. cit.*, p. 406.

[7.7] DL 19.982/72; art. 9° del DL 22.802/83 de lealtad comercial e identificación de mercaderías; CP, art. 159. Las ofertas "hasta agotar stock" o "con stock limitado" deben indicar el *stock* para hacer frente a la demanda: Sala IV, *Modart*, CARATTINI, *op. loc. cit.*

[7.8] MOSSET ITURRASPE, *Justicia contractual*, Buenos Aires, Ediar, 1977; LORENZETTI, "El deber de información y su influencia en las relaciones jurídicas," *LL*, 1990-B, 996; CNFed. C A, Sala V, *Wassington*, CAVATTINI, *op. cit.*; art. 4°, ley 24.240. A ello cabe agregar la exigencia de información veraz, clara y concreta, que impone el art. 4°.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

fidedigna sobre garantías,[9] p. ej., responsabilizando a la matriz de una filial local que, habiendo remitido ganancias a la matriz, pretenda insolventarse localmente, como ocurriera en el 2002; prohibiendo cláusulas abusivas,[10] estableciendo responsabilidades solidarias,[11] etc.

Cabe agregar la defensa de la competencia[12] y la lealtad comercial,[13] la prohibición del abuso de posición dominante en el mercado, con efecto distorsivo para éste,[14] la abstención de prácticas corruptas en la competencia tanto nacional como internacional,[15] la prohibición del *dumping*,[16] control de pesas y medidas,[17] etc. Este "umbral" regulatorio, con todo, proviene en buena medida de delegación legislativa, la que venció en 1999 y fue prorrogada (?) por tres años por la ley 25.148 y vencido este plazo, por dos años más (?) por la ley 25.645.

7.2. *Tutela del medio ambiente y la salud*

La Constitución impone la tutela del derecho a un medio ambiente sano,[18] en términos categóricos.[19] Ese principio constitucional se concreta en toda la legislación

7.9 CNFed. CA, Sala V, *Saponara*, 25-VI-97; Sala II, *Capesa*, 18-XII-97; en CARATTINI, *op. loc. cit*. Debería hoy incluirse el sometimiento al tribunal arbitral previsto en la ley 24.240. Ver SANTARELLI, FULVIO GERMÁN, "El sistema nacional de arbitraje de consumo," *LL*, 1998-D, 1115.

7.10 Son las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario: Sala II, *Medicus*, 8-X-97; CAVATTINI, *op. loc. cit*.

7.11 Así la ley 24.999, que modifica la 24.240.

7.12 Ley 25.156, (antes al DL 22.262/80.) Ver CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Buenos Aires, Heliasta, 1983. "Las autoridades [ergo, los tres poderes] proveerán [...] *a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales*" (art. 42.) "Los consumidores y usuarios [...] tienen derecho [...] a la libertad de elección."

7.13 Regida por el DL 22.802/83 y las leyes 24.240, 24.344, 24.999. Lo aplica la Secretaría de Comercio (art. 11.) Ver CNFed. CA, Sala V, *Wassington*, cons. IV, reseñada en CARATTINI, *op. cit.*, p. 127. Estos regímenes con sus diferentes autoridades de aplicación y vías recursivas, pueden dar lugar a conflictos, como destaca GUAJARDO, *op. cit.*, p. 240 y ss.

7.14 Así p. ej., se castiga la venta al exterior a más bajo precio, para producir faltante en el mercado local y consiguiente mayor precio en éste: CSJN, *Y.P.F. S.A.*, *LL*, 16-VII-02.

7.15 Tema que tratamos en "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091. El soborno trasnacional esta penado por el art. 237 *bis* del C.P., en que el juez argentino tiene jurisdicción internacional.

7.16 O sea, venta por debajo del costo. Esta prohibición es interna e internacional, pero tanto Europa como EE.UU. subsidian fuertemente su producción agrícola y vuelcan los excedentes en el mercado internacional, en perjuicio de los paises agrícolas o ganaderos emergentes. Hemos mencionado el tema en "International Organizations Accountability in Shared Public Governance," (exposición en Yaoundé el 18 de julio de 2003), traducido y corregido como "La futura responsabilidad de las organizaciones internacionales en un gobierno compartido," en el libro de LÓPEZ OLVERA y VOCOS CONESA (coords.), *Perspectivas del derecho público en el umbral del Siglo XXI*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 293-308.

7.17 Decreto-ley 19.511/72.

7.18 Ver *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. III, § 15, "El derecho a un medio ambiente sano;" LORENZETTI, "La protección jurídica del ambiente," *LL*, 1997-E, 1463; MARTÍN MATEO, *Derecho ambiental*, Madrid, IEAL, 1997; O´LEARY, ROSEMARY, *Environmental Change. Federal Courts and the EPA*, Filadelfia, Temple University Press, 1993.

7.19 Art. 41.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

por la que se controla la salud pública en general,[20] los residuos peligrosos,[21] los medicamentos[22] y demás drogas y alimentos,[23] incluso con normas específicas sobre medicación en la práctica deportiva;[24] regulación de la pesca,[25] sanidad animal,[26] lucha contra la garrapata,[27] sanidad vegetal,[28] hidrocarburos,[29] actividad nuclear,[30] vitivinicultura,[31] etc. Existe una importante cantidad de tratados con el mismo objetivo.

7.3. *Defensa de la privacidad y confidencialidad*

Es fundamental la defensa de la privacidad contra los bancos de datos que contempla el art. 43 de la Constitución consagra el *hábeas data*.[32] Entre los derechos vulnerados se encuentra el secreto bancario, a veces violado por organizaciones destinadas a dar informes comerciales; a la inversa, el secreto bancario no puede oponerse para brindar información sobre presuntos actos de corrupción, a tenor del art. XVI de la CICC. Este problema de la privacidad de la persona física apare-

7.20 Por ejemplo en la ley 25.673 de salud reproductiva, B.O. 26-V-2003. También en la ley 23.798 sobre el SIDA: *supra*, cap. I, nota 4.9 y 4.10. Hay conflicto con la privacidad: KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, "El sida en la jurisprudencia," *LL Buenos Aires*, 1999 y sus referencias a notas a fallos, entre otros, *LL*, 1997-D, 253, año 1996; *DT*, 1997-B, 1779; *JA*, 1997-IV, 329, año 1996; *ED*, 160: 326; *LL Buenos Aires*, 1996-949, etc.

7.21 Ley 24.051 del año 1991.

7.22 Lo que incluye la primera distinción con medicamentos naturistas y drogas de venta libre.

7.23 El régimen parte del decreto-ley 18.284/69, cuya autoridad de aplicación es la A.N.M.A.T., Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica. Ampliar en GUAJARDO, *op. loc. cit*. Se distingue entre drogas "lícitas" ("recreativas," como el alcohol y el tabaco, utilitarias como las farmacéuticas y químicas) y las "ilícitas," según CABALLERO, FRANCIS, *Droit de la drogue*, París, Dalloz, 1989.

7.24 Ley 24.819 (modificada por la ley 25.387), que adopta las normas del Código Médico del Comité Olímpico Internacional, C.O.I. y faculta a la Comisión Nacional Antidoping a actualizar la lista de productos y medios prohibidos, ajustándolos a las normas internacionales que se vayan dictando, art. 5° inc. *j)* y 6°; en virtud de su art. 5° inc. *g)* y art. 18 esta Comisión aplica controles *antidoping* a competencias deportivas públicas, res. 9/98, *B.O.* 30-VII-98. Hay drogas (como la seudoefedrina) de venta libre, pero prohibidas a los deportistas pues aumentan su rendimiento.

7.25 Ley 24.922.

7.26 Ley de policía sanitaria de los animales 3.959.

7.27 Ley 12.566, en que interviene la Dirección Nacional de Sanidad Animal, del Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria.

7.28 Y productos fitosanitarios en general, a cargo del Instituto Argentino de Sanidad y Calidad Vegetal y del Servicio Nacional de Sanidad Animal, SENASA. Antes se creó una Comisión Nacional de Semillas por la ley 20.247, también con facultades reglamentarias. Por ley 25.218 se ha aprobado la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, *B.O.* 4-I-2000.

7.29 DE SIMONE, ORLANDO, "Los hidrocarburos y el medio ambiente. Los arts. 41 y 124 de la Constitución Nacional," *LL*, 1998-C, 1288; leyes 23.966 y 24.698.

7.30 Ley 24.804, que crea la Autoridad Regulatoria Nuclear.

7.31 Decreto-ley 14.878/59, ley 24.566 y 25.163. Ver también *infra*, nota 7.38.

7.32 Ver *supra*, cap. III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva," § 6.5, "El caso de los bancos de datos y la privacidad."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ce a veces vinculado al conflicto entre los derechos de patentes de invención conforme a la ley 24.481 (marcas) y la ley 24.766 de confidencialidad en materia farmacéutica. El secreto bancario e impositivo juega un rol dual. En el caso anterior es la privacidad e intimidad de la persona física, en éste se trata de la confidencialidad o secreto comercial de personas que por lo general son jurídicas. En el primer supuesto se protege la intimidad, en éste la propiedad frente al derecho público a la información. A las personas físicas se les enfrenta algo más poderoso, el alcance que la justicia otorgue a la libertad de prensa.[33]

7.4. *Otras regulaciones*

Otras regulaciones que se ejercen en virtud de delegación legislativa y que enfrentaron el mismo problema en 1999, quedando pendiente su dilucidación legislativa para el 2002, son la Inspección General de Justicia, decreto-ley 22.315/80; el IERICI, Instituto de Estadística y Registro de la Construcción, decreto-ley 22.250/80; el COMFER, Comité Federal de Radiodifusión, decreto-ley 22.285/80; la CNV, Comisión Nacional de Valores;[34] las múltiples delegaciones en materia de trabajo, p. ej. la ley 24.557; hay muchas más.

Hay regulaciones que invocan sólo la ley de ministerios,[35] o la ley de presupuesto;[36] algunas llegan al extremo de invocar entre sus fundamentos alguna ley que no tiene delegación de ninguna naturaleza que habilite a ese órgano administrativo a asumir la competencia que está pretendiendo ejercer imponiendo deberes u obligaciones sobre los particulares. Existen casos extremos, paralelos al anteriormente mencionado, en que ni siquiera se invoca la norma legislativa atributiva de competencia.[37] En estos casos el problema es mayor, es la total inexistencia de atribución alguna de la administración para dictar normas regulatorias de la actividad privada. Estamos tan acostumbrados que va a costar un verdadero esfuerzo colectivo abandonar la droga de las regulaciones a la actividad privada no hechas por ley o por autoridad regulatoria independiente. Ya parece haber perdido

7.33 Ver nota precedente.

7.34 Decreto-ley 17.811/68 y leyes 24.083 y 24.411. Ver también, en el derecho comparado, MALARET I GARCÍA, "La Comisión Nacional de Mercado de Valores (Una aproximación a su configuración institucional)," *REDA*, 76: 557, Madrid, 1992.

7.35 Res. MSyAS 538/98, que crea en la ANMAT el Registro Nacional de Establecimientos Distribuidores de Especialidades Medicinales.

7.36 Se utiliza la delegación legislativa para reasignar partidas presupuestarias, así como se le delegan amplias facultades al jefe de gabinete en materia presupuestaria. Un análisis crítico puede verse en AMBROSINO, MARÍA SILVANA, "Algunas reflexiones en materia presupuestaria: el presupuesto paralelo," *op. loc. cit*.

7.37 Ver p. ej. la Res. SAGPA 431/98, 405/98: que aprueba un anexo —que no se publica— en el cual se regulan al parecer múltiples cosas y se faculta al SENASA a modificarlo: ¿qué norma legal facultó a la Secretaría, además de los decretos del Poder Ejecutivo que menciona en los considerandos? Del mismo modo la Secretaría de Recursos Naturales dicta sus actos en materia de residuos peligrosos fundándolos, no en la ley de residuos peligrosos que existe, sino en los decretos que le atribuyen competencia: res. 528/98.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

toda importancia si existe o no ley habilitante: existe *norma* administrativa y está publicada en el *B.O.* ¿Qué más puede nadie pretender para saber que esta frente al pleno poder del Estado, desplegado en toda su magnificencia?

7.5. *La regulación de origen internacional*

Es creciente la regulación internacional.[38] Allí no existen los otros problemas que acabamos de exponer,[39] salvo la resistencia inicial del país a cumplir,[40] consecuencia de la primigenia renuencia a celebrarlos.[41] La CSJN ha reconocido la plena vigencia interna incluso de las normas de segundo grado nacidas de la ejecución de los tratados: *Cafés La Virginia*,[42] *Dotti*.[43]

8. *La actual política legislativa general*

El punto de partida es la ley 23.696, con el principio de desmonopolización y desregulación para la privatización, que normas posteriores ampliaron[1] y hoy constituye el principio jurídico general. La época del intervencionismo estatal, que la jurisprudencia admitiera en otra concepción legislativa y constitucional,[2] pareció llegar a su fin y armonizarse con el espíritu y el texto originario de la Constitución de 1853/60 con la reforma de 1994. Como dijo la CSJN,[3] "Este y no otro es el

7.38 Así la Convención Interamericana Contra la Corrupción y la Convención sobre Soborno Transnacional; Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (ley 24.425; GUAJARDO, *op. cit.*, p. 97); Código Médico del Comité Olímpico Internacional, C.O.I., ley 24.819; Tratado del Río de La Plata y su Frente Marítimo, a cargo de la Comisión Técnica Mixta del Frente Marítimo.

7.39 La tendencia es progresiva: MACRORY, RICHARD y HOLLINS, STEVE, *A Source Book of European Community Environmental Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995; BARDONNET, DANIEL y VIRALLY, MICHEL, *Le nouveau droit international de la mer*, París, Pedone, 1983. El acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (ley 24.425), incluye la propiedad "intelectual" para bebidas de "Denominación de Origen Controlada," arts. 22, 23 y 24, ley 25.163, arts. 36 y 50, D.L. 14.878/59, ley 24.566, D.N.U. 2284/91, etc., instrumentados por el INV a través de la res. C. 23/99.

7.40 Así la ley de patentes y derechos de invención 24.481, la ley de confidencialidad 24.766 y el Acuerdo de Derechos de Propiedad Intelectual vinculados con el comercio, parte III sección IV del Acuerdo TRIP's-GATT.

7.41 Así en materia de derechos de autor suscribimos en 1971 el Acta de París, al que se adhirieron 140 países, antes que nosotros lo ratificáramos por ley 25.140 (1990), junto a otros tratados internacionales en la materia. Ver VILLALBA, CARLOS A., "Ratificación de varios tratados. Derecho de autor y derechos de los intérpretes y los productores de fonogramas," *LL*, 1999-F, 1168; EMERY, MIGUEL ÁNGEL, "Los nuevos tratados de la OMPI sobre derecho de autor y sobre interpretación o ejecución y fonogramas," *ED*, 186: 1186.

7.42 *LL*, 1995-D, 277. Ver nuestro art. "La creciente internacionalización del derecho y sus efectos," en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 1, p. 31 y ss.

7.43 *Fallos*, 321-2: 1226 (1998), *DJ*, 1998-3, 233.

8.1 Ver nuestro art. "La validez constitucional del decreto 2284/91," en *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*, 2ª ed., 1998, cap. IX.

8.2 *Supra*, t. 1, cap. IV, "Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio," sección I, "Los hechos, a comienzos del siglo XXI."

8.3 *Cocchia*, *LL*, 1994-B, 643 (1993), al que se le otorga trascendencia docente: BARRA, "Reglamentos administrativos," *LL*, 1999-F, 1034.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

sentido de, p. ej., los arts. 10 y 61 de la ley 23.696, de especial importancia para el caso de autos. Allí el legislador no delegó competencia alguna. Por el contrario, la ejerció con energía, decidiendo la «exclusión de todos los privilegios [...] incluso cuando derivaren de normas legales, cuyo mantenimiento obste a los objetivos de la privatización o que impida la desmonopolización o desregulación del respectivo servicio» (art. 10) y la eliminación, entre otras formas de actuación, de órganos y entes (art. 61) —se entiende que obstaculicen el cumplimiento de las políticas de la ley— dejando, en todos los supuestos, la «lista circunstanciada» de los privilegios y entes a eliminar, es decir que el Ejecutivo determine la aplicación concreta, al caso concreto y particularizado, de la estricta decisión legislativa y de su política, definida también en el programa de gobierno establecido en aquella y otras leyes" (cons. 13).[4]

Al ocurrir la profundización de la crisis en los años 2001-2 los gobiernos que rápidamente se sucedieron en ese período dictaron una serie casi espasmódica de leyes y reglamentos de necesidad y urgencia de alto contenido intervencionista,[5] que con motivo de una real emergencia económica,[6] incurrieron en frecuente irrazonabilidad[7] y además contrariaron la política legislativa general, que no era sino una aplicación del nuevo orden jurídico mundial.[8]

9. *El inexistente equilibrio*

Resulta así que tenemos un umbral regulatorio mínimo exigido por la Constitución y un número importante de leyes y un opuesto principio general desregulatorio, también proveniente de la Constitución e introducido por la legislación de la reforma del Estado.

[8.4] Lo explicamos, antes del fallo, en "La validez constitucional del decreto 2284/91," *op. cit.*

[8.5] Ley 25.561, ley de emergencia pública y reforma del régimen cambiario; ley 25.557, sobre reflexiones al retiro de dinero efectivo del sistema bancario; decrs. 1570/01, 1606/01, 214/02, 260/02, 264/02, 320/02, 348/02, 377/02, 410/02, etc.

[8.6] Ver nuestro art. "El Estado de Derecho en estado de emergencia," *LL*, 2001-F, 1050, reproducido en LORENZETTI (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64.

[8.7] Dichas normas, en efecto, han pecado de falta de proporcionalidad, falta de adecuación de medio a fin, autocontradicción, desviación de poder, etc. Ver, entre otros, GELLI, "El caso «Smith» (o la razonabilidad cuestionada)," *LL*, 2002-B, 790; PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, "«Smith», o el final del «sistema» jurídico de la emergencia," en *Depósitos bancarios. Restricciones, II*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 3-10 y sus referencias; ALLONA, CECILIA MARÍA, "El fallo «Smith»," *LL*, 2002-C, 1238; "El control judicial de razonabilidad en época de emergencia," en MILJIKER (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, § 4 a 8, pp. 100-12. Dado que poco antes se dictó la ley 25.466 que reforzaba la intangibilidad de los depósitos bancarios y que la reforma benefició en más de veinte mil millones de dólares a los grandes deudores internos en detrimento de los ahorristas e inversores, hay quienes entienden que ha existido desviación del poder y un verdadero ardid o engaño a la sociedad, susceptible de ser analizado a la luz de las normas nacionales e internacionales contra la corrupción.

[8.8] Sobre la tendencia de ese orden y la posibilidad de que América Latina se inserte en él, ver *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Londres, Esperia, 2003.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

El gran desafío contemporáneo es encontrar un equilibrio que supere el umbral sin llegar al extremo reglamentarista. Digámoslo una vez más, el umbral no se ha cubierto y a la vez el límite se ha excedido siempre,[1] aunque tiene un fundamental valladar en la reforma de 1994. Del umbral ya nos hemos ocupado,[2] aquí veremos algo más del límite. Señalamos cómo la tendencia de la administración es a regular con exceso, con detallismo inútil y peligroso por su emparentamiento con la corrupción.[3] Es pues un tema de fuerte importancia práctica para un país que comienza el siglo XXI como terminó el XX: endeudado, sin recursos, siempre pidiendo más créditos.[4]

10. *Quién ejerce la regulación en el orden nacional*

10.1. *La salvedad internacional*

Vimos en reiterados lugares que al par de esta desregulación local de principio, aumenta constantemente el marco de la regulación internacional. Cuando nos referimos al orden nacional, pues, no lo hacemos por oposición a internacional sino a provincial o municipal; del mismo modo, cuando más adelante tratemos la regulación o actividad interjurisdiccional (ETOSS, CEAMSE,) nos remitimos al plano interno, no al internacional.

10.2. *Las tres variantes primarias*

En el plano interno, una cuestión fundamental es quién regula y a través de qué tipo de normas. 1º) la clásica regulación *legislativa* se une ahora 2º) la regulación por las *agencias regulatorias independientes*, o *entes reguladores* a tenor del art. 42 de la Constitución nacional. Pero no por ello queda olvidada, sino que mantiene un alto lugar en la escena nacional, 3º) la sempiterna regulación por el Poder Ejecutivo nacional o sus ministerios o secretarías de Estado. Ella es de dudosa constitucionalidad luego de la reforma de 1994,[1] aunque el legislador le ha intentado insuflar nueva vida temporaria por las leyes 25.148 y 25.645, primero supuestamente hasta el 2004 y luego por la ley 25.918 por dos años más.

Además de ese conflicto no resuelto en la experiencia sobre qué grado de regulación le *compete* a quién, por una parte, queda pendiente determinar caso por caso cuál es el nivel y el tipo de regulación que es adecuado a una actividad econó-

9.1 P. ej. ante la irrupción de remates por Internet, se ha intentado aquí frenarla con legislación. Así la ley 25.028, que procura reforzar el monopolio de la ocupación u oficio de rematador, a contramano de la tendencia desreguladora y desmonopolizada.

9.2 Principalmente en los caps. II, "Derechos de incidencia colectiva," III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva" y IV, "El interés legítimo."

9.3 *Supra*, cap. VII, "Fuentes nacionales del derecho administrativo" del t. 1.

9.4 Ver nuestro *The Future of Latin America: Can the EU Help?, op. cit.*

10.1 Pues es claro, como dice BADENI, GREGORIO, *Instituciones de derecho constitucional*, t. II, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 247, que "la delegación legislativa que autoriza la Constitución es una solución excepcional, sensiblemente limitada y de interpretación restrictiva."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

mica o social en cada circunstancia de tiempo y lugar. En el primer aspecto, es imposible discutir desde el derecho constitucional que el Poder Legislativo tiene la más amplia potestad para regular actividades económicas y sociales, dentro de los límites de razonabilidad que impone la Constitución nacional. Hay también una razón práctica para ello y es que las regulaciones legislativas nunca suelen ser detalladas y exageradas como pueden serlo las reglamentaciones administrativas. Donde la discusión se tensa es si la regulación debe ser —luego de la ley—, de competencia exclusiva del ente regulador, o si puede serlo en alguna o incluso principal medida del Poder Ejecutivo, del Jefe de Gabinete y demás Ministerios y Secretarías. En el caso argentino, la tradición regulatoria descansó siempre fuertemente en los decretos del Poder Ejecutivo y resoluciones de sus órganos centralizados o desconcentrados. Las empresas del Estado y entes autárquicos cumplían también un rol reglamentario de las actividades a ellos "subordinadas," pero no se presentaba nunca conflicto de competencias con el Poder Ejecutivo, pues su sometimiento a éste era a su vez indubitable.

10.3. *El fin de las delegaciones legislativas preexistentes, por la Constitución de 1994*

A partir de 1994 la facultad normativa queda cercenada al Poder Ejecutivo y con mayor razón a sus Ministerios y Secretarías, con un plazo de gracia de cinco años que venció en 1999, pero aparecía en su lugar, por el art. 42, la potestad constitucional propia de los entes llamados precisamente reguladores. Aunque se hubiera interpretado que leyes anteriores habían dado previamente al Poder Ejecutivo o a la Secretaría atribuciones que excedían el nuevo marco constitucional, ellas no encuadraban en el principio de la cláusula transitoria Octava. ("*La legislación delegada preexistente 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.*") Esta cláusula se refiere a las normas dictadas en virtud de la plétora de leyes que delegaban cualquier cosa al Poder Ejecutivo y éste reglamentaba como "autoridad de aplicación," a su vez subdelegando en Secretarías y Subsecretarías. Eso venció en 1999,[2] aunque la ley 25.148 ha pretendido prorrogar el plazo por tres años más y vencido éste, la ley 25.645 por otros dos años más. Luego, la ley 25.918, a partir de agosto de 2004, ratifica lo anterior para otros dos años: un nuevo *Diktat* sobre la delegación que, ignorando la manda constitucional, se renueva constantemente.

Desde la Constitución de 1994, la autoridad de aplicación del marco normativo sólo puede ser una agencia regulatoria independiente, con participación de los usuarios, régimen de audiencias públicas, no avocación, intervención ni alzada, etc. Pero es una convicción que tarda en permear la conciencia pública. La Cons-

[10.2] Ver MILJIKER, "A propósito de un fallo: la delegación legislativa después del 24 de agosto de 1999," *LL*, 1999-D, 353.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

titución ahora solamente autoriza la delegación legislativa al Ejecutivo en cuestiones de administración (por ende, no para regular actividades de particulares) y mediando *emergencia*. Esas leyes a su vez deben tener plazo determinado y no pueden prorrogarse *sine die*; su interpretación ha de ser, en cualquier caso, restrictiva. El art. 76 de la Constitución nacional establece que "Se prohibe 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." Eventuales delegaciones que pudieran preexistir en materia que no sea administrativa y de emergencia con plazo taxativo, caen automáticamente en 1999/2004/2006/2008... Es cierto que la autorización constitucional de la otra figura, el reglamento de necesidad y urgencia, ha sido utilizada con una profusión enteramente ajena al espíritu, al texto y al procedimiento constitucional lo mismo que la delegación legislativa en blanco en materia presupuestaria.[3] Pero no hay que desfallecer en la lucha por el derecho, es tan antigua y tan eterna como la lucha contra la corrupción. Otro problema es la invocación de delegaciones inexistentes: así la ley de facto 20.004/72, que ha sido invocada para dictar cuestionables textos ordenados, tarea en que el Poder Ejecutivo no se ha caracterizado por la prolijidad. El factor de confusión jurídica que ello ocasiona es grande.[4] Pero lo peor quizás sea el ejemplo que desde las más altas esferas del poder se le brinda a toda la sociedad: "El que puede, como nosotros, incumple impunemente las normas más fundamentales. Saque Usted, ciudadano, sus propias conclusiones a cerca de cuáles podrán ser sus propias conductas a partir de la observación del ejemplo que le brindamos nosotros sus gobernantes." *Elementary, my dear Watson*.

11. *Los entes reguladores o autoridades regulatorias independientes*

Ya vimos que el art. 42 de la Constitución exige entes reguladores independientes,[1] con participación decisoria de las Provincias y los usuarios, que deben ser independientes de la administración central;[2] la participación de Provincias y usuarios debe ser con voz y voto en su directorio.[3]

La denominación de estos entes en la Constitución indica que su función es ejercer facultades regulatorias y también controlar el cumplimiento de las nor-

[10.3] AMBROSINO, "Algunas reflexiones en materia presupuestaria: el presupuesto paralelo," *op. cit*.

[10.4] ZIULU, ADOLFO G. "¿Es constitucional la nueva ley de prenda con registro?" *LL*, 1998-A, 1014.

[11.1] T. 1, *Parte general*, cap. XV, "Los entes reguladores," § 1, "Introducción," p. 2.

[11.2] En este sentido ver PULVIRENTI, ORLANDO, "Enredados. Reflexiones sobre la nueva regulación del Enargas a la luz de *Ángel Estrada vs. Enre*," *LL*, 2006-A, 887.

[11.3] SARMIENTO GARCÍA, JORGE, *Concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, p. 153, 154 y ss., 161 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

mas. El principio que deviene de la Constitución es que el poder concedente no regula y el ente regulador no concede.[4] Sin embargo, la administración central todavía no se anotició del cambio constitucional y sigue produciendo normas reglamentarias para las cuales carece constitucionalmente de competencia.

11.1. *Facultad regulatoria propia y no delegada. Improcedencia de la avocación, alzada e intervención*

Existe un pleonasmo que nace de la propia Constitución, al concebir en su art. 42 los entes reguladores: la regulación está a cargo de estos. Pareciera entonces absurdo, salvando la facultad legislativa de regular cualquier actividad, preguntarse quién más puede o debe tener esta facultad sobre los servicios públicos. Si la Constitución prevé organismos especiales al efecto, llamados entes reguladores, o agencias reguladoras independientes, están precisamente para regular. Más todavía, la Constitución establece esa categoría de *ente regulador* independiente con algunas particularidades, en especial la participación de usuarios y Provincias en su directorio;[5] surge de ella, también, que deben existir en su actividad regulatoria otros mecanismos de participación ciudadana como la audiencia pública. Con lo cual se refuerza su diferencia de la administración central y resulta inevitable que la competencia reguladora sea propia de él y no del Poder Ejecutivo,[6] máxime que las actividades regulatorias de éste han quedado limitadas o eliminadas por la Constitución.[7] Consecuencia de esta facultad propia de los entes y de la prohibición al Poder Ejecutivo, Ministros y Secretarios de regular, es que resulta inconstitucional prever una vía de alzada ante el Poder Ejecutivo contra los actos de los entes reguladores.[8] La Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que no procede la revisión por vía de alzada contra actos administrativos dictados por entes reguladores, en ejercicio de competencias que les han sido encomendadas en función de su idoneidad técnica, cuyo objeto sea técnico y el recurso impugne únicamente ese objeto, salvo que se configure un supuesto de arbitrariedad.[9] Del mismo modo, entendemos que no procede la alzada, la avocación ni la intervención; pero cualquiera que lea los diarios sabe que en la práctica argentina hubo o hay alzada, avocación, intervención, todo. Nuevamente hay que seguir insistiendo en el correcto sistema y vigilar para que poco a poco sea realidad; sobre todo, no caer en el

11.4 En igual sentido, GUSMAN, ALFREDO SILVEIRO, *La regulación de los servicios públicos por parte de la ciudad de Buenos Aires, ED*, 177: 961.

11.5 Conf. SARMIENTO GARCÍA, *op. cit.*, p. 153.

11.6 Hemos tratado el tema en el cap. XV, "Los entes reguladores," del t. 1 de este tratado.

11.7 Ver el cap. VII, "Fuentes nacionales del derecho administrativo," del t. 1, *op. cit.*

11.8 Comp. SARMIENTO GARCÍA, *op. cit.*, p. 154 y ss., 161 y ss. En igual sentido CARRILLO, SANTIAGO R., "Entes reguladores en la Argentina: Rumbo a las autoridades administrativas independientes," *ResPublica*, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, México, año I, núm. 3, Septiembre-Diciembre de 2005, pp. 11-23, también publicado en El Dial (elDial.com) - Suplemento de Derecho Económico del 18/XI/2005.

11.9 *RAP*, 251: 61. Ampliar *infra*, t. 4, cap. XI, "Recurso de alzada."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

derrotismo de tomar como jurídico lo que no es sino una experiencia de violación al sistema jurídico. Sin embargo toda novedad cuesta ser asimilada y a los sucesivos titulares de Ministerios y Secretarías se les hace duro comprender que sus cargos ya no son lo que eran antes. De todas maneras, regulan, con razón o sin ella, con competencia o sin ella. El peso de resistir las oleadas reguladoras de los Ministerios y Secretarías recae así en una primera trinchera de los propios entes reguladores. ¿Toman como punto de partida lo resuelto por tales funcionarios y se dedican a las normas menores, o asumen plenamente el rol constitucional después de la ley?[10] Como su integración es por ahora resuelta por el Poder Ejecutivo nacional, se comprende que no se hallan en óptima situación de tener políticas regulatorias propias —además de las legislativas *stricto sensu*— como la Constitución nacional les manda. A veces les cuesta una intervención del PE y una sala de la Cámara Contencioso Administrativa no acepta que ello lesiona los derechos de los usuarios.

11.2. *La finalidad de los entes reguladores*

Como en casi todo tema de derecho, hay criterios para todos los gustos: desde quienes pensamos que la función de los entes reguladores es tutelar los derechos e intereses del usuario, como manda el art. 42 de la Constitución,[11] pasando por quienes proponen un deber de armonización, equilibrio y recomposición de los diferentes intereses en juego, procurando en todo caso evitar el abuso de posición dominante del prestador del servicio.[12] Como se advertirá, es la misma discusión o el mismo dilema que presenta la regulación.

12. *La regulación interjurisdiccional*

Hay materias que están constitucionalmente sometidas solamente a la Nación, por ser de aplicación la cláusula del comercio o tráfico interprovincial. Aunque subsisten nichos de regulación local, p. ej. en materia de distribución de energía eléctrica. También hay casos en que tres jurisdicciones pactan una regulación unificada del sector. Los ejemplos más antiguos fueron YMAD, Yacimientos Mineros de Aguas de Dionisio, el CEAMSE, Cinturón Ecológico del Gran Buenos Aires,[1] el Mercado Central del Gran Buenos Aires;[2] a ellos cabe agregar el ETOSS, Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios para el Gran Buenos Aires, aun-

[11.10] El esquema norteamericano es diferente. Ver CANN, STEVEN J., *Administrative Law*, Thousand Oaks, California, Sage Publicatios, 1995, I, 2, p. 23 y ss.; SARMIENTO GARCÍA, *op. cit.*, p. 160 y ss. y sus referencias.

[11.11] Ver también MUÑOZ, GUILLERMO ANDRÉS, "El control de los servicios públicos privatizados," revista *Actualidad en Derecho Público*, 5: 9.

[11.12] MAIRAL, "La ideología del servicio público," *RDA*, Buenos Aires, Depalma, 14: 359.

[12.1] Ver MARTIARENA, JUAN JOSÉ, "El caso «C.E.A.M.S.E.»," AA.VV., *Actualidad del derecho administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Función Pública, 1999, p. 59 y ss.

[12.2] Ver *infra*, t. 4, cap. XI, § 2.4.1., nota 2.27.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

que en éste se incurrió en el error de admitir la alzada ante el PE.[3] La Nación, la Provincia y la otra jurisdicción local se incorporan en calidad de socios igualitarios, con lo cual sus actos no pueden estar sujetos a revisión por vía de alzada ante el Poder Ejecutivo nacional, tal como no hay alzada ante el Poder Ejecutivo nacional contra un acto de un Gobernador. Por igual razonamiento, constitucionalmente no existe tampoco avocación posible por el Poder Ejecutivo nacional y ni siquiera el Congreso de la Nación puede modificar el pacto interprovincial así realizado, sin la conformidad de sus demás partes en el tratado. Es el nuevo esquema regional del federalismo argentino.[4] Sin embargo, en la creación del ETOSS, la alzada ha estado prevista reglamentariamente y se ha aplicado, sin que la justicia haya hecho objeción a tan clara violación del sistema federal.

13. *La regulación de los servicios públicos privatizados*[1]

13.1. *Las políticas legislativas sectoriales*

En *Cocchia* la Corte recuerda que "Este sistema fue luego desarrollado y aplicado por el mismo legislador a específicos sectores económicos: energía eléctrica, por la ley 24.065; gas natural, por la ley 24.076; puertos, por la ley 24.093; hidrocarburos, por la ley 24.145" (cons. 11). Sin embargo, mal podría afirmarse con seguridad que todos esos ámbitos están desregulados. Mas bien se ha pasado de un sistema a otro. El nuevo sistema presenta una riqueza de matices tal como para que en cada caso sea necesario explicar, según las normas positivas, qué está regulado y qué está desregulado. Un problema adicional es determinar si se halla regulado por ley, caso en el cual el sistema habrá de perdurar, o por reglamentos delegados, caso en el cual tenía la espada de DAMOCLES de la *vacatio iuris* de 1999. El Congreso ha preferido postergar incesantemente el problema prorrogando el plazo constitucional (*sic.*) hasta llegar finalmente al año 2008. No es que haya habido desregulación total y absoluta en ninguno de dichos sectores, como la mera compulsa de las leyes allí citadas permite comprobarlo. Menos regulado, sin duda; desregulado, en verdad no.[2]

[12.3] Ver *infra*, t. 4, cap. XI, § 2.4.1., pp. XI-6 y XI-7.

[12.4] Ver "La región argentina a partir de la Constitución de 1994," en *Después de la reforma del Estado, op. cit.*, cap. X; BARRA, "Globalización y regionalización," *ED*, 185: 939; BIDART CAMPOS, GERMÁN y GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS (coords.), *El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 221 y ss., 247 y ss. Ver también las reflexiones que hacemos a propósito de las regiones en GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 12ª ed., t. II, 9ª ed., Thomson/Civitas-La Ley, Buenos Aires, 1ª ed. argentina de ambos vols., con notas de AGUSTÍN GORDILLO, 2006, VI.2, "Nuestra historia es un proceso constante de centralización," p. 366-A.

[13.1] Ver las referencias de la nota 1.1 y MUÑOZ, *op. cit.*; DONCEL JONES, JUAN CARLOS, "Los organismos descentralizados del Estado que actúan como empresas del derecho privado (con especial referencia a C.A.M.M.E.S.A.)," *LL*, 1997-F, 1070; GUSMAN, *op. loc. cit.*

[13.2] Hay casos en que no existe regulación legislativa, pero sí muchas normas administrativas. Ver RUFFA, DAMIANA, "Frente a una nueva regulación para los servicios ferroviarios de pasajeros del área metropolitana de Buenos Aires," *RAP*, 235: 93, Buenos Aires, 1998.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

13.2. *Tarifas de servicios públicos, planes de obras e inversiones, etc.*

En el medio de las luchas de poder[3] acerca de quién ejerce poder regulatorio, están las discusiones de fondo: actividades que antes estaban monopolizadas por el Estado fueron a veces privatizadas sin un marco regulatorio y falta entonces dictarlo. En cualquier caso, están reguladas por el pliego de la licitación y el contrato de concesión o licencia, que fijaron en su momento planes obligatorios de obras e inversiones, regímenes tarifarios, etc. En estos casos la discusión varía según cuál sea el servicio y la época. Ocurre ahora que de pronto los concesionarios o licenciatarios y el propio Estado resuelven que quieren renegociar los contratos, repactar las inversiones y obras, los plazos, las tarifas.[4] Es fácil de advertir que los usuarios no ven con simpatía estos fenómenos, máxime cuando se los excluye de la mesa de negociaciones y no hay entes reguladores independientes, con participación de provincias y usuarios como manda el art. 42 de la Constitución, para supervisar el proceso. Tampoco se hacen audiencias públicas como es obligatorio del juego de los arts. 18 y 42 del actual sistema constitucional: los conflictos son en tales circunstancias inevitables.

13.3. *Generación de energía*

En otras actividades que no están monopolizadas por el Estado en manos privadas, sino sujetas a la libre competencia, puede haber con todo un mínimo regulatorio acerca del modo de ejercer esa libre competencia, como ocurre en el caso de la generación de energía eléctrica, que presenta muy complejas reglamentaciones sobre el modo de vender su energía al mercado eléctrico. Hasta hay una suerte de ente regulador: CAMMESA, con una participación sustancial de los usuarios.[5] La generación de gas también se encuentra desregulada, lo mismo que el petróleo.

13.4. *El principio regulatorio*

Todos sabemos que cuando el Estado presta determinada actividad económica de provisión de bienes o servicios, su tendencia no es autoregularse ni autolimitarse, sino en todo caso regular a los demás con los cuales entra en contacto. Pero esa época queda atrás ante la realidad de la privatización de actividades antes estata-

[13.3] Ver *Introducción al Derecho, op. cit.*, cap. VII, "La «certeza» que da el poder," también en su versión inglesa, *An Introduction to Law, op. cit.*, cap. VII.

[13.4] Ver PÉREZ HUALDE, "Control judicial de las tarifas de servicios públicos," *LL*, 2002-A, 84; CAPLAN, "A propósito de un reciente fallo: pesificación, devaluación y tarifas," *LL*, 2003-B, 67.

[13.5] Es un ente regulador independiente constituido formalmente como "sociedad anónima," en el cual participan la Subsecretaría de Energía Eléctrica y las asociaciones de generadores, distribuidores, transportistas y grandes usuarios: ver DONCEL JONES, *op. loc. cit*. La participación del Estado y los interesados ha disminuido notablemente el grado de fricción posible, ya que es obvio que terminan consensuando sus pasos, en el propio interés común de los productores y el interés público en juego.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

les, a las cuales por definición, si bien se trasladan para su ejercicio al sector privado de la economía, no se las libera de la tutela reguladora del Estado ni mucho menos se les puede a su vez otorgar facultades regulatorias sobre terceros (aunque de vez en cuando lo pidan o incluso lo obtengan, pero es la excepción a la regla).

En ese sentido, la privatización "no alcanza al derecho aplicable, tampoco a la regulación o al control estatal."[6] En materia de regulación de servicios públicos privatizados existen algunas definiciones constitucionales que todavía tardan en convertirse en realidad plena, pero es sólo cuestión de tiempo.

Cabe entre ellos destacar una vez más: *a)* la plena autonomía de los entes reguladores (sin intervención, alzada, avocación, etc.), *b)* la realización de audiencias públicas previas a toda decisión trascendente sobre el servicio, *c)* la necesaria participación de los usuarios y las Provincias en los directorios de los entes, *d)* la devolución a los usuarios de las ganancias excesivas, *e)* el consiguiente equilibrio entre tarifas justas y razonables y ganancias justas y razonables, etc.

Estamos todavía en una etapa incipiente de las privatizaciones, en las que se comenzó demasiado pronto a hacer renegociaciones para repactar el objeto, el plazo, el precio, virtualmente todo, sin pasar por una nueva licitación pública ni someterse siquiera a audiencia pública previa para lo que es, en palabras de la CSJN, una nueva contratación. Se trata de una receta para la inseguridad jurídica por mano propia, como bien lo prueba el fallo *OCASA* de la Corte Suprema, cuya doctrina es perfectamente aplicable también a los contratos administrativos de concesión o licencia de servicios públicos.[7]

14. *Las regulaciones de actividades en libre competencia y de otros sectores económicos o sociales*

Si bien el uso de la expresión "regulación" se hace para referirse principalmente a los servicios públicos, hay una multivocidad en su aplicación, pues comprende varios supuestos adicionales. En el caso del gas, se pasa casi sin respiro de la regulación a la desregulación, del servicio público a las actividades en libre competencia, según la situación concreta. Hay diversos casos de regulación y desregulación (generación, transporte, distribución; gas natural, gas comprimido, gas licuado). Lo mismo pasa en otros sectores.

[13.6] GUSMAN, *op. loc. cit.;* MALARET I GARCÍA, *Les transformations du système administratif espagnol, op. cit.*, p. 251; PONCE SOLE, JULIO, "Una aproximación al fenómeno privatizador en España," *RAP*, 139: 345 (Madrid, 1996.)

[13.7] CSJN, *OCASA, ED*, 177: 750 (1998), con nota de COMADIRA, "La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento," *ED*, 177: 749; MILJIKER, "El instituto de la lesión en el ámbito de los contratos de derecho administrativo," nota al fallo *OCASA, LL*, 2000-A, 123; *Almagro, ED*, 178: 676 (1998), con nota de 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»" y sus respectivas referencias.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

14.1. *Regulación económica de bancos, entidades financieras y seguros, etc.*

Hay normas dictadas para sectores de la economía que nadie incluye en la categoría de servicios públicos: bancos, compañías de seguros, entidades financieras,[1] AFJPs, etc. Todo el derecho bancario y financiero es una disciplina en sí misma, de modo que cualquier pretensión de incluir un tratamiento de la materia aquí estaría destinada al fracaso. Por supuesto, en todo lo no regulado administrativamente rigen las normas del derecho común.

14.2. *Medios de comunicación*

La regulación también existe cuando afecta sectores económicos que hacen a la libertad de expresión[2] del pensamiento y circulación de las ideas: radios, televisión,[3] canales de cable. En telecomunicaciones la tensión regulación/desregulación es manifiesta,[4] como también lo son los cambios tecnológicos y de la realidad económica[5] que obligan a un constante replanteo del tema. Los medios gráficos se oponen totalmente a su regulación, en lo que parecen ser apoyados por la opinión pública. La modesta limitación regulatoria del derecho de rectificación y respuesta ya es suficiente, en algunos casos, para llevarlos al paroxismo; lo mismo cuando la invasión de la intimidad o privacidad ajenas les lleva a perder pleitos y pagar indemnizaciones.

14.3. *Regulaciones sociales, de seguridad, educación, etc.*

La regulación tiene también una cara distinta cuando se aplica no ya a sectores predominante o exclusivamente económicos, sino que tienen alguna otra trascendencia, p. ej. social, urbanística, educativa, cultural, de seguridad pública, etc. Los ejemplos se pueden multiplicar: regulaciones en materia de servicios privados de salud, seguridad social,[6] servicios privados de seguridad, institutos privados de enseñanza en cualquiera de sus grados. Parece innecesario decir que en cada caso puntual la tensión regulación/ desregulación presenta perfiles propios, siempre cambiantes, siempre inestable.

[14.1] Originariamente el decreto-ley 21.526/77, que ha sufrido muchas modificaciones.

[14.2] Ver GELLI, "Libertad de expresión en Argentina: Los desafíos de la nueva comunicación," en SANDLER, HÉCTOR R. (coord.), *El cuarto poder. Expresión, información y comunicación social*, Buenos Aires, Ediar, 1999, pp. 206-30; "Emergencia y medios de comunicación social," en SCHEIBLER (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2005, § 3, "La fundamentación de la libertad de expresión en los sistemas democráticos y la función de la comunicación social en sí misma," pp. 240-244; FERREIRA, MARCELO, "Derecho a la libre expresión," en nuestro libro *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1999, 5ª ed., cap. X.

[14.3] Decreto-ley 22.285/80; la regulación se encuentra a cargo del COMFER.

[14.4] Ver SNOW, MARCELLUS S., *Telecommunications. Regulation & Deregulation in Industralized Democracies*, Nueva York, Longman Inc., 1986; KELLOG, MICHAEL K., THORNE, JOHN y HUBER, PETER W., *Federal Telecommunications Law*, Boston, Little, Brown and Cº, 1992, 3ª reimpresión.

[14.5] Ver GELLI, "Emergencia y medios de comunicación social," *op. cit.*

[14.6] Ley 24.241, que da facultades reglamentarias delegadas al ANSESS.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

14.4. *Un caso de ambigüedad terminológica: la desregulación portuaria*[7]

Antes de la ley llamada de desregulación y privatización portuaria, las normas existentes no autorizaban ni preveían puertos privados, conociéndose entonces en derecho solamente los puertos del dominio público (aunque de hecho existían puertos privados). La ley por un lado previó la privatización de puertos públicos, pero por el otro autorizó los puertos privados, que ya existían desde décadas antes en verdadera anomia o ilegalidad. Sin embargo, al preverlos los sometió a reglas. ¿Es un caso de desregulación o regulación? Digamos con otros términos que es una desestatización de la actividad portuaria antes pretendida pero no realmente limitada con exclusividad al Estado, pero también una regulación normativa nueva de los puertos privados ahora incorporados al orden jurídico. No puede aquí utilizarse la palabra regulación con una connotación intervencionista, pues no la tiene; al contrario, es una regulación abierta, liberal, hecha para fomentar la competencia y competitividad portuarias.

14.5. *Otras materias*

Del mismo modo hay regulación en materia de transporte automotor,[8] navegación fluvial,[9] aeronavegación, pesca,[10] etc. Y por supuesto las eternas fluctuaciones, como ahora se intenta intervenir en el mercado exportador, restringiendo o prohibiendo temporalmente las exportaciones de carne o incluso de ganado en pie. Solamente se han respetado los cortes enfriados de alta calidad que se exportan a la UE a través de la llamada cuota Hilton.[11]

15. *Algunas conclusiones*

Las reglamentaciones que dicta la administración como "autoridad de aplicación" de la ley con frecuencia sobrepasan el sustrato constitucional y legal admisible de la regulación y funcionarios hay que parecieran aspirar a emular a VÉLEZ SÁRSFIELD por la cantidad de normas que emiten. Se han derogado regímenes enteros de regulación,[1] pero subsisten muchos, quizás demasiados.

[14.7] "Desregulación y privatización portuaria," *RDA*, 9: 31 y como cap. VIII de *Después de la Reforma del Estado, op. cit.*

[14.8] Ley de tránsito 24.449, que crea una Comisión Nacional de Regulación del Transporte; en su virtud se delegan atribuciones regulatorias a la Dirección Nacional de Vialidad, Res. ST 221/98.

[14.9] La regulación fluvial siempre fue de jurisdicción nacional.

[14.10] CARRILLO, SANTIAGO R., "El interés (del) público en el Régimen Federal de pesca," *ResPublica Argentina*, Buenos Aires, RAP, en prensa, próxima aparición en nro. 2006-1, abril de 2006.

[14.11] Sobre la regulación jurídica de este régimen especial ver CARRILLO, SANTIAGO R., "Los criterios de adjudicación de la Cuota Hilton," *LL*, 2005-F, 329; "Jueces, interés público y Cuota Hilton. Un corte conflictivo para discutir en una cena con colegas," *La Ley Actualidad*, 21-26/X/04, pp. 1 y 3.

[15.1] Ver nuestro art. "La validez constitucional del decreto 2.284/91," en *Después de la reforma del Estado, op. cit.*, cap. IX.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Sería superfluo intentar aquí un listado, basta señalar que son muchas y que el año 1999 fue el *Rubicón* que debía cruzarse con autoridades regulatorias independientes, a menos que se hubiere deseado un cambio desregulatorio como el del decreto 2.284/91. El legislador finalmente optó por una inconstitucional prórroga en etapas sucesivas que en total ya suman nada menos que siete años, a través de las leyes 25.148, 25.645 y 25.918.

En ese caso no será necesario dictar norma expresa alguna, porque operará la caducidad automática prevista en la Constitución para las leyes de delegación administrativa. Es posible que la Justicia le dé un respiro al Estado, en aras a la continuidad jurídica o al "horror al vacío" y resuelva que las reglamentaciones preexistentes no caducan junto a la legislación que les dio nacimiento (solución opinable, pero probable), pero esa salida no es sino un paso intermedio. Dado que la administración querrá seguir dictando nuevas normas, no le quedará otra alternativa constitucional que pedir la creación —por Ley del Congreso— de autoridades regulatorias independientes, con participación de usuarios y Provincias en sus directorios, audiencias públicas previas a la emisión de nuevas regulaciones, etc. También la Justicia le puede dar una mano, aceptando una vez más, como ya lamentablemente lo ha hecho, que también se pueden crear por Decreto de necesidad y urgencia. Pero algún día será necesario normalizar todo el sistema regulatorio, pues ese panorama no es en absoluto compatible con la Constitución. El 24 de agosto de 1999 era el momento ideal para haberlo hecho, antes de las elecciones y del cambio de gobierno; lamentablemente el Congreso ha "creado" una y otra vez un novísimo plazo ahora corrido al 2006. No creo que los convencionales constituyentes hayan votado esos poderes, ni mucho menos los electores de diputados y senadores.

Así como las autoridades de la ciudad han contratado medio millar de jóvenes de buena voluntad denominados "Guardia Urbana" para indicarnos a los peatones que no debemos bajar el cordón de la vereda ni intentar cruzar sino por la senda peatonal y cuando el semáforo lo permite, ¿no se podría destacar alguno de los varios miles de empleados extras del Congreso de la Nación para recorrer las bancas de ambas cámaras y recordarles amablemente a los señores legisladores que no deben votar leyes manifiestamente institucionales? Similares "guardias urbanas"quizás deberían ser destacadas en los otros poderes del Estado. Pues si tanta educación de tránsito urbano necesitamos los peatones, más educación de tránsito constitucional necesitan nuestros mandatarios que integran los tres órganos del gobierno federal. Es una aplicación del principio de congruencia, nos parece, dar guía a todo quién demuestre o parezca necesitarla.

15.1. *Las leyes de delegación en blanco y las autoridades de aplicación*

Nuestra legislación y reglamentaciones presentan hasta ahora un umbral regulatorio, sea para todo tipo de oferta de bienes o servicios, o para sectores determi-

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

nados. Ese umbral regulatorio en la práctica consiste en una larga serie de cambiantes reglamentaciones de la llamada "Autoridad de aplicación" de la ley o decreto-ley respectivo. Ello puede llevar y de hecho lleva, a múltiples confusiones: pues si nadie podrá decir que no debe haber regulación estatal en estas materias, eso no significa en modo alguno que las existentes sean razonables o adecuadas. Por otra parte, hay que distinguir entre los cuerpos de rango legal *stricto sensu* y las reglamentaciones administrativas de la autoridad de aplicación, que en la práctica conformaron hasta hace poco el cuerpo sustancial de normas reales. Si bien ese complejo legal-reglamentario funcionó durante décadas en el país, máxime en épocas de mayor intervencionismo estatal en la economía, la situación ha cambiado doblemente a partir de la Constitución de 1994 y la reforma del Estado. Que a comienzos del siglo XXI un gobierno nuevamente intervencionista intente dar marcha atrás en la historia económica del país no lo torna congruente con el sistema internacional de normas imperantes en la World Trade Organization y diversos tratados y convenciones análogas.

15.2. *Su caducidad en 1999 / 2004 / 2006 / 2008*

Por un lado, la delegación legislativa que estas leyes hacen a la administración pierde su vigencia en 1999, en el 2004, o en el 2006 o en el 2008 y con ello caen de pleno derecho las reglamentaciones dictadas en su virtud. La prórroga "en blanco" de las leyes 25.148, 25.645 y 25.918 es manifiestamente inconstitucional, pero no cabe esperar que sea declarada tal por la justicia. Estamos ante un caso más en que el Estado es el primer gran violador ostensible del orden jurídico, dando el peor ejemplo de inconducta jurídica a todos los ciudadanos. El Estado se deslegitima como autoridad moral para pedir a los demás el cumplimiento del orden jurídico que él ostentosa e impunemente transgrede de modo manifiesto, continuo, obcecado, desafiante. No asombra que luego los piquetes lo desafíen a él.

No se olvide que la caducidad es de la "legislación delegada," lo cual incluye tanto las leyes de delegación como las normas dictadas en su consecuencia. Téngase presente además que no pueden ratificarse por ley las anteriores leyes de delegación en blanco, pues ahora son inconstitucionales; a lo sumo se podrían ratificar por ley las reglamentaciones dictadas en su virtud, lo que parece un desatino habiendo alternativa razonable por la vía de la autoridad regulatoria independiente.

Por otro lado, el principio de la desregulación que signa la actual política estatal no parece compadecerse con el nivel de detallismo que encontramos en la mayor parte de las reglamentaciones de las llamadas autoridades de aplicación. Por inadvertencia o deliberadamente, crean costos artificiales al fabricante u oferente a través de nuevos y siempre cambiantes requisitos técnicos sin un claro y proporcional beneficio público. Allí la regulación resulta en mayores precios o inferior calidad.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

En tales casos el aparato administrativo sólo se ha alimentado a sí mismo, no ha servido a los usuarios ni controlado a los oferentes o prestadores.

15.3. *El caso de los entes reguladores creados por ley*

En el caso de los entes reguladores independientes creados por ley esos problemas no se presentan de igual modo, en primer lugar porque es la propia Constitución la que les instituye el objetivo expreso de regular; en segundo lugar porque la participación ciudadana que se da en ellos, aunque limitada, permite un diálogo institucional que a veces previene excesos reglamentarios.

15.4. *La necesaria creación de autoridades regulatorias independientes en las áreas de delegación legislativa que caducan en 1999 / 2004 / 2006 / 2008*

En el caso no infrecuente de organismos desconcentrados de la administración nacional que actúan en la aplicación de la ley, su transformación en autoridades regulatorias independientes se hará imperativa si se desea mantener con algún sustento constitucional el andamiaje normativo armado durante décadas de intervencionismo estatal en cada sector que ha sobrevivido a la desregulación.

16. *El procedimiento regulatorio: la audiencia pública*[1]

La regulación de actividades requiere así en primer lugar la autoridad regulatoria, pero también cabe agregarle el procedimiento regulatorio, pues es constitucionalmente necesario realizar una audiencia pública antes de establecer cualquier norma que vaya a afectar al universo de usuarios o afectados. Ello se aplica trátese de una reglamentación, reajuste tarifario, renegociación contractual con el concesionario o licenciatario, prórroga de plazos o condonación de multas o de plan de inversiones, etc. Cabe además tener presente la doble intervención que la Constitución garantiza a los usuarios del servicio y asociaciones de consumidores: primero, junto a las Provincias, el derecho a tener representantes en el directorio del ente, con voz y voto. Segundo, debe recordarse el derecho junto a los usuarios y afectados, asociaciones de consumidores y el Defensor del Pueblo, a oír y ser oídos, producir prueba y alegar antes que una decisión que afecte sus derechos o intereses sea tomada. Y que la decisión haga consideración fundada de las principales argumentaciones vertidas. El recaudo de la audiencia pública se aplica a la regulación del servicio,[2] fijación o modificación de la tarifa, renegociaciones contractuales de concesiones o licencias de servicios públicos que suelen incluir todo: plan de obras e inversiones, tarifas, a veces incluso el plazo.

[16.1] Ampliar *infra*, cap. XI, "El procedimiento de audiencia pública."

[16.2] Dice coincidentemente MAIRAL, en el *Prólogo* al libro de GUAJARDO, *op. cit.*, p. 12, que "Urge, por ello, elaborar garantías procedimentales que prevean, entre otros recaudos, la audiencia pública como oportunidad para que los intereses que se verán alcanzados por la reglamentación en proyecto puedan hacer oir sus puntos de vista."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

17. *Un proyecto para la transición*

En agosto de 1999 la Constitución imponía un tránsito o transición hacia la legalidad, abandonando al reglamento autónomo o delegado como fuente de regulación administrativa de actividad de los particulares, a menos que emane de autoridades regulatorias independientes, libres de intervención, avocación, alzada, jerarquía o tutela, normas generales o particulares de la administración central. El Congreso creó una nueva fecha, *ex nihilo*: el 24 de agosto del 2006.

Pensando que el tiempo no sobraba demasiado, propusimos una ley para ese momento, pese a lo cual vencida la vigencia de la ley, una vez más se eludió el tema:

Artículo 1°.- A partir de la publicación de la presente ley, todos los órganos desconcentrados y entes descentralizados de la administración pública nacional que ejerzan facultades regulatorias sobre actividades no estatales, sean tales facultades delegadas o subdelegadas, en virtud de una ley formal del Congreso de la Nación conforme al procedimiento previsto en la Constitución nacional, se regirán por las normas de la presente ley.

Artículo 2°.- Dichos órganos y entes serán considerados autoridades regulatorias independientes, con personalidad jurídica propia y facultades para actuar en juicio como actor o demandado.

Artículo 3°.- Ejercerán, en cada caso previa audiencia pública y en forma primaria y exclusiva salvo ley del Congreso de la Nación, las facultades que les hubieren sido delegadas o subdelegadas en virtud de la ley referida a su competencia, inclusive las que antes ejercieran el Poder Ejecutivo, los Ministros del ramo, Secretarios o Subsecretarios de Estado u otros organismos de la administración nacional.

Artículo 4°.- Ninguna autoridad administrativa salvo las autoridades regulatorias independientes dictará normas que establezcan obligaciones o prohibiciones a actividades particulares o de entidades no estatales en general; las que se dictaren en contravención a esta disposición se reputarán jurídicamente inexistentes.

Artículo 5°.- En materia de emisión y aplicación de normas generales o reglamentarias sobre actividades de entidades no estatales, inclusive sanciones, el Poder Ejecutivo nacional y sus órganos dependientes de la administración central carecerán de facultades de intervención, avocación, jerarquía propia o impropia, tutela administrativa, o emisión de normas o instrucciones generales o especiales respecto a las autoridades regulatorias independientes.

Artículo 6°.- No procederá el recurso de alzada contra los actos, hechos u omisiones de las autoridades regulatorias independientes, quedando expedita la vía judicial ante la justicia de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal cuando la ley no hubiere dispuesto un recurso directo ante la Cámara.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Artículo 7°.- Las autoridades regulatorias independientes que no tuvieren en su directorio un representante de las Provincias y uno de los usuarios, ambos con voz y voto, procederán a incorporarlos en tal carácter mediante procedimientos públicos de selección, dictamen de auditoría externa y previa audiencia pública.

Artículo 8°.- En caso de existir más de tres representantes de la administración nacional en el Directorio de las autoridades regulatorias independientes, su número se reducirá progresivamente a tres mediante el siguiente procedimiento: se hará un sorteo público por el cual se determinarán quiénes deberán dejar su sitial en el directorio y retomar sus funciones en la administración central, en plazos sucesivos de dos, cuatro y seis años, respectivamente y según el caso. El cargo así vacado se considerará suprimido de pleno derecho.

Artículo 9°.- Los integrantes de los directorios de los entes reguladores en representación de la administración central, podrán desempeñarse simultáneamente en otros cargos de la administración central, pero si los tuvieren estos les serán mantenidos hasta la oportunidad prevista en el artículo anterior.

Artículo 10.- Los entes reguladores creados por decreto o reglamento de necesidad y urgencia quedan ratificados con carácter de ley con los alcances y modificaciones que resultan de la presente ley.

Artículo 11.- El Poder Ejecutivo elaborará el listado de los demás órganos y entidades de la administración central, cualquiera sea su calificación o denominación, que quedarán también comprendidos en la presente ley y adoptará las demás medidas necesarias en su ámbito para la aplicación de la presente ley.

Artículo 12.- Desde el 24 de agosto del 2002 y hasta tanto se dicte el Decreto a que se refiere el artículo anterior, ningún órgano o ente que no estuviere creado por ley formal del Congreso de la Nación podrá emitir normas regulatorias de actividades no estatales ni de otro modo establecerles deberes o prohibiciones.

Artículo 13.- Sin perjuicio de lo que además disponga el Poder Ejecutivo en virtud del artículo 11, considéranse comprendidos en la presente ley la Administración Federal de Ingresos Públicos,[1] el Ente Nacional Regulador de la Electricidad, el Ente Nacional Regulador del Gas, Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios, Autoridad Regulatoria Nuclear, Inspección General de Justicia, Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, Comisión Nacional de Valores, Superintendencia de Seguros de la Nación,...

18. *No hay alternativas*

Ya hemos oído repetidamente que el Poder Ejecutivo y la Justicia podrían intentar zafar de cumplir y hacer cumplir la Constitución, recurriendo a las antiguas

[17.1] No incluimos el B.C.R.A., pues ya tiene normativamente autonomía del Poder Ejecutivo y además porque pensamos que al presente la solución ya debe ser de tipo internacional. Ver nuestras notas "Primero: crear el Banco Central Interamericano," *LL*, 2002-D,1453; "G-8, UE, FMI, Argentina," *LL*, 2002-E, 927.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

figuras preconstitucionales de la "zona de reserva de la administración," o el ya mencionado "reglamento autónomo" (se podría agregar la siempre útil "cuestión no justiciable," para no desperdiciar recursos del *Ancien Régime*). Se pierde así de vista que tales enunciados sirven solamente para el ámbito interno de la administración, no para limitar derechos o fijar deberes a los particulares y entidades no estatales en general. Por otra parte, no están previstos en norma o principio alguno de la Constitución de 1994 y bordean peligrosamente los arts. 29 y 36 del texto constitucional. Sugerimos una respetuosa relectura de tales normas antes de consagrar nuevos regímenes de facto, no ya por acceso ilegítimo al poder, sino por ejercicio ilegítimo e inconstitucional de él. En materia de concesiones y licencias de servicios públicos con base contractual específica, el contrato seguirá rigiendo, claro está y podrá la administración eventualmente imponerle modificaciones por su potestad como concedente: hasta se puede desempolvar la centenaria teoría germánica de las "relaciones especiales de sujeción," que algún precedente puede invocar en la "doctrina" de algún fallo. En materia de servicios públicos, en consecuencia, no hay problemas urgentes que surjan de inmediato el 24 de agosto del 2006, suponiendo que la justicia sea graciable y generosa, como es de esperar, con la ley 25.918. ¿Pero cómo se piensa que se podrá regular la actividad de la bolsa, de los títulos valores, los seguros, la tutela de la salud y el medio ambiente, la sanidad animal y vegetal, los productos farmacéuticos, todo en definitiva lo que hemos estado viendo a lo largo de este capítulo?

Una solución posible, pero no la vemos en el *animus* colectivo, es que los problemas que se vayan presentando los vaya resolviendo la jurisprudencia, formando de a poco un *corpus iuris*. Ello requeriría años de litigios y de incertidumbre hasta tanto las soluciones se vayan asentando. Los jueces acostumbrados a invocar decretos o resoluciones administrativas en sus sentencias tendrán dificultad en resolver un caso nuevo de derecho, aplicando tan sólo la ley, la Constitución y los tratados y normas internacionales de ellos derivadas, sin muletas reglamentarias emanadas del Poder Ejecutivo, sus ministros y secretarios o subsecretarios de Estado. Es un mecanismo posible, pero llevará muchos años armarlo y provocará muchas úlceras en un país acostumbrado a la mini-certeza de la micro-mini-norma.

Si el Poder Legislativo no enfrenta a tiempo el problema y no adopta alguna solución al estilo de la contemplada en al art. 42 de la Constitución, que en el parágrafo precedente hemos esbozado como proyecto de ley, mucho tememos que los jueces —con tanto *horror vacuis* como el que más— no tendrán más remedio que acudir a principios iusnaturalistas de seguridad jurídica, continuidad, estabilidad, etc., para mantener —a pesar de todo— el *status quo ante*.

Pero eso solamente les permitirá por algún tiempo seguir aplicando las viejas normas dictadas en virtud de la antigua legislación delegada. No les servirá para cohonestar las nuevas normas que nuevos funcionarios quieran seguir dictando.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Cuando las viejas normas pierdan sustento fáctico, no habrá más remedio que enfrentar el problema en toda su magnitud y tomar una decisión de gobierno en el mejor sentido de la palabra. Y honestamente no pensamos, o por lo menos no se nos ocurre al presente, ninguna solución constitucional que vaya por carriles muy diferentes a los que hemos ensayado en el parágrafo anterior. Allí no hemos volcado nuestra opinión sobre un sistema idealizado a partir de un modelo conceptual, aristotélico, ni esencialista. Hemos tratado tan sólo de desentrañar el sentido del actual sistema constitucional. Que él se aproxime al modelo norteamericano no es nuestra decisión ni nuestra opinión, es la decisión y la opinión de la Convención Constituyente que por unanimidad aprobó la Constitución que nos rige. En todo caso y a fuer de sinceros, preferimos imitar a un sistema que lleva más de dos siglos de razonable democracia, que a los modelos totalitarios que nos proponen la "zona de reserva de la administración," el "reglamento autónomo," las "relaciones especiales de sujeción," los "actos institucionales" o de "gobierno" y las "cuestiones no justiciables" que ya poco se ven en su país de origen, "el derecho de la necesidad," el "derecho de la emergencia," con más todas las teorías que se quieran buscar en el pasado preconstitucional de países con vestigios autoritarios y en alguno que otro fallo local que bordea el abismo de la condena histórica. No proponemos, no, leer que la nueva Constitución impone un mundo sin normas administrativas (¿la eventualidad despertaría el horror?). Tan sólo decimos que la nueva Constitución sólo las admite dentro de un nuevo modelo institucional y procedimental:

a) autoridades regulatorias independientes con participación decisoria en su Directorio de Provincias y usuarios o administrados;

b) procedimientos ineludibles de audiencia pública previa;

c) independencia absoluta e incondicionada de controles jerárquicos, de alzada, intervención, tutela o reglamentaciones de la administración central;

d) control judicial amplio y directo, sin limitaciones, sin excusas, sin ambages.

Ya lo hemos visto en el cap. VI para los servicios públicos y es la única solución para el resto del sistema regulatorio administrativo, si se desea su continuidad.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Capítulo VIII

LOS "ACTOS DE GOBIERNO"

I. *Planteo general del problema*

1. *Los diferentes conceptos de "gobierno"*

La palabra "gobierno" designa el conjunto de los tres poderes del Estado: Poder Judicial, Poder Legislativo, Poder Ejecutivo. Ese es el sentido en que nuestra Constitución emplea el término, al tratar en la segunda parte, título primero, del "Gobierno Federal;" sección primera, "Del Poder Legislativo," sección segunda, "Del Poder Ejecutivo," sección tercera, "Del Poder Judicial;" en igual sentido habla en el título segundo de los "Gobiernos de Provincia." En Francia, en cambio, el art. 20 de la Constitución de 1958 de la Vª República, llama "Gobierno" al gabinete ministerial, al igual que la Constitución alemana de 1949[1] y la austríaca:[2] es el conjunto de los más altos órganos ejecutivos del Estado.[3] Ese es el uso común en nuestro país, pero por supuesto el uso común no es el que debe necesariamente regir para la interpretación de un texto normativo que no lo utiliza.

2. *Un tercer uso del vocablo: los actos de gobierno*

Los dos empleos señalados del vocablo y particularmente el segundo, pertenecen a la teoría política, y deben ser distinguidos de una tercera acepción del término, que pertenece específicamente al derecho administrativo. Con este tercer empleo de la palabra, se designa a ciertas actividades del Poder Ejecutivo. Se trata de la teoría de los "actos de gobierno," nacida en Francia con referencia a un cierto tipo o conjuntos de actos realizados por el Poder Ejecutivo (el "Gobierno" en el segundo sentido) y recogida nominalmente en nuestro país por obra de jurisprudencia y

[1.1] Constitución alemana, art. 62. Ver SARTORIUS, CARL, *Verfassungs und Verwaltungsgesetze*, t. 1, Munich y Berlín, 1959, § 66, p. 19.

[1.2] ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1954, p. 8.

[1.3] Su origen está en MERKL, ADOLF, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena/Berlín, 1927, p. 57.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

doctrina ya en vías de desaparición. La misma teoría tiene una multivocidad llamativa: desde el derecho norteamericano nos viene bajo el nombre de cuestiones políticas no justiciables; desde el gobierno militar brasileño, en su época, llegó como "actos institucionales," aquí recogida primero por la doctrina de MARIENHOFF y luego, con tales antecedentes, por nuestro último gobierno militar.[1] Pero siempre es la misma cuestión, preguntarse si existe o no revisión judicial suficiente y adecuada de determinadas actividades del gobierno en su segunda acepción; si no existe acaso privación de justicia respecto de ellos. El derecho francés, que en su peculiar historia no reconoce a la justicia potestad alguna de intervenir en asuntos administrativos, menos problema se hizo en no admitir el acceso a la revisión allí llamada "contencioso administrativa" respecto de alguna parcela de poder administrativo.[2] En derecho administrativo, pues, el problema del llamado acto de gobierno ("cuestiones no justiciables," "actos institucionales," etc., según los variados modos de ocultamiento de la realidad) debe entenderse sólo con referencia a ese tipo de actos del Poder Ejecutivo.[3]

En los últimos años[4] no se ha recurrido a esta doctrina para escapar a la anulación judicial. Se ha utilizado para ello otra vía, los decretos de necesidad y urgencia.[5]

[2.1] Como lo recuerda el propio Estado en el caso *Noro*, CSJN, *LL*, 1997-F, 700, cons. 4°): "del acta institucional del 1° de septiembre de 1977;" ver también *infra*, nota 24.3.

[2.2] El sistema francés tiene peculiaridades que no lo hacen trasladable a los sistemas como el español o el nuestro, pero los autores o los fallos argentinos y de alguno que otro país latinoamericano han insistido en acudir a esa fuente sin siempre advertir las diferencias. Por eso en una obra española, contemporánea y completamente moderna, se hace necesario a los autores puntualizar a cada paso las diferencias. Es indispensable por ello la consulta de GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo,* t. I, 12ª ed., t. II, 9ª ed., Buenos Aires, Thomson/Civitas-La Ley, Buenos Aires, 2006, con notas de AGUSTÍN GORDILLO. Es interesante ver el equilibrio hallado en el proyecto de Constitución Europea para acomodar la garantía de acceso a la justicia y el sistema francés. Lo explicamos en la obra citada, nota XXIV.2, "La aproximación: «tutela judicial efectiva por juez imparcial e independiente» o «recurso efectivo ante un tribunal imparcial e independiente»," pp. 618-A y 618-B; nuestro "The Draft EU Constitution and the World Order," en AA.VV., *The Constitution of the European Union/La Constitution de l'Union Européenne*, "European Public Law Series/ Bibliothèque de droit public européen," vol. LXIII, Esperia, Londres, 2003, pp. 281-294.

[2.3] MAIRAL hace un desarrollo diverso, pero también crítico de la doctrina del acto de gobierno: *Control judicial de la administración pública*, vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 503 y ss.

[2.4] A partir de un estado de emergencia real que justificó medidas de urgencia en el 2001/2, pero no para adoptar las medidas irrazonables, confiscatorias y desviadas que se adoptaron. En lugar de acudir a teorías excepcionales, se optó por destruir todo el sistema jurídico. Ver MAIRAL, HÉCTOR A., "La degradación del derecho público argentino," en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2005, pp. 17-32; "El efecto de la crisis económica en el derecho," 24 de noviembre de 2003, conferencia organizada por la RAP, Globalización, crisis argentina, reforma de la regulación y seguridad jurídica, en preparación. El artículo se encuentra en Circular Leter N° 23, en www.revistarap.com.ar; "La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas," en GORDILLO (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, La Ley, 2004, pp. 3-18; "Los contratos administrativos, en el marco de la emergencia pública argentina," en ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, ps. 129-35.

[2.5] D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003, p. 54, nota 47.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

En una u otra hipótesis, no se trata de omisiones o falencias de control que cometa *todo* el Poder Judicial. Los fallos de primera y segunda instancia federal no incurren en esas violaciones al orden constitucional,[6] ni tampoco los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires.[7] Hasta era posible soñar con que había sido una etapa superada, hasta que la concentración de poder político que culminó en el año 2006 ha logrado que los decretos de necesidad y urgencia sean ratificados legislativamente sin que exista debate público. Es la política de los hechos consumados, de los cuales la CSJN no siempre está dispuesta a rectificar el camino. El gobierno no necesita recurrir a las doctrinas que lo eximían del control judicial: contando con la ratificación legislativa, el control judicial se torna complaciente, tanto que no necesita argüir la irrevisabilidad, le basta con utilizar la vasta panoplia con la cual limita su control de la irrazonabilidad legislativa. El acto de gobierno y el poder de la policía, las armas mortíferas del derecho administrativo autoritario de otrora, han quedado tan desautorizadas moral y políticamente que ya no parece necesario recurrir a ellos, cuando se han descubierto palabras nuevas con las cuales conseguir el mismo resultado: hoy son la emergencia, la delegación legislativa, sumado al manejo hiperdiscrecional de los fondos públicos. No hace falta más. Pero no conviene olvidar los monstruos que la historia ha muerto, pues pueden sorprender con su buena salud. Esa es la única razón para insistir con un tema que podría considerarse superado.[8]

3. *Gobierno y actos de gobierno*

Haciendo pues un poco de historia, algunos autores clásicos relacionaron al primer y tercer concepto buscando ubicar a la teoría del acto de gobierno dentro del concepto constitucional argentino de Gobierno.[1]

[2.6] D'ARGENIO, *op. cit.*, p. 54.

[2.7] El Tribunal Superior de Justicia de la CABA ha rechazado la supuesta no justiciabilidad de los "actos de gobierno:" ver STUPENENGO, JUAN ANTONIO, "Un acertado rechazo a las denominadas «cuestiones políticas no justiciables»," *LL*, 2002-A, 94.

[2.8] Hace cuatro décadas MARIENHOFF sostuvo que los actos de gobierno eran revisables judicialmente, pero en un giro verbal "descubrió" una "nueva" categoría, que llamó los "actos institucionales," al estilo del gobierno militar brasileño de ese entonces, "actos institucionales" de los que postulaba su irrevisabilidad jurisdiccional. El mero juego semántico era obvio, pero tuvo algún andamiento. Ahora su discípulo JUAN CARLOS CASSAGNE realiza un parecido juego verbal, pero con otras palabras y con un alcance sensiblemente más moderado. El acto de gobierno, admite, es revisable. Pero habrá una nueva categoría de actos, propuesta por él en su trabajo, que se llamarán "actos constitucionales," los cuales serán a veces sí, a veces no, revisables: CASSAGNE, JUAN CARLOS, "Sobre la judicialización de las cuestiones políticas," *LL*, 2006-A, 857. Son particularmente interesantes sus dos últimos párrafos, pues parecen decir, o dicen, cada uno exactamente lo contrario del otro: en el estilo del autor, es su forma de evitar dar una definición tajante al problema y dejarlo abierto.

[3.1] BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, La Ley, 1966, 6ª ed., p. 701; DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1961, 2ª ed., p. 518; SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 402, quienes siguen a RANELLETTI, *Teoría degli atti amministrativi speciali*, Milán, 1945, 7ª ed., p. 50.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Sin embargo, si bien el "gobierno" es el total de los tres poderes del Estado, bajo el nombre de "actos de gobierno" se estudiaba una categoría de actos que son solamente del P. E. La importancia del tema reside en la consecuencia que de la teoría se quería antaño desprender, a saber, su no justiciabilidad, la imposibilidad de atacarlos judicialmente, o la imposibilidad judicial de revisarlos, o la revisión limitada a supuestos de extrema irrazonabilidad, etc. Todo variantes de nuestro caudillo hiperpresidencialista de siempre que ahora, como ya dijimos, ha encontrado mejores y más fértiles canales de expresión satisfactoria para el poder con la invocación de la emergencia y el uso del cetro de la delegación legislativa virtualmente ilimitada. Da lo mismo que se los llame "actos de gobierno," al estilo francés, o "actos de Estado," en la usanza inglesa; "cuestiones políticas" o "actos no justiciables," al estilo norteamericano, y argentino de otrora; "actos de autoridad" o "actos soberanos," como en Alemania, además de "actos de gobierno;" "actos institucionales" y "actos complementarios," como era en Brasil; "actos institucionales" como propuso MARIENHOFF o "actos constitucionales" como sugiere CASSAGNE. El transfondo político es siempre el mismo: cómo retacear el control judicial, cómo permitir que la administración actúe fuera de la ley, en contra de la Constitución, de la racionalidad,[2] impunemente.

La resistencia cultural al control judicial hace que muten las denominaciones: por ello la sociedad civil debe estar vigilante para defender su derecho al acceso irrestricto a la justicia. En Brasil se utilizan ahora las "medidas provisionales,"[3] lo cual acarrea "la exagerada cautela" de la Corte, con más abusos del Poder Ejecutivo.[4] Esas teorías, con distintos ropajes semánticos, coinciden en la pretensión de que ciertos actos, partes o aspectos de actos de la administración estén exentos de control judicial suficiente y adecuado; en negar el acceso pleno a la justicia.[5] Consagrar la privación de justicia, uno de los derechos humanos fundamentales en una sociedad democrática.[6] En ocasiones, el origen autoritario es

[3.2] CASSAGNE, con todo, deja en claro que en tales supuestos la revisión judicial existiría, aunque parece limitarlo a supuestos muy excepcionales.

[3.3] Puesto que es una calificación unilateral del P. E., es un retroceso de dos siglos a la época francesa en que la no justiciabilidad la decidía el propio autor del acto, calificándolo de determinada manera, *infra*, § 7, "La tesis subjetiva: no se revisa lo que el Poder Ejecutivo dice que no."

[3.4] MERLIN CLÊVE, CLÊMERSON, *Medidas provisórias*, San Pablo, Max Limonad, 1999, 2ª ed., p. 136. "La postura del Supremo Tribunal Federal ha sido, lamentablemente, tímida" (pp. 137-9.) MAIRAL, *op. cit.*, t. I, p. 510 y ss., señala que hay cuestiones políticas "falsas" en que el acto es válido pero la CSJN no quiere comprometerse legitimándolo y prefiere eludir el tema.

[3.5] D'ARGENIO, *op. cit.*, p. 54, nota 47: "Es tiempo que la idea de «no contrariar al poder» se elimine definitivamente de las sentencias de nuestros tribunales en miras al respeto de los derechos del hombre, componente de la sociedad a la que el poder no debe trabar en su desarrollo."

[3.6] En este mismo sentido, comparando la terminología europea y norteamericana, SCHNEIDER, HANS, *Gerichtsfreie Hoheitsakte*, Tübingen, 1951, pp. 78-9. Por ello habla de actos "libres de la justicia," comprendiendo allí todas las diversas denominaciones y categorías; lo cual destaca que el problema es el mismo aunque se cambie la terminología, incluyendo la brasileña de facto que algunos han seguido en nuestro país, como veremos en la nota siguiente.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

desembozado, como ocurrió con el "acto institucional nº 3" dictado por el gobierno militar de la revolución brasileña en 1996, que autorizaba el dictado de "actos complementarios" del "acto institucional" y actos de ejecución, *todos* los cuales quedaban por expresa disposición del citado "acto institucional nº 3," "*excluidos de apreciación judicial*." Poco importa la denominación o caracterización que se les dé, si la consecuencia es la indicada;[7] a la inversa, si se les quita esa particularidad de su pretendida irrevisabilidad jurisdiccional total o parcial, entonces ninguna diferencia jurídica tendrán con los demás actos administrativos y no habrá por tanto razón para distinguirlos. Es más, la discusión entraría en la pura terminología estéril si los tribunales dijeran que *no* revisan los actos pero *de hecho los revisaran*. Para tribulación del lector, *esa es exactamente la situación del derecho argentino*.[8] Una constante y fina lectura entre líneas que diferencie lo que los fallos resuelven o hacen y lo que dicen que hacen o resuelven y el modo en que fundamentan o hablan del tema mientras se aprestan a resolver, es así cuidadosamente indispensable para no entrar en más equívocos que los que cada fallo hace.[9] Pero hay que reconocer a toda la jurisprudencia —analizada en el largo plazo— que hace este tipo de afirmaciones, no por confusión mental ni desvarío político, sino por el mismo tipo de "prudencia política" que inspiró al "contencioso administrativo" francés. Toda vez que aquí nos refiramos a lo que se llama actos de gobierno, estamos comprendiendo también cualquier otra denominación o giro lingüístico con que se quiera distinguir actos de la administración de los cuales no habría supuestamente revisión judicial, o no la habría suficiente y adecuada. No nos preocupa tanto el empleo de este sistema de palabras —aunque es de lamentarlo, llenas de contenido ideológico autoritario que no contribuyen a la formación cívica—, en cuanto se asegure la mínima revisión judicial suficiente y adecuada, conforme al *standard* de la Convención Americana de Derechos Humanos y nuestra propia Constitución nacional — que en parte alguna limita o condiciona la revisión judicial de la actividad administrativa.[10]

[3.7] MARIENHOFF nos dice que no admite los actos de gobierno pero introduce los actos institucionales, que no son revisables y son los mismos, algo que no pudo dejar de advertir la doctrina argentina, por ej., FARRANDO (H.), ISMAEL, "Estado, poder, órganos y funciones," en FARRANDO (H.), ISMAEL y MARTÍNEZ, PATRICIA R. (dirs.), *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 20. Los intentos ulteriores de repetir el experimento son más morigerados que el original, como vimos *supra*, notas 2.8 y 3.2.

[3.8] Ver BIELSA, RAFAEL ANTONIO y GARBER, CARLOS ABELARDO, "Aeropuertos: algo más que un caso difícil," *LL*, 1999-A, 110, nota al fallo de la CSJN, *Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c/Poder Ejecutivo Nacional*, *LL*, 1999-A, 113, año 1997.

[3.9] En todo caso y como señala MAIRAL, "Afortunadamente es una noción que va desapareciendo de nuestro derecho:" "Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino," en AA.VV., *Estudios de derecho administrativo II*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 41 y ss., pp. 53-4.

[3.10] Por ello la crítica de MAIRAL es distinta: admite supuestos de irrevisabilidad judicial, sólo que a su juicio no responden a una causa ni concepto único; expresa "Ábrase, en cambio el paquete de las cuestiones políticas, como dice HENKIN, colóquese a sus respectivos componentes donde corresponde y descártese luego el envoltorio:" MAIRAL, *Control...*, vol. I, *op. cit.*, p. 559.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

4. *Carácter metajurídico de la teoría*

¿Qué es la teoría del acto de gobierno y su cohorte de sinónimos? Más que teoría, en Francia es inicialmente la conducta del Consejo de Estado de negarse a ejercer control sobre un número de actos que designó así. *Praxis* de subsistencia política que otros tribunales y países han encontrado útil cuando no han querido o podido cumplir su función de otorgar acceso a la justicia ni enfrentar o legitimar el poder de turno. En un comienzo se fundaba la decisión de no juzgar el acto en que era "acto de gobierno;" pero la única característica de estos resultaba ser que no eran juzgados... Se trataba de un círculo vicioso y de una jurisprudencia carente de fundamentación constitucional.[1] La decisión de nuestra Corte de no entender en estas cuestiones partió igualmente de consideraciones políticas. Estimó que la importancia política del acto hacía necesario que la administración gozara de libertad y por ello se inhibió de intervenir, olvidando que tales razones son extrañas a la función de un tribunal de justicia. ¿Para qué está un tribunal si no es para hacer justicia?[2] Era una petición de principios: se afirmaba que un grupo de actos del Poder Ejecutivo, a los que se denominará, "de gobierno," "políticos" o "institucionales," no eran impugnables ante la justicia: que eran irrevisables judicialmente, o "no justiciables," etc. Luego se trataba de encontrar un "fundamento" para esa afirmación: entonces se decía que no eran justiciables porque tenían un alto fin político, porque hacían a las relaciones entre los poderes, porque afectaban a razones de Estado, etc. El tercer paso era deducir de tal supuesto principio general cuáles eran los actos que por su contenido político, institucional, etc., caían en tal categoría. La lista era siempre similar: actos relativos a las relaciones internacionales,[3] a la seguridad interior,[4] a las relaciones entre los tres poderes del Estado.[5] Pero siempre tuvo novedades, de país en país, de época en época, según cómo cada uno percibía los vientos políticos de su tiempo y de su lugar. Era una construcción verbal empírica y ocasional, descartable cuando el poder era débil, remozada cuando era fuerte: pura *praxis* política en el seno de la Justicia. Así lo ha destacado un voto disidente de la decisión mayoritaria de la CSJN en materia de aeropuertos.[6] Como dijeran PETRACCHI y BOSSERT, este es

4.1 WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, París, 1959, 8ª ed., p. 195; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Derecho constitucional*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1964, p. 799.

4.2 Desde luego, esto lo afirmamos con referencia a los países de sistema judicial y en particular el nuestro.

4.3 Así, la declaración de la guerra o la concertación de tratados internacionales, el mantenimiento o ruptura de las relaciones diplomáticas, etc.

4.4 Declaración del estado de sitio, intervención federal a las provincias.

4.5 Designación de magistrados, apertura y clausura de las sesiones de las cámaras, envío de proyectos de ley: son las cuestiones políticas "falsas" que explica MAIRAL, *Control...*, *op. cit.*, § 305, pp. 511-3. Pero existe revisión judicial de la designación de magistrados, como explica SCHEIBLER, GUILLERMO, "Algunas cuestiones relativas al procedimiento de designación de magistrados en la Ciudad de Buenos Aires," nota al fallo *Spisso*, *LL*, 2002-D, 740.

4.6 Ver también BIELSA y GARBER, "Aeropuertos: algo más que un caso difícil," *op. cit.*

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

un mecanismo "*en el cual la mayoría de esta Corte, cada vez que el ejercicio de aquel control por los jueces inferiores no le satisface, saltea las instancias regulares y le niega competencia al tribunal que ejerció ese control*."

Es que aquí esa mayoría de esa Corte perfeccionó la inconstitucionalidad: además de negar la propia intervención judicial niega también, sea o no por salto de instancia, la de los jueces competentes. Bien se comprende que esto es un accidente en la historia, no un principio de derecho. Fue un hecho, como también muchas ilegitimidades lo son, que no alcanzan para ser erigidas en teoría jurídica. Los argumentos que se esgrimen son metajurídicos en cuanto invocan razones ajenas a la justicia, proponiendo que fuera ajeno al Poder Judicial hacer justicia. No existen fundamentos *normativos* que prueben que ciertos actos no son atacables ante la justicia, o no lo son salvo supuestos de grave irrazonabilidad; afirmación ésta muchísimo más moderada, como se advierte y que es la clásica versión argentina del problema.

Más allá de la fraseología que se elija en cada caso, con la ayuda de los discos láser de doctrinas judiciales pasadas, nadie ignora que no existe fundamento jurídico serio en base al cual excluir la revisión por los jueces de toda una categoría de actos, una parte de ellos, o alguno cada vez que el clima político oficial lo necesita.[7]

5. *Problemas a considerar*

Para poder determinar si esto es así, o sea, si hay o no fundamento jurídico para excluir o limitar la revisión judicial de ciertos actos o aspectos de actos del Poder Ejecutivo, es necesario considerar diversos problemas: 1º) explicar el origen y la evolución de la cuestión en Francia, pues ese panorama histórico es sumamente claro en cuanto al carácter metajurídico y fáctico de toda la teoría comentada; 2º) hacer un análisis constitucional para establecer si en el juego de las normas constitucionales es posible o no fundamentar que una categoría de actos sean irrevisables jurídicamente; 3º) establecer qué ocurre en la realidad jurisprudencial, o sea, si los jueces en la actualidad realmente entienden de la revisión de tales actos, o en cambio se abstienen de ejercer control judicial sobre ellos; 4º) referirnos al tema de si tales actos son controlados únicamente para determinar su conformidad o disconformidad con la Constitución, o si en cambio también se analiza si se ajustan a la legislación general. 5°) Finalmente, se impone una reflexión sobre la naturaleza política de la cuestión, en el sentido de si es políticamente sano que los actos objeto de control, sean tratados con guante blanco si es políticamente correcto que los jueces intervengan o dejen de hacerlo y si el criterio con el cual los tribunales juzgan lo que algunos autores llaman con estos nombres especiales, es fundamentalmente diferente del criterio con que juzgan los demás actos de la administración.

[4.7] Como dice HANS SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 79, en ningún país hay una "fundamentación dogmática precisa" de su irrevisabilidad.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

El problema fundamental es siempre el mismo: si ciertos actos son o no justiciables, con qué extensión, bajo qué giro verbal. No es solución decir que los "actos de gobierno" son revisables judicialmente, p. ej., pero agregar a renglón seguido que existen otros actos, que no serán llamados actos de gobierno sino una mera lista empírica no categorizable;[1] o "actos institucionales," "constitucionales," etc., los cuales —estos sí— no serán revisables judicialmente.[2] Obviamente, ello no es sino mudar de nombre al problema, que se mantiene en tal tesitura invariable. Lo que importa, entonces, no es cómo llamaremos a los actos irrevisables, sino más bien si existen en la práctica jurisprudencial actos irrevisables en todo o en parte, cualquiera sea el nombre que se les quiera dar.

II. *Origen y evolución de la teoría*

6. *Origen*

Recuerda DUEZ que el Consejo de Estado francés, creación napoleónica, fue atacado con el retorno de los Borbones al poder y ante la eventualidad de una posible supresión de su jurisdicción contenciosa decidió disminuir sus atribuciones a fin de sobrevivir.[1] Para lograrlo giró a los tribunales judiciales algunas materias que antes eran de su competencia y a otras cuestiones las consideró "*irrecevables*," es decir, no revisables y ni siquiera receptibles. La acción o recurso era directamente rechazada mediante la interposición por parte de la administración de algo que se designó como "*fin de non recevoir*."[2] Estas materias que el Consejo de Estado se negaba a considerar y que tampoco enviaba a los tribunales judiciales, quedaban así huérfanas de todo control jurisdiccional; una denegación de justicia que en tal aspecto se prolonga hasta hoy;[3] estos son los actos de gobierno del derecho francés.

Si comprendemos en su cabal dimensión el contexto sociológico y político del tema en Francia, nos será más fácil entender cuál puede ser su encuadre en un país *normativa y teóricamente* de régimen constitucional como el nuestro, que no obstante tiene una *realidad* tan poco acorde a su régimen constitucional.[4] Es un problema que ha llevado a múltiples denominaciones del malestar en la cultura

[5.1] Comp. MAIRAL, *Control...*, *op. cit.*, p. 559, quien se aproxima así precisamente a la doctrina francesa que mentamos en el § 7.

[5.2] Hay innovaciones semánticas que han sido pegajosamente dañinas: reputados autores de hoy han adoptado la palabra "institucionalidad" para denotar un nivel de respetabilidad, misterio, mística, superior en los arcanos del poder. Tal es la influencia negativa de los creadores de esas nociones que pretenden justificar lo injustificable; desechos de poder que quieren escapar o fintear al derecho.

[6.1] DUEZ, PAUL, *Les actes de gouvernement*, París, 1935, p. 31.

[6.2] Algo así como una excepción perentoria de previo y especial pronunciamiento, a fin de que no reciba siquiera el recurso y no se le de más trámite.

[6.3] WALINE, *op. cit.*, p. 195.

[6.4] Así lo explicamos, paso a paso, en todas nuestras notas a la reciente edición argentina de GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Thomson-Civitas/La Ley, 2006, 12ª ed., con notas de AGUSTÍN GORDILLO.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

nacional, sea la anomia colectiva o el vivir permanentemente al margen de la ley y el orden constitucional. Así expuesta la cuestión, no nos hallamos ante construcción jurídica alguna, sino ante una más de tantas abdicaciones que conocemos de los órganos y sistemas de control, insusceptible de fundamentar las violaciones a nuestra Constitución. Los amparos para defender el derecho de propiedad u otros frente a la administración, que en el pasado fueron rechazados in *limine litis*,[5] retoman luego sentido aunque un muy lamentable voto líder de cierto fallo haya, en el año 2005, querido destruir el sistema.[6]

Si no hallamos solución para casos puntuales, menos la encontraremos para las falencias estructurales que constituyen grietas de los sistemas de control por donde se ha deslizado siempre y continúa deslizándose, imperturbable, la gigantesca deuda externa del país. Lo hemos explicado tan incansable como inútilmente desde 1982 en adelante y lo hemos incorporado como tema permanente de nuestra disfuncional realidad.[7] En ese escabroso contexto, los actos políticos no justiciables, institucionales, de gobierno, o como más se quiera seguir inventando nuevas formas de llamarlos, son una anécdota casi trivial al compararla con la disfuncionalidad gravísima del endeudamiento perpetuo a gran escala,[8] uno más entre tantos problemas que a nuestra sociedad le resultan insolubles.

[6.5] En el 2002 se produce un vuelco en la jurisprudencia, que comentamos en "«Corralito,» Justicia Federal de Primera Instancia y contención social en estado de emergencia," *LL*, 2002-C, 1217; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, "El caso «Smith» (o la razonabilidad cuestionada)," *LL*, 2002-B-790; ALLONA, CECILIA, "El fallo «Smith»," *LL*, 2002-C, 1238; AHE, DAFNE SOLEDAD, "El desamparo del amparo," *LL*, 2002-C, 1226; "La realidad del fuero en lo contencioso administrativo federal: El desamparo del amparo," en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 41-51, reproducido en *RAP*, 288: 191. Sin embargo, la Corte Suprema pareció desconocer en un voto el avance, llegando a descalificar al esfuerzo desplegado por las instancias inferiores, al señalar que habían logrado convertir "a la administración de justicia en una suerte de festival de amparos e inconstitucionalidades que traba el ejercicio de sus atribuciones por los poderes legislativo y ejecutivo", cons. 12º del voto líder *in re Bustos* ya citado. Criticamos ese voto en "¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?" *LL*, 2005-A, pp. 905-921.

[6.6] La cuestión es pues más grave que la supuesta ocasional falta de control por motivos políticos: es la sistemática privación de justicia que a veces tenemos. Sobre ello volvemos en los caps. XIII, "La tutela judicial" y XIV, "Problemas del acceso a la justicia."

[6.7] En la *Parte general*, tomo 1, 8ª edición (2003), cap. II, § 5.3, "El sistema y los intersticios." Venimos advirtiendo del tema desde 1982, en "El contrato de crédito externo," en la *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1982, 97: 423-449; reproducido en AA.VV., *Contratos Administrativos. Contratos especiales*, t. II, Buenos Aires Astrea, 1982, pp. 187 a 226; cap. IV de nuestro libro *"Después de la Reforma del Estado,"* Buenos Aires, FDA, 1996 y 1998.

[6.8] Ver FERRERES, ORLANDO, *Dos siglos de economía argentina (1810-2004.) Historia argentina en cifras*, El Ateneo, Fundación Norte y Sur, Buenos Aires, 2005. Los gráficos demuestran, en números, que esta crisis en la cual estamos inmersos y se ha repotenciado a partir del año 2002, es más grave que la peor que registró la historia argentina previa. Respecto a la peor crisis antes de esta ver CORTÉS CONDE, ROBERTO, *Dinero, deuda y crisis. Evolución fiscal y monetaria en la Argentina. 1862-1890*, Buenos Aires, Sudamericana/Di Tella, 1989. ¿Acaso un "acto de gobierno" permitirá a un hechicero milagroso superar la crisis? Es al revés, solo el cumplimiento férreo del Estado de Derecho permitirá tener un país ordenado en que tales desaguisados no puedan ser cometidos por sucesivos gobiernos exentos de control.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

7. *La tesis subjetiva: no se revisa lo que el Poder Ejecutivo no quiere que se revise*

Superada la dificultad, el Consejo de Estado francés empieza a aumentar su control de la legalidad, introduciendo los recursos por desviación de poder y violación de la ley; "pero para no comprometer el éxito de este desenvolvimiento, el Consejo de Estado se resigna a sacrificar algo para salvar el resto; al Gobierno, le concede todo un dominio en el cual por política jurisprudencial, entiende no penetrar."[1] Este dominio es elástico y se rige en cuanto a sus límites por el criterio del mismo poder administrativo: es acto no susceptible de revisión por el Consejo de Estado (acto de gobierno) todo acto que tiene un móvil político: "lo que Ud. no quiera, yo no lo reviso." Algo parecido a nuestros reglamentos de necesidad y urgencia a fines del siglo XX, que continúan y se repotencian con las delegaciones legislativas de fines del siglo XX y comienzos del XXI o las medidas provisorias en Brasil,[2] el decreto-ley en Italia,[3] etc. No somos originales en la creación del mal, pero nos las arreglamos para repotenciarlo.

Así pudo DUFOUR definir, en la época, y en otras palabras (pues palabras, en esto, es lo que sobra) que "lo que hace al acto de gobierno, es el fin que se propone su autor. El acto que tiene por fin defender la sociedad tomada en sí misma, o personificada en el Gobierno, contra sus enemigos interiores o exteriores, reconocidos u ocultos, presentes o futuros, he ahí el acto de gobierno."[4] De esta manera, todo acto administrativo podía en principio transformarse en acto de gobierno, con el sólo requisito de que expresara tener un fin político. Esa antiquísima fórmula reaparece en nuestro país con toda comodidad, como si estuviera en el código genético nacional, sin estar escrita, y es así como a fin del siglo XX nadie ignoraba que era la "necesidad" política de la administración lo que llevaba al "fallo político" de la mayoría oficialista de la Corte Suprema; o a comienzos del siglo XXI la legislación de emergencia y de ultra concentración del poder presidencial e hiper presidencialismo, de un Congreso oficialista en el 2005, 2006 y después...

Lo cual nos muestra otra faceta fundamental del problema en la Argentina: no es una *jurisprudencia* que asuman los tribunales federales de primera ni segunda instancia, no es la teoría de *la Corte Suprema*: esta versión local es el *hecho* producido de tanto en tanto por una mayoría históricamente ocasional en este tribunal y en este país, fruto de una época determinada y en circunstancias puntuales de presidencialismo y caudillismo en sus múltiples variantes y experiencias, siempre diversas en los detalles, siempre iguales en lo esencial. El

7.1 DUEZ, *op. loc. cit.*

7.2 MERLIN CLÊVE, *op. cit.*, pp. 135-52, "Contrôle judicial das medidas provisórias;" BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Curso de direito administrativo,* San Pablo, Malheiros, 2004, 17ª ed., cap. II, ap. II, a), § 29 a 36, pp. 115-23.

7.3 En la doctrina italiana ver PIZZORUSSO, ALESSANDRO, "Un convegno sui decreti-legge non convertiti," *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milán, 1995-1: 306-7.

7.4 Citado por DUEZ, *op. loc. cit.*

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

acto de gobierno en principio pertenece al pasado y puede decirse que se halla superado: hay argumentos más fáciles para darle la razón al poder. Pero la doctrina está allí, no en el desván de los recuerdos, sino en la armería, guardada y lista para ser reutilizada si los tiempos la vuelven a requerir. Son cimas del poder público y caídas al abismo anti republicano en un "sistema"[5] que nunca logró el equilibrio ni la estabilidad de una división y fractura[6] del poder que permita el ejercicio del control social en libertad y sin abusos de nadie, en el poder o fuera de él. Hay que saber esperar los tiempos históricos y no confundir los *hechos* con el *derecho,* y mientras tanto tratar de construir una sociedad acorde a los principios de un estado democrático de derecho. Pero no hay que olvidar el pasado en cuyo suelo barroso siempre hemos tenido firmemente hundidos los pies.[7]

8. *La teoría objetiva: distinción entre gobierno y administración*

Al caer el régimen imperial en Francia y desarrollarse el espíritu de la legalidad, el "acto de gobierno" se presentaba como una pieza discordante en el derecho francés. Pero no se pasó del *déni* a la afirmación, sino que se consideró que lo que estaba mal era que la decisión de irrevisabilidad estuviera en las manos del administrador. Se creyó que quizás era suficiente con suprimir ese criterio y sustituirlo por otro que la restringiera y concediera protección en los otros casos. Se intentó entonces determinar cuándo un acto era administrativo y cuándo de gobierno, fijar directivas *a priori* que señalaran una separación precisa destinada a evitar la transmutación subjetiva de un acto administrativo en acto de gobierno; ello condujo a la distinción entre gobierno y administración. Se procuró entroncarla con función gubernamental y función administrativa, considerando a la primera de mayor importancia que la segunda, dominándola y determinando la orientación general según la cual se cumplirá la última.[1] Constituyó un avance sobre la doctrina del "móvil político," pues la distinción no la haría ya el mismo poder administrador con su motivación subjetiva del acto, sino el tribunal. Fue un progreso en esa prehistoria jurídica, cambiar la subjetividad de la administración por la del tribunal. En esta etapa LAFERRIÈRE considera que "administrar, es asegurar la

[7.5] Lo entrecomillamos pues no creemos que él exista, en el estado de cosas que estamos describiendo. Así lo explicamos en las glosas a NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico,* Madrid, Trotta, 2003, nota 6, "Principios, sistema, principio fundante," pp. 78 a 80 y más especialmente nota 17, "El sistema, la vida, los tribunales," pp. 86 a 91.

[7.6] Ver *supra,* t. 1, *Parte general,* cap. III, § 5, "Del sistema de frenos y contrapesos a la fractura del poder como control," § 5.1, "La transferencia y fractura del poder como control."

[7.7] Un deslumbrante resumen en PÉREZ GILHOU, DARDO, *Presidencialismo, caudillismo y populismo,* Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2005. Cada una de sus líneas, por donde pasa toda la historia argentina que ilustra el título y da fundamento empírico a nuestro aserto, debiera estar grabado a fuego en nuestra conciencia colectiva. No lo está, por ello siempre reincidimos.

[8.1] DUEZ, *op. cit.,* p. 32.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

aplicación diaria de las leyes, cuidar las relaciones de los ciudadanos con la administración central o local y de las diversas administraciones entre ellas. Gobernar, es proveer a las necesidades de la sociedad política toda entera, velar por la observación de su constitución, el funcionamiento de los grandes poderes públicos, las relaciones del Estado con las potencias extranjeras, la seguridad interior y exterior."[2] Para HAURIOU, gobernar es "solucionar los asuntos excepcionales y velar por los grandes intereses nacionales; administrar, es hacer los asuntos corrientes del público." Según TEISSIER, gobernar es "exclusivamente [...] velar por el funcionamiento de los poderes públicos en las condiciones previstas por la Constitución y asegurar las relaciones del Estado con las potencias extranjeras. Administrar, es asegurar la aplicación diaria de las leyes, velar por las relaciones de los ciudadanos con el Poder Público y las diversas administraciones entre ellas."[3]

9. *Insuficiencia de la distinción*

Pero ya BEQUET observó que "la delimitación de las atribuciones de las dos autoridades, así hecha, es más aparente que real [...] ¿Qué es en efecto, en administración, asegurar la aplicación diaria de las leyes? ¿Qué es velar por las relaciones de los ciudadanos con la administración central? ¿Qué es, en gobierno, proveer a la seguridad interior o exterior? Si el gobierno, para proveer a la seguridad interior, suprime la ejecución de una ley; si para proveer a la seguridad exterior suspende las relaciones de los ciudadanos con la administración central, realizará él un acto de administración o de gobierno?"[1] Todos los ensayos de distinción han caído en la misma imprecisión que impide toda connotación útil; la diferenciación entre asuntos "comunes" y "trascendentes" es un buen ejemplo de ello. Igual observación puede hacerse al intento de parte de la doctrina argentina de distinguir actos constitucionales, que serían a veces revisables y a veces no, de los actos administrativos, que serían siempre revisables. Las lecciones de la historia demuestran que estos intentos están destinados a no tener éxito.

10. *Conclusiones acerca del estado actual del problema en Francia*

La jurisprudencia francesa, al abandonar en 1872 la teoría del móvil político, dijo que "no son los motivos de la decisión de un funcionario los que imprimen a un acto su carácter esencial. Este carácter resulta de la naturaleza misma del acto, de su objeto."[1] No ha tenido más éxito que la doctrina en precisar ese objeto, ni ha podido decir qué es "gobierno" o "administración." Desechado el fin político para fundar la irrevisabilidad y siendo insuficiente la distinción entre gobierno y administración, la jurisprudencia se muestra huérfana de todo fundamento.

[8.2] LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, t. II, París, 1906, 2ª ed., p. 32.
[8.3] TEISSIER, GEORGES, *La responsabilité de la puissance publique*, París, 1906, p. 41.
[9.1] Citado por BRÉMOND, "Des actes de gouvernement," *RDP*, t. V, París, 1896, p. 23 y ss., p. 32.
[10.1] Comisario de Gobierno CHARDENET, *R.D.P.*, p. 674 (París, 1911); DUEZ, *op. cit.*, p. 34.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Esto lleva en Francia a la conclusión que la irrevisabilidad de tales actos no es más que un hecho: los tribunales se niegan a ejercer control sobre ciertos actos que por ello se llaman "de gobierno." Se abandona la distinción entre gobierno y administración como fundamento de una diferenciación pues la distinción es tan incierta y vaga que no distingue nada.[2] Sólo con carácter verbal la doctrina menta allí una diferencia entre "gobierno" y "administración:" nadie pretende obtener de ella conclusiones ni fundamento; si lo tiene, seguramente no es jurídico.

Ya lo dijo BONNARD: "Actualmente, la categoría de los actos de gobierno es mantenida. Pero no se ensaya ya dar una definición general. Se explica la inadmisibilidad del recurso por la necesidad, basada en razones de hecho, de sustraer ciertos actos a toda discusión jurisdiccional, puesto que la experiencia ha revelado que habría inconveniente en dejar desarrollarse la cuestión."[3]

También lo adelantaron HAURIOU[4] y RIVET,[5] en lo que DUEZ llama la "concepción empírica del acto de gobierno," y que consiste pura y simplemente en su enumeración;[6] acto de gobierno es "aquel que figura en una cierta enumeración de actos políticos hecha por la jurisprudencia administrativa bajo la autoridad del Tribunal de Conflictos."[7] Tiene al menos la virtud de la honestidad, ese tan necesario no mentir a los ciudadanos, no pretender engañarlos, no creer que se puede hacerlo sin que nadie tenga sentimientos adversos que a la larga se los hará pagar. El consentimiento de los gobernados necesita como base mínima la confianza en la veracidad y sinceridad gubernamental, algo que entre nosotros provoca casi hilaridad. Si un gobierno no sabe ganarse esa confianza, siembra con prodigalidad las semillas de su propia caída. Claro que para entonces ya no le importa.

III. *El acto de gobierno ante la garantía de la revisión judicial (defensa en juicio)*

11. *En la Constitución no hay excepción a la garantía de la defensa en juicio*

¿Puede admitirse en el derecho argentino una categoría de actos del Poder Ejecutivo que no sean susceptibles de revisión judicial? Empecemos por la dogmática jurídica. Nuestro sistema constitucional y supraconstitucional exige que los habitantes tengan siempre acceso a una instancia judicial al menos en la cual ventilar sus reclamos: es un aspecto del requisito de la defensa en juicio, establecido en el art. 18 de la Constitución, con el alcance de que "es inviolable la defensa en juicio

[10.2] BONNARD, ROGER, *Précis de droit public et administratif*, París, 1948, p. 127.

[10.3] BONNARD, *op. cit.*, p. 127.

[10.4] HAURIOU, MAURICE, *Précis élémentaire de droit administratif*, París, 1938, p. 262.

[10.5] Concl. Com. Gob. RIVET, *Couiétas* (1923), *R.D.P.*, París, 1924, p. 86; DUEZ, *op. cit.*, p. 34.

[10.6] DUEZ, *op. cit.*, p. 32. En el mismo sentido de LAUBADÉRE, ANDRÉ; VENEZIA, JEAN CLAUDE y GAUDEMET, YVES, *Traité de droit administratif*, París, L.G.D.J., 1999, 15ª ed., p. 704 y ss., § 912.

[10.7] HAURIOU, *op. loc. cit.* En cambio VIRALLY considera que es un falso problema, pues la irrevisabilidad del acto se explica por el juego normal de las reglas del procedimiento contencioso-administrativo: "L'introuvable acte de gouvernement," *R.D.P.*, París, 1952, p. 317; VEDEL, GEORGES, *Droit Administratif*, París, 1961, p. 207 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

de la persona y de los derechos," cuyo desconocimiento funda el agravio constitucional de privación de justicia. Esa garantía constitucional no es exceptuada en norma expresa constitucional ni supraconstitucional alguna.[1] Algunos fallos confieren facultades amplias al Poder Ejecutivo, niegan acceso a la justicia por no haber caso,[2] tratarse de un amparo, etc., pero nunca afirman que el acto del Poder Ejecutivo está exento de revisión judicial en la Constitución nacional. Si la regla general es que debe haber defensa en juicio de la persona y de los derechos, una excepción a tal regla debe interpretarse restrictivamente y al menos figurar expresamente contemplada en las normas. No existiendo esa expresa excepción constitucional sino sólo vagas referencias a otras cuestiones, vanos son todos los esfuerzos de autoridad que quieran forzar un texto constitucional hacia el significado de que contenga en algún caso una excepción clara al principio general. Tampoco en el derecho supranacional, sólo hallaremos la condena por violación a la garantía de acceso irrestricto a la justicia.

El principio es que debe haber adecuada y suficiente "defensa en juicio de la persona y de los derechos;" una excepción, por ende, debe decir que "respecto a determinada facultad del PE, no es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos;" no gastemos la vista, no está. Si el problema debatido es "revisabilidad jurisdiccional," no es acertado sostener que la pretendida excepción esté hablando de fortísimas facultades del Poder Ejecutivo *pero no mencione para nada la revisión judicial*. Es el caso del art. 23 de la Constitución, que faculta al PE a adoptar diversas medidas durante el estado de sitio, pero que en momento alguno expresa que ellas estén exentas de revisión judicial; al contrario, aclara explícitamente que no por ello puede el PE aplicar penas: la atribución que se le otorga no es la de ejercer funciones de los jueces, ni la de dictar actos que no sean atacables ante los jueces; si el PE pudiera dictar actos no revisables por un tribunal, ello equivaldría a que su acto tendría la misma fuerza normativa que una sentencia judicial con autoridad de cosa juzgada, en el sentido de que un juez no podría alterarla. No lo leerá un dogmático en parte alguna de la Constitución.[3] Corresponde así partir de la aseveración de que siempre debe haber oportunidad de ocurrir a una instancia judicial en procura de justicia, contra los actos del PE y demás

[11.1] CIDH caso nº 10.897, *Carranza*, informe 30/97, § 68, 72, 75, 77; caso 11.481 *Monseñor Oscar Arnulfo Romeo y Galdaméz*, informe 37/00, § 139 y 140. Nuestra CSJN a partir de los precedentes *Giroldi, LL*, 1995-D, 462, *Bramajo, LL*, 1996-E, 409 y *Arce, LL*, 1997-E, 697, estableció que aquéllos son obligatorios en nuestro derecho interno: *supra*, t. 1, cap VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo," §1.2, "Resumen de la evolución a fines del siglo XX y comienzos del XXI."

[11.2] D'ARGENIO, *op. cit.*, p. 73: "sin importar su grado en la jerarquía de competencias orgánicas, la persona alcanzada por los efectos jurídicos de ese ejercicio estará habilitada para demandar directamente [...] En la medida en que tal procedimiento sea facultativo, la garantía constitucional del «acceso irrestricto a la justicia» [...] permanecerá incólume."

[11.3] Coincide recientemente en esta solución que sostenemos desde nuestra edición de 1963 SANMARTINO, PATRICIO, M.E, *Principios constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2003, p.112.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

órganos administrativos.[4] La Constitución lo prevé en dos partes: en el art. 18 le dice al individuo que su garantía de la defensa judicial es inviolable; en el art. 109 le dice al PE que él no puede ejercer funciones judiciales. Los dos sujetos que se enfrentan en la relación planteada por el "acto de gobierno" están contemplados en la Constitución, que a ambos les dice lo mismo: a uno que siempre podrá ir a la justicia, al otro que nunca podrá ejercer funciones de la justicia. ¿Puede pedirse una construcción dogmática más clara, en el sentido de que los actos del segundo nunca pueden dejar sin protección judicial al primero? Además, la Constitución le dice al PJ que él tendrá jurisdicción en todas las causas en que la Nación sea parte, o que versen sobre puntos regidos por esta Constitución (art. 116). La Constitución *quiere* que el PJ intervenga en todo asunto en que la Nación sea parte o verse sobre la Constitución; que el individuo y las asociaciones tengan *siempre* acceso al órgano judicial para defender su persona y sus derechos particulares o colectivos; que el PE *nunca* pueda actuar en sustitución del órgano judicial. La fórmula constitucional no tiene fisura y son improponibles las tesis que intentan eludirla con artificios semánticos. No cabe sino la leal interpretación de la Constitución.[5] Pretender que de ella pueda desprenderse fundamento alguno para la privación de justicia es absurdo. Es metajurídico invocar que sería "una grave intromisión," "una anomalía," "una intervención judicial en materia política," etc., pues la Constitución en ninguna parte las enuncia, sino que se pronuncia por *la solución favorable al control judicial de toda actividad del Poder Ejecutivo.* Esas frases altisonantes pretenden ora invocar un erróneo derecho natural, ora una erronéa ciencia política, como veremos a continuación.

12. *Derecho natural,* Ancien Régime, Res pública, *Estado democrático de Derecho. El peso de nuestra herencia cultural*

Si a esos argumentos se los quiere vestir de derecho natural, ya que no los adorna la dogmática jurídica, el derecho natural en todo caso no endiosa sino a Dios, jamás al Rey de las monarquías absolutas del *Ancien Régime*[1] y menos a un ciudadano presidente. Si se quiere hablar de jurisprudencia de intereses, esa solución es buena para el príncipe de aquellos sistemas, no para la sociedad democrática y abierta de hoy, aún en los caudillismos presidencialistas que nos caracterizan desde siempre. En una república democrática y liberal como la nuestra, al menos en el esquema constitucional,[2] no hace falta más calificativo para saber de qué queremos hablar y cuáles principios corresponde aplicar. En las modernas monarquías europeas, que necesitan diferenciarse claramente tanto de las

[11.4] REAL, ALBERTO RAMÓN, "El Estado de Derecho," homenaje a EDUARDO J. COUTURE, Montevideo, 1957, pp. 587 y 601; "La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial, salvo excepciones constitucionales expresas," *La Justicia Uruguaya,* t. XVII, 1948-2 (doc.): 47, 51.

[11.5] Como la que entre otros propone una vez más D'ARGENIO, *op. cit,* p. 150.

[12.1] Ampliar en el cap. XIV, "Problemas del acceso a la justicia," nota 4.37.

[12.2] Para la *praxis* basta con leer los diarios, la historia, y uno se ubica.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

repúblicas como de los viejos regímenes monárquicos absolutistas del *Ancien Régime,*[3] se ha acuñado al efecto la frase *Estado democrático de Derecho.* En cualquiera de ambas expresiones ello supone el establecimiento de un orden jurídico en el que un sistema de normas y principios superiores de carácter supranacional y supraconstitucional tiene entre sus fines primordiales la contención del poder y sus frecuentes, casi frenéticas, pulsiones expansivas contra los individuos a pesar de que son estos los que dan vida al país. Cuando ellos se resisten, o defienden meramente su derecho, a veces son equiparados al enemigo de una tan implacable como inexplicable guerra interna, inventada por quien está en la ocasión empeñado (una vez más en la historia argentina que nunca aprende de sus errores sino que se retroalimenta sinérgicamente de ellos) en concentrar y multiplicar su poder interno. Aunque, hablamos puntualmente de la Argentina, sin perjuicio de las referencias jurídicas que luego haremos, quizás las pinturas más logradas se las debamos a un novelista, a un periodista y a un sociólogo.[4] Remitámonos, pues, a su lectura. O si no, hagamos un poco de historia, esa que empezó hace más de cinco siglos, no la versión edulcorada.[5]

Quizás convenga entonces, detenerse un momento en este punto para comprender mejor nuestro presente mirándolo desde el prisma de nuestra historia, más difusa que la europea contemporánea. Europa superó las monarquías absolutas donde nacieron y murieron los actos de gobierno y los actos no justiciables en general. Nosotros no somos, como los *pilgrims* norteamericanos, descendientes de familias

[12.3] Tema este brillantemente explicado por García de Enterria y Fernández, *op. cit.*, cap. I, "La Administración Pública y el Derecho Administrativo;" cap. II, "El ordenamiento administrativo. La constitución como norma jurídica;" cap. III, "La Ley;" cap. IV, "El Reglamento;" y mis notas a los caps. I, III y IV.

[12.4] Ver Mairal, Pedro, *El año del Desierto,* Buenos Aires, Interzona, 2005; Eliaschev, Pepe, *La intemperie. Argentina entre los brillos y las sombras,* Buenos Aires, FCE, 2005, cuyo título usa Mairal como *leit motiv* para su extraordinaria novela de futurología que parece ya mañana...; el dato de sociología urbana, al mismo año de 2005, es también indispensable: Merklen, Denis, *Pobres Ciudadanos. Las clases populares en la era democrática. [Argentina, 1983-2001],* Buenos Aires, Gorla, 2005, pp. 14, 66-67. En lo jurídico ver Bianchi, *Constitución y Administración luego de la reforma de 1994 (una relación sustancial y difícil),* en Bidart Campos y Gil Dominguez, Andrés (coords.), *A una década de la reforma constitucional. 1994-2004,* Buenos Aires, Ediar, 2004 y sus referencias.

[12.5] Lo hemos intentado en *The Future of Latin America: Can the EU Help?,* Londres, Esperia, 2003, con prólogo de Spyridon Flogaïtis, Director del Centro Europeo de Derecho Público, cap. II, § 6, "Some Indigenous Groups and Us," pp. 38-44; § 7, "Is There More than a Casual Connection?," pp. 44-7; § 8, "The Notion of Time," pp. 47-50; § 9, "The Notion of Contract," pp. 50-1; § 10, "The Exemplary Center," pp. 51-3; § 11, "The Notion of Authority," p. 54; § 12, "The Emphasis on «Our» Presidential Style," pp. 54-5; cap. III, § 1, "A History of Law Avoidance", pp. 57-8; § 2, "Some Instances of Mass Murder," pp. 58-60; § 3, "Five Hundred Years of the Same Kind of Governance. A Few Bubbles of «Wealth»," p. 60; § 4, "A History of Chronic Indebtedness," pp. 60-1; § 5, "An Empty Country," pp. 61-2; § 6, "Imagination and Reality," pp. 62-7; § 7, "A Few More Words about Ourselves and Our Origins," pp. 67-70. Allí se encontrarán referencias más técnicas a los libros de economía, historia, antropología, sociología, etc., que tan bien, por lo demás, expresan en otra veta las obras citadas en la primera parte de la nota precedente. Ver también las consideraciones que hacemos en el prefacio a esta edición.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

inmigrantes con vocación de establecerse en forma independiente y definitiva en base al trabajo y no a la explotación de los indios ni a la búsqueda de tesoros. Nuestros conquistadores no eran familias buscando establecerse y trabajar, eran hombres sólos, guerreros y conquistadores, que venían buscando tesoros aquí inexistentes y poblaciones a quienes sojuzgar y explotar. Esas poblaciones a su vez eran en su mayor parte nómades, caudillistas, y reaccionaron con fiereza frente a los intentos de dominación. La lucha entre indígenas y conquistadores duró casi cinco siglos: La empezaron los múltiples europeos y también norteamericanos que pasaron por estas tierras, la continuaron los descendientes comunes de aborígenes e invasores: Son los descendientes de ambos los que terminaron la "conquista del desierto," en plena independencia y autodeterminación nacional de un país que actuó soberanamente, perfeccionando hasta su última consecuencia territorial y humana la conquista española. Retrospectivamente, fue mayor la conquista argentina que la española. Como dice prestamente y con especial gracejo nuestro queridísimo amigo don JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, cuando alguien pretende zumbonamente reprocharle culpas de sus ascendientes, "Serán los tuyos, porque los míos se quedaron en Galicia." Esa es nuestra herencia cultural, el fruto de la guerra y la sangre, la violación y el pillaje, entre los indios y los conquistadores: la mezcla violenta de su sangre produjo las sucesivas amalgamas socio- culturales a las cuales se incorporaron las siguientes inmigraciones. Los futuros inmigrantes que llegaron a Estados Unidos se amalgamaron a la cultura fundada por los *pilgrims* en base a la familia y al trabajo;[6] los sucesivos inmigrantes que llegaron a nuestro suelo se amalgamaron a la cultura formada por la muerte, el pillaje, la violación recíproca de conquistadores a la búsqueda de tesoros inexistentes, e indios que resistieron hasta perder su vida y su identidad en el nuevo *melting pot* nacional. Tenemos una sociedad con suficiente masa crítica como para incorporar a su seno, y amalgamar, a todas las nuevas corrientes inmigratorias que lleguen, al igual que la norteamericana: pero los puntos de partida, a partir de las primeras naves y los primeron inmigrantes o conquistadores, fueron y siguen siendo diametralmente diferentes.

Dentro de ese contexto, heredamos la concepción monárquica del *Ancien Régime, ab lege solutus*. Antes se llamó actos de gobierno. Hoy ha mudado de nombre, y seguirá haciendolo, pues la fuerza subyacente del fenómeno es cada vez más fuerte y le permite sortear con facilidad meros vallados semánticos.

13. *El principio de que debe haber una instancia judicial al menos*

La CSJN ha entendido que no es requisito constitucional que haya más de una instancia judicial, pero sí que debe haber una al menos.[1] Si entendiéramos que en algún caso determinado el Poder Ejecutivo estuviera facultado para dictar una

[12.6] Y más, claro está. Ver *infra*, cap. XV, nota 5.9.

[13.1] CSJN, *Fallos*, 247: 646, *Fernández Arias, Elena y otros, v. Poggio, José (Suc.)*, 1960.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

decisión respecto de la cual no hubiera ya revisión judicial, estaríamos afirmando que el Poder Ejecutivo es esa instancia judicial; interpretación que choca contra la letra del art. 109 de la Constitución: "En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse al conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas." Es pacífica la regla de que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos, que contra las decisiones de órganos ejecutivos siempre debe existir "recurso u ocurso subsiguiente ante los jueces del Poder Judicial"[2] y que a falta de él, el régimen dejaría de ser congruente "con los derechos y garantías constitucionales."[3]

Ha dicho la CSJN "que la actividad de tales órganos se encuentra sometida a limitaciones de jerarquía constitucional, que, desde luego, no es lícito transgredir," entre las que figura ante todo la que obliga a que el pronunciamiento "emanado de órganos administrativos quede sujeto a control judicial suficiente, a fin de impedir que aquéllos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior (Fallos: 244: 548)."[4] Y ha agregado por vía de principio: "Que una interpretación contraria no tendría cabida dentro del derecho argentino, en mérito a dos razones principales. Primeramente, porque el art. 18 de la Constitución Nacional incluye la garantía de que, mediando situaciones del carácter indicado, ha de reconocerse a los habitantes del país el derecho a ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia (*Fallos*: 193: 135; 209: 28; 246: 87, considerando 9º). Si este requerimiento no recibe satisfacción, esto es, si las disposiciones que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha, como las leyes que el recurrente tacha de inválidas, existe agravio constitucional originado en privación de justicia. En efecto, ésta se configura toda vez que un particular, no obstante hallarse protegido por la indicada garantía del art. 18, queda sin juez[5] a quien reclamar la tutela de su derecho, sea que ello ocurra con motivo de situaciones contradictorias como la contemplada en *Fallos*: 193: 135 (en igual sentido: *Fallos*: 178: 333; 197: 202; 234: 382; 237: 285, etc.), o en virtud de la derogación de las normas que creaban los tribunales competentes para entender en la causa (*Fallos*: 234: 482), o bien —como acontece en la especie— a raíz de preceptos legales que lisa y llanamente excluyen la debida intervención judicial (doctrina de *Fallos*: 129: 405, considerando 2º; 184: 162 con-

13.2 *Fallos*, 195: 50, *Blas Freijomil*, 1943.

13.3 *Fallos*, 247: 646, *Fernández Arias*, 1960, *op. cit*.

13.4 *Fallos*, 247: 646, 656, cons. 13º.

13.5 En realidad no quedaba, en la CSJN anterior, sin juez, sino que la mayoría ocasional de la Corte Suprema le quitaba a veces en aquel entonces el pronunciamiento jurisdiccional que había tenido. Por ello cuando la nueva CSJN reincidió en el mismo error pero con mayor efecto deletéreo aún en el caso *Bustos*, escribimos "¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?" *op. cit*. Otros pronunciamientos, sin embargo, quedan firmes o son medidas autosatisfactivas. Nos remitimos a los caps. II, "Derechos de incidencia colectiva;" III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva;" IV, "El interés legítimo," de este mismo t. 2.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

siderando 3º; 205: 17, considerando 3º)." El art. 18 de la Constitución no requiere doble instancia, pero sí impone *una al menos*, si están en juego derechos individuales o de incidencia colectiva.[6] Ellos no pueden ser sustraídos a los jueces sin agravio constitucional en virtud del art. 18, articulado con el 43 en los derechos colectivos.[7] Privar al Estado de Derecho del ejercicio de uno de sus poderes a favor del Poder Ejecutivo, tiene una inquietante cercanía a la proscripción del art. 29.

13.1. *Los actos que no lesionan derechos de los individuos que los impugnan*

No se podría dudar de la aplicación del principio constitucional en virtud del cual todos los individuos pueden atacar cualquier acto del Poder Ejecutivo y sus órganos dependientes, que lesionen su persona o sus derechos. Pero existen autores que entienden encontrar peculiaridades —en ciertos actos— que excluirían su revisión judicial. Los criterios son similares; no puede afirmarse que el acto es irrevisable porque es válido o constitucional, porque en tal caso corresponde que el juez lo revise y declare esa validez o constitucionalidad. Un caso notorio en que la justicia no dijo que el acto era de gobierno o irrevisable, fue la intervención a un ente regulatorio; la solución del tribunal fue que no podía anular un acto manifiestamente nulo de nulidad absoluta, porque los usuarios no tienen derecho ni legitimación a tener tal ente de contralor...[8]

La tesis es sugestiva porque tiene una parte de verdad, sólo que equívocamente interpretada; en efecto, algunos actos no afectan derechos en manera tal como para legitimar a una persona a obtener su anulación, en dos casos:

a) cuando el acto es de contenido particular, afectando a una persona en forma directa y exclusiva y sólo de manera indirecta a otras personas que puedan sentirse lesionadas por tal acto;

b) cuando el acto es de contenido general, si bien puede causar lesión a los derechos de los individuos, puede ocurrir que por el mismo sistema de revisión vigente, no exista acción directa para ningún individuo afectado por la norma general.

El equívoco consiste en entender, expresa o implícitamente, que esto ocurra únicamente con los actos que cada autor decida llamar no justiciables, de gobierno, políticos o institucionales: si fuera cierto que solamente los actos relativos a las relaciones internacionales, a las relaciones entre poderes, o a la seguridad interior, no fueran atacables cuando son generales o cuando siendo particulares el

[13.6] GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2005, 3ª ed., p. 479: "La decisión de los órganos administrativos al resolver los conflictos debe estar condicionada, siempre, a una revisión judicial suficiente."

[13.7] *Fallos*, 247: 646, 658, cons. 20º. La bastardilla es nuestra.

[13.8] "La legitimación en el amparo: asociaciones, cooperativas, derechos de incidencia colectiva," *LL*, 1995-E, 516, nota al fallo *Consumidores Libres*, del Juzg. Fed. CA Nº 9, año 1995.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

que los impugna no es el afectado por el acto, entonces pudiera existir algún dejo de justificación para querer construir con esto una noción o teoría especial.

No obstante, esa exclusión del recurso no surge en modo alguno del carácter político del acto, sino de que todo acto emanado de la administración, tenga o no carácter político, sea de importancia grande o pequeña, se rige por iguales principios de legitimación procesal. En virtud de ello no cualquier persona puede atacar cualquier acto, sino sólo aquellos cuyos derechos se ven afectados de acuerdo al sistema procesal general vigente (derecho subjetivo, derechos de incidencia colectiva). La cuestión de la legitimación no se resuelve según el tipo de acto impugnado, sino según el tipo de interés que tenga afectado la persona o asociación que pretenda su anulación, en el caso del Defensor del Pueblo de la Nación, por su legitimación *ope juris* de naturaleza constitucional.[9]

En todo caso, el tema ha perdido bastante vigencia en la actualidad argentina, en ambos casos, porque el derecho positivo vigente, se ha modificado sustancialmente con la legitimación amplia otorgada a las asociaciones por el art. 43 de la Constitución en materia de derechos de incidencia colectiva[10] y con la legitimación también constitucionalmente amplia del Defensor del Pueblo de la Nación, aunque a éste se la retacee, inexplicablemente, la Corte Suprema de la Justicia de la Nación en su anterior composición. En conclusión, estamos ante casos de antigua falta de acción que hoy, a nuestro juicio, sí la tienen.

13.2. *Continuación. El acto particular que no es atacado por la persona afectada por él*

El primer caso típico es el del acto —administrativo o "de gobierno"— que se refiere a una persona determinada, designándola en un cargo,[11] dándole un beneficio,[12] etc., que quiera ser impugnado por otra persona que aquella a la cual el acto beneficia. En el sistema judicial tradicional de revisión de los actos administrativos, anterior a la Constitución de 1994 con sus derechos de incidencia colectiva, dicho acto no podía ser impugnado por las personas a las cuales el acto no contemplaba, pues ellas sólo tienen un interés legítimo lesionado por dicho acto, no un derecho subjetivo que él desconozca en el caso.[13] Con todo no debe olvidarse

[13.9] El punto lo expusimos en el t. 1, *Parte general*, *op. cit.*, cap. XII, "Los órganos del Estado," § 14.1, "El Defensor del Pueblo." Ver CSJN *in re Defensor del Pueblo de la Nación*, *LL*, 2005-C, 858.

[13.10] Ver *supra*, cap. II, "Derechos de incidencia colectiva," de este vol.

[13.11] P. ej., nombramiento de los jueces.

[13.12] P. ej., otorgamiento del indulto. MAIRAL, *Control...*, *op. cit.*, pp. 508-9, admite el carácter sublegal del indulto en los ejemplos que damos en el t. 1 pero concluye que no está comprendido en el decreto-ley de procedimiento ni puede el Congreso establecer otras regulaciones razonables. Nos parece contradictorio.

[13.13] Ampliar *supra*, caps. II, "Derechos de incidencia colectiva," III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva;" *infra*, caps. XIII, "La tutela judicial" y XIV, "Problemas del acceso a la justicia." Ver "Los grandes fallos de la actualidad," cap. XI del libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

que en la realidad actual los derechos de incidencia colectiva[14] han ampliado la legitimación. En aquella orientación no pueden atacar judicialmente el acto: *a)* el concursante que perdió un concurso, cuando otra persona es designada en el cargo, a menos que pueda fundarlo en alguna norma supranacional como la no discriminación; *b)* el interesado en conseguir cualquier empleo público, haya o no concurso de por medio, si la administración designa directamente a otro, con la misma salvedad anterior; *c)* el interesado en ser ministro, si el Poder Ejecutivo nombra ministro a otro individuo; *d)* el abogado interesado en ser juez, si el Consejo de la Magistratura propone y se designa a otro abogado.

Ya vimos que ello no impide que pueda presentarse una asociación en virtud de los derechos de incidencia colectiva, o el mismo Defensor del Pueblo de la Nación. Si alguien quisiera aferrarse a la práctica jurisdiccional preconstitucional de negar acceso a la tutela judicial efectiva a los titulares de tales derechos y no tuviera tampoco en cuenta los derechos de incidencia colectiva ni la legitimación del defensor del pueblo, la cosa no cambia a favor del acto de gobierno o no justiciable. Ninguna diferencia sustancial existe entre el último caso y los anteriores: la razón de que el perdedor que no consiguió el cargo no pueda atacar judicialmente al acto que lo afecta, es en todos los casos la misma (falta de reconocimiento judicial de un derecho subjetivo lesionado) y no podría afirmarse que en la última hipótesis haya un acto que en modo alguno difiera de los anteriores, en lo relativo a su revisabilidad jurisdiccional. ¿Por qué pretender pues que el último sea acto de gobierno, si los anteriores no lo son?

No existe diferencia alguna entre un caso y el otro, a pesar de lo cual nadie comenzará a llamar acto político, de gobierno o institucional, al otorgamiento de una beca, a la concesión de un subsidio, o al nombramiento de un ordenanza en el ministerio... siendo que, en todos los casos, el acto no puede ser atacado judicialmente por las personas a que el acto concreto no se refiere. Va de suyo que la persona a quien el acto contempla, en caso de sentirse agraviada por él —lo cual es difícil, porque tratándose de nombramientos es usual que la persona sea consultada previamente y esté conforme en ser designada— puede impugnarlo. El caso se ha dado sobre todo en materia de indulto, en que el indultado puede no querer aceptar si se lo confieren antes de una sentencia que lo condene, pues él puede considerar, con razón, que tiene derecho no a que lo "perdonen," sino a que lo declaren "inocente" por sentencia firme. Pues bien, el indulto ha sido considerado en Francia como un acto de gobierno, no justiciable, mientras que en nuestro país existen varios pronunciamientos en el sentido de que el indulto conferido antes de la sentencia del juez es inconstitucional, puede ser atacado por el indultado y debe ser anulado por el juez. Más aún, la justicia argentina ha nulificado, no a petición del beneficiado sino, precisamente, contra su pretendida aplicación,

[13.14] *Supra*, caps. II, "Derechos de incidencia colectiva," III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva," IV, "El interés legítimo."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

los indultos dictados en relación a hechos calificados como delitos de lesa humanidad,[15] por considerar que tales actos constituían un alzamiento contra derechos elementales del ordenamiento internacional. Ello demuestra bien a las claras la revisabilidad jurisdiccional de actos de esa naturaleza. Igual cosa ocurre con todos los actos de la administración que se refieren a un caso particular y que no afectan sino indirectamente a otras personas: la intervención por el decano a una mesa examinadora, la intervención por el Poder Ejecutivo a la Universidad o a cualquier otro ente autárquico, la intervención federal a las provincias, sin perjuicio de que puede existir legitimación de usuarios y administrados por los derechos de incidencia colectiva garantizados por la Constitución de 1994.

En todos estos casos y de no cumplirse plenamente, como hasta hace poco tiempo con el respeto a los derechos de incidencia colectiva, el acto de intervención, si bien eventualmente ilegítimo, se ha dicho —incumpliendo el art. 43 de la Constitución— que no afectaba directamente sino tan sólo los derechos de las personas o funcionarios que habían sufrido la intervención y la separación de sus cargos. De estos se podrá decir que tienen derecho subjetivo a discutir si fueron o no bien separados de sus cargos, en caso de que ello haya ocurrido.

Pero la cuestión es que también corresponde reconocer legitimación judicial, en tanto se aplique y cumpla la Constitución, también a quienes están afectados por ella por los derechos de incidencia colectiva (usuarios, asociaciones de usuarios, el Defensor del Pueblo de la Nación). Empero, si no se cumple la Constitución no se estimará que los usuarios pueden reclamar judicialmente porque se ha intervenido al ente regulador independiente del servicio público monopólico, etc. En estos casos se reproduce la situación ya observada: la transgresión al ordenamiento jurídico, en esas interpretaciones preconstitucionales, lesiona sólo intereses legítimos de los administrados, pero no sus derechos subjetivos (sólo los funcionarios agraviados podrían eventualmente invocar derechos subjetivos) y ello significa, en ese estadio antiguo de alguna parte de nuestra vieja praxis judicial anterior a la Constitución, que ningún individuo en tal situación tendría acción judicial para la defensa de ese interés.

Si el derecho viviente en la jurisprudencia actual que explicamos en los caps. II a IV se mantuviera y se respetara el derecho de acceso a la justicia en defensa de los derechos de incidencia colectiva, entonces en todos los casos, ante la lesión de sus intereses legítimos o derechos subjetivos, existiría legitimación judicial efectiva contra los respectivos actos, sin que cupiera en tal situación efectuar distinción alguna por la supuesta naturaleza "política" de alguno de ellos. Ese es el derecho que consideramos aplicable.

[13.15] CSJN, *Simón,* 14-VI-2005, con notas de Diana, Nicolás y Kodelia, Gonzalo, "Sinceridad y justicia: 18 años después," *LL,* 2005-E, 320 y Moscariello, Florencia, "Búsqueda de las soluciones más justas en defensa de los delitos más injustos. Comentario al inolvidable fallo Simón," *LL,* 2005-E, 330. Anteriormente nuestro art. "Decláranse insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521," *LL,* 2003-E, 1506.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

13.3. *Continuación. El acto general que no puede ser impugnado directamente*

El segundo caso de actos llamados de gobierno que no pueden ser atacados, según esta doctrina, por su carácter político, es el de algunas medidas generales adoptadas en ciertos casos por la administración (declaración de estado de sitio, p. ej.).

Sin embargo, la jurisprudencia argentina había interpretado antiguamente que ningún tipo de acto general de la administración podía ser impugnado judicialmente en forma directa (es decir, atacar el acto general mismo), sino que su impugnación debía hacerse indirectamente, en caso de dictarse un acto particular de aplicación de aquel acto general, o mediante el reclamo que prevé el decreto-ley 19.549/72, o recursos directos cuando los hubiera etc.[16] En oportunidad, pues, de aplicarse el acto general a un caso concreto, correspondía que el afectado por el acto particular lo atacara judicialmente, e hiciera en ese momento sus impugnaciones al acto general en cuya virtud se lo dictaba. En tal caso, si el tribunal consideraba que el acto general era antijurídico no lo anulaba con alcance general, sino que tan sólo lo declaraba ilegal en el caso concreto; es decir, anulaba el acto particular de aplicación pero dejaba vigente la norma general.

Desde luego que este sistema no era eficaz, porque llevaba al sistema de fallos repetitivos, exactamente iguales, que producía una notoria merma de justicia y hasta contribuían a una privación sistemática de justicia.

Pero esa vieja realidad cambió con las sentencias de efectos *erga omnes* y nada hace suponer que el tratamiento de cuestiones políticas incida de uno u otro modo en la cuestión.[17] Por supuesto, queda librado a la discreción del tribunal a qué cuestiones otorgará en su sentencia efectos *erga omnes*; pero ello no dependerá de criterios abstractos y predeterminados[18] sino de la evaluación de las circunstancias del caso y del contexto social, económico y político en el cual el caso se inserta.[19]

13.16 Como decía antaño la Corte Suprema, "los jueces no pueden invalidarlo sino cuando se plantea su aplicación a un caso particular," *Fallos*, 238: 36, 43, *Federación Gráfica Argentina*, año 1957. Ya vimos *supra*, caps. II a IV, que esa jurisprudencia cambió con los casos *Ekmekdjian*, CSJN, *Fallos*, 308: 647; *LL*, 1992-C, 543; *ED*, 148: 354; *Monges*, CSJN, *LL*, 1997-C, 150; *ED*, 173: 272; *Blas*, Sala I, *LL*, 1998-A, 288; *Barsanti*, Sala I, *LL*, 1998-A, 293, entre otros. Otros casos de efectos *erga omnes* por su objeto son *Labatón*, Sala V, *LL*, 1998-F, 346; *Telintar*, Sala IV, *LL*, 1995-A, 220 y CSJN, *LL*, 1997-C, 320; *IMPSAT*, Sala IV, *LL*, 1998-A, 246; *Dalbon*, *LL*, 1997-F, 291; *Viceconte*, *LL*, 1998-F, 305; *Verbrugghe*, *ED*, 185: 995; *Gambier (II)*, Sala II, *LL*, 1997-E, 624; *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, BELTRÁN, "Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad;" *LL*, 2000-B, 274; *Asociación Vecinal Belgrano*, *LL*, 2003-C, 99 con nota de GIL DOMINGUEZ, "Tasas aeroportuarias y pesificación: un ejemplo de justicia constitucional activa y comprometida"; CIMINELLI, DARÍO, "La impugnación de un acto administrativo mediante la acción de defensa del consumidor," en *DJ*, 2005-2, 1057.

13.17 Lo explicamos en nuestro art. "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia," en *LL*, 1997-F, 1318; actualizado como "Los grandes fallos de la actualidad," como cap. XI del libro *Después de la reforma del Estado, op. cit.*; "Un *leading case* provincial en que el derecho no cae en la vorágine," *LL*, 2002-B, 344, nota al fallo *Quintana*, de la SC de Buenos Aires, año 2001.

13.18 Salvo algunos pocos supuestos. El caso de los fallos sobre medio ambiente es uno de los más apropiados para el dictado de sentencias *erga omnes*.

13.19 Ver *supra*, cap. I, nota 1.15.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

13.4. *El alcance de la revisión judicial: la apreciación discrecional o reglada de los hechos*[20]

También algunos plantean la duda de que existirían ciertas situaciones en las que sólo el poder administrador estaría facultado para apreciar los hechos, no así el Poder Judicial. Quienes así piensan desconocen toda la elaboración doctrinaria y jurisprudencial sobre facultades regladas y discrecionales y control de la discrecionalidad y en particular los supuestos de arbitrariedad de la decisión administrativa, que ningún tribunal se puede abstener de controlar sin jugarse hasta el nivel de juicio político. Un juez que hiciera tamaña afirmación en su sentencia se haría acreedor, en efecto, a su remoción por justa causa.

Incluso cuando se está en presencia de una facultad reglada, ella consiste en que la norma jurídica establece una relación dada entre ciertos hechos que ella contempla y cierto acto que ordena o prevé debe dictarse: para que el juez pueda determinar si la administración se apartó o no de sus facultades regladas, inevitablemente debe determinar si se dieron o no los hechos previstos por la norma, independientemente de que el administrador diga o crea que tales hechos se dieron o no. El control de las facultades regladas de la administración supone revisar si ellas se ejercieron en los casos y condiciones de hecho previstos por el orden jurídico: el control de los hechos lo efectúa ineludiblemente el Poder Judicial. En las facultades discrecionales igual se debe hacer el control de razonabilidad. Pensar u opinar que el juez no puede determinar si la administración ha actuado en las situaciones de hecho en que la norma establecía que debía actuar, o si lo ha hecho con sustento fáctico suficiente, de manera proporcionada, sin desviación de poder, con adecuación de medio a fin, etc., es desconocer todo el sistema[21] argentino[22] y mundial de revisión judicial de la actividad administrativa; es desconocer:

a) que si la administración deja cesante a un individuo fundándose en que tiene más faltas injustificadas que las que prevé su estatuto, el Poder Judicial debe analizar si se dieron o no el número de faltas previsto por la ley e invocado por la administración, anulando la cesantía en el segundo caso;

b) que si la Ciudad aplica una sanción a un comerciante por considerar que cometió determinada falta o contravención, el Poder Judicial controla si efectiva-

[13.20] Ver D'ARGENIO, *op. cit.*, cap. III, sección C, § 44 a 48, pp. 94-9.

[13.21] Sobre la referencia al "sistema jurídico" hemos sostenido que "no se puede predicar su existencia en la vida real." Ampliar en mis glosas al libro de NIETO y GORDILLO, *op. cit.* nota 17, "El sistema, la vida, los tribunales," pp. 86-91.

[13.22] D'ARGENIO, *op. cit.*, p. 88: "¿Cómo la *apreciación de los hechos* va a *pertenecer* al ámbito de la función administrativa, con exclusividad, si —una vez apreciados esos hechos en ejercicio de la función administrativa— el juez interviene en un caso configurado por esos hechos? De tal modo *juzga apreciando los hechos* y la ponderación de ellos efectuada por la Administración para concluir si ésta fue legítima o ilegítima, es decir, ajustada a los antecedentes causales documentados en el procedimiento administrativo y a la finalidad legal impuesta al órgano para el ejercicio de su competencia." Hemos modificado el énfasis del original.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

mente tal falta o contravención fue realmente cometida, anulando el acto si interpreta que ella no existió;

c) que si un particular reclama una indemnización de daños y perjuicios y la administración sostiene que no hubo daño alguno, el Poder Judicial puede apreciar los hechos y determinar si el daño ha existido y en caso afirmativo hacer lugar a la demanda condenando al Estado al pago de la indemnización;

d) que si un concesionario o licenciatario de servicios públicos acciona judicialmente contra una multa que se le ha aplicado en sede administrativa, por entender la administración que incumplió con sus obligaciones, el Poder Judicial, por medio de peritos, determinará si existe o no incumplimiento que fundamente la multa aplicada y en caso negativo la anulará;

e) Ninguna razón hay para que sólo el administrador sea juez de si se dieron o no las circunstancias previstas por la norma, cuando se trata de una facultad reglada. En consecuencia, si se interviene a una provincia invocando alteración del régimen republicano de gobierno (condición ésta regladamente exigida por la Constitución), el Poder Judicial deberá constatar, de acuerdo con las pruebas que se producen en el juicio que eventualmente puede existir, si tal condición constitucional ha sido respetada por el Poder Ejecutivo o no; si se decidiera el estado de sitio invocando conmoción interior, igual cosa habrá de ocurrir, etc.

Si se estimara que apreciar la existencia de "conmoción interior" no constituye una facultad reglada, sino discrecional, la cuestión no cambia. Con todo, aclaremos que no estimamos que la imprecisión del tipo legal signifique necesariamente que se confiera una facultad discrecional a la administración; torna sólo más discutible, la determinación de cuáles son los casos en que el Poder Ejecutivo puede actuar; y esto justamente viene a probar lo contrario de lo que se pretende, ya que si la naturaleza o extensión de la competencia del Poder Ejecutivo es oscura, en la duda cabe interpretarla restrictivamente. La doctrina de derecho administrativo ha dicho que la competencia se interpreta restrictivamente y sólo existe cuando la ley (o la Constitución) la otorga explícitamente o al menos en forma razonablemente implícita: no vemos entonces por qué se interpretará diferentemente un grupo de atribuciones otorgadas al Poder Ejecutivo, si ninguna norma sostiene cosa distinta, ni son valederos, ninguno de los argumentos diversamente esgrimidos para fundamentarlo.

13.5. *Continuación. La revisión de las facultades discrecionales*

Lo sostenido es válido aunque se interpretara que en ciertos actos el Poder Ejecutivo tiene una potestad de índole discrecional, pues también está más que claro en el derecho administrativo que discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad; que la facultad discrecional tiene límites jurídicos que permiten controlar judi-

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

cialmente el ejercicio de tal actividad. Nuevamente, aquí, afirmar que porque la Constitución otorga —supuestamente— discrecionalidad al Poder Ejecutivo, éste es el único juez de sus actos, es desconocer o ignorar todo lo ya avanzado por el derecho administrativo en la teoría y en la práctica. Pero la realidad ha ido más lejos, al punto que se torna anticuado sostener que el Poder Judicial no pueda revisar tal o cual aspecto discrecional.

La jurisprudencia ha establecido y con razón, que puede controlar y revisar hasta la calificación de "utilidad pública" hecha por la admisnistración o por el Congreso, en materia de expropiación,[23] lo que sí es probablemente facultad discrecional y ni siquiera del Poder Ejecutivo sino del Poder Legislativo. No hay superioridad constitucional alguna del Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo y el Poder Judicial para que los actos discrecionales del parlamento, esto es, las leyes del Congreso de la Nación, puedan ser controladas judicialmente, pero no pueda serlo un acto meramente emanado del Poder Ejecutivo.

El vicio político es autoritarismo o favoritismo al poder, caciquizmo, caudillismo, hiperpresidencialismo. Es todo el drama de nuestra historia política. El vicio de tal razonamiento es por demás evidente y debe ser evitado. De igual manera, el Poder Judicial puede controlar si una cesantía o exoneración es o no arbitraria y anular este acto si eventualmente resuelve que se ha efectuado una apreciación desproporcionada e irrazonable de la falta cometida por el empleado. No existe diferencia entre esa revisión judicial de la arbitrariedad con que la administración efectuó una apreciación de los hechos y la revisión que igualmente corresponderá que efectúe de la posible arbitrariedad con que la administración haya apreciado un "estado de conmoción interior," o situación similar contemplada en la Constitución o en las leyes.

Si no existen otros argumentos —que no los hay— para excluir la apreciación del Poder Judicial sobre estos hechos, ha de tenerse presente que su carácter discrecional ciertamente no la excluye en modo alguno.[24] Con todo, existe una permanente controversia sobre el alcance de la revisión.[25]

13.23 CSJN, *Fallos*, 251: 246, 255, *in re Nación Argentina v. Jorge J. Ferrario*, año 1961, "Si los jueces de una causa expropiatoria comprueban que la utilidad pública no existe o ha sido desconocida por la Administración y [...] media alguno de los supuestos de gravedad o arbitrariedad extrema [...] están obligados a desempeñar la primera y más elemental de las funciones que les incumben, esto es, la que consiste en proteger las garantías constitucionales declarando la invalidez de los actos del Estado que pretenden vulnerarlas."

13.24 En igual sentido D'ARGENIO, *op. cit.*, cap. III, sección C, § 44, pp. 94-5: "no puede jamás existir a priori una actividad discrecional que se legitime por la sola circunstancia de ser tal."

13.25 Ver TIMSIT, GÉRARD, *Gouverner ou juger. Blasons de la legalité*, París, PUF, 1995; GARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996; SESÍN, DOMINGO JUAN, *Administración pública, actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Depalma, 1994; PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN, *La administración y los jueces*, Caracas, EJV, 1988, con artículos de ALEJANDRO NIETO GARCÍA y LUCIANO PAREJO ALFONSO; FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *De la legalidad de la administración*, Madrid, Civitas, 1998.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

13.6. *División de poderes y acto de gobierno. El error de que cada poder sea "soberano en su esfera"*

Muchas veces quienes analizan el problema de los actos de gobierno repiten, consciente o inconscientemente, el error que alguna vez tuvo la Corte Suprema en el siglo XIX: creer que cada órgano debe ser "soberano en su esfera," de acuerdo con la división de los poderes. Si esa interpretación fuera acertada, resultaría que el objeto de la división de los poderes sería tener tres órganos distintos, cada uno de los cuales legislaría, administraría y juzgaría en lo relativo a su propia actividad. Con semejante criterio, no sólo se concluiría en que los actos de gobierno no deben ser revisados por los jueces, sino que tampoco deben serlo los demás actos administrativos; que la administración no está sujeta a las leyes y tampoco lo está el Poder Judicial; que los litigios relativos a la actividad del Congreso serían resueltos por el propio Congreso y así sucesivamente. El desacierto es evidente.[26] Sin embargo, la finalidad de la división de los poderes, ya lo señaló MONTESQUIEU, es que el poder contenga el poder ("*Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*"), lo que se logra dividiendo al poder estatal y oponiendo las partes respectivas para que se refrenen recíprocamente (de allí lo de "sistema de frenos y contrapesos," o fractura del poder estatal). Si la división de poderes resultara en que cada poder hace lo que le parece en su esfera sin frenos ni contrapesos, sin control de los otros poderes, entonces no se cumpliría la finalidad de la división de los poderes, que es refrenar y limitar el ejercicio del poder para que él no pueda ser abusado. ("Es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder, tiende a abusar de él: eso sigue hasta que encuentra límites," decía también MONTESQUIEU). Lo esencial de la división de poderes es la división de funciones y no sólo la división en órganos; una división en órganos no acompañada de una división de funciones no es garantía de libertad ni responde a la finalidad buscada.[27] La triple premisa a que da lugar la teoría de la división de los poderes no es que cada poder legisle, administre y juzgue en lo relativo a su actividad, sino por el contrario que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar de su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute.

[13.26] Dice MARIO JUSTO LÓPEZ en que la palabra "soberanía" se emplea para justificar "siempre y en definitiva, el gobierno sin restricciones, la posibilidad del oprobio" (*La soberanía*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967, p. 55.) "Ya que es inevitable que alguien mande, que no lo haga a cuenta de su capricho;" "Que haya sí, gobierno, todo el gobierno que sea necesario, pero no que haya gobierno soberano, «sin restricciones legales» —para decirlo con las palabras de BODIN.— Que el gobierno de los hombres no sea obra de la voluntad exclusiva de ninguno de ellos." (*Op. loc. cit.*) Ver nuestros art. "Primero: crear el Banco Central Interamericano," *LL*, 2002-D, 1453; "G8, UE, FMI, Argentina," *LL*, 2002-E, 927; *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, Londres, Esperia Publications Ltd., 2003, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, director de *European Public Law Center*; *supra*, t. 1, cap. VI.

[13.27] GIACCOMETTI, Z., *Allgemeine Lehre des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, t. I, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1960, p. 37 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

De tal modo, división de poderes significa que cada órgano del Estado tenga a su cargo una sola función; que esto no se realice con perfección en la práctica, no significa que la teoría pueda ser enunciada en el sentido criticado, de que cada poder *deba* realizar las tres funciones en su propia esfera de actividad. Dado que no se encuentran en la Constitución disposiciones que de manera expresa confieran a un órgano el poder de autojuzgarse, autoadministrarse y autolegislarse, es absurdo invocar la doctrina de la división de los poderes para fundar un principio semejante; el principio implica precisamente lo contrario, es decir, el control por los otros poderes, cada uno en su función específica de legislar o de juzgar. Si la Constitución nos dice que el Poder Ejecutivo no es juez de sus actos ni de los de nadie, "en ningún caso" —art. 109— no se puede invocar la división de los poderes para decir que la violaría el que los jueces revisaran, como es su propia y natural función, la actividad del Poder Ejecutivo.

14. *El acto de gobierno ante la garantía de la constitucionalidad y el orden supranacional*

Ese es el principio general de nuestra Constitución y del sistema supranacional, donde en parte alguna se encontrará otra cosa que la garantía plena de acceso a una tutela judicial efectiva, sin excepciones. La jurisdicción omnicomprensiva de los tribunales surge con claridad del art. 116 de la Constitución, cuando expresa 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 y [...] de los asuntos en que la Nación sea parte." La norma del art. 116 es clara: los tribunales han sido encargados de resolver las contiendas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y ninguna puede resultarle ajena.

Existe una garantía de constitucionalidad de todos los actos del poder público, hecha efectiva por los tribunales.[1] Esta garantía no puede ser abandonada a las leyes, pues son ellas en primer término las que deben ser controladas; corresponde pues a los jueces ejercer su potestad para hacer concreto el funcionamiento de aquélla; lo que quiere decir que deben siempre amparar el derecho de los habitantes a provocar una decisión judicial acerca de la constitucionalidad de cualquier acto emanado de una autoridad pública en el Estado. Esa garantía de acceso a la justicia tiene también sustento supranacional y abre la vía de la ComisiónIDH por privación de justicia en caso de ser denegada localmente.[2]

14.1 SPANNER, HANS, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Hauptaufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Viena, 1951, p. I.

14.2 Ver *infra*, cap. XVI, "La justicia administrativa internacional;" *infra*, cap. XVII, "El arbitraje administrativo nacional" y en GORDILLO; LOIANNO; FLAX; GORDO; FERREIRA; LÓPEZ ALFONSÍN; TAMBUSSI; RONDANINI; GONZALEZ CAMPAÑA, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, 5ª ed., cap. II, "La creciente internacionalización del derecho." También garantizan la plena revisión judicial en el orden interno y si no en arbitraje internacional, todos los tratados de inversiones extranjeras, como lo explicamos *infra*, cap. XVII.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

15. *Estructura infraconstitucional del Estado*

Ese principio surge, además, de todo el contexto y el espíritu de nuestro sistema constitucional. Así lo indican los lineamientos mismos de nuestra estructura estadual en la Constitución, de acuerdo con los cuales existe un orden jurídico básico, el constitucional, bajo cuyo imperio están creados en situación de paridad y equiparación tanto los derechos del Estado como los de los individuos. El Estado es simplemente un sujeto de derecho más en el orden jurídico constitucional, obligado o facultado por los deberes y derechos que éste le conceda y en especial equilibrado en sus facultades legislativo-ejecutivas por los derechos individuales de los habitantes. Los derechos y garantías nacionales e internacionales no son para, sino contra el Estado, como lo ha recordado la Corte Suprema en el caso *Arce* de 1997, cumpliendo la obligatoria OC 2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[1] Cabe destacar, por fin, que la sumisión del Estado al orden jurídico supranacional lo es a través de *todos* sus órganos.[2] Es que, como ya lo señalara ALBERDI: "La Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano, no para refrenarse a sí mismo, ni para poner límite a su propio poder soberano, sino para refrenar y limitar a sus delegatarios, que son los tres poderes que integran el gobierno nacional."[3] Ubicado así el planteo de la sujeción del Estado a la Constitución y al orden supranacional, no cabe sino formular nuevamente la premisa de que todos los actos del Estado se hallan sujetos a dicho orden jurídico —inclusive, por supuesto, los actos del Poder Ejecutivo en cualquier hipótesis concebible.

16. *La disyuntiva de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto*

Cabe repetir, con BERTHÉLEMY, que "de dos cosas una: o bien estas medidas están conformes a la ley (cabría que nosotros dijéramos la Constitución y al orden supranacional, en esta hipótesis y a esta altura de la argumentación) y entonces no vemos que haya de hacerse diferencia entre ellas y los actos de administración por los cuales se procura la ejecución de las leyes; o bien ellas no son conformes a la ley (la Constitución); entonces no vemos en ningún lado un principio de derecho que autorice al jefe del Estado a tomarlas y, si ellas son tomadas, no vemos ninguna regla que pueda sustraerlas al recurso de anulación."[1] El presunto acto de gobierno, en cuanto facultad del Poder Ejecutivo, está sujeto a la Constitución y a las normas supranacionales tal como también lo están las leyes. Si las contraviene es antijurídico y la función y el deber de los jueces es declarar tal ilegitimidad

[15.1] *Arce, LL*, 1997-F, 696, con nota "Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado;" reproducida en *Cien notas de Agustín, op.cit.* § 76, p. 165.

[15.2] Así lo resolvió la Corte Europea de Justicia *in re Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, citado *L'amministrazione parallela. Il parasistema giuridico-amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1987.

[15.3] ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Escritos póstumos*, t. X, Buenos Aires, 1899, p. 125.

[16.1] BERTHÉLEMY, H., *Traité Elémentaire de Droit Administratif*, París, 1923, 10ª ed., p. 116. Las aclaraciones entre paréntesis son nuestras.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

si ella se produce. Eso lo hacen los jueces, indispensable es puntualizarlo: es tan sólo alguna vez que la Corte Suprema, con alguna ocasional o sistemática mayoría, resuelve que el Poder Ejecutivo quede exento de la ley y la justicia. Eso tiene tanto valor como el "per saltum:" una violación más al ordenamiento, como tantas otras que ocurren pero no alcanzan a conformar un sistema.[2] Se advierte con esto que afirmar que el acto no puede ser revisado por los jueces porque está autorizado y previsto en la Constitución, es una contradicción y hasta un absurdo: si está contemplado, nada es más lógico y natural que los jueces confirmen esa habilitación, entendiendo de los recursos que se entablen y pronunciándose al respecto; claro que primero hay que encontrar el art. secreto que lo dice.

De todas maneras es absurdo porque estamos también sometidos al Pacto de San José de Costa Rica, donde no existe previsión alguna para la irrevisabilidad judicial de los actos estatales, antes bien y al contrario, la previsión es la amplia garantía de acceso a la justicia.

Afirmar que porque el acto está autorizado, el juez no debe entender de su revisión, equivale a decir que si un contrato es válido, el juez no debe entender en las demandas que se entablen por nulidad de ese contrato: eso es un absurdo, o al menos un total y arbitrario prejuzgamiento; si el contrato es válido, ello no obsta a que se entable contra él la demanda de nulidad que las partes quieran intentar, sin perjuicio por cierto de que el juez en la sentencia declare la validez del contrato y rechace la demanda de nulidad, si efectivamente estima que no existen vicios en el convenio impugnado. Si, a la inversa, se admite que es posible —digámoslo así: al menos posible, si no probable— que el Poder Ejecutivo en alguno de estos actos llegara eventualmente a apartarse de lo prescripto en las normas supranacionales y la Constitución, ¿se dirá entonces que el juez no puede entender de tales apartamientos constitucionales y supraconstitucionales que el acto tenga? Ello es más absurdo, porque importaría que el juez dijera: este acto es inconstitucional y violatorio del orden jurídico supranacional e internacional, pero yo no puedo declarar su antijuridicidad.

No corresponde tampoco decir, como BEQUET, que la razón de que el acto considerado sea irrevisable por los tribunales reside en que el mismo no causa un daño antijurídico a los individuos, en virtud de que la Constitución o las leyes autorizan ese proceder del Poder Ejecutivo.

Reiteramos, en efecto, que si es cierto que estos actos se hallan autorizados por disposiciones constitucionales o legales y que por lo tanto son perfectamente jurídicos en cuanto se realizan dentro del marco previsto por tales disposiciones, no habría razón alguna para rechazar el recurso jurisdiccional diciendo que el acto es insusceptible de ser recurrido ante la justicia: habría que considerar el recurso

[16.2] A diferencia de lo que sí ocurre en otras materias, como explicamos en *La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, reimp. 2001; *L'amministrazione parallela. Il parasistema giuridico-amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1987.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

y resolverlo (no rechazarlo de plano en forma negativa), fundando la decisión en que el acto de que se recurre es, p. ej., perfectamente válido y se ejerció dentro del marco de las atribuciones pertinentes del Poder Ejecutivo. Esto es, a nuestro parecer, fundamental: si el acto de gobierno es un acto autorizado por el régimen jurídico positivo, lo que corresponde ineludiblemente es que los tribunales conozcan de los recursos contra él[3] y en su caso los rechacen una vez comprobado que el acto es efectivamente un acto legítimo —o los admitan en caso contrario—; en otros términos, que juzguen efectivamente la constitucionalidad del acto impugnado.[4]

En otras palabras: la Constitución autoriza —dentro de ciertos límites y sujetos a ciertas condiciones— un grupo de actos que el Poder Ejecutivo puede dictar a los que en modo alguno distingue sea por su naturaleza, finalidad, o mucho menos por una inexistente sustracción al control judicial. El Poder Ejecutivo, en la práctica, puede dictar tales actos respetando en un todo el marco constitucional y entonces el juez al revisar el acto conforme se lo ordena el sistema supranacional y el nacional, nada tendrá que objetar a su actuación; pero el Poder Ejecutivo también puede, de hecho, dictar tales actos excediéndose del marco constitucional y supranacional, transgrediendo algún principio o alguna norma consagrada en las normas fundamentales.

En tal caso el juez al revisar el acto puede y debe decir lo evidente: que el acto es violatorio al ordenamiento superior, por lo tanto antijurídico y pasible de anulación por ilegitimidad.

Lo único que el juez puede hacer racional y jurídicamente, en tales casos, es entonces declarar la nulidad del acto inconstitucional o violatorio de las normas supranacionales. Afirmar que el juez debe hacer otra cosa, es trastocar todo el sistema de la división de los poderes y el de la jerarquía de las normas,[5] a más de incumplir la obligación supranacional de proporcionar acceso a la tutela judicial efectiva.

IV. *El acto de gobierno en la práctica jurisprudencial*

17. *Los tribunales conocen y resuelven de los recursos contra estos actos*

Muchos de los fallos judiciales, como algunos de los autores, se traban en un sofisma que felizmente desmiente la existencia de una categoría de actos irrevisables judicialmente; pues cabe reconocerles que si bien usan una terminología desafortunada y tomada erróneamente de la doctrina francesa o norteamericana y si bien hablan de "actos no justiciables," falta de caso concreto, etc., no

16.3 Ver FIORINI, BARTOLOMÉ, *Proyecto de Código Contencioso-Administrativo,* Buenos Aires, 1960, pp. 36-7, nota al art. 6º.

16.4 En sentido similar WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I,* Munich, 1968, 7ª ed., pp. 300-1.

16.5 Volveremos sobre el punto al referirnos al supuesto principio de que "cada poder debe ser soberano en su esfera."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

obstante conocen y resuelven de los recursos en los que se plantea la posible inconstitucionalidad o incluso ilegalidad de los actos que se dice son "irrevisibles jurisdiccionalmente." También se pronuncian, aunque todavía a regañadientes, sobre el cumplimiento o violación de las normas supranacionales.

En otros términos: cumplidos los recaudos procesales comunes, nuestros tribunales no rechazan liminarmente una demanda que pretende obtener la declaración de inconstitucionalidad o de la violación de las normas supraconstitucionales por un acto de gobierno, planteadas en base a la legitimación de un derecho subjetivo e incluso de un derecho de incidencia colectiva; estudian la cuestión en cuanto al fondo y resuelven en forma negativa o afirmativa la pretensión procesal. Es a veces criticable la actuación judicial, ya que un acto de ese tipo pocas veces ha sido declarado inconstitucional o lesivo a un pacto internacional, pero hay que reconocerle al menos que no ha cometido el acto extremo de lesa constitucionalidad —y lesa supranacionalidad— de rechazar una demanda sin estudiar si el acto atacado es inconstitucional o no, violatorio o no de los compromisos asumidos por el país ante la comunidad internacional respecto a sus habitantes.

18. *Qué es "revisión judicial"*

Para comprender esta afirmación, sin embargo, hay que analizar en un prisma particular las sentencias de los tribunales. Tomaremos aquí el caso de las medidas dictadas por el Poder Ejecutivo en virtud del estado de sitio, que son el ejemplo típico en materia de actos presuntamente "no justiciables." La Corte Suprema expresa que las medidas dictadas en virtud del estado de sitio "son privativas del Poder Ejecutivo y, en principio, no se hallan sujetas a revisión judicial"[1] ya "que el modo como el Poder Ejecutivo ejercita funciones privativas, no está sujeto al contralor del Poder Judicial, [...] salvo las francas transgresiones a los límites que la Constitución le fija y en cuanto éstas puedan exigir el restablecimiento de derechos y garantías confiados a su función."[2] Al hacer la salvedad de que en ciertos casos el acto podrá ser "controlado," el tribunal indica ya a pesar suyo que está hablando de "invalidación:" es decir, que "en ciertos casos el acto podrá ser invalidado." De otro modo la afirmación resultaría incomprensible: si el tribunal efectivamente controlara (esto es, verificara, inspeccionara, revisara, etc.) algunos actos sí y otros no, entonces la elección tendría que hacerla por sorteo; a los actos que les corresponda un número par, p. ej., los va a estudiar (revisar, inspeccionar, controlar, analizar); y a los actos que les corresponda un número impar no los va a controlar (es decir, no los va a estudiar, no va a leer el recurso, ni abrir el expediente). Ello, desde luego, es absurdo. Todo surge de un vicio de lenguaje derivado de asignar al término "control" o "revisión" el significado figurado de "crítica," "invalidación," etc., en lugar del común y corriente de análisis, inspec-

[18.1] *Fallos*, 243: 504, 514; 235: 681; 197: 483; 195: 439; 170: 246, etc.
[18.2] *Fallos*, 197: 483, 494, *García*, 1943.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ción, verificación, constatación. El tribunal, pues, controla (revisa, analiza) siempre los actos recurridos, para determinar si en los mismos se dan o no los requisitos de excepción que justificarán la invalidación de ellos.

Todos los fallos dejan traslucir lo mismo, no obstante la terminología. En *Sofía*,[3] la CSJN ha dicho que "el control de los actos de la naturaleza del que origina las presentes actuaciones es ajeno a la competencia judicial, salvo casos estrictamente excepcionales. Así, dicho control procedería: *a)* Tratándose de la facultad de arrestar o trasladar personas de un punto a otro de la Nación, si mediara transgresión franca y ostensible de los límites trazados por la Ley Fundamental. Verbigracia, si el presidente de la República aplicara una pena o si, debidamente requerido al efecto, negara el derecho de opción para salir del territorio argentino, en circunstancias como las que motivaron los precedentes de *Fallos*: 170: 426 y 197: 483. *b)* Respecto de la generalidad de las medidas de ejecución del estado de sitio, cuando ellas sean clara y manifiestamente irrazonables, es decir, cuando impliquen medios que no guardan relación alguna con los fines del art. 23." En este fallo el tribunal deja ya deslizar el empleo correcto del término "control:" "conforme a lo expuesto, la misión de los jueces, en casos como el presente, debe reducirse al control de razonabilidad" (pp. 519-20). Es decir que en todos los casos el tribunal controla si hay una contienda o caso, si el acto es o no razonable, etc.: si se dan o no las circunstancias de excepción que tornaría inválido el ejercicio de una facultad que en principio es discrecional, pero no irrevisable judicialmente. En efecto, si el control judicial no procede sino cuando se dan ciertas circunstancias de excepción en el acto del Poder Ejecutivo y en los hechos de la causa, es obvio que el tribunal deberá, caso por caso, analizar si se dan o no esas circunstancias de excepción para poder decidir algo coherente; podrá no gustarnos lo que decide, pero no podremos afirmar que ha actuado como si el acto haya sido para ella irrevisable.

19. *Diferencia entre "revisión judicial" y "anulación judicial del acto"*

Ejercer el control judicial no significa anular el acto: se trata de dos etapas distintas. La primera se cumple toda vez que el juez estudie la causa en base a sus conocimientos de derecho. La segunda podrá producirse si luego de su estudio el juez llega a la conclusión de que el acto es inválido. Si el juez llega a la conclusión de que el acto es válido, ha ejercido el control judicial aunque no declare la invalidez del acto.[1] Por control judicial debe, pues, entenderse principalmente que el

[18.3] *Fallos*, 243: 504, 513 y ss., año 1959.

[19.1] Es sugestivo *Manubens Calvet*, CSJN, *Fallos*, 250: 251, año 1961: "Que, por otra parte, en cuanto el apelante considera que las vías ordinarias a que el *a quo* lo remite para la dilucidación del caso le están vedadas, porque habiéndolas intentado, el resultado obtenido ha sido adverso a sus pretensiones, es obvio que no puede agraviarse por una efectiva privación de justicia, ya que la posibilidad de defender un derecho en juicio, como exigencia constitucional, no puede identificarse con el acogimiento de toda pretensión en él sustentada," cons. 5°, p. 253.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

juez analice el caso que le es planteado y que tenga facultades para eventualmente considerarlo antijurídico; que resuelva si el mismo se ajusta o no a derecho.

Y bien, nuestros tribunales declaran que analizan si se dan o no, en cada caso en que se presenta alguien legitimado para hacerlo, las circunstancias mencionadas; ello significa ya que hay control judicial, aunque el acto no sea anulado por considerarlo el tribunal como válido.

Lo que el tribunal debió decir en los casos reseñados, en consecuencia, no es que tales actos son en principio no justiciables, sino que en principio se presumen legítimos y que sólo serán inválidos cuando se den esas circunstancias mencionadas. Dicho en otra forma: la construcción que la Corte ha hecho respecto a las circunstancias excepcionales y la razonabilidad, etc., nada tiene que ver con la posibilidad de ocurrir a la justicia: ellas hacen pura y exclusivamente al derecho de fondo, al régimen jurídico por el cual se rigen tales actos en cuanto a su validez o invalidez. Y repetimos, el tribunal incurre simplemente en un defecto expositivo, al decir que puesto que tales circunstancias no se dan, el acto es irrevisable; tal afirmación es inconducente, pues para poder afirmar tal cosa el tribunal ha debido ya revisar el acto. Si el acto fuera verdaderamente irrevisable, el tribunal tendría que decir que no puede determinar si el acto es o no claramente irrazonable y que tampoco puede decir si se da supuesto de excepción alguno, pues le está vedado controlar (revisar, analizar, estudiar) el acto y por lo tanto no se aboca al estudio de la causa.

Si, en cambio, el tribunal afirma que el acto no es irrazonable y que no se ha producido una "transgresión franca y ostensible de los límites trazados por la Ley Fundamental," entonces es evidente que ha controlado el acto como era su deber hacerlo y que el acto es perfectamente justiciable, en cuanto respecto a él, el particular pudo hacer ante un tribunal de justicia "la defensa de la persona y de los derechos" (art. 18 de la Constitución nacional).

20. *Conclusión: en nuestro país no existen en la práctica positiva actos irrevisables judicialmente*

Si bien, el contralor jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo no es eficiente y los jueces son remisos en considerar violada la Constitución, usan términos política y jurídicamente repudiables y hacen referencia a instituciones o principios inconstitucionales, al menos no rechazan una acción sin antes haber estudiado el caso y haber ejercido, en una palabra, su irrenunciable *jurisdictio* constitucional. Debe así sostenerse, a pesar de todas las palabras que diga la jurisprudencia, que en nuestro derecho positivo no hay, ni en el sistema constitucional ni en la práctica jurisprudencial, actos de gobierno (no justiciables, institucionales, etc., según las preferencias semánticas de cada uno), pues ya vimos que actos de gobierno son aquellos cuya única característica definitoria es la irrevisabilidad jurisdiccional, mientras que en nuestro país no existen en la

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

justicia actos inatacables por acción o recurso alguno; puesto que de hecho no se admite que existan actos no controlables jurisdiccionalmente[1], llámeselos del modo que se los llame.

21. *Revisión judicial y límites constitucionales del Poder Ejecutivo*

Las afirmaciones precedentes tienden todas a señalar que nuestros jueces tienen jurisdicción amplia con respecto a los actos del Poder Ejecutivo: nada decimos con ello acerca del régimen jurídico de fondo de tales actos. En efecto, el que el juez tenga jurisdicción para entender de la juridicidad de un determinado acto del Poder Ejecutivo, no significa que el particular que provoca el ejercicio de tal jurisdicción tenga razones suficientes para que el acto de referencia sea necesariamente anulado: nuestra afirmación no adelanta nada en consecuencia acerca de si la Constitución contiene o no límite alguno para los actos del Poder Ejecutivo, pero sí expresa que todo límite que exista habrá de ser efectivizado por el juez.[1]

22. *Aplicación de esos límites por el juez*

Vanos son pues los argumentos que se hagan mostrando cómo tal o cual cláusula constitucional da una libertad determinada al Poder Ejecutivo, pues con ello no nos dicen sino que en ese caso el juez no tendrá motivos para anular el acto y lo declarará válido, condenando quizás en costas al recurrente.

La conclusión es que siempre tiene el interesado el derecho de dirigirse a la justicia impetrando se declare la nulidad de un acto del Poder Ejecutivo;[1] siempre tiene el juez el deber de entender en la causa, dando traslado de la demanda, abriendo a prueba la causa cuando ello fuere oportuno y finalmente dictando sentencia. Allí, en la sentencia, en el debido ejercicio de su irrenunciable potestad de juzgar la juridicidad de los actos estatales, el juez determinará si había o no limitaciones a la actividad del Poder Ejecutivo que éste no haya respetado en su actuación concreta; allí dirá, si corresponde, que el acto no ha trasgredido ninguna disposición a él aplicable; y allí rechazará la demanda y condenará en costas si es que el particular no tenía razón para entablar la demanda en cuanto al fondo. Pero lo que resulta verdaderamente inimaginable en un Estado de Derecho es que el juez se niege si quiera a ejercer su potestad jurisdiccional sobre acto alguno emanado del poder político.

[20.1] En igual sentido D'ARGENIO, "*La justicia administrativa...,*" *op. cit.*, cap. V, secc. B, § 88, pp. 149-50; "La presunción de legalidad del acto administrativo es inoponible a la actividad jurisdiccional de los magistrados," *LL*, 2005-F, 316.

[21.1] WOLFF, *op. cit.*, p. 331; BIDART CAMPOS, *Derecho de amparo*, *op. cit.*, pp. 121 y ss., 128: "No es más que el deber judicial de aplicar las normas según su gradación jerárquica en el orden jurídico;" BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, *Tres centenarios de la Corte Suprema de Justicia*, Buenos Aires, 1964, p. 89 y ss.

[22.1] Es también, desde luego, la cláusula supranacional del acceso irrestricto a la justicia: art. 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

V. *El acto de gobierno ante la política*

23. *Los jueces deben decidir jurídicamente la cuestión política*

No obstante las experiencias totalitarias por las que ha atravesado y atraviesa el mundo, siempre hay algún número de personas que sostienen la conveniencia política de que exista una categoría de actos del Poder Ejecutivo respecto de los cuales le sea vedado al juez declarar el derecho (o le sea vedado declararlo salvo casos excepcionales) y al legislador dictar normas jurídicas.

El error político más grave lo cometen, desde luego, los jueces.[1] Cuando el juez se inhibe de intervenir por considerar que, tratándose de una cuestión política, es extraño a su función entender de ella, adopta una grave decisión. De este modo está tomando él mismo una tremenda decisión política que no está autorizado a hacer; pues decir que un acto político es no justiciable, es decir que el juez considera como políticamente deseable la libertad del administrador. Ello es, precisamente, inmiscuirse en política, pretendiendo alterar el juego normal institucional de los poderes.[2] Ésa y no otra es la intervención política que los jueces no están autorizados a hacer. Como ha señalado BIDART CAMPOS, "si se trata de respeto a la competencia –privativa o no privativa– de los órganos políticos, idéntico respeto merece la judicial (bien privativa por cierto) para controlar la constitucionalidad. Que el guardián no caiga en miopía, ni mire para otro lado, o de reojo, porque su función de defensa judicial de la constitución no tolera cederse, declinarse, ni abdicarse."[3] Si un juez entiende que él no debe adentrarse en materias políticas y que la política es ajena a su función y a sus conocimientos, debe entonces precisamente limitarse a analizar normas jurídicas y resolver de acuerdo a ellas, cumpliendo la función para la que fue designado. El juez no puede negarse a resolver un caso porque es difícil;[4] menos porque es político. Ahora bien, dado que las normas jurídicas no le autorizan a resignar su jurisdicción y que el orden jurídico entero le está diciendo de la sujeción de todos los actos estatales al sistema normativo, el juez debe, para abstenerse de intervenir en política, decidir jurídicamente la cuestión política. Esa es la única forma en que el juez podrá decir que no se ha inmiscuido en la política del Poder Ejecutivo. Si el juez en cambio se abstiene de decidir, de aplicar el orden jurídico al acto político impugnado, se está lavando las manos como Poncio Pilatos: o sea, se está comprometiendo, por asentimiento tácito, con la decisión política adoptada por el Gobierno.

[23.1] Ver en cambio el fallo que anotamos en "Un *leading case* provincial en que el derecho no cae en la vorágine," *LL*, 2002-B, 344.

[23.2] O sea, pretendiendo alterar la estructura del orden jurídico, que no admite la existencia de acto alguno exento del contralor de la ley y del juez.

[23.3] BIDART CAMPOS, "La justiciabilidad: ¿cuestiones políticas y cuestiones abstractas?" *LL*, 2004-C, 1539.

[23.4] CUETO RÚA, JULIO CÉSAR, *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 133.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

24. *El principio de la irrevisabilidad judicial de actos del Poder Ejecutivo es contrario al interés público*

Por lo demás, es también un error creer que se beneficia en algo a la comunidad o al Estado con darle ese margen de libertad. Reiteramos, con RADBRUCH, que no puede concebirse al interés público como una mera conveniencia material: el orden jurídico no sólo está destinado a asegurar los valores "seguridad" y "conveniencia" sino también y primordialmente, el valor "justicia."

"En el orden de prelación de estos valores tenemos que colocar en el último lugar a la conveniencia de derecho para el bien común. De ninguna manera es derecho todo «lo que al pueblo aprovecha,» sino que al pueblo aprovecha, en último análisis, sólo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y lo que aspira a ser justicia."[1] Por eso es una falacia creer que se puede beneficiar a la colectividad sobre la base de la aniquilación de los derechos de un individuo; hay en ello una insalvable antítesis lógica, ya que al destruir los derechos del individuo en pro de la colectividad, se destruye también, al mismo tiempo, la base necesaria de orden y justicia sobre la que esa colectividad entera reposa. Eso no lo entiende a veces la jurisprudencia, aún sin adentrarse en este tema y es por ello que la inseguridad jurídica es tan extrema en la Argentina.[2] En consecuencia, es necesario advertir que el interés público estatal está constituido por una serie de valores diversos; y que entre estos, el valor justicia debe siempre anteceder al valor conveniencia. Lo que "conviene" a la administración o al Estado, en caso de ser "injusto," no es un auténtico "interés público;" el interés público-conveniencia, cuando es antepuesto erróneamente al interés público-justicia, lleva en sí el germen de la destrucción de todos los intereses comunitarios; incluso la misma conveniencia material."[3]

En sentido similar expresa HUBER: "Los actos de gobierno están sometidos al control judicial cuando surge del derecho constitucional o de las leyes que son actos regulados jurídicamente [...] También cuando son actos discrecionales, por otra parte, están sometidos al control judicial, en la medida en que la discrecionalidad ha sido ejercida defectuosamente; o sea, cuando se produce una desviación o un exceso de poder. No sería por nada legitimable declinar el control judicial de los defectos de discrecionalidad en los actos de gobierno en base a la «razón de Estado.» Ya que un vicio en la discrecionalidad pesa doblemente cuando emerge de los órganos estatales supremos, en el campo del propio poder de gobierno. Cada desviación y cada exceso del poder discrecional que está confiado a las autoridades gubernamentales para la salvaguarda de la existencia estatal, no solamente es una grave violación del derecho, sino que conmueve también la autoridad del

[24.1] RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal (Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches, Recht)*, Buenos Aires, 1962, p. 36.

[24.2] Ver nuestro art. ya citado "¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?"

[24.3] Sobre el concepto de "interés público" ver *supra*, cap. VI, "Servicios públicos," § 5.1 a 5.4.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

gobierno y hace peligrar la consistencia del poder estatal. Precisamente la razón de Estado exige, en consecuencia, que en tales casos los límites de la discrecionalidad del gobierno sean salvaguardados a través del control judicial."[4]

VI. *Conclusión*

25. *La eliminación del nombre y la teoría de actos de gobierno, políticos, institucionales, etc. y subsunción de éstos dentro del concepto y régimen jurídico de los actos administrativos*

En resumen, en el derecho argentino no existen, ni teórica ni prácticamente, los actos de gobierno: porque todos los actos del Poder Ejecutivo están sujetos a revisión judicial en virtud de los arts. 18 y 116 de la Constitución y de hecho los tribunales ejercen su jurisdicción sobre ellos.

Todos los actos del Poder Ejecutivo[1] están sujetos no sólo a la Constitución sino también a la legislación,[2] de acuerdo a nuestro sistema constitucional, dado que de hecho existen variadas leyes que se aplican directa o indirectamente y han sido declaradas constitucionales; porque los derechos de incidencia colectiva constitucional abren la jurisdicción sin distinción ni exclusión.

En particular, si en algún caso no hay una persona legitimada procesalmente para lograr la anulación de un acto cualquiera, ello no significa que el acto sea inatacable por su propia "naturaleza" o "esencia," sino que la persona de que se trata no está afectada por él, según el régimen procesal. En cambio, si se presenta una persona que en el caso está efectiva y directamente lesionada por el acto, ella puede no sólo impugnarlo —como cualquiera— sino además obtener su anulación. Todo ello sin perjuicio de que la persona tiene siempre la garantía constitucional de atacar el acto, de acudir al tribunal en procura de la defensa de lo que ella entienda son sus derechos individuales o de incidencia colectiva. Podrá resultar en última instancia que no esté legitimada para la anulación, pero sí lo estará para la impugnación y por tanto eso no quita que el tribunal deba estudiar su demanda o recurso, analizar y revisar el acto para determinar simultáneamente si es válido o inválido y si afecta o no a la persona que lo ataca. El acto en sí, pues, no tiene ningún supuesto carácter irrevisable. Por ello, debe eliminarse del lenguaje y la técnica jurídica el nombre y la teoría del "gobierno" o los "actos de gobierno,"

[24.4] HUBER, *op. cit.*, t. II, p. 657.

[25.1] Hasta ahora, que sepamos, a nadie se le ha ocurrido pensar siquiera en la aplicación de esta supuesta teoría de los "actos de gobierno," "políticos," "institucionales," "no justiciables," etc., a los actos de órganos dependientes del poder ejecutivo o incluso autónomos de éste, los actos de las autoridades administrativas independientes; o de las autoridades independientes, con función administrativa pero inserción orgánica judicial. (Consejo de la Magistratura, etc.)

[25.2] Ver D'ARGENIO, *op. cit.*, cap. V, secc. B, "Nuestro sistema institucional no admite dominios del Estado sustraídos de la esfera jurídica: el control judicial de la constitucionalidad de las leyes y el sometimiento pleno de la actividad administrativa a la ley," pp. 149-50.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

"actos políticos," "actos no justiciables,"[3] etc., porque no responden a una institución constitucionalmente válida, ni existe en la realidad legislativa y jurisprudencial como un concepto de caracteres propios o régimen jurídico específico.

[25.3] O denominaciones de otra índole que de todos modos consagran la irrevisabilidad jurisdiccional de un acto del Poder Ejecutivo: ya recordamos en el § 3, "Gobierno y actos de gobierno," el "acto institucional número 3" dictado por el gobierno militar brasileño el 5 de febrero de 1966, que autorizaba el dictado de "actos complementarios" y actos de ejecución, "excluidos de apreciación judicial." Los gobiernos militares ya no están allá ni aquí, pero las "razones políticas" siguen en ocasiones violando aquí el derecho y negando la jurisdicción: pero no es la regla sino la excepción de nuestro sistema y es un arma felizmente infrecuente. También en Brasil les quedó el lastre de las *Medidas provisórias*, que fustiga BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Curso de direito administrativo, op. cit.*, cap. II, ap. II, *a),* § 29 a 36, pp. 115-23; este autor también señala, antes que nosotros, que las tendencias centralizadoras "extremadamente exacerbadas" "perduran con persistente anacronismo. Es que su continuidad estará siempre bien alimentada en cuanto perduren en la sociedad [...] los trazos del autoritarismo patriarcal [...] por corresponder fielmente a las aspiraciones más profundas e inconscientes de una colectividad todavía políticamente inmadura, que confía más en la batuta de algún regente iluminado que en su propia autonomía, libertad y consecuente responsabilidad:" cap. IX, § 6, nota 6, p. 489.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Capítulo IX

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. CONCEPTO Y PRINCIPIOS GENERALES[1]

I. *Concepto de procedimiento administrativo*

1. *El proceso: concepto amplio*

La idea jurídica de proceso puede ser concebida muy en general, en sentido amplio, como una secuencia o serie de actos que se *desenvuelven progresivamente*, *con el objeto de llegar a un acto estatal determinado*, destacando entonces en el concepto la *unidad* de los actos que constituyen el proceso y su carácter *teleológico*, es decir que éstos se caracterizan por estar encaminados en su conjunto a un determinado fin.

En este sentido amplio habría *proceso* en cualquier función estatal y podríamos hablar entonces de: *a)* proceso judicial (civil, penal, comercial, contencioso administrativo); *b)* proceso legislativo (es decir, el conjunto de actos parlamentarios que tienen por fin el dictado de una ley); *c)* proceso administrativo (el conjunto de actos de la administración que tienen por objeto la emanación de un acto administrativo). No parece un concepto útil.[2]

En ese concepto no interesaría, pues, quién dicta los actos que integran y resuelven el proceso: bastaría que sea "el sujeto activo de la función pública, en cualquiera de sus especies,"[3] pudiéndose definir entonces al proceso como la "Serie o sucesión de actos coordinados que fijan los datos según los cuales ha de ejecutarse la función pública, con derecho del sujeto o sujetos pasivos de la misma a participar, con el sujeto activo, en su formación."[4]

[1.1] Mantenemos los lineamientos y principios que introdujéramos en 1964 con la 1ª ed. de nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Álvarez, 1964.

[1.2] Nos remitimos al cap. I, "El método en derecho," del t. 1.

[1.3] BALLBÉ, MANUEL, "La esencia del proceso (El proceso y la función administrativa)," en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2ª época, t. XIV, Madrid, 1947, p. 5 y ss., p. 30.

[1.4] BALLBÉ, *op. cit.*, pp. 38-9. En igual criterio amplio, BECKER, FRANZ, *Das Allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung*, Stuttgart, 1960, p. 10 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

2. *Concepto restringido*

No obstante que se suele usar así el término, este criterio no pareciera ser conveniente. En efecto, razones históricas y políticas han dado a la idea de proceso un significado más alto y valioso que el de mera secuencia finalista de actos: le han atribuido el fin especifico de decidir una controversia entre partes (litigio) *por parte de una autoridad imparcial e independiente* (*juez*), con fuerza de verdad legal (autoridad de cosa juzgada). Es una de las funciones esenciales del Estado de derecho. No importa que el acto del juez resuelva estrictamente un litigio, o que en cambio se refiera a las materias llamadas de "jurisdicción voluntaria;"[1] pero sí es básico que el acto final del proceso sea un acto judicial, es decir, una decisión proveniente de una autoridad imparcial e independiente, "desinteresada,"[2] con respecto al proceso. La clave es la existencia de una autoridad independiente del poder político e imparcial en la contienda que lo tiene a dicho poder como parte.[3]

Aplicar el concepto de *proceso* a todo conjunto de actos dirigidos a la formación o a la aplicación de normas jurídicas (sean éstas jurisdiccionales, administrativas o legislativas) implica quitarle ese carácter fundamental y tradicional de medio o técnica para la administración de *justicia*. Bien es cierto que también la actuación de los órganos administrativos y legislativos está sujeta a ciertos principios también comunes al proceso; pero no por ello puede olvidarse que es en el proceso judicial donde se hará la determinación definitiva y correctora del derecho y la justicia en un caso concreto, controlando de manera imparcial e independiente las decisiones de los órganos legislativos y administrativos. Por esas razones y por la conveniencia de establecer una unidad terminológica en el conjunto de actos judiciales que versan sobre actos de la administración, creemos preferible mantener la designación de *proceso* estrictamente para el *proceso judicial*.[4]

3. *Alcances del problema*

3.1. *La aplicación de reglas "procesales" al "procedimiento"*

Ahora bien, negarle el nombre o carácter de "proceso" al procedimiento administrativo, no puede en modo alguno implicar que por tal circunstancia la administración no habrá de estar sujeta a ninguna regla o principio de derecho en su tramitación. En efecto, pareciera ser evidente hoy día que ciertos principios gene-

[2.1] Admite la idea de proceso sin litigio: CARNELUTTI, FRANCESCO, *Instituciones del proceso civil*, vol. I, Buenos Aires, 1959, p. 21 y ss.: en el proceso voluntario el conflicto sería potencial, no actual (p. 26 y ss., p. 44 y ss.); una crítica en BECKER, *op. cit.*, pp. 13-6.

[2.2] CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 22.

[2.3] Ver mis glosas en el libro de NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003.

[2.4] Es la orientación dominante: GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Derecho procesal administrativo*, t. I, Madrid, 1955, p. 45 y ss.; NAVA NEGRETE, ALFONSO, *Derecho procesal administrativo*, México, 1959, p. 70 y ss., pp. 75-6; ABERASTURY (H.), PEDRO y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo–Perrot, 1998 p. 19.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

rales del derecho y ciertas normas constitucionales consustanciadas con el Estado de Derecho y el sistema republicano de gobierno, no están destinadas a ser aplicadas únicamente en el proceso judicial: también la administración está sometida a esos principios y sus procedimientos no estarán menos ligados a ellos por el hecho de que no los cubramos con la calificación de "proceso."

La terminología en sí no es fundamental: lo importante es señalar que participando en algo de lo esencial del proceso judicial, en el sentido de afectar los derechos de un individuo, le son de aplicación los principios y garantías de protección de esos derechos en el proceso judicial. El respeto al debido proceso legal, la irrestricta garantía de defensa, la actuación imparcial del funcionario, el acceso permanente a las actuaciones y toma de fotocopia completa de ellas, la producción amplia de la prueba, etc., no son sino algunos. De allí entonces que rechazar la calificación de "proceso" no implica en absoluto desechar la aplicación analógica, en la medida de lo compatible, de todos los principios procesales;[1] ni tampoco dejar de sustentar el principio de que el procedimiento administrativo tenga regulación jurídica expresa y formal para la administración, que encauce su trámite y determine con precisión los derechos de los individuos durante la evolución del procedimiento.[2] Esa aspiración cabe hoy día hacerla extensiva al procedimiento de audiencia pública.[3] Incluso cuando se pasa al sistema de tribunales administrativos independientes para dictar el primer acto administrativo[4] el procedimiento sigue siendo administrativo, pero con mucha mayor razón se aplicarán en todo su rigor todas y cada una de las exigencias del debido proceso legal. Y en aquellos casos que por algún motivo excepcional existe una revisión judicial limitada en cuanto a la posibilidad de recibir prueba *ex novo*,[5] la exigencia del tribunal es todavía mucho mayor respecto al más estricto cumplimiento del debido proceso en sede administrativa. Nuestro tribunales, en cambio, son más "comprensivos," para usar la descripción que GUMBROWICZ utilizara para el país entero.

3.1 Confr. LINARES, JUAN FRANCISCO, "Efectos suspensivos de los recursos ante la administración," *LL*, 85: 906, 907; LANGROD, GEORGES, "El procedimiento administrativo no contencioso," *LL*, 106: 1124, 1128. Comp. SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 463.

3.2 Esta aspiración se encuentra parcialmente realizada en el orden nacional con el decreto-ley 19.549/72; en el orden provincial Corrientes, Formosa, Mendoza, etc. En cambio, los decretos-leyes 7.647/70 de Buenos Aires y 5.350/72 de Córdoba están menos orientados a proteger al particular frente a la administración.

3.3 *Infra*, cap. XI, "El procedimiento de audiencia pública."

3.4 Ver nuestros artículos "Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; previamente: "El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo," en: *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, 2003, pp. 19-32; "Simplification of Administrative Procedure: The Experience of the Americas," *European Public Law Review / Revue Européenne de Droit Public*, Londres, Esperia, en prensa.

3.5 Como ocurre en el Tribunal de la OIT, según lo explicamos en el cap. XVI.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

3.2. *La aplicación de reglas "procedimentales" al "proceso"*

Hay situaciones en que se han aplicado bien criterios del trámite administrativo para flexibilizar el proceso judicial, p. ej. en materia de informalismo,[6] legitimación amplia,[7] etc. Hay inversamente casos, en materia de recursos directos, en que se ha sostenido que el litigio judicial no era en verdad un proceso entre partes y no correspondía entonces condenar en costas a la administración,[8] solución disvaliosa, máxime que la actora debe entonces sin motivo soportar sus propias costas, la tasa de justicia, peritos, etc. Los fundamentos de tales fallos no encuentran sustento alguno en el CPCCN, con sólo afirmaciones dogmáticas traídas de los antiguos códigos contencioso administrativo provinciales, o de los viejos libros.[9] Son, como explicamos en el cap. XIII,[10] producto de emplear una terminología errada, pues a nadie se le ocurriría hacer esas construcciones en un proceso civil, comercial, etc.

4. *Peligro de la noción amplia*

Por otra parte, la tesis amplia acerca de la noción de proceso es peligrosa, pues siendo "proceso" sinónimo usual de "juicio," podría llegar a entenderse, como alguna vez se ha sugerido, que no hay violación de la defensa en juicio si los derechos de un individuo son definitivamente resueltos por la administración, siempre que ésta haya oído al interesado. Pero, por supuesto, defensa en juicio es algo más que oír al interesado; *es también que haya un juzgador imparcial e independiente*, cualidades éstas que en ningún caso puede reunir la administración. Por esta razón también es conveniente reservar el concepto de proceso y por ende de juicio para el proceso o juicio estrictamente judicial, evitando con esta terminología posibles confusiones como las que se acaban de recordar.[1]

[3.6] CNCiv, Sala M, *Kreutzer*, *LL*, 1997-F, 245, con nota de GAMBIER, BELTRÁN, "Audacia sí, pero no tanta: un fallo que confirma una medida cautelar dictada en una acción de amparo por mora," *LL*, 1997-F, 244; CNFed. CA, Sala II, *Rodríguez Fuchs*, *LL*, 1997-A, 81, con nota "Informalismo y amparo por mora," reproducido en nuestro libro *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 49, p. 129.

[3.7] Sala II, *Luis Gomez SRL*, *LL*, 1996-A, 638 del año 1995, con nota "El interés legítimo en el amparo por mora," *LL*, 1996-A, 637, reproducida en GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, § 23, p. 80 y ss., esp. p. 82 y las referencias de la nota 23.2.

[3.8] Dicha doctrina se remonta a la época mentada en el cap. XIII, "La tutela judicial," sec. I, "La herencia del pasado," pero subsiste aun; Sala I, *ED*, 121: 661; CNCom, Sala A, *Círculo de Inversores*, *ED*, 186: 175 año 1998; solución que critican ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 53. Ver *infra*, cap. XIII, § 3, "Las confusiones entre «lo contenciosoadministrativo» y el derecho procesal administrativo."

[3.9] Entre ellos y para ser honestos, alguno de los nuestros.

[3.10] *Infra*, cap. XIII, "La tutela judicial," § 1, "Dificultades del tema," § 2, "Diferencias entre «plena jurisdicción» y «anulación»," § 3, "Las confusiones entre «lo contenciosoadministrativo» y el derecho procesal administrativo."

[4.1] Ver *supra*, t. 1, cap. VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo," § 7-16. Esto, que es válido para el derecho argentino, aunque no para todos sus expositores, es también la elección terminológica habitual en el mundo contemporáneo.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

5. *Derecho procesal administrativo*

Se sigue de lo anterior que al hablar de *derecho procesal* nos estaremos refiriendo únicamente a las ramas de la ciencia del derecho que estudian las normas que rigen los distintos procesos *judiciales*: civil, comercial, penal, "contencioso administrativo." Respecto al último, es de destacar que modernamente se ha simplificado la denominación y en lugar de hablarse de *proceso contencioso administrativo* (o sea, contiendas ante la justicia de un particular contra la administración o viceversa,) se prefiere designarlo simplemente como *proceso administrativo*, el cual será estudiado entonces por el *derecho procesal administrativo*.[1] En tal terminología, por lo tanto, el *derecho procesal administrativo* se refiere sólo a los *procesos judiciales contra la administración* y no abarca el estudio del procedimiento administrativo en que se desenvuelve la función administrativa. Incluso cuando se reconozca imparcialidad e independencia a los entes reguladores independientes de los servicios públicos (algo de lo cual todavía carecen, pues hay alzada, intervención, etc.), de todas maneras su calidad de órganos de la administración parece hacer poco recomendable, semánticamente, reconocerles carácter jurisdiccional a sus actos y llamar procesos a sus procedimientos; pues siempre habrán de estar sometidos al necesario control judicial *stricto sensu*, suficiente y adecuado, para conformarse al sistema constitucional. Toda otra terminología se presta a la confusión institucional y afecta la vivencia democrática.

6. *El procedimiento administrativo y la función administrativa*

Así la serie o secuencia de actos a través de los cuales se desenvuelve la actividad principalmente de los organismos administrativos (no de los judiciales, como regla) no se denominará ya "proceso administrativo" sino "procedimiento administrativo." Toda actividad estatal de tipo administrativo se manifestará a través del procedimiento administrativo y por ello existe una coincidencia entre el concepto de función administrativa y el de procedimiento administrativo. La función administrativa[1] es básicamente "toda la actividad que realizan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccional, excluidos respectivamente los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales," con las siguientes consecuencias:

6.1. *Los órganos administrativos*

Los órganos administrativos no realizan sino función administrativa, siendo impropio y antijurídico pretender reconocerles función jurisdiccional o legislativa; se sigue de ello que los procedimientos de los órganos administrativos constituyen

[5.1] González Pérez, *op. cit.*, p. 105 y ss.; Aberastury (h.) y Cilurzo, *op. loc. cit.*; comp. Sayagués Laso, *op. cit.*, pp. 463-4.

[6.1] De acuerdo con el concepto que expusiéramos en el t. 1, cap. IX, "Las funciones del poder."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

"procedimientos administrativos," sea que se trate de órganos de la administración central, o de organismos descentralizados del Estado (entes autárquicos, etc.).

6.2. *Los órganos judiciales*

Los órganos judiciales realizan sólo su propia función, la jurisdiccional y la función administrativa; no les corresponde el ejercicio de la función legislativa. En cuanto al criterio de distinción entre su función específica —la jurisdiccional— y la administrativa, él es negativo: toda la actividad de los órganos judiciales que no sea materialmente jurisdiccional,[2] será administrativa; en esa medida, pues, los órganos judiciales realizarán excepcionalmente procedimientos administrativos.

6.3. *Los órganos legislativos*

Similarmente, los órganos legislativos no realizan función jurisdiccional,[3] sino sólo la suya propia —legislativa— y además la administrativa; toda la actividad del Congreso que no sea producción de leyes constituirá pues un procedimiento administrativo.

7. *Procedimientos administrativos de órganos judiciales y legislativos*

De esto se advierte que existen procedimientos administrativos no sólo dentro del ámbito de actuación de los órganos administrativos (centralizados o descentralizados: entes autárquicos, empresas del Estado,[1] entes federales o interprovinciales,[2] etc.), sino también de los órganos jurisdiccionales y legislativos. En estos dos últimos casos, se trata en general de todo lo que se refiere a la organización interna y medios materiales y personales de los respectivos organismos. Así, en la justicia y el Congreso, todo lo referente al personal administrativo y sus relaciones entre sí y con sus superiores (nombramiento, remoción, deber de obediencia, sanciones disciplinarias, recursos, etc.); lo referente a las contrataciones efectuadas (compras de los diferentes elementos necesarios; contratos de obra pública para la construcción o refacción de sus edificios; contratos de edición de libros; concesiones de servicio de cafetería, etc.) y en general a la disposición de los res-

6.2 Excluimos la "jurisdicción voluntaria," que no es función ni procedimiento administrativo; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1961, pp. 26, 356 y ss.

6.3 Salvo tal vez el juicio político. Ver *supra*, t. 1, cap. IX, "Las funciones del poder."

7.1 Ver *supra*, t. 1, cap. XIV, "Clasificación de los entes públicos."

7.2 Ver nuestro libro *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966, pp. 119-40; respecto a la situación posterior a la reforma constitucional ver nuestro art. "La región argentina a partir de la Constitución de 1994," en *Después de la reforma del Estado*, 1998, 2ª ed., cap X; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 12ª ed., t. II, 9ª ed., Thomson/Civitas-La Ley, Buenos Aires, 2006, 1ª edición argentina con notas de AGUSTÍN GORDILLO, cap. VI, "El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos: sistema de relaciones." La comparación con nuestra realidad es harto compleja. Ver nuestras notas al t. I: VI.1, "Las comunidades autónomas en España," p. 366-A; VI.2, "Nuestra historia es un proceso constante de centralización," pp. 366-A y 366-B; VI.3, "Federalismo por Provincias o por Regiones," pp. 366-B a 366-D.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

pectivos fondos públicos (inversiones, gastos, patrimonio, contralor de la inversión, etc.), pertenece al ejercicio de funciones administrativas y se desenvuelve por lo tanto a través de procedimientos administrativos, terminando en el dictado de actos administrativos. Desde luego, tanto el Poder Judicial como el Congreso tienen separación respecto al Poder Ejecutivo en todo lo que respecta a sus propias actividades administrativas y algunas de ellas son confiadas a órganos especiales como es el Consejo de la Magistratura.[3]

Si bien puede haber ciertos puntos de contacto, en general se trata de jerarquías diferenciadas. En consecuencia, los decretos del Poder Ejecutivo reglamentando el procedimiento administrativo no son aplicables sino al procedimiento de los órganos de él dependientes (en la administración nacional centralizada o descentralizada), pero no a los que dependen exclusivamente de los otros poderes.

Con todo, los principios fundamentales a aplicarse son iguales y en ausencia de normas específicas para el procedimiento administrativo de los órganos judiciales y legislativos, le son de aplicación analógica las existentes para el procedimiento administrativo de los órganos dependientes del Poder Ejecutivo.

8. *Definición de procedimiento administrativo*

Definimos al procedimiento administrativo como la parte del derecho administrativo que estudia las *reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa*. Estudia por lo tanto la participación y defensa de los interesados (un particular, un funcionario o una autoridad pública; una persona jurídica, p. ej. una asociación de vecinos, usuarios, interesados o administrados) en todas las etapas de la preparación de la voluntad administrativa (sea de tipo individual como general; en este último caso es específicamente el procedimiento de audiencia pública el que debe también seguirse, sin perjuicio del trámite administrativo corriente) y desde luego, cómo debe ser la tramitación administrativa en todo lo que se refiere a la defensa, participación e intervención de dichos interesados. Estudia en particular la defensa de los interesados[1] y como lógica consecuencia de ello la impugnación de los actos y procedimientos administrativos por parte de éstos; se ocupa pues de los recursos, reclamaciones y denuncias administrativas: sus condiciones formales de procedencia, el trámite que debe dárseles, los problemas que su tramitación puede originar y cómo y por quién deben ser resueltos; pero no estudia cómo deben ser resueltos todos los problemas de fondo que dichos recursos, etc., puedan plantear, salvo que estén íntimamente ligados a un problema procedimental.

[7.3] Nos parece en cambio insostenible, e indefendible, que la CSJN, de oficio y por acordada, dictada en ejercicio de función administrativa —casi legislativa—, pero en todo caso claramente no jurisdiccional, haya resuelto en abstracto no cumplir íntegramente en su esfera con la ley de ética pública 25.188, sin excusarse por motivo alguno de dictar normas supralegales en materia que les concierne.

[8.1] El *desiderátum* es no depender de la tutela del Estado sino de la *defensa* del particular.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

II. *Principios generales del procedimiento administrativo*

9. *Enumeración de los principios*

9.1. *Ámbito de aplicación*

Los principios que veremos se aplican a todos los procedimientos administrativos clásicos, e igualmente a los procedimientos administrativos especiales mentados por el decreto 722/96, como por fin a los supuestos de procedimientos especiales como los de audiencia pública y licitación pública, que por cierto se subsumen dentro de la categoría general del procedimiento administrativo.

9.2. *Los grandes principios formadores: debido proceso, informalismo, contradicción, imparcialidad*[1]

Los grandes principios del procedimiento administrativo son de carácter constitucional, de justicia natural y de derecho supranacional. Garantizan tanto: *a*) la defensa de los derechos civiles y humanos en general del individuo y de las asociaciones en el procedimiento singular, como *b*) la indispensable participación de la sociedad y la defensa de los derechos de incidencia colectiva en la previa elaboración y debate no solamente individual sino específicamente público, de normas generales y grandes proyectos que afectan a la colectividad y al medio ambiente, grandes contrataciones, licencias[2] o concesiones, renegociaciones,[3] etc.

A ellos se agrega el principio del informalismo a favor del administrado, tanto en su actuación individual como colectiva. El criterio del informalismo debe a su turno estar informado por el principio de contradicción de intereses contrapuestos y la indispensable imparcialidad que debe guiar el procedimiento.[4] Estos últimos

9.1 Ampliar en nuestra *Introducción al derecho,* editada como *e-book* en www.gordillo.com, cap. II, "¿Qué es el derecho?," esp. § 2, "Principios y valores, no «conceptos»;" también en su versión inglesa, *An Introduction to Law*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Londres, Esperia, 2003, cap. II, § 2.

9.2 El siglo XXI comienza mal para el derecho argentino: las licencias de medios de comunicación han sido prorrogadas en forma supuestamente unilateral por un insólito plazo de diez años, sin audiencia pública. Su nulidad absoluta clama al cielo: ve supra cap.II, § 11.

9.3 Las renegociaciones de la mayor parte de las tarifas de los servicios públicos, del mismo modo, se han llevado a cabo sin audiencia pública previa. Saque el lector sus conclusiones.

9.4 Conf. ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 58 y sus referencias. El *Committee on Administrative Tribunals and Enquiries* presidido por SIR OLIVER FRANK se pronunció en 1957, en Inglaterra, acerca de los principios que debían guardarse en el procedimiento administrativo: publicidad, justicia, imparcialidad (*openness, fairness, impartiality*). Ver WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice,* Ann Arbor, 1963, pp. 4-5. La misma solución en el derecho comunitario europeo: CHITI, MARIO P., *Diritto amministrativo europeo,* Milán, Giuffrè Editore, 1999, pp. 316-7, con cita de los casos *Alvis* (1963), *Transocean Marine Paint Association* (1974), *Hauptzollamt München-Mitte* (1991). Por sobre las diferencias terminológicas es obvio en todos los países la común aspiración a un procedimiento razonable, equilibrado, transparente, abierto a la discusión, imparcial, contradictorio, etc. Ver LAUBADÈRE, ANDRÉ DE; VENEZIA, JEAN-CLAUDE y GAUDEMET, YVES, *Traité de droit administratif*, t. 1, París, L.G.D.J., 1999, 15ª ed, p. 729, nº 939.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

principios tienden no sólo a proteger al particular contra la administración, sino también a la administración contra sus propios funcionarios;[5] concurren aquí el interés público, los derechos de incidencia colectiva y el derecho individual del recurrente.[6]

9.3. *El principio de la legalidad objetiva o principio supremo de razonabilidad y justicia*

Se menciona también el principio de la legalidad objetiva del procedimiento, aunque es frecuente que se lo confunda con el apego ciego a la irrazonabilidad de la norma reglamentaria, como supuesto "cumplimiento de la ley." El principio de la legalidad objetiva es la aplicación razonada y jerárquica de los grandes principios jurídicos, tales como el de razonabilidad o justicia natural, ambos de nivel constitucional y supraconstitucional, por encima de los frecuentes desvaríos de la norma reglamentaria o del acto o comportamiento administrativo.[7] Quien no comprenda el exacto alcance del principio de legalidad objetiva así entendido estará destinado a manejar el procedimiento siempre en forma contraria al derecho, aunque conforme al reglamento.[8] Así entendido, este principio se subsume dentro del principio de razonabilidad o debido proceso sustantivo.

9.4. *Otros principios*

Existen además otros principios importantes del procedimiento, de rango si se quiere menor, similares al proceso penal: destacan su carácter oficial e instructorio, donde priman la impulsión de oficio y la verdad material.

Aquí pueden también incluirse algunas características externas del procedimiento: ausencia de costas, carácter escrito, no obligatoriedad de contar con pa-

9.5 Por ello, como dice GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1966, Giuffrè, p. 48, respecto del recurso jerárquico, en la medida en que satisfacen un interés privado sirven también al interés de la administración pública. Con todo, no debe olvidarse la distinción entre interés público e interés de la administración pública, que expusimos *supra*, cap. VI. Ver también WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht*, t. I, Munich, Beck, 1968, 7ª ed., p. 148. En palabras de LANDI, GUIDO y POTENZA, GIUSEPPE, *Manuale di diritto amministrativo*, Milán, 1967, 3ª ed., p. 609, estos medios son dados por el ordenamiento jurídico no sólo para la tutela de los derechos e intereses de los particulares, sino también en "el interés público de una recta acción administrativa."

9.6 Lo cual confirma lo expuesto sobre el concepto de interés público en el cap. VI, "Servicios públicos," § 5.1, "Interés público e interés individual," 5.2, "El interés público no es el interés de la administración pública," 5.3, "El interés público no es sólo conveniencia material." Ver también los caps. II, "Derechos de incidencia colectiva" y IV, "El interés legítimo."

9.7 Nuestra jurisprudencia ha admitido el derecho a la vigencia del principio de legalidad de la administración, en una cautelar autosatisfactiva dentro de una acción de amparo. Es el caso *Torello*, resuelto por la CNFed. CA, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, "Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad."

9.8 Ver en este t. 2, cap. VI, "Servicios públicos," § 5.1, "Interés público e interés individual," § 5.2, "El interés público no es el interés de la administración pública," § 5.3, "El interés público no es sólo conveniencia material," § 5.4, "El régimen jurídico y la protección del interés público" y *supra*, t. 1, cap. VII, "Fuentes nacionales del derecho administrativo."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

trocinio letrado, gratuidad,[9] etc. Procedimientos como el de audiencia pública tienen una dosis mixta de oralidad y escritoriedad.

10. *Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa)*

10.1. *Su aplicación al procedimiento administrativo*

El principio de la defensa en juicio, o debido proceso (razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad, justicia natural, *fairness*, etc.), es un principio general del derecho, de carácter universal en los países que tienen Estado de derecho.[1] Es por lo tanto aplicable también, desde luego, en el procedimiento administrativo[2] y con criterio amplio, no restrictivo.[3] Así lo ha reconocido el decreto-ley 19.549/72, en su art. 1º, inc. *f*). Ese reconocimiento a nivel de derecho subjetivo individual se torna derecho colectivo con la introducción en el art. 43 de la Constitución de los derechos de incidencia colectiva. Ellos requieren también una previa audiencia, en este caso pública, al conjugarse con el art. 18. Todo ello se explica por el carácter axiológico que la Constitución da a este principio en su formulación tradicional[4] y por constituir prácticamente un principio general del derecho,[5] consustanciado con la esencia misma de derecho, de Estado de Derecho y de la justicia natural.[6]

[9.9] Ver ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, pp. 39-40.

[10.1] Desarrollamos esta cuestión en nuestro libro *Introducción al derecho*, *op. cit.*, también en su versión inglesa, ampliada, *An Introduction to Law*, *op. cit*. Pueden citarse entre los cuerpos normativos que se rigen por este principio: Nuestro Proyecto de 1964, arts. 236 y 237; Bolivia, art. 4º inc. *c*); Brasil, art. 2; España, art. 3º inc. 1º), art. 35 incs. *a*), *e*), *g*), *h*), *i*), *k*), arts. 41, 85 y 89 incs. 1º) y 2º); Perú, art. IV inc. 1º) ap. 2º). Algunos autores argentinos, tomando las nuevas formas semánticas de expresar el mismo principio en Europa, creen que se ha descubierto algo nuevo y distinto al *due process of law, fair procedure*, etc., y sus viejas traducciones. Pero por supuesto son disquisiciones meramente verbales que nada nuevo sustantivo incorporan al debate. Lo hemos mencionado en nuestra nota "XXIV.1. La terminología," en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, t. II, *op. cit.*, p. 618-A. Nada obsta a cambiar y actualizar el léxico, desde luego, siempre que no se piense que con ello se está renovando el orden jurídico. Y cuando el cambio terminológico es del texto constitucional como en España o ahora la Provincia de Buenos Aires, el ajuste terminológico es necesario; pero es una mejora semántica, buena a tener en cuenta, pero insusceptible de ser celebrada como un cambio de paradigma.

[10.2] La doctrina y jurisprudencia es uniforme. Recordamos solamente algunas: LINARES, "La garantía de defensa ante la administración," *LL*, 142: 1137; ALTAMIRA GIGENA, JULIO I., "El derecho de defensa en sede administrativa (artículo 18 de la Constitución Nacional)," *JA*, 1967-III, 34; WADE, *Administrative Law*, Oxford, 1961, p. 141 y ss.; 7ª ed., con FORSYTH, CHRISTOPHER F., Oxford, Clarendon Press, 1994, cap. 13, p. 463.

[10.3] ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *op. cit.*, p. 598 y sentencia del Tribunal Supremo español que cita. WADE & FORSYTH, *op. loc. cit.* Ver CCAyT CABA, Sala II, *Mindar S.A.*, 08-IV-2003, con nota de PLUIS, LILIANA E., "Sin valor el revalúo. La mansa fuerza de los principios atados a los hechos del caso," *LL*, 2004-E, 505.

[10.4] Ver *supra*, t. 1, cap. VI "Fuentes supranacionales del derecho administrativo."

[10.5] La doctrina es en esto uniforme. Recordamos en tal sentido, entre muchos otros, a DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, L.G.D.J., París, 1999, 15ª ed., p. 738, nº 951; REAL, ALBERTO RAMÓN, "Las garantías en el procedimiento administrativo," *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, XVII-2/4, 219, Montevideo, 1966.

[10.6] WADE, *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 141 y ss.; WADE & FORSYTH, *op. loc. cit.;* REAL, *los principios...*, *op. loc. cit.*; ENTRENA CUESTA, *op. cit.*, p. 598.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Así como dijimos siguiendo a RIVERO que hoy en día la democracia no es ya solamente una forma de acceder al poder, sino que es también una forma de ejercer el poder, resulta claro que hace también al Estado de Derecho que el poder ejercido democráticamente no pueda jurídicamente manifestarse en úkases unilaterales sin previa oportunidad de debate.[7]

Como afirma WADE, "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 noción de procedimiento leal (*fair procedure*), o debido proceso y es apta de gran elaboración en detalle."[8] Dicho carácter universal, sin necesidad de norma que lo consagre, ha sido también reconocido por el derecho comunitario europeo.[9] Este principio es de aplicación[10] por imperio de una norma superior de jerarquía constitucional, por los principios generales del derecho público, por la justicia natural, por la vigencia misma del Estado de Derecho.[11] Y ello se aplica no solamente a la audiencia del individuo o la persona jurídica concreta en un caso singular, particular o concreto; también se ha de aplicar como principio constitucional y de justicia natural, con mayor razón, al indispensable procedimiento de audiencia pública antes de que se adopten normas generales que afectarán a un universo de usuarios, vecinos, consumidores, administrados, etc. Más aun, incluso aunque normas reglamentarias expresamente nieguen este derecho o pretendan cercenarlo, de todas maneras debe cumplirse el principio de vista, audiencia y prueba, aplicando así la norma de jerarquía superior.[12] Claro está, es una larga y perenne lucha la que se libra entre los funcionarios de inferior jerarquía administrativa,

[10.7] Se trata así de un complejo sistema de valores jurídicos que hacen a todo el enfoque del derecho administrativo en este tratado. Lo ha explicado excepcionalmente bien, aunque con especial generosidad y afecto que no empece a su exactitud, SÁENZ, JORGE A., "Gordillo, la función administrativa y la democracia," en BOTASSI, CARLOS A. (dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, LEP Librería Editora Platense, 2003, pp. 69-78. En igual sentido BOTASSI, CARLOS A., *Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, 1994, p. 7 y ss.; "Presentación," en BOTASSI (dir.), *Temas..., op. cit.*, pp. 9-14, BERIZONCE, ROBERTO, "Palabras del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata," en BOTASSI (dir), *Temas..., op. cit.*, pp. 19-21.

[10.8] WADE, *Administrative Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 141. Ver también WADE & FORSYTH, *op. cit.*, parte V, cap. 13, p. 463, cap. 14, pp. 471-91 y cap. 15, pp. 494-570.

[10.9] CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo, op. loc. cit.* Ver también WEBER, ALBRECHT, "El procedimiento administrativo en el derecho comunitario," en BARNES VAZQUEZ, JAVIER (coord.), *El procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado,* Madrid, Civitas, 1993, pp. 83 y 86.

[10.10] WADE, *Towards Administrative Justice, op. cit.*, pp.16-63 y el *leading case* de 1963 que cita.

[10.11] SÁENZ, *op. cit.*, pp. 69-78; BOTASSI, "Presentación," *op. cit.*, pp. 9-14. Ver también *supra*, nota 10.7.

[10.12] PTN, *Dictámenes*, 101: 117. Se trata una vez más de la aplicación del criterio general que explicamos en *Introducción al derecho, op. cit.*, también en su versión inglesa, *An Introduction to Law, op. cit.* Ver también COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Procedimientos administrativo, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 63 y 64, esp. nota 233. Ampliar *infra*, cap. XI, "El procedimiento de audiencia pública."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

que ignoran la norma constitucional y los particulares que deben bregar porque se respeten los verdaderos principios del procedimiento administrativo, con la secuela de recursos y reclamos que a veces es necesario interponer para obtener su cumplimiento. El reconocimiento práctico en el procedimiento administrativo de la garantía del art. 18 de la Constitución surge de la jurisprudencia de la Corte Suprema[13] y ha sido ampliamente reconocido y aplicado uniformemente por la Procuración del Tesoro de la Nación, a partir de un viejo dictamen: "En opinión del suscripto el parr. 2º [...][14] se limita a consagrar para el caso particular al que esa norma se refiere, la aplicación del principio de que «nadie puede ser condenado sin ser oído»; debiendo entenderse en el sentido de que la Superintendencia, antes de dictar resolución alguna que afecte a las sociedades, debe hacerles conocer las conclusiones del sumario incoado, darles oportunidad para formular los pertinentes descargos y habiendo puntos de hecho controvertidos, abrir a prueba las actuaciones por el término indispensable. De este modo el orden de los procedimientos sería el siguiente: sumario, defensa, prueba, si hay hechos controvertidos, decisión y contra esa decisión, recurso de apelación o jerárquico ante el Ministerio de Hacienda." En el caso de los actos que afectan derechos de incidencia colectiva, *mutatis mutandis* el procedimiento ha de ser el mismo: la audiencia pública.

"El principio enunciado tiene tanta antigüedad como el hombre, a estar a lo que expresó en 1724 una corte inglesa en el famoso caso del doctor BENTLEY: «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?» (WADE & PHILIPS, *Constitutional Law*, London, 1946, 4ª ed., p. 276.)[15] El Comité designado por el Lord Canciller de Inglaterra para estudiar la extensión de los poderes ministeriales, al emitir su informe en 1932, sostuvo de acuerdo con la jurisprudencia de la Cámara de los Lores, el más alto tribunal de aquel país, que los principios de la justicia natural eran de aplicación indispensable en materia de procedimiento administrativo, siendo el segundo de tales principios aquél que imponía no condenar sin oír a la parte [...] (COMMITTEE ON MINISTER'S POWERS, *Report*, London, 1936, pp. 76-80). Sobre el fundamento aportado por la enmienda XIV de la Constitución acerca del debido proceso legal, entendido con sentido procesal, igual principio se aplica ineludiblemente en el procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América. (HART, J., *An Introduction to administrative Law*, 1940, p. 258 y ss.; SCHWARTZ, B., "Procedural Due Process in Federal Admi-

10.13 Ver los casos que reseñamos y comentamos en nuestro *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963, p. 89 y ss.

10.14 Se refiere a una norma de la reglamentación existente para un organismo administrativo, la Superintendencia de Seguros.

10.15 La cita es textual del dictamen. En cambio ENTRENA CUESTA, *Curso de derecho administrativo*, vol. I/1, Madrid, Tecnos, 1999, 13ª ed., p. 259, texto y nota 20, presenta ligeras variantes en la versión bíblica, tomada de un caso posterior. Se trata de *Cooper v. Wandsworth Board of Works*, 1863, con cita de los mismos WADE y PHILIPS, *Constitutional Law*, pero en otra ed., Londres, 1955, p. 313.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

nistrative Law," *New York University Law Review*, tomo 25, p. 52 y ss.) Igual ocurre entre nosotros en virtud de lo dispuesto por el artículo 29 (antes 18)[16] de la Constitución Nacional y de la jurisprudencia que lo ha interpretado."[17]

Incluso, el art. 18 de la Constitución acerca de la garantía de la defensa se encuentra reforzado por el art. 36 que condena toda forma antidemocrática o de facto de ejercicio del poder público y por los demás nuevos derechos y garantías de la Constitución de 1994.

La necesidad del respeto al principio de la defensa individual o colectiva, previo a las decisiones que se adopten, ha sido consagrada por la jurisprudencia argentina incluso para organismos públicos no estatales que estén facultados por ley para aplicar alguna sanción de tipo administrativo. La Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital ha establecido, p. ej., que "La Federación Argentina de Box no pudo aplicar a [...] una sanción [...] sin darle audiencia para formular sus descargos y otorgarle una razonable oportunidad para producir la prueba que eventualmente pudiera ofrecer. Se ha violado de ese modo el principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio que en este caso principalmente debió ser respetado estrictamente por [...] dejar al sancionado en un estado de indefensión total." "El olvido de la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución torna arbitraria e ilegal la medida dispuesta por la Federación Argentina de Box y debe dejarse sin efecto por vía de recurso de amparo."[18] Esta saludable extensión del principio a organismos no estatales demuestra más acabadamente su amplia necesidad de aplicación respecto a los propios organismos estatales.

10.2. *El principio de la defensa como criterio de eficacia administrativa*

El principio cardinal del procedimiento administrativo, como de cualquier otro procedimiento a través del cual se haya de ejercer poder sobre un individuo,[19] o grupo de individuos es el del debido proceso, o procedimiento leal y justo. Esto se aplica no solamente a la actuación de los órganos del Estado y a los que ejercen poder económico sino también en relaciones entre simples particulares. Como

[10.16] Se refiere al texto constitucional de 1949; antes y ahora es el art. 18.

[10.17] *Dictámenes*, 39: 271, 275: uniforme. Para una comparación del *Report* de 1932 y el emitido por el FRANKS COMMITTEE en 1957, ver BECKER, "The Donoughmore Report and the Franks Report," en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. XXIV, nº 4, Bruselas, 1958, p. 453 y ss. Hemos modificado ligeramente el original, poniendo la puntuación hoy en boga y marcando *italics* y versalitas, que por cierto no figuran en el original.

[10.18] CNCrim. y Correc., *González Lorenzo*, 1960, *LL*, 99: 739, 753. Respecto a si estas decisiones de personas no estatales son o no actos administrativos, ver *infra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. I, "El acto administrativo como parte de la función administrativa," § 12.6, "Otros casos. La potestad a medio camino entre derecho público y privado." Enfatiza la defensa en los actos de gravamen RODRÍGUEZ R., LIBARDO, *Derecho administrativo general y colombiano*, Bogotá, Temis, 2000, 12ª ed., p. 252.

[10.19] "El gran problema [...] (de) cómo aplicar poder sin olvidar la justicia es obviamente universal, que cada Estado debe afrontar si cree en la democracia y en el imperio de ley" (*rule of Law*): WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 2; ver también pp. 12 y 63.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

también dice WADE, "tánto de la sustancia de la justicia reposa en un justo procedimiento!" (*fair procedure*).[20] Este principio es obvio en cualquier procedimiento ante un tribunal de justicia; debiera ser igualmente evidente en un procedimiento administrativo, pero de hecho no siempre lo es en realidad.[21] Cualquier estudiante de derecho o de administración, dice WADE, estará de acuerdo en que el derecho a ser oído cuando se va a tomar una decisión que afecta los derechos de una persona es tanto una regla de buena administración como de buena decisión judicial. "No podemos concebir una decisión judicial tomada de otra manera. Podemos concebir —porque a veces lo hacemos— que las decisiones administrativas sean tomadas de otra manera. Sin embargo esto debiera ser imposible."[22]

El principio de oír al interesado y al público antes de decidir algo que los va a afectar no es solamente un principio de justicia. Es también un importante criterio de eficacia política y administrativa, hasta de buenas relaciones públicas y buenas maneras. Y por qué no, un principio y un deber ético. Un gobierno que se preocupe por su imagen en la opinión pública y por sus electores, haría bien en no maltratarlos privándoles de la audiencia previa a la decisión. Además, asegura un mejor conocimiento de los hechos y ayuda a una mejor administración y a una más justa decisión,[23] con menor costo político. El principio se mantiene incólume incluso cuando los hechos sobre los cuales debe decidirse parecen absolutamente claros y la prueba existente sea contundente y unívoca, porque si la administración tiene en cuenta no solamente razones o motivos de legitimidad, sino también motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, —e interés público como suma de intereses individuales coincidentes— entonces es meridiano que la voz de los afectados potenciales, incluso en el más "claro" de los casos, aporta siempre más elementos de juicio a tener en cuenta para el juzgamiento del mérito u oportunidad del acto y su grado de satisfacción del interés público comprometido.

Relata WADE el caso de un conductor de taxímetro al cual se le imputaba una falta que estaba totalmente acreditada: su licencia estaba a punto de serle revocada sin citación alguna para su defensa, pero a instancia de uno de los miembros

10.20 WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 2, p. 90. La garantía de la defensa, en un procedimiento administrativo leal y justo, es una adición a la lista de las medidas que preservan las libertades individuales, entroncada en la Carta Magna y al *Bill of Rights*: WADE, *op. cit.*, p. 85, la misma conclusión surge de los fallos del Tribunal Europeo de Justicia.

10.21 WADE, *op. ult. cit.*, p. 9.

10.22 WADE, *op. loc. cit*; CHITI, *op. loc. cit.* En contra LINARES, *Sistema...*, *op. cit.*, pp. 53-5. Relata WADE con su sobrio humor dos muy antiguos casos en que el Arzobispo de Canterbury y el Decano de Harvard dictaron actos sin oir previamente al afectado, para concluir que si el primero había pecado y el segundo ignorado el derecho, ¡qué les quedaba a los demás mortales!

10.23 En sentido similar WADE, *op. cit.*, p. 11: "Si su importancia fuera comprendida correctamente, debería ser establecido tan rígidamente por los administradores, en su propio interés, como por los abogados. Porque inevitablemente tiende a una decisión más justa y así a una mejor administración." La bastardilla es nuestra. Además, vale la pena recordar las palabras de LA ROCHEFOUCAULD: "*La promptitude à croire le mal sans l'avoir assez examiné est un effet de l'orgueil et de la paresse*" (*Réflexions*, CCLXVII.)

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

del Comité que debía resolver la cuestión, se lo citó para su defensa: el individuo no aportó ningún elemento de juicio sobre los hechos que constituían la falta, pero en cambio puso de manifiesto su situación personal muy difícil (ex combatiente; invirtió sus ahorros en un criadero de pollos, pero una peste los eliminó a todos; no tenía ahora sino su taxi para poder vivir, etc.). "Nada podría haber tenido menos que ver con el cargo ante el Comité. Sin embargo, cuando la carta fue leída, sus corazones comenzaron a ablandarse y comenzaron a ver que podría haber otro lado del caso, con un aspecto humano;"[24] así fue como le aplicaron una sanción condicional, bajo apercibimiento de que si reincidía en la falta su licencia le sería cancelada: el taxista no reincidió y continuó luego en el ejercicio de su actividad.[25]

El principio de la defensa es frecuentemente olvidado en el ámbito administrativo —también, por qué no decirlo, en el judicial, donde jueces y Salas hay que rechazan acciones *in limine litis*—, justamente donde nunca debe serlo, precisamente porque la decisión administrativa, a diferencia de la judicial, no sólo debe tener en cuenta la solución normativa del caso, sino también los criterios ya mencionados de oportunidad, conveniencia, interés público, etc. Si en el ámbito judicial, donde solamente se juzgan los hechos y su encuadre normativo, no se concibe —salvo los casos de arbitrariedad manifiesta ya recordados— una decisión tomada sin oir a los interesados, mucho menos se puede concebir una decisión tomada de esa manera cuando además de la legitimidad del acto ha de evaluarse, indispensablemente, su mérito y conformidad al interés público. No ha de pensarse tampoco que esto es mera cuestión de sensiblería; que en el caso del taxista inglés, p. ej., la decisión que *debiera* "legalmente" haberse tomado era la de revocar la licencia. Pues si el Estado moderno adopta como una de sus finalidades fundamentales la satisfacción del interés público, a veces la realización del bienestar de los ciudadanos[26] y si toma sobre sí —en forma hoy limitada— la responsabilidad de atender a las clases menos favorecidas de la sociedad[27] a través de un complejo y caro aunque no eficiente sistema de asistencia social, salud pública, previsión, etc., no es coherente que en la resolución de los casos concretos pretenda olvidar

10.24 WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 10.

10.25 WADE, *op. loc. cit.*

10.26 Según la concepción del "Estado de Bienestar," *supra*, t. 1, cap. III, § 21-5. Y que mantiene su vigencia en Europa: MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO y otros (directores), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Civitas y Escuela Libre Editorial, 2000; en particular cap. IV, "La europeización de las garantías de los derechos y la universalización en Europa de algunas políticas de bienestar." En cuanto a la relación entre "Estado de Bienestar" y publicidad del procedimiento, ver WADE, *op. cit.*, p. 23.

10.27 Según la ley 62-900 del cuarto plan francés, de 1962, art. 1º, 2° parte, eran objetivos del plan "De una parte, el mejoramiento de la condición de las categorías más desfavorecidas de la Nación, en particular: ancianos, responsables de familia, repatriados [...] asalariados de bajo ingreso." Ver BAUCHET, PIERRE, *La Planification Française*, 1966, p. 351. Esos objetivos parecen pocos para una sociedad como la argentina actual, donde aparecen fenómenos mayores de exclusión social, que explica MERKLEN, DENIS, *Pobres Ciudadanos. La clases populares en la era democrática. [Argentina*, 1983-2001], Buenos Aires, Gorla, 2005, pp. 66-67.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

esos postulados de interés público,[28] bienestar, etc. y decidir en cambio según la pura letra de la norma legal o reglamentaria, con olvido de los principios superiores de orden constitucional y supraconstitucional. No decimos que debe abrirse más a la globalización o hacer beneficencia en cada una de sus decisiones, pero sí que no puede dejar de *tener en cuenta*, positiva o negativamente, lo que cada individuo y asociación o grupo de individuos tenga que decir y probar no sólo sobre sus derechos e intereses o derechos de incidencia colectiva desde el punto de vista legal, sino también, si así lo desean, sobre las razones de globalización, oportunidad, humanidad, justicia o lo que a su entender sea pertinente sobre el caso. De donde, entonces, el cumplimiento individual y colectivo del principio de la audiencia por parte de la administración le es casi más imperativo a ella que a la justicia, pues hace a la realización de uno de sus fines —el desarrollo económico y el bienestar de la persona humana— que la justicia no tiene en cuanto tal sobre sí.

10.3. *El principio de la defensa como criterio de eficacia política*

Un procedimiento leal y justo en que se respete integralmente el derecho de los individuos y grupos a ser oídos y a producir prueba y controlar la de la administración, por fin, sirve también a un criterio de eficacia política y de legitimidad de ejercicio del poder. "Ninguna clase de gente se beneficia más a la larga de una justa administración que los administrados mismos, porque el Estado está consustanciado (*permeated*) desde la cúspide hasta el fondo con la verdad de que *el gobierno depende de la aprobación de los gobernados*. El *fair play* en la administración enrolará las simpatías del ciudadano y reducirá enormemente la fricción con que funciona la maquinaria del gobierno."[29] En efecto, es bien evidente que una gran parte del descontento de un pueblo con su gobierno, cualquiera que éste sea, nace no solamente de las grandes líneas o acciones políticas que él emprenda, sino también de las pequeñas pero numerosas injusticias que a diario se cometen a través del aparato administrativo, por acción u omisión.

El descontento por el trato descortés, por el procedimiento injusto, originado en una tramitación por el control del servicio eléctrico, telefónico, de aguas, de transportes, o por la modificación de la tarifa o las condiciones del servicio sin audiencia pública, se torna fácil y rápidamente en descontento contra el gobierno, cualquiera sea su signo. La falta de publicidad y transparencia es sospecha y antesala de corrupción, como surge inequívocamente de la convención interamericana contra la corrupción.[30] Un gobierno que pudiera operar con un aparato administrativo que no cometiera estas innecesarias injusticias de trato, que asegurara un procedimiento leal y respetuoso, que garantizara en todo momento un efectivo

10.28 Ver *supra*, cap. VI, "Servicios públicos," § 5.1-5.4.

10.29 WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 19.

10.30 Ver BOTASSI, "El derecho frente a la corrupción política," *JA*, 2002-I, 1029; nuestro art. "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

derecho a ser oído, a discutir los actos administrativos en todo nivel, a tratar de probar lo contrario de lo sostenido por el funcionario o el concesionario o licenciatario y que eliminara así esta enorme cuota de fricciones e insatisfacción, seguramente vería que la *aprobación de los gobernados* se le brinda con mucha mayor facilidad y le permite en último análisis cumplir con mayor eficacia los objetivos que se haya trazado. Un gobierno que se gana el descontento con esas pequeñeces, por no corregirlas, es un gobierno signado por el destino común de sufrir al mediano plazo la frialdad y la oposición de los gobernados; sin el apoyo y el asentimiento de los cuales nada duradero puede construirse desde el poder. Así parece haberlo entendido el Poder Ejecutivo nacional al dictar normas reafirmando los derechos de los habitantes en el procedimiento administrativo.[31]

10.4. *Elementos de la garantía de la defensa*

La jurisprudencia y doctrina argentina y comparada han apuntado que este trámite es sustancial e inexcusable,[32] que debe practicarse de oficio aunque el interesado no lo solicite o alegue.[33] No ha de transformarse en una "mera ritualidad" "rutinaria y externa,"[34] o en "una apariencia formal de defensa,"[35] ni en "la mera formalidad de la citación de los litigantes," sino que consiste "en la posibilidad de su efectiva participación útil"[36] en el procedimiento. Estas advertencias señalan la existencia de una resistencia al cumplimiento efectivo de la garantía, sea violando el deber de citación y audiencia, sea dando los pasos formales que se le requieren, pero prestando oídos sordos a lo alegado y probado. Es que, en última instancia, el derecho a ser oído es un derecho transitivo, que requiere alguien que quiera escuchar para poder ser real y efectivo: tener presente esta última gran dificultad para la plena vigencia de esta garantía ha de hacernos extremar el cuidado para que se cumplimenten todas y cada una de sus etapas y aspectos. Además, podrá observarse que en cada uno de los aspectos de esta garantía, desde el tener acceso a las actuaciones, presentar sus alegaciones, producir prueba, etc., se insiste en que ellos deben ser respetados desde antes de tomarse la decisión que puede afectar los derechos del individuo o grupos de individuos.

Esto tiene significativa importancia no sólo para una más eficaz defensa de los interesados, sino también como un modo de poner mayor énfasis en los controles preventivos que en los represivos:[37] "*melius est intacta jura servare, quam*

[10.31] Decr. 229/00, *B.O.* 14-III-2000, arts. 3º a 5º.

[10.32] TS español, Sentencias del 11-II-1915, 18-I-1932, etc.; SERRANO GUIRADO, "El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo," *RAP*, Madrid, 1951, 4: 129, 142-3.

[10.33] TS español, S. del 8 de junio de 1933; SERRANO GUIRADO, *op. cit.*, p. 142.

[10.34] TS español, Sentencias del 26-XI-11 y del 18-XI-30; SERRANO GUIRARDO, *op. cit.*, p. 142.

[10.35] CSJN, *Fallos*, 189: 34, *Rojas Molina*, 1941.

[10.36] CSJN, *Fallos*, 215: 357, *Luis Cesar Rojo*, 1949; nuestro libro *Estudios de derecho administrativo, op. cit.*, p. 92.

[10.37] Ver CATALDI, GIUSEPPE, *Il procedimento amministrativo nei suoi attuali orientamenti giuridici e non giuridici*, Milán, 1967, p. 4.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

vulneratæ causæ remedium quærere," lo cual confiere mayor eficacia y economía procesal a todo el procedimiento administrativo.[38]

Dicha garantía comprende varios aspectos, consagrados en el decreto-ley 19.549/72, art. 1º, inc. *f)* y art. 7º, incs.*b), d)* y *e)*. Dice la norma citada en primer lugar:

"f. derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la posibilidad:

1º de exponer las razones de sus pretensiones y defensas *antes*[39] de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos,[40] interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente [...]

2º de ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, [...] debiendo la Administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos [...] todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio."

A ello se agrega el apartado 3º, con el derecho a una decisión fundada. Lo reafirma el inc. *i*) del art. 3º del decreto 229/00:

"Derecho a que la Administración dicte resolución expresa ante sus peticiones, solicitudes o *denuncias*."[41]

Esto se aplica a la denuncia de ilegitimidad, que la antigua doctrina y jurisprudencia pretendían era discrecional resolver. Esta norma retoma la buena antigua doctrina de la Procuración del Tesoro, que nunca debió abandonarse.

10.4.1. *Derecho a ser oído y a una decisión fundada*

Lo que a su vez presupone:

10.4.1.1. *Publicidad del procedimiento,*[42] en un primer aspecto manifestada en el *leal conocimiento de las actuaciones administrativas,*[43] lo que se concreta en la

[10.38] Ver CATALDI, *op. loc. cit.*

[10.39] El destacado es nuestro.

[10.40] A lo que cabe agregar los derechos de incidencia colectiva ahora garantizados por la Constitución nacional, como explicamos en los caps. II y III.

[10.41] Mi proyecto de 1964, art. 236 incs. 4º) y 5º); Bolivia, art. 16 inc. *h*) y art. 17; Brasil, arts. 48 y 50; España, art. 35 inc. *e*) y art. 89 incs. 1º) y 2º); Perú, art. IV inc. 1º) ap. 2º) y art. 6º; a los ya citados cabe agregar entre otros: Colombia, art. 31; Costa Rica, art. 329; México, art. 16, x, LPFA y art. 39, X y XI, LPADF; Uruguay, art. 118; Venezuela, art. 2º; según lo indican GONZALEZ PÉREZ, *Procedimiento Administrativo Federal*, México, Porrúa, 2000, 3ª ed., p. 54 y BREWER CARÍAS, *Principios del Procedimiento administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003, p. XIII, pto. II, pp. 88-9.

[10.42] WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 19 y ss.; *Franks Committee* de 1957; DE LAUBADÈRE, VENEZIA Y GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, p. 729; BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 177. Entre los muchos países que erigen este principio, pueden citarse, Bolivia, art. 4º inc. *m*); Perú, art. IV, inc. 1º) ap. 12). Además, este último ordenamiento recepta la confianza legítima (España lo hace en el art. 3º inc. 1º) que denomina como "principio de predictibilidad," estableciendo que "la autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o a sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá." (art. IV, inc. 1º) ap. 15). Ampliar en nuestra *Introducción al derecho*, *op. cit.*, cap. II, "¿Qué es el derecho?," § 2, "Principios y valores. No «conceptos»" y en su versión inglesa, ampliada, *An Introduction to Law*, *op. cit.*, cap. II, § 2.

[10.43] Decreto 229/00, art. 3º, incs. *a*), *b*), *d*), *e*), *f*), *g*); art. 4º, inc. *e*).

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

llamada "vista" y fotocopia completa[44] de las actuaciones en el caso individual.[45] Afirma SCHEIBLER con acierto que tras la sanción del reglamento de acceso a la información contenido en los anexos del decreto 1172/03, se ha consagrado un nuevo principio de publicidad del procedimiento administrativo que excede a las partes y no diferiría del que rige — con excepciones en los fueros penal y de familia, entre otras — respecto de los expedientes judiciales.[46] A ello cabe agregar, como derivación razonada del mismo principio, la audiencia pública para la defensa de los usuarios y afectados y de los derechos de incidencia colectiva, cuya omisión o defectuosa realización en buenos principios acarrea la nulidad del acto.

Como dijo la CSJN "desde luego la audiencia del interesado supone la leal información del mismo de la existencia de la cuestión que le incumbe —*Fallos*, 193: 405; 198: 83— porque lo que la garantía constitucional tutela no es la mera formalidad de la citación de los litigantes sino la posibilidad de su efectiva participación útil en el litigio."[47] El "secreto" sólo muy excepcionalmente se justifica y por decisión expresa de autoridad competente,[48] que la justicia puede invalidar. La publicidad del procedimiento, o transparencia, viene exigida por el art. III inc. 5° de la Convención Interamericana contra la Corrupción, para el caso de las contrataciones estatales, pero es un principio general del derecho internacional e interno.[49] Cabe reconocer, con todo, que las realizaciones empíricas van a la zaga de los progresos normativos.

10.4.1.2. *Oportunidad de expresar las razones del interesado antes de la emisión del acto administrativo*[50] y desde luego también después. A nuestro juicio la violación de la secuencia temporal prevista en la norma es causal de nulidad absoluta. La jurisprudencia, en cambio, piensa que sólo acarrea anulabilidad si no hay circunstancias agravantes.[51] Incluso considera que la ulterior discusión

[10.44] Nuestro Proyecto, arts. 254 a 256; decr. 229/00, art. 3º, inc. *d*): "Derecho a conocer el estado de tramitación de las actuaciones administrativas en las que tenga la condición de interesado y a obtener copias de los documentos contenidos en ellas;" Bolivia, art. 16 incs. *d*) y *j*); Brasil, art. 3º inc. II) y art. 46; España, art. 35 inc. *a*); Perú, art. 160; Honduras, art. 118.

[10.45] Reglamento del DL 19.549/72, art. 38; decr. 229/00, art. 3º, incs. *a*), *b*), *e*), *g*); art. 4º, inc. *e*).

[10.46] SCHEIBLER, GUILLERMO M., "Acceso a la información en manos del estado: el pueblo [*debe poder*] saber de que se trata," Buenos Aires, *RAP* 325, octubre 2005, p. 111.

[10.47] *Fallos*, 215: 357; PTN, *Dictámenes*, 39: 271-6, 278; BECKER, *op. cit.*, pp. 48 y 53; LANGROD, "El procedimiento administrativo no contencioso," *LL*, 106: 1124, 1128.

[10.48] ROWAT, DONALD C., "The Problem of Administrative Secrecy," *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. XXXII, 1996-2: 90; GALLOUEDEC-GENUYS, FRANÇOISE, "Informatique et secret dans l' administration," igual revista, vol. XXXVIII, 1972-2: 141.

[10.49] Lo admite el decr. 229/00, art. 3º inc. *a*); 4º incs. *e)* y *g)*; 5º incs. *a), d), f);* nuestro Proyecto, art. 307 y ss.; Bolivia, art. 4º inc. *m*); Brasil, art. 2º inc. V); España, art. 3º inc. 5º); Perú, art. IV inc. 1º) ap. 12); Colombia, art. 3º; Comunidad Andina, art. 5º; Venezuela, art. 13. Ver otras referencias de derecho argentino *infra*, cap. XI, nota 1.30; cap. XII, nota 7.7, esp. RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, "Leyes secretas. ¿Antagónicas con un Estado de Derecho?" *LL*, 2005-D, 481.

[10.50] De no ser así se violan el texto y espíritu del DL 19.549/72 y decr. 229/00.

[10.51] TJE, *Transocean Marine Paint Association*, 1974, en CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, *op. cit.*, p. 317; decreto-ley 19.549/72, art. 1º, inc. *f)*, ap. 1º.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

judicial sanea el vicio, lo cual equivale a decir que no hay vicio alguno si uno no hace juicio. Nunca lograremos entender esta actitud.

10.4.1.3. *Consideración expresa de sus argumentos y de las cuestiones propuestas*,[52] en cuanto sean conducentes a la solución del caso.[53] Esa expresa consideración de sus argumentos se refiere al acto decisorio, el cual debe además cumplir otros requisitos, el conjunto de los cuales se resumen en el derecho a obtener una decisión fundada.[54]

10.4.1.4. *Obligación de decidir expresamente las peticiones (inclusive denuncias)*.[55] Esto es una obligación básica de la administración, de la cual no se desliga ni siquiera por el transcurso de los plazos de denegación tácita. Estos plazos son optativos para el interesado, quien puede elegir, si lo quiere, hacer un amparo por mora de la administración y obtener una decisión expresa.

10.4.1.5. *Obligación de fundar las decisiones*. La administración debe necesariamente analizar los puntos propuestos por las partes.[56] Es el requisito de la adecuada motivación.[57]

10.4.1.6. *Derecho a hacerse patrocinar por letrado*,[58] con su asistencia e intervención y necesario acceso al expediente[59] en todo momento.

10.52 Art. 1º, inc. *f*), ap. 3º; decr. 229/00, art. 3º inc. *i*). En forma paralela, el art. 7 inc. *c)* del decreto-ley faculta a la administración a incluir cuestiones no propuestas, siempre que se confiera previa audiencia. Conf. TJE, *Hauptzollamt München-Mitte*, en CHITI, *op. cit.*, p. 317.

10.53 Esto se desprende del principio de la razonabilidad de los actos administrativos, que la CSJN ha incorporado: ver t. 1, cap. VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo," § 8 y ss. LINARES, *El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Kraft, 1994; *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1970, 2ª ed.

10.54 Decreto-ley 19.549/72, art. 1º, inc. *f*), ap. 3º; decreto 229/00, art. 3º, incs. *h)* e *i*); nuestro Proyecto de 1964, art. 106; Bolivia, art. 16 inc. *h*); Brasil, art. 50; España, arts. 54 y 89; Perú, art. 6º. Ver *supra*, t. 3, *El acto administrativo*, *op. cit.*, cap. X, "Formalidades," § 6.

10.55 Lo último se encuentra establecido por el art. 3º, inc. *i*) del decreto 229/00, lo cual alcanza a la denuncia de ilegitimidad que se pretendía eliminar en décadas recientes.

10.56 Decreto-ley 19.549/72, art. 7º, inc. *e)*; decreto 229/00, art. 3º, incs. *h*) e *i*). Este principio está contenido dentro de la razonabilidad, que exige que la decisión esté fundada. BECKER, *op. cit.*, p. 55 y ss.; LANGROD, *op. cit.*, p. 1129; GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 113; *Procedimiento Administrativo Federal*, *op. cit.*, pp. 58-9. Desde luego, más importante es que se sustente fácticamente, sin lo cual ningún derecho podrá ser correctamente aplicado, como explicamos en el cap. I, "El método en derecho," tanto t. 1 como del presente y sus remisiones.

10.57 "No cumple los requisitos de una motivación válida cualquier frase o conjuntos de frases, carentes de contenido, expresiones de manifiesta generalidad, o la sola mención de todas las ordenanzas, [...] Se requiere el análisis de los hechos y el derecho aplicable al caso concreto, además debe existir un nexo lógico entre el supuesto fáctico y la decisión que se adopta:" CCAyT CABA, Sala II, *Mindar S.A.*, *op. cit.*, cons. 10.2 del voto de la mayoría. Ver *supra*, t. 3, *op. cit.*, cap. X, "Formalidades," § 6, "La fundamentación o motivación," 6.1 a 6.5.

10.58 Decreto-ley 19.549/72, art. 1º, inc. *f*), ap. 1º; nuestro Proyecto de 1964, art. 282; Brasil, art. 3º inc. IV); España, art. 85 inc. 2º); Perú, art. IV inc. 1º) ap. 8º) y art. 160. Ampliar *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, cap. I, "Las partes," § 13, "Patrocinio," hasta § 13.7.

10.59 AUBY y DRAGO, R., *Traité de contentieux administratif*, t. II, París, L. G. D. J., 1962, p. 616.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

10.4.2. *Derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo*

10.4.2.1. *Derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida*[60] aunque deba producirla ella. (Informes,[61] pericial, testimonial, etc.)[62]

10.4.2.2. *Que la producción de la prueba sea efectuada antes de que se adopte decisión alguna sobre el fondo de la cuestión.*

10.4.2.3. *Derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la administración*, sea ella pericial o testimonial,[63] como otra manifestación del principio de la publicidad.

10.5. *Campo de aplicación del principio de la defensa.*

Toda decisión susceptible de afectar los derechos o intereses de una persona o grupo de personas debe ser dictada habiendo oído previamente a las personas alcanzadas por el acto. Es ésta una forma o procedimiento de llegar a la resolución y por ello la regla no debe variar, cualquiera sea el tipo de decisión a adoptarse. Salvo supuestos de extrema urgencia o estado de necesidad pública, en que la precariedad del tiempo y la gravedad de la situación puedan hacer indispensable tomar alguna decisión en forma inmediata,[64] lo cierto es que normalmente nada justifica que no se escuchen las razones y se consideren las pruebas que presenten los interesados antes de adoptarse una decisión. Es una regla de justicia y también de buena administración, en la medida que implica y asegura un más acabado conocimiento y valoración de los hechos sobre los cuales se ha de resolver.

Si bien este principio se vincula con el de publicidad, de todos modos no se confunde con él ya que es perfectamente concebible un procedimiento del que no se informe al público en general, pero en el que se dé adecuada oportunidad de defensa a la persona afectada por él. Por ello, en los asuntos reservados o incluso secretos es un requisito jurídico también exigible.

Por fin, quizá no esté de más señalar que la garantía de la defensa también le corresponde a la persona que ha cometido una falta grave o delito, por grave que él sea, aunque su culpabilidad esté probada o incluso reconocida por el culpable. No

[10.60] Ver REAL, "Obligación administrativa de diligenciar la prueba de descargo," en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 60-2/3: 55, Montevideo, 1963; Corte Suprema de Justicia, Uruguay, *Grezzi*, 1960, en REAL, *op. cit.*, p. 76 y ss., p. 80; PTN, *Dictámenes*, 94: 264; GRAU, *op. loc. cit*; TJE, *Hauptzollamt München-Mitte*, en CHITI, *op. loc. cit.*

[10.61] Decreto 229/00, art. 3º, inc. *g*); art. 4º, inc. *e*): "Derecho a la información: los usuarios y beneficiarios de servicios comprendidos en el presente programa deben contar con la posibilidad de tener un efectivo acceso a la información en las condiciones que establece la normativa vigente."

[10.62] Más evidente es que "el Estado no debe retener pruebas que alguien necesita para hacer valer sus derechos," como expresa WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 4.

[10.63] Confr. GRAU, *op. loc. cit.*; ampliar en WILKEY, p. 7 y ss.

[10.64] Nos remitimos a nuestro trabajo "Legalidad y urgencia en el derecho administrativo," en el libro *Después de la reforma del Estado*, 1998, 2ª ed., cap. VI.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ha de cometerse, en efecto, el clásico defecto lógico de razonar, p. ej., que si el consumo de tabaco delante de terceros violenta el art. 41 de la Constitución nacional, entonces el fumador contaminante puede ser tratado injustamente;[65] se trata de la falacia lógica del razonamiento *ad hominem*.[66]

En otras palabras, por más culpable que sea una persona, por mejor que está acreditada su falta, ello no puede fundar que no sea escuchada para que exprese lo que quiere decir en su descargo, o la prueba que quiere ofrecer. Sin perjuicio de que el hecho esté probado, la prueba por él ofrecida puede servir para mitigar su culpa, dar un diverso encuadre normativo de la cuestión, graduar la pena, pedir luego gracia o indulto, etc. Este es un claro derecho suyo del que no puede arbitrariamente privársele. Por ello en ningún caso será válido prescindir del cumplimiento de este principio.

La violación de la garantía de la defensa es para nosotros uno de los principales vicios en que puede incurrirse en el procedimiento administrativo y también uno de los vicios más importantes del acto administrativo.[67] Por lo tanto, estimamos que a menos que la transgresión de que se trate sea de poca trascendencia, la indefensión del particular cometida por la administración debe sancionarse siempre con la nulidad del procedimiento. Sin embargo, existe una cierta tendencia de los jueces a no anular retroactivamente los procedimientos administrativos en los cuales no se ha respetado esta garantía, en base al argumento de que de todos modos el interesado sí es oído en la instancia procesal de que se trata. Esto permite a la administración desconocer los derechos que en teoría tienen los administrados, en la tranquilidad de que los jueces no anularán los actos que dicten en contradicción a tales normas. El decreto 229/00, concretamente, puede transformarse en un documento anodino si los jueces no castigan con la nulidad sus violaciones. Es generar más falta de fe ciudadana en el derecho y la justicia.

Es una lástima que de esa manera se pierda el tiempo, pues frecuentemente los particulares no tendrían necesidad de acudir a la justicia, si hubieran sido escuchados debidamente en la administración. Por lo demás, es evidente que si no se sanciona con la nulidad el trámite incorrectamente efectuado, nunca aprenderá el funcionario que lo hizo mal, cuál es la forma correcta de hacerlo. Lo seguirá entonces haciendo mal, no oyendo a los interesados ni recibiendo sus pruebas, etc., durante tanto tiempo como los jueces digan que eso no importa si ellos oyen al quejoso en la etapa judicial. Si bien la administración formula en los dictáme-

10.65 DAVIS, *Administrative Law Treatise*, New York, 1958, párrs. 7, 19, citado por WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 68. Cabe sí impedir su condena dañosa, desde luego, pero con razonable proporcionalidad en el uso de la fuerza en legítima defensa de la propia salud atacada.

10.66 COPI, IRVING, *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, Eudeba, 1962, p. 63; ampliar *infra*, *El acto administrativo*, *op. cit.*, t. 3, cap. IX, "Vicios de la voluntad," § 8.4.2, donde tratamos esta falacia como vicio del acto administrativo.

10.67 Ver *infra*, t. 3, *op. cit.*, cap. IX, "Vicios de la voluntad," § 4.1, "La garantía de defensa. El sumario previo."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

nes el debido respeto a la defensa[68] y lo reafirma en el decreto 229/00, cons. 12, las "sinergias positivas" de que allí se habla serán "sinergias negativas" si los jueces no sancionan su incumplimiento con la nulidad del acto. Toca en esos casos a los afectados utilizar todas las vías formales e informales a su disposición para obligar al respeto de sus derechos, incluyendo por cierto el acceso a la tutela internacional que explicamos en su lugar.[69] Los jueces suelen utilizar la sinergia como elemento potenciador de la nulidad cuando los vicios se acumulan.[70]

10.6. *Nuevos desarrollos del principio*

Esos principios a veces ya no son mencionados como parte de la garantía de la defensa en juicio o debido proceso, sino que han tomado identidad propia: así la razonabilidad,[71] la publicidad y transparencia de los actos y procedimientos estatales,[72] la fundamentación de los actos administrativos, el control de la producción de la prueba, la lucha contra la corrupción.

11. *Principio del informalismo en favor del usuario y del administrado*

11.1. *El informalismo como arbitrariedad*

Uno de los rasgos distintivos del procedimiento administrativo es su carencia de formas estrictas,[1] o sea, su informalismo.[2] Pero este término puede ser interpretado de dos formas diametralmente opuestas, por lo que es esencial fijar con precisión el alcance y significado de dicho informalismo.

En una concepción se identifica formalismo con certeza, seguridad, uniformidad, protección jurídica. En el derecho francés, en que por un eficaz sistema de control jurisdiccional no se había sentido en igual grado la necesidad de establecer

10.68 Consideró que existía nulidad en 71: 173 *bis*; anulabilidad en: 57: 215, *infra*, t. 3, cap. IX, "Vicios de la voluntad," § 4.1, "La garantía de defensa. El sumario previo."

10.69 *Supra*, t. 1, cap. VI y cap. XVI, del presente t.

10.70 Ver *infra*, t. 3, cap. IX, § 4.7, "Efecto sinérgico de los vicios" y 4.8, "Circunstancias mitigantes;" cap. X, § 18, "El efecto sinérgico de los vicios de forma y otros;" cap. XI, § 17, "Crítica de la valoración usual de los vicios del acto administrativo."

10.71 *Supra*, t. 1, cap. VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo;" *infra*, t. 3, cap. IX, "Vicios de la voluntad," § 7, "Arbitrariedad," y 8, "Distintos casos de arbitrariedad."

10.72 Mucho declara el decreto 229/00 en su art. 4º incs. *d*), *e*), *g*); art. 5º incs. *a*), *c*), *d*) y *f*); nuestro Proyecto de 1964, Bolivia, art. 4º inc. *m*); Brasil, art. 2º inc. V); España, art. 3º inc. 5º); art. 307 y ss.; Perú, art. IV inc. 1º) ap. 12); Colombia, art. 3º; Reglamento de la Secretaría de la Comunidad Andina, art. 5º; Venezuela, art. 13.

11.1 Salvo el plazo —en la actualidad jurisprudencial— por su impacto en el acceso a la justicia. Ver *infra*, t. 4, cap. III, "Los recursos administrativos," § 1.2, "Carga del administrado y privilegio incausado de la administración. Valladar para el acceso a la justicia" y 18.3, "El plazo del art. 25: sus problemas empiezan en sede administrativa;" cap. VIII, "El tiempo en el procedimiento," § 1.3, 1.5, 2.3.2, 2.3.6, 14.1, 14.2; cap. IX, "Los recursos de reconsideración," § 13, "El potestativo recurso de reconsideración previo a la acción judicial," nota 13.4; cap. X, "El recurso jerárquico," § 1.3 y 9.2; cap. XI, "Recurso de alzada," § 5.4, "La cuestión de lo plazos."

11.2 O su "antiformalismo": ENTRENA CUESTA, *op. cit.*, p. 246; ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Tratado de derecho administrativo formal*, Venezuela, Valencia, Vadell, 1998, 3ª ed., p. 130 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

protecciones para el administrado durante la tramitación del procedimiento ante la misma administración, se identificó a veces informalismo con "discrecionalidad técnica."[3] Se estimaba antiguamente que el procedimiento era informal en el sentido que la administración no estaba sujeta a ninguna regla y que podía llevar el procedimiento por el cauce que le pareciera más conveniente.

Hay también, así, cierta correlación entre la eficacia del control judicial y la importancia del procedimiento administrativo. Cuanto más efectivo es el control judicial,[4] menos acuden los interesados a buscar soluciones en el procedimiento administrativo.[5] Menos se desarrolla, por ende, un régimen administrativo del procedimiento. En los tribunales administrativos internacionales se asesora a los interesados, se señalan puntos a subsanar de sus escritos, etc. En todo el mundo se tiene aguda conciencia de la dificultad incluso cultural de acceder a la justicia[6] y se actúa para corregirlo. Evidentemente, aquélla era una concepción que, de ser exacta, debiera llevarnos al más terminante rechazo del informalismo del trámite administrativo y bien se advierte, p. ej., que BECKER es guiado por ese pensamiento cuando se empeña en demostrar el carácter "procesal" de este procedimiento, para poder entonces sostener que el mismo es "jurídico" y debe estar sometido a reglas jurídicas predeterminadas.[7] Sin embargo, ésta es sólo *una* de las formas de entender el principio del informalismo y por ende, de aplicarlo.

11.3 BECKER, *op. cit.*, p. 7; DUEZ, PAUL y DEBEYRE, GUY, *Traité de droit administratif*, París, 1952, pp. 25-6. Comparar ISAAC, GUY, *La procédure administrative non contentieuse*, París, 1968, p. 287. El sistema francés no puede ser juzgado severamente por este aspecto, ya que toda su atención estuvo concentrada siempre en el control posterior, contencioso, de la actividad administrativa y no en el anterior no contencioso: ver HAMSON, *op. cit.*, p. 19. También ha de tenerse presente la doble evolución que ha tenido el concepto de discrecionalidad técnica: *supra*, t. 1, cap. X, "Clasificación jurídica de la función administrativa," § 12.4, "Regulación técnica (antes llamada «discrecionalidad técnica»)," p. 15 y § 12.5, "Discrecionalidad cero," pp. 16-7, donde recordamos a PEDRIERI, ALBERTO, "Le norme techniche como fatore di erosione e di transferimento di sovranità," en UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. IV, Módena, Mucchi, 1996, p. 1415 y ss.

11.4 El sistema francés, mientras tanto, ha progresado. El Consejo de Estado creó una oficina de información pública en 1974 y también lo ha hecho la justicia francesa, para orientar a los que acuden a preguntar acerca de sus derechos y las formas de defenderlos. Se ha publicado también una guía del justiciable. Ver BRAIBANT, GUY y STIRN, BERNARD, *Le droit administratif français*, París, Presses de Sciences Po y Dalloz, 1999, 5ª ed, pp. 534-7.

11.5 En el derecho brasileño, sólo recientemente se ha tratado el tema, p. ej. BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Curso de direito administrativo*, Malheiros, San Pablo, 2004, 17ª ed., cap. VIII, I, 1, p. 444 y ss. La ley federal de procedimiento nº 9784/99 ha comenzado a integrar el contenido de las obras generales, p. ej. MUKAI, TOSHIO, *Direito administrativo sistematizado*, San Pablo, Saraiva, 1999, pp. 236-40.

11.6 Las reflexiones de BRAIBANT y STIRN, *op. cit.*, p. 536, han sido formuladas para el derecho inglés por el *Master of the Rolls*. Y la solución es la legitimación de asociaciones de todo tipo (BRAIBANT y STIRN, *op. cit.*, p. 537), entre nosotros mediante los derechos de incidencia colectiva.

11.7 BECKER, *op. cit.*, pp. 3 y ss., 7 y ss., 33 y ss. Pero esto no es así al presente en el derecho francés, que comienza a ocuparse de señalar los principios jurídicos del procedimiento administrativo: publicidad, carácter contradictorio, imparcialidad, efectividad (AUBY, J. M., *La procédure administrative non contentieuse*, Dalloz, 1956, cap. 27; DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. cit.*, t. 1, p. 729).

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

11.2. *El informalismo en favor del administrado. Origen*

Existe una segunda forma de comprender el informalismo y es la que proviene del derecho español y ha sido recibida en el derecho argentino y comparado. El Tribunal Supremo español declaró ya en 1922 que "Las reclamaciones producidas en vía gubernativa no [...] están sometidas a formalidades precisas, *debiendo interpretarse su contenido con espíritu de benignidad*," pudiéndose afirmar que "Esta doctrina se ha venido aplicando en beneficio de los recurrentes, evitando que por defecto de forma dejen de tramitarse recursos erróneamente calificados."[8] En verdad, este criterio ha existido y existe, en mayor o menor medida, en otros países;[9] pero el mérito del derecho español y argentino reside en haberlo erigido en principio fundamental del procedimiento administrativo. En nuestro país hay una evolución pendular, en que la CSJN a veces restringe la tutela y en cambio las instancias de grado la amplían.[10]

Por ello dependerá de una evaluación profesional puntual, determinar si ante la inexistencia de pronta, suficiente y adecuada tutela judicial de los derechos e intereses lesionados por la administración, no es solución práctica o conducente acudir inmediatamente a la justicia en búsqueda de una elusiva protección de esos derechos. O si, al contrario, la justicia es capaz de reaccionar a tiempo contra el obrar ilegítimo de la administración. Si la justicia prefiere intervenir cuando los actores del poder están fuera de él, o se aproxima el fin de su poder y sólo entonces condena sin ambages los actos de quienes son ya personajes de la historia, habrá que hacer un cálculo temporal. Quizás, en tal caso, conviene mantener encendida la vela del plazo, acudiendo para ello a la administración a fin de esperar *otra* administración y/u otra mirada judicial. La mayor importancia empírica del procedimiento administrativo, cuando ocurre, no es sino una muestra de la menor fuerza del control judicial. Nos remitimos a lo expuesto en los parágrafos 11.1 a 11.5 del capítulo X, "El procedimiento admistrativo en la práctica," donde se advierta la escasa tutela que el particular encuentra para la defensa de sus derechos. Ello lleva, en regímenes como el nuestro, a un crecimiento desmesurado del procedimiento administrativo, que en este tratado insume todo el vol. 4 de la obra, frente a pocos y escasos capítulos sobre el contralor judicial en el presente vol. Esas páginas son un reflejo cualicuantitativo de esa realidad.

11.8 GARRIDO FALLA, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, p. 294.

11.9 NAI, SIRO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Milán, 1957, p. 19, para el derecho italiano; ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, Manzsche, 1954, p. 225, para el derecho austríaco. En el derecho francés hoy se dice que "sobre todo muchas de estas reglas tienden a asegurar garantías a los administrados, existiendo entonces las formas y procedimiento esencialmente en su interés:" DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. loc. cit.* En la Argentina, ya lo proponíamos en nuestro Proyecto de 1964, arts. 246 y ss., 324. También encontramos este principio en Bolivia, art. 4º inc. lº); Brasil, 2º inc. IX) y art. 22; España, art. 110 inc. 2º); Perú, art. IV inc. 1º) ap. 6º); Uruguay, art. 9º, decreto 500/91.

11.10 Ver los casos reseñados en el cap. II de este vol. 2, "Derechos de incidencia colectiva."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

11.3. *Su formulación en el derecho argentino*[11]

En el derecho argentino, por impulso de la Procuración del Tesoro de la Nación, se han fijado a través de los años las características esenciales de dicho informalismo. El procedimiento es *informal sólo para los administrados*[12] *y usuarios de servicios públicos, consumidores, vecinos*, en especial los de menor condición económica. Son ellos quienes pueden invocar la elasticidad de las normas de procedimiento, en tanto y en cuanto ellas les benefician. Ese informalismo *no puede ser empleado por la administración* para dejar de cumplir con las normas, ni para eludir el debido proceso; o sus deberes de control de los servicios que ha concedido o licenciado en monopolio. Tampoco lo pueden invocar los concesionarios o licenciatarios de poderes económicos monopólicos otorgados por el Estado, no al menos como si fuera un usuario.[13] Así planteada la cuestión, parécenos indudable que es superior el principio del informalismo para el administrado y los usuarios (consumidores, vecinos, etc.) exclusivamente, respecto al del formalismo para todos. En efecto, la práctica administrativa demuestra que los recurrentes y reclamantes en vía administrativa en aquellas calidades son en una gran proporción gente de modestos recursos y escasos conocimientos jurídicos —y ciertamente sin poder político— que actúan sin patrocinio letrado y sin posibilidad alguna de dominar los vericuetos del procedimiento, perdiendo frecuentemente los términos para recurrir y efectuando presentaciones que no reúnen sino raramente los caracteres de un escrito judicial. Es para ellos que está destinado principalmente el informalismo, una suerte de discriminación positiva. Establecer un procedimiento formal, a semejanza del judicial, implicaría hacer perder a esa gran mayoría de administrados y usuarios toda posibilidad seria de recurrir administrativamente, por cuanto pocas veces podrían presentar sus reclamaciones en un todo de acuerdo con las siempre cambiantes prescripciones positivas.

11.11 Ver y comp. CANOSA, ARMANDO N., *Los recursos administrativos*, Buenos Aires, Ábaco, 1996, p. 130; HUTCHINSON TOMÁS, *Ley nacional de procedimiento administrativo comentada y concordada*, Buenos Aires, Astrea, t. I, 1985, t. II, 1988; *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1991; ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, pp. 31-3; GAMBIER, "El procedimiento administrativo: algunas cuestiones que suscita el principio del informalismo," *JA*, 1992-III, 673; "Recursos administrativos, informalismo y denuncia de ilegitimidad," *RDA*, 5: 585.

11.12 Esta fue la formulación tradicional del principio, que en su momento recogimos. En igual sentido ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, pp. 31-3; autores citados en la nota 11.7. Comp. COMADIRA, *op. cit.*, p. 61. BREWER CARÍAS, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, *op. cit.*, p. 54, "No sólo este principio tiende a obviar los efectos del incumplimiento de trámites no esenciales por parte de los particulares, sino que también puede aplicarse a la propia Administración, en el sentido de que siempre que el acto administrativo aparezca expresado en forma clara y comprensible, podrán obviarse algunas exigencias no esenciales [...] de manera que la Administración no pueda, ella misma excusarse por la ausencia de un elemento formal para que pueda haber una manifestación de voluntad, y así deba ser entendida."

11.13 SARMIENTO GARCÍA, JORGE, *Concesión de servicios públicos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, pp. 243-4, nota 243, recordando a la Sala III en *Edesur c. ENRE*, 2-IV-1996, causa 14.968/95: "el principio del informalismo en favor del administrado no puede ser invocado por la recurrente con la misma intensidad que pudiera hacerlo en general otro interesado."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Formalizar el procedimiento ante la administración significa desproveer de medios de protección administrativa eficiente a la mayoría de los particulares, sean usuarios o administrados. Las normas del procedimiento y su aplicación e interpretación deben mantener siempre el principio del informalismo en favor del administrado. Así lo hace el decreto-ley 19.549/72, que consagra en su art. 1º, inc. *c)*, la "Excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente" y en el art. 5º de su reglamentación, inc. *d)*, que el funcionario debe "señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos de que adolezca, ordenando que se subsanen de oficio o por el interesado dentro del plazo razonable que fije, disponiendo de la misma manera las diligencias que fueren necesarias para evitar nulidades." Incluso, el decreto 229/00 establece adicionalmente la obligación administrativa de ayudar a los presentantes en sus trámites y requisitos (art. 2º inc. *b*), lo cual sería totalmente autocontradictorio con una aplicación rigurosa e inflexible de los recaudos sobre los cuales debió informarle (inc. *a*) y asesorarlo (inc. *b*.)

11.4. *Aplicación del principio en materia de denominación de los recursos*

Ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación: "Tengo para mí que la determinación del recurso, tanto quiere decir como la voluntad intergiversable de obtener un nuevo pronunciamiento, sin que sea menester que se califique jurídicamente la petición y aunque se la haya calificado erróneamente." "Lo contrario sería instituir un formalismo y formulismo tan estéril y pernicioso para la administración pública que serviría para *frustrar en la práctica los escasos remedios procesales que las leyes acuerdan a los administrados*."[14] El fundamento es no "frustrar en la práctica los escasos remedios procesales que las leyes acuerdan a los *administrados*" e individuos o asociaciones más débiles en general, tales como usuarios, consumidores, vecinos, etc.; o sea, que la finalidad es dar una más efectiva protección jurídica a los más débiles frente al poder político o económico y no conferir mayor discrecionalidad a la administración y sus concesionarios o licenciatarios monopólicos. También aparece el informalismo cuando se trata de licitaciones públicas.[15] Una aplicación del principio es el art. 81 de la reglamentación del decreto-ley 19.549/72: "Los recursos deberán proveerse y resolverse cualquiera sea la denominación que el interesado les dé."[16] Se ha dicho también que "los recursos administrativos han de interpretarse no de acuerdo a la letra de los escritos que los expresan, sino conforme a la intención del recurrente, inclusive cuando éste los haya calificado erróneamente usando términos técnicos inexactos"

[11.14] PTN, *Dictámenes*, 39: 113, 119; 62: 112; 64: 208; 66: 225; 69: 97, 102 y 105; 70: 210; 73: 69; ENTRENA CUESTA, *op. cit.*, 13ª ed., p. 278 y su referencia de nota 7.

[11.15] *Infra*, cap. XII, "La licitación pública."

[11.16] Ver también Perú, art. 213 y Venezuela, art. 86, según lo indica BREWER CARÍAS, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina, op. cit.*, p. 55.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

y así p. ej.: "Si erróneamente se interpusiera en término [...] un recurso contra una decisión de entidad autárquica con la denominación de revocatoria o bien de reconsideración, pero se desprendiera la intención del recurrente de seguir la vía jerárquica, debe admitirse y tramitarse como recurso jerárquico cuando sustancialmente reúna las condiciones que para el mismo son exigidas reglamentariamente."[17] O sea que los escritos se deben interpretar "no de acuerdo a la letra sino a la intención del recurrente"[18] y sus deficiencias formales pueden ser de suplidas ulteriormente.[19]

11.5. *Otras aplicaciones del principio*

Se ha hablado igualmente de "el derecho (*que a la vez es un deber*) de la administración de corregir evidentes equivocaciones de los administrados"[20] y usuarios no sólo relativas a la calificación, sino también cuando se trata de otras fallas formales, que es su deber ayudar a subsanar por aplicación del principio *pro actione*. "Aunque el trámite de dicho recurso adolece de algunas fallas formales, ellas no son suficientes como para declarar su improcedencia por ese motivo, pues se han cumplido las etapas sustanciales, máxime cuando en la materia existe *un criterio de amplitud en favor del recurrente* en los casos que han sido objeto de dictámenes por parte de esta Procuración."[21]

Ello, a su vez, ha sido objeto de variadas aplicaciones, entendiéndose que la equivocación en el destinatario del recurso (es decir, el error respecto a la autoridad para ante quien se lo interpone,) tampoco afecta la procedencia del recurso y que debe ser tramitado por la administración en la forma pertinente,[22] inclusive cuando la calificación hecha por el recurrente es clara y terminante: si el recurso que el administrado quiso interponer es improcedente, la administración debe

11.17 *Dictámenes*, 67:95; en igual sentido, 59: 156; 62: 112; 64: 208; 66: 225; 70 210; 3: 86; 83: 72 MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, t. I, 5ª ed., p. 709. Los dictámenes corresponden a una época en que no se distinguía entre alzada y recurso jerárquico.

11.18 *Dictámenes*, 73: 86; 68: 210 y 225 y los citados en la nota anterior; GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Troquel, 1967, 3ª ed., p. 530. En esta tesitura se ha aceptado que una notificación hecha "en disconformidad" implica una clara voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento y es por lo tanto válida interposición de recurso: dictamen del 5-IX-1968, en expediente 1186/67 de la Secretaría de Estado de Agricultura y Ganadería, que fue adoptado y resuelto como recurso jerárquico por el decreto 7523 del 29 de noviembre de 1968, *B.O.* del 27-II-1969. Posteriormente ha habido algunas voces discrepantes, que a nuestro juicio no alcanzan a conmover la firmeza del principio: TORRES, ISMAEL, "La firma en disconformidad en el ámbito de la Ley Nº 19.549 y su reglamentación ¿importa la interposición de un recurso?" *RAP*, 266: 17, Buenos Aires, 2003.

11.19 Reglamentación del decreto-ley 19.549/72, art. 77.

11.20 *Dictámenes*, 70: 162; la bastardilla es nuestra.

11.21 *Dictámenes*, 74: 302. Confr. *Dictámenes*, 69: 105; 64: 176, etc.

11.22 *Dictámenes*, 73: 69; 66: 210; 64: 176; 60: 34, etc. Decreto 2392/69, *B.O.* 12-VI-1969, cons. 1º; decreto 6794/1965, *B.O.* 11-X-1965, cons. 2º; decreto-ley 19.549/72, art. 1°, inc. *e*), ap. 7º. Es parte del deber de informar, asesorar y ayudar al presentante en sus trámites, como surge del art. 2º, incs. *a*) y *b*) del decreto 229/00.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

considerarlo y resolverlo como si fuera el recurso que en su lugar era procedente.[23] Ha dicho así el Poder Ejecutivo: "Que no obstante el error cometido por el peticionante al recurrir en la forma que lo ha hecho, procede conforme al criterio aceptado en numerosos casos análogos, que la administración, ante la voluntad del administrado de perseguir una revisión del acto, imprima a su solicitud el trámite del recurso jerárquico."[24] Ello se conforma con los principios del decreto-ley 19.549/72, art. 1º, inc. *e)*, ap. 7º: "la interposición de recursos administrativos interrumpirá el curso de los plazos, aunque aquéllos *hubieren sido mal calificados*, adolezcan de defectos formales insustanciales." Con el mismo criterio se ha entendido que si no consta la fecha de notificación del acto impugnado, o de la presentación del recurso, debe entenderse que él ha sido interpuesto en término.[25] Lo mismo ocurre si el recurso es interpuesto ante autoridad incompetente por error excusable (decreto-ley 19.549/72, art. 1º, inc. *e)*, ap. 7º). Si el error es inexcusable y doloso, desde luego no tiene efecto suspensivo de la prescripción.[26]

11.6. *Conclusión*

De todo ello se desprende la mecánica del informalismo. Es *informalismo únicamente en favor del administrado* y los usuarios, para facilitarles la defensa de sus derechos tanto frente a la administración como a los concesionarios o licenciatarios de servicios. Nada tiene que ver este informalismo con la discrecionalidad de la administración. No se pueden fundar en él soluciones *en contra de los intereses de los recurrentes*, de los principios fundamentales del debido proceso y del procedimiento jurídico en general. A lo largo del tema[27] se encontrará una proficua aplicación del principio, que ha de resultar llamativa para quien no se encuentre familiarizado con este procedimiento.

De la lectura de tales enunciados resulta a veces, aparentemente, una "excesiva" generosidad para el particular. Sin embargo, el beneficio para el particular sólo aparecerá precisamente con la existencia de un estricto procedimiento que fije regladamente y cumpla las obligaciones de la *administración*. Y no las del administrado, como con gran ingeniosidad hacen algunas leyes provinciales y

11.23 *Dictámenes*, 66: 225; decreto 7529/68, *B.O.* 26-III-1969, cons. 1º. Ahora bien, la interposición en término se ha vuelto absurdamente condicionante del acceso a la vía judicial, como explicamos en el cap. XIII, "La tutela judicial," § 3.1.3, "La cuestión del agotamiento de la vía administrativa" y § 7, "Los progresos y sus limitaciones."

11.24 Decreto 2392/69.

11.25 *Dictámenes*, 66: 225; decreto 7529/68, *B.O.* 26-III-1969, cons. 1º.

11.26 CSJN, *Compañía Azucarera Concepción S.A. c. Estado nacional*, *LL*, 1999-E, 217, cons. 20 a 22, que condicionan la aparente doctrina del cons. 19, que es la que recoge la publicación. Este es uno de los casos que obliga a repasar el tema, "Cómo leer una sentencia," inicialmente publicado en *Actualidad en el Derecho Público*, 2000, 14: 29/53, Buenos Aires, 2001; reproducido en *Revista universitaria La Ley*, III, 4: 9-21, año 2001; también reproducido como cap. V del libro *Introducción al derecho*, *op. cit.* y como cap. V de su versión inglesa, *An Introduction to Law*, *op. cit.*

11.27 Ampliar *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, *op. cit.*

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

proyectos de la materia. Aunque parezca superfluo decirlo, quien necesita protección es el particular contra la administración, no la administración contra el particular. El usuario contra el concesionario o licenciatario y no a la inversa. En definitiva, el débil contra el poderoso. Es una deuda que arrastra todo el derecho desde Roma hasta nuestros días: civil y comercial, especialmente derecho del consumidor,[28] procesal[29] y particularmente el derecho administrativo.[30] Claro está, si la ley y quienes la interpretan o finalmente la aplican se preocupan de inventar qué más trabas, dificultades y requisitos pueden exigir al individuo desamparado y débil frente al poder, entonces es mejor no hacerla y dejar todo en el desorden.

Será siempre más proclive al nacimiento de un buen orden, un benigno informalismo,[31] que un rígido y autoritario reglamentarismo cuando es hecho para fortalecer aún más los privilegios y potestades de la administración contra el administrado. Por ejemplo, y esto no es culpa de la norma sino de sus intérpretes pero creyeron encontrar base normativa, alguna jurisprudencia ha resuelto, sin base fáctica alguna y con increíble grado de injusticia, que se pierde *también* la vía judicial si no se hace el recurso administrativo en los diez o quince días que para ello se disponen. Los plazos, contraviniendo el informalismo, se han transformado pretonariamente y *contra legem*, en fatales.[32] El decreto 229/00 da una base para el cambio, al establecer la obligatoriedad administrativa de resolver las denuncias,[33] lo cual incluye al recurso fuera de plazo o denuncia de ilegitimidad. El problema subsiste; mientras tanto, ha de tratarse en lo posible de morigerar sus resultados perniciosos, señalando los principios jurídicos aplicables.

12. *Principio de contradicción*

12.1. *Contenido y alcance del principio de contradicción*

A veces hay intereses contrapuestos de distintos administrados: concursos, licitaciones públicas[1] o privadas; solicitudes de autorizaciones, permisos, franquicias, exenciones, grandes proyectos de inversión, reglamentaciónes, tarifas de servicios públicos, audiencias públicas,[2] etc. En tales casos el procedimiento adquiere un

11.28 Entre otras, la ley 25.065 intenta corregir los desfasajes en materia de tarjeta de crédito. Antes de ella, la ley 24.240 de defensa del usuario y del consumidor.

11.29 El CPCCN sigue la norma romana de eximir de contracautela al poderoso, no al débil.

11.30 Aunque algunos lo niegan, a pesar del art. 42 de la Constitución.

11.31 El CE de Italia elaboró una jurisprudencia que al legislarse se transformó en normas escritas: GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, *op. cit.*, 1966, p. 43. En Francia no se ha codificado el procedimiento, pero sus reglas y principios lo harían codificable: BRAIBANT, GUY y STIRN, BERNARD, *Le droit administratif français*, Sciences Po y Dalloz, 1999, 5ª ed., p. 256.

11.32 Los casos *Gorordo* y *Romero*, que analizamos en el cap. XIII, "La tutela judicial" y en el t. 4, caps. III, § 16, V, § 6, § 6.5, § 10.2, VIII, § 1.4, nota 1.27, § 2.4, X, § 2.1, § 9.2, XI, § 5.4.

11.33 Dice así el art. 3º, inc. *i*) "que la Administración *dicte resolución expresa* ante sus peticiones, solicitudes *o denuncias*."

12.1 Ver *infra*, cap. XII, "La licitación pública."

12.2 *Infra*, cap. XI, "El procedimiento de audiencia pública." La legitimación se ha expandido mucho: *supra* cap. III, "EL derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva," § 6.1 a 6.9.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

pleno carácter contradictorio[3] y la administración está obligada a asegurar la participación *igualitaria* de los interesados, so pena de ilegitimidad de su decisión,[4] por afectar la imparcialidad que ella debe guardar en el trámite.[5] En este sentido la Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que "el principio de contradicción, que es uno de los principios «formativos» del proceso, así lo impone,[6] tanto en el orden judicial como en el administrativo. No requiere especial fundamentación este aserto, pues no hace sino traducir un principio de vigencia universal."[7] El principio de la contradicción, con todo, no siempre se cumple cabalmente en la práctica, por cuanto los funcionarios frecuentemente son reacios a favorecer la plena discusión que dicho principio supone. Cuando se tiene que otorgar una autorización, permiso, exención, radicación industrial, etc., suele ocurrir que el funcionario que debe decidir acerca de la solicitud pertinente, no es proclive a favorecer su impugnación por los "contrainteresados"[8] e incluso llega a tratar de impedir la eficaz tramitación de tales impugnaciones, pensando que así resolverá más fácilmente a su arbitrio. En tales casos se da la contradicción en el propio interés público, pues la administración contará con mayores elementos de juicio y estará en más adecuadas condiciones de tomar la decisión que mejor responda a los intereses de la colectividad. Si, en cambio, se resuelve el expediente sólo en vista a las argumentaciones y documentaciones del propio solicitante, la decisión administrativa tiene un margen mayor de error y de inoportunidad. Será ilegítima, en todo caso, la determinación tomada en tales condiciones de parcialidad, más allá de que exista o no desviación de poder. Lo mismo ocurre si un particular

12.3 BODDA, *op. cit.*, p. 50; BREWER CARÍAS, *Principios del procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 1990, p. 151 y ss.; ARAUJO JUÁREZ, *op. cit.*, pp. 193-5. También hay contradicción por la impugnación del particular, lo que da a administración y administrado carácter de partes: CAMMEO, FEDERICO, *Corso di diritto amministrativo*, Padua, 1960, p. 664 y por la controversia que el recurrente plantea y el necesario derecho de defensa que debe respetársele: DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, 1999, 15ª ed., pp. 738-9, § 951. En palabras de DYROFF, citado por FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 326, es "el derecho de ser oído con ataque y defensa."

12.4 BODDA, *op. loc. cit.*

12.5 Ello, sin perjuicio de que la parcialidad o prejuicio son causales de recusación, según lo explicamos *infra*, t. 4, cap. VI. Conf. PTN, *Dictámenes*, 93: 264. Esa indispensable objetividad e imparcialidad está también exigida por el art. 4º inc. *b*) del decreto 229/00: "Imparcialidad: las unidades organizativas alcanzadas por el presente Decreto deben basar su comportamiento respecto a los ciudadanos en criterios de *objetividad, justicia e imparcialidad*. Las normas que regulan las condiciones generales y específicas de prestación de *los servicios públicos deben ser interpretadas respetando esta obligación*." El destacado es nuestro.

12.6 Se refiere a la necesaria participación, en igual carácter de parte que el interesado principal, del tercero. Ver t. 4, cap. I, "Las partes," § 11, "Terceros."

12.7 PTN, *Dictámenes*, 57: 264.

12.8 En la terminología italiana se habla de "recurso" y "contrarecurso," "interesado" y "contrainteresado" pues la contradicción se da también entre particulares y no sólo entre el individuo y la administración, p. ej. *infra*, cap. XII, "La licitación pública." Ver LESSONA, SILVIO, *Introduzione al diritto amministrativo e sue strutture fondamentali*, Firenze, 1964, p. 197; *La giustizia amministrativa*, Bologna, 1955, p. 61. Otra terminología *infra*, nota 14.8.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

impugna un acto que beneficia a otro;[9] éste debe participar en el trámite. Si no se lo ha citado y se decide sin haberlo oído, él puede impugnar el acto por indefensión.[10] La citación de los contrainteresados es fundamental para posibilitar su participación útil. En el derecho italiano esa citación y la previa individualización de las personas afectadas puede ser hecha por el propio recurrente,[11] quien asume la responsabilidad de la correcta citación de aquéllas bajo pena de declararse la nulidad del procedimiento.[12] Dado el informalismo del procedimiento y la tendencia incluso dentro del derecho procesal a la delegación de actos procesales de tipo meramente formal (tales como traslados, notificaciones),[13] pensamos que esa solución es loable y puede ser aceptada dentro del procedimiento administrativo en general.

En Francia, donde la distinción entre el procedimiento jurisdiccional y el administrativo se efectúa denominando al primero "procedimiento administrativo contencioso" y al segundo "procedimiento administrativo no contencioso," de todos modos se admite el carácter *contradictorio* que debe darse dentro del así llamado procedimiento no contencioso.[14] También en España, después de dictada la ley de procedimiento administrativo de 1958, se introdujo en la reforma de 1963 el principio de que "si hubiera terceros interesados se les dará, en todo caso, traslado del escrito de recurso para que en el propio plazo establecido en el art. 91, párr. 1, aleguen cuanto estimen procedente en defensa de sus intereses legítimos" o, por cierto, de sus derechos subjetivos; en el caso de actos generales o grandes proyectos públicos, se trata de los derechos subjetivos y derechos de incidencia colectiva

12.9 Al que a su vez se lo denomina a veces "resistente" —CAMMEO, *op. cit.*, p. 664— o "cointeresado" por oposición a "contrainteresado," GIANNINI, *op. cit.*, p. 41; surge fácil, asimismo, el recuerdo de la expresión "coadyuvante" con la cual el derecho español designa al particular que defiende el acto impugnado, en el procedimiento "contencioso administrativo;" igual terminología recogen los códigos provinciales de la materia en nuestro país: ARGAÑARAZ, MANUEL J., *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, T.E.A., 1955, p. 225 y ss. Pero quizá baste hablar de "interesado" y "contrainteresado."

12.10 CAMMEO, *op. cit.*, p. 669.

12.11 LESSONA, *op. cit.*, p. 197; GIANNINI, *op. cit.*, p. 51. Señala GIANNINI, *op. cit.*, p. 72 que en el recurso jerárquico del derecho italiano, la administración puede hacer ella misma las citaciones, o invitar al recurrente a efectuarlas él; en cambio, en el recurso extraordinario al Presidente de la República, la carga de realizar esta notificación corresponde directamente al recurrente. Por eso afirma GIANNINI, *op. cit.*, p. 72, que en este recurso el principio de la contradicción adquiere carácter perfecto, sin ser con ello jurisdiccional: "Esto no es sin embargo un rasgo típico de la jurisdiccionalidad, porque se observa la tendencia del derecho administrativo moderno a extender el principio de la contradicción."

12.12 GIANNINI, *op. cit.*, p. 52, "pero también si son (mal) individualizados por la Administración pública, el procedimiento está viciado, porque la presencia de los contrainteresados en el recurso está dada en el interés público general."

12.13 Ver art. 137 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, respecto a la firma por el letrado de las cédulas de notificación, lo que constituye sólo un modesto avance en la materia.

12.14 AUBY y DRAGO, *Traité du contentieux administratif*, t. II, París, L.G.D.J., 1962, p. 608 y ss.; AUBY, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, Dalloz, 1956, cap. 27; DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. cit.*, t. 1, 1999, 15ª ed., pp. 738-9, § 951.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

que deben tener audiencia previa en el procedimiento de la audiencia pública; lo mismo en los estudios de impacto ambiental.

El carácter contradictorio, como se ve, tiende a afirmarse universalmente y desde luego es recibido en el derecho latinoamericano.[15] Es que, en verdad, sería cerrar los ojos a la realidad pretender que en el procedimiento administrativo hay una sola parte cuyos derechos serán discernidos, sin conflicto ni contienda alguna, por un órgano desinteresado del asunto. Por el contrario, los recursos, reclamos y denuncias administrativas suponen casi necesariamente un conflicto de intereses entre el recurrente, el contrainteresado por un lado y el órgano autor del acto por el otro. Esto desemboca muy concretamente en una impugnación que no es otra cosa que nueva contienda, en la cual la administración pasa a tomar el carácter de parte cuando se llega a la instancia judicial. De allí la indispensable discusión plena del asunto, con ataque y prueba, a través de un procedimiento imparcial, público, etc.[16] Lo mismo cabe decir de los procedimientos en que la administración contempla la imposición de sanciones al individuo.[17] Estos caracteres universitarios del procedimiento ante la administración señalan la imposibilidad de considerar que luego en la instancia judicial a que es llevada por el particular afectado por su acto, pueda no ser parte. Sin embargo es lo que algunas salas entienden en los llamados recursos directos (*v. gr.*, la Sala I; en cambio las Salas IV y V tienen tomada posición opuesta).

13. *Principio de imparcialidad*

No se concibe jurídicamente a un funcionario o magistrado judicial actuando de manera parcial, con conflicto de intereses contrarios al art. III de la CICC, a la ley de ética pública 25.188 o al decoro público. No hay en ello, pues, diferencia alguna de principio con los magistrados y funcionarios judiciales. La imparcialidad, en efecto, es un principio cardinal del procedimiento;[1] en este sentido dice también

[12.15] P. ej. Brasil, ley 9.784/99, art. 2º. Así también Costa Rica, art. 275 y Perú, art. 50, según lo recuerda BREWER CARÍAS, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina, op. cit.*, pp. 90-1.

[12.16] Las cuatro grandes reglas que enuncia AUBY son justamente publicidad, carácter contradictorio, imparcialidad y efectividad (*op. loc. cit.*); también en este sentido DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. loc. cit.*

[12.17] AUBY DRAGO, *op. cit.*, p. 612.

[13.1] Decreto 229/00, art. 4º inc. *b*): "Imparcialidad: las unidades organizativas alcanzadas por el presente deben basar su comportamiento respecto a los ciudadanos en criterios de objetividad, justicia e imparcialidad. Las normas que regulan las condiciones generales y específicas de prestación de los servicios públicos deben ser interpretadas respetando esta obligación." Ver ALLEGRETTI, UMBERTO, *L'imparzialità amministrativa,* Padua, 1965; BREWER CARÍAS, *Principios del procedimiento administrativo,* pp. 156-9, quien hace una revista del derecho comparado, que es uniforme en este punto. En igual sentido la legislación vigente, p. ej.: Bolivia, art. 4º inc. *f*); Brasil, arts. 18 a 21; España, art. 3º inc. 1º) y art. 28 y ss.; Perú, art. IV inc. 1º) ap. 5º). Así como Colombia, art. 3º según lo recuerda BREWER CARÍAS, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina, op. cit,* p. 146.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

REAL[2] que "la parcialidad y el prejuicio demostrado por el funcionario interviniente son causales de recusación. Desde luego, es ilegítima la decisión tomada en condiciones de parcialidad." También la CSJN tiene sostenido que es requisito integrante de la garantía de la defensa que el caso sea considerado "por funcionarios imparciales."[3]

13.1. *La imparcialidad en la práctica*

Ahora bien, es obvio que el funcionario administrativo a veces se encuentra constreñido por la necesidad de adecuarse a criterios demasiado imperativos de los funcionarios de jerarquía política; como también que "Los jueces de esos tribunales parecerían olvidar que tal tipo de jurisdicción se implanta, no para proteger al Estado contra el individuo, sino al individuo contra el Estado."[4]

Resulta de ello que el grado real de imparcialidad tanto de un funcionario administrativo como judicial no puede postularse en términos genéricos. Ambos están sujetos al mismo deber, pero el cumplimiento efectivo que le den depende del funcionario o magistrado de que concretamente se trate. Los hay que son imparciales e independientes en el seno de la administración, como es generalmente el caso del Procurador del Tesoro de la Nación y los hay en el seno de la justicia que no tienen empacho en decir que suelen fallar a favor del Estado o del gobierno.

13.2. *Regla contra el prejuicio*

Dijimos en otro lugar que la regla contra el prejuicio (*rule against bias*) no es un mero aspecto de trámite que pueda existir o no según que algún reglamento la reconozca. Es principio de justicia natural, aplicable al procedimiento administrativo, asegurar la imparcialidad.[5] Y ha sostenido la Procuración del Tesoro de la Nación que "La imparcialidad exigida a las personas oficiales del proceso, cualquiera sea su cometido, se encuentra ínsita en la naturaleza de la investigación, porque hace a la esencia misma de la función jurisdiccional. De modo tal que, si se advirtiera en el sumariante una parcialidad manifiesta o tan sólo una forma en exceso subjetiva o poco ecuánime de recibir las probanzas pertinentes, debería a mi juicio ser separado del proceso administrativo por sospechoso de parcialidad incluso cuando la causal de recusación no estuviera taxativamente prevista en la norma reglamentaria."[6]

[13.2] REAL, "Los principios del procedimiento administrativo en el Uruguay," en UNIVERSIDAD DE CHILE, *Anuario de Derecho Administrativo*, t. I, Santiago, 1975/6, p. 269 y ss., pp. 287-8.

[13.3] *Provincia de Santigo del Estero c. Enrique N. Compagno, Fallos*, 198: 78 (1944).

[13.4] LINARES, "Lo contenciosoadministrativo en la justicia nacional federal," *LL*, 94: 919. Ampliar en nuestro libro, *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, IEAL, 1984, p. 765.

[13.5] Ver t. 4, *El procedimiento administrativo*, *op. cit.*, cap. II, § 27.1; en igual sentido WADE, *Administrative Law*, Oxford, 1961, p. 130 y ss.; BOSCH, JORGE TRISTÁN, *El procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Montevideo, 1953, p. 105 y ss., etc.

[13.6] *Dictámenes*, 93: 264.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

13.3. *Deber de excusación*

"El agente tiene la obligación de excusarse en los supuestos en que la recusación es procedente; también en los supuestos en que su actuación *pueda ocasionar interpretaciones de parcialidad* o cuando concurra *violencia moral*. Y puede asimismo excusarse alegando motivos graves de decoro o delicadeza [...] Si el funcionario no cumple con su deber de excusarse incurre en una falta administrativa que origina su responsabilidad disciplinaria y civil; sin perjuicio de que su actuación puede también invalidar el acto."[7] Dado que se trataría de una falta personal y no del servicio, no existe en la especie responsabilidad patrimonial del Estado.

13.4. *Continuación. Principios permanentes del derecho*

No es otra que la aplicación de principios casi inmemoriales como el *Nemo iudex in causa sua* (también *Nemo judex in re sua*, Com. C.J. 3, 5), o *Nemo in rem suam auctor ese potest* (nadie puede oficiar en su propia causa). O como decía el Código Justiniano (3, 5), *Ne quis in sua causa judicet vel jus sibi dicit, generali decernimus neminem sibi esse judicem* (que nadie juzgue en su propia causa ni se diga a sí mismo el derecho; que, por principio, nadie sea su propio juez).

13.5. *Imparcialidad del sumariante*

Ha dicho con especial acierto la Procuración del Tesoro de la Nación que "Si bien el instructor no juzga y en consecuencia no prejuzga, emite en cambio opinión respecto del caso y reúne los elementos de juicio sobre los cuales ha de basarse en definitiva el veredicto de la Administración. Circunstancias todas ellas que obligan al sumariante a guardar imparcialidad en el ejercicio de tan fundamentales tareas." "La imparcialidad exigida a las personas oficiales del proceso, cualquiera sea su cometido, se encuentra ínsita en la naturaleza de la investigación, porque hace a la esencia misma de la función jurisdiccional. De modo tal que, si se advirtiera en el sumariante una parcialidad manifiesta o tan solo una forma en exceso subjetiva o poco ecuánime de recibir las probanzas pertinentes, debería a mi juicio ser separado del proceso administrativo por sospechoso de parcialidad incluso cuando la causa de recusación no estuviera taxativamente prevista en la norma reglamentaria."[8]

14. *Principio de la legalidad objetiva*

14.1. *Alcances del principio*

Una de las características fundamentales de los recursos administrativos y por lo tanto del procedimiento administrativo mismo, es que son objetivos. Ello significa

[13.7] *Infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, cap. II, "El administrador."
[13.8] PTN, *Dictámenes*, 93: 264; *infra*, t. 4, cap. II, "El administrador."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

que ha de interpretarse que tienden no solamente a la protección del recurrente o a la determinación de sus derechos, sino también a la "defensa de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo."[1] Por ello es que hay también interés público en que se proceda a su sustanciación[2] y por ende en la amplia e integral tramitación y decisión de los recursos y reclamaciones administrativas de los particulares y usuarios.[3] Ese interés público hace también nacer judicialmente un derecho a la vigencia del principio de legalidad en la administración.[4] En virtud de este principio, se explica, como veremos, que el procedimiento tenga carácter instructorio y que la autoridad pueda proceder de oficio,[5] que prive en él el principio de la verdad material, por oposición a la verdad formal, que exista amplitud para considerar bien interpuestos los recursos y reclamaciones, facilitando así en lo posible el control de los superiores jerárquicos sobre la buena marcha y legalidad de la administración pública y sus servicios dependientes en forma monopólica.

De allí se desprende, también, que el desistimiento del recurrente no exima a la administración de la obligación de determinar si existe o no la ilegitimidad aducida y resolver el recurso[6] y que incluso el fallecimiento del recurrente no varíe tal conclusión.[7] En el decreto 229/00 se reafirman y reenfatizan diversos derechos de los particulares,[8] que tanto la administración como la justicia deben tutelar.[9]

14.1 HEREDIA, HORACIO H., "Los medios administrativos para la protección de los administrados," en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 2: 251, 254, año 1945; PTN, *Dictámenes*, 90: 170; 94: 172; BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 176. En sentido similar aunque con diferente terminología: CSJN, *Solá, Fallos*, 320-3: 2509, año 1997, cons. 15.

14.2 HEREDIA, *op. cit.*, pp. 254-5; LANDI y POTENZA, *op. cit.*, p. 172 y ss. Comp. BODDA, PIETRO, *Giustizia amministrativa*, Turín, Giappichelli, 1963, 10ª ed., p. 24: "en este campo donde el interés público [...] si no es, como alguno pretende, el objeto exclusivo de la tutela procesal, debe sin embargo ser siempre salvaguardado." Comp. PUCHETTI, ANTONIO CORRADO, *Il ricorso gerarchico*, Padua, 1938, p. 17, quien expresa que la *ratio juris* del recurso consiste "en la tutela concedida al ciudadano respecto de la actividad de la Administración pública, de reflejo, sin embargo, a la tutela del interés público" y por ende "en realidad, a hacer funcionar, a requerimiento del individuo, aquellos controles administrativos que las autoridades competentes pueden ejercitar espontáneamente." Por ello PUCHETTI rechaza la distinción entre controles de oficio y controles ejercidos a instancia del interesado. Con todo que esta conclusión es un poco extrema, muestra de todos modos la íntima relación entre la defensa del particular y a través de ella la defensa del interés público. Por eso es que el principio de la oficialidad se complementa e integra luego con la garantía de la defensa, el informalismo, la contradicción, etc.

14.3 Para esta contradicción entre interés público e interés fáctico de la administración, ver *supra*, cap. VI, "Servicios públicos," § 5; WOLFF, *op. loc. cit.*; LANDI-POTENZA, *op. loc. cit.*

14.4 Sala II, *Torello, LL*, 2000-B, 275 con nota de GAMBIER, "Civismo y amparo. Derechos de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad," *LL*, 2000-B, 274; ver también los casos *Gambier I* y *II* que citamos en los caps. II a IV, especialmente cap. III, § 6.

14.5 HEREDIA, *op. loc. cit.*

14.6 HEREDIA, *op. cit.*, pp. 276-8. La legislación española establece algunas distinciones en el punto: ENTRENA CUESTA, *Curso de derecho administrativo*, 1999, 13ª ed., p. 280 y nota 11.

14.7 HEREDIA, *op. cit.*, p. 255; D'ALESSIO, FRANCESO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Turín, 1934, t. II, p. 321.

14.8 Arts. 3º, 4º, 5º.

14.9 Así, los casos *Gambier I* y *II*, *Torello*, etc.: *supra*, caps. II a IV.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

14.2. *El principio de la legalidad objetiva como criterio de eficiencia administrativa*

De ese mismo principio general surge la necesidad de conferir una amplia oportunidad de defensa al administrado y usuarios. Esto es un requisito constitucional exigido en los sistemas liberales en atención a la persona humana misma, es decir, al individuo; pero incluso prescindiendo de esa consideración, en cualquier régimen estatal —liberal, autoritario o despótico— se hace técnicamente necesario conferir la máxima oportunidad de defensa para asegurar la efectiva y correcta aplicación de aquello que en el régimen sea la "legalidad objetiva." En efecto, sea el régimen jurídico general respetuoso de los derechos individuales o tiránico, el mismo sólo será aplicado correctamente si es posible reclamar adecuadamente en vía administrativa contra cualquier desvío o exceso en su ejecución diaria. Como señala HAMSON, "Tal reclamación, en esencia, no va contra la administración sino contra el hecho de que un subordinado no dé cumplimiento a la verdadera política de la administración. Es admisible hasta en el despotismo más absoluto o en el Estado totalitario; la admite incluso un comandante militar. Incluso, esas formas de gobierno pueden alentar tal tipo de quejas, en cuanto proporcionan a la autoridad central un medio de controlar la conducta de sus subordinados y de evaluar y por ende mejorar la forma en que la política de la autoridad central, por despótica que sea, se lleva a cabo."[10] "Así pues, aunque puede funcionar e históricamente ha funcionado el sistema organizado de quejas en sociedades que distan mucho del Estado de Derecho y aunque la finalidad del sistema sea a veces dar mayor eficacia a un gobierno completamente despiadado, o incluso a un régimen militar, la posibilidad de presentar esas reclamaciones y el mecanismo creado para ello han sido históricamente valiosas y pueden serlo en la actualidad especialmente en las colectividades que se esfuerzan por implantar un régimen de derecho."[11]

[14.10] HAMSON, "Documento de Trabajo nº 1," *Seminario de las Naciones Unidas sobre los Recursos judiciales o de otra índole, contra el ejercicio abusivo del poder administrativo,* Buenos Aires, 1959, pp. 21-2.

[14.11] HAMSON, *op. cit.*, p. 22. BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 176. Incluso en regímenes no democráticos se enfatizaron principios similares: ISERZON, EMANUEL, "La réforme de la procédure administrative non contentieuse en Pologne," en la *Revista Internacional de Ciencias Administrativas,* vol. XXIV, Bruselas, 1958, nº 1, p. 21 y ss., p. 27: "es justo y necesario dejar al individuo los instrumentos de combate para defender sus derechos subjetivos, independientemente de otras vías establecidas a fin de salvaguardar el orden jurídico, el régimen de derecho, el derecho objetivo. Sin negar la importancia primordial de estos últimos, debe saber apreciarse en su justo valor [...] la eficacia de los instrumentos de defensa de los derechos subjetivos y su rol en el combate por el derecho objetivo" (*op. cit.*, p. 27); "la Administración no puede reconocer la existencia de un hecho sin que la parte pueda, previamente pronunciarse al respecto" (*op. cit.*, p. 28); "su participación tiene una gran importancia en el proceso de formación del acto administrativo, tanto bajo el ángulo de la defensa de su derecho subjetivo como bajo el de la salvaguarda del derecho objetivo" (*op. cit.*, p. 28). Ver también LÉVIT, PAUL, "La procédure administrative Tchécoslovacque," en la *Revista Internacional de Ciencias Administrativas,* vol. XXIV, nº 4, p. 460 y ss. (Bruselas, 1958.)

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

"Finalmente, lo que tal vez sea más importante, la maquinaria para tramitar esas quejas no sólo lleva a fiscalizar la administración sino también *a suprimir la arbitrariedad irresponsable o caprichosa, es decir, que nace del antojo personal de cada funcionario*. La fiscalización tiene por objeto promover y lograr la regularidad en la administración. Esta regularidad puede suponer tan sólo una mayor precisión en la ejecución de los deseos del «amo» y dista mucho de la noción de Estado de Derecho. Con todo, esta regularidad representa cierto progreso con respecto a la arbitrariedad enteramente difusa y generalizada y constituye un requisito para el logro futuro del régimen de derecho: acaso no se peque de indebido optimismo al pensar que la existencia de un procedimiento regular es al fin de cuentas más propicio que el simple caos para que la justicia vea la luz."[12]

En otras palabras, si bien no hay que llamarse a engaño de que los sistemas autoritarios puedan tener fácilmente un eficiente sistema de recursos administrativos, de todos modos es evidente que tal sistema en nada perjudica al régimen imperante; sirve cuanto menos para detectar posibles fallas de su funcionamiento. Claro está que al generalizar las soluciones de naturaleza arbitraria y engendrar el temor, da con ello a sus funcionarios la potestad de abortar en ciernes, precisamente por esos métodos, cualquier intento de reclamo que los individuos puedan tener. Aunque el acto del funcionario inferior no se ajuste a los deseos del déspota, de todos modos aquél puede eficazmente impedir que la queja llegue a oídos de éste. Por ello las observaciones de HAMSON quizá sean principalmente aplicables (además de, por cierto, a los países liberales) a aquellos que se han apartado del estricto sendero del Estado de Derecho,[13] sin transformarse con todo en regímenes completamente tiránicos. Pasando de un cierto límite de arbitrariedad tal vez no pueda funcionar tampoco procedimiento alguno.

No por nada los funcionarios públicos en actividad se consideran frecuentemente impunes a la investigación judicial correctora. Ella es más bien legitimadora[14] que correctora del obrar o inacción administrativa —en el presente que siempre es el que más cuenta.[15] Y se da así la curiosa observación de que es en los sistemas intermedios —ni demasiado despóticos, ni totalmente liberales— donde, a falta de un eficiente e integral control jurisdiccional, florece por necesidad un más articulado sistema de recursos y procedimientos administrativos. Conclusión, sin duda, no precisamente halagadora para quienes nos encontramos en dicha situación.

[14.12] HAMSON, *op. cit.*, pp. 22-3; la primera bastardilla es nuestra.

[14.13] O, para ser menos eufemísticos, aquellos que sólo hemos proclamado en las normas el estado de Derecho, sin haber podido nunca llevarlo a realidad viviente. Las constantes salvedades empíricas de nuestra obra son una adecuada demostración de ello.

[14.14] Por eso ha podido decir GOMBROWICZ agudamente de todos nosotros lo que también es aplicable a los jueces cuando juzgan a la administración: que somos un país "absolvedor."

[14.15] Castigar el pasado, a los que no están ya en el poder y quizás ni siquiera en la memoria colectiva, es fácil. La verdadera cuestión institucional y de política arquitectónica, en cambio, es ejercer los controles sobre quien hoy ejerce el poder. Castigar al que hoy lo transgrede es control judicial republicano. Lo demás es tardía reparación histórica, que no sustituye la oportuna intervención judicial que previene la ilicitud.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

15. *Principio de la oficialidad*

15.1. *Principio de la impulsión de oficio*

El principio de la "oficialidad," derivado del principio de la legalidad objetiva,[1] tiene como primera hipótesis la impulsión de oficio del procedimiento, que consagra el art. 1º, inc. *a)* del decreto-ley 19.549/72; "Impulsión e instrucción de oficio, sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones."[2]

En efecto, si bien el procedimiento puede ser iniciado de oficio o a petición de parte, la impulsión de éste corresponde prácticamente en todos los casos a la administración.[3] Ello es así porque en la actuación de los órganos administrativos no debe satisfacerse simplemente un interés individual sino también un interés colectivo y el propio interés administrativo. De allí que la inacción del administrado no puede determinar normalmente la paralización del procedimiento. Por ello nos parece desaconsejable la creación legislativa de una caducidad o perención de instancia, pues es muy difícil que la paralización de un procedimiento pueda ser debida a actos del particular ya que, usualmente, su continuación no depende de la voluntad de éste.[4] Y, por supuesto, es errado pretender aplicar por analogía, en ausencia de normas expresadas, la institución procesal de la perención de instancia; si la ley expresamente no lo determina, ella es inaplicable, pues, como decimos, el principio imperante en el procedimiento administrativo no es la impulsión de las partes, sino la impulsión de oficio, criterio éste a nuestro juicio incompatible con el de la perención o caducidad de instancia.

15.2. *Excepciones al principio de la impulsión de oficio*

El principio de la impulsión de oficio, desde luego, no significa que toda impulsión procesal debe proceder de la administración. En todos aquellos casos en que la iniciación del procedimiento depende del particular (reclamaciones, recursos), es

[15.1] VON TUREGG, KURT EGON, "Die Prozessmaximen im Verwaltungsprozess," en *Festchrift für Heinrich Lehman*, Berlín, 1956, p. 849 y ss., pp. 852-3; también llamado "principio inquisitivo."

[15.2] Otra derivación posible la encontramos en el llamado principio de oficialidad u obligatoriedad de la acción punitiva del Estado, que encierra la consideración de que "en el ejercicio de la activiadad sancionadora la Administración se halla obligada a ejercitar la acción represiva al igual que el juez penal" según LOZANO CUTANDA, BLANCA, " El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad;" en ARISMENDI, ALFREDO A. y CABALLERO ORTIZ, JESÚS (coords.), *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Civitas, 2003, p. 1622.

[15.3] BECKER, *Das Allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gezetzgebung*, Stuttgart, 1960, p. 42; GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1969, 2ª ed., p.105 y ss.; VIVANCOS, EDUARDO, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Barcelona, 1959, p. 135 y ss.; HEREDIA, *op. cit.*, p. 276; doctrina uniforme. Este principio orienta los ordenamientos de muchos otros países como Bolivia, art. 4º inc. *n*); Brasil, 2º inc. XII); España, art. 74 inc. 1º); Perú, art. IV, inc. 1º), ap. 3º). También de México, art. 77, LPADF, según lo recuerda GONZÁLEZ PÉREZ, *Procedimiento administrativo federal*, *op. cit.*, p. 55.

[15.4] GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 127; cfr. COMADIRA, *op. cit.*, p. 56.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

evidente que el impulso inicial lo provee el particular,[5] aunque luego de este acto retoma su aplicación el principio general y la continuación del procedimiento se rige otra vez por el principio de la impulsión de oficio.[6] Por ello no consideramos que en el procedimiento administrativo "no puede afirmarse que domine el principio de la impulsión procesal de oficio por parte de los órganos estatales, ni tampoco que predomine el principio de la disposición del proceso por el interesado;"[7] a nuestro criterio, el principio de la impulsión de oficio es predominante y sólo por excepción puede corresponder la impulsión al particular.

El decreto-ley 19.549/72, art. 1º, inc. *e)*, ap. 9º, prevé la caducidad cuando la paralización se debiere a una "causa imputable al administrado" (lo que como ya vimos es excepcional), previa intimación por de treinta días para que active el expediente. De todos modos, la norma establece que "operada la caducidad, el interesado podrá [...] ejercer sus pretensiones en un nuevo expediente, en el que podrá hacer valer las pruebas ya producidas," de modo que la única consecuencia desfavorable para el interesado es el archivo de las actuaciones, pudiendo reiniciar la cuestión posteriormente.

En el derecho anglonorteamericano se otorga mayor injerencia a la impulsión de las partes;[8] ello es congruente con el restringido concepto del derecho anglosajón respecto a la impulsión de oficio.[9]

15.3. *Comparación con el proceso civil*

El impulso del procedimiento corresponde fundamentalmente a la administración (sistema inquisitivo o de oficio), a diferencia entonces del proceso judicial común (impulsión de las partes), en que "ellas no solamente son dueñas de la acción, a la que dan vida con la presentación de la demanda, pudiendo extinguirla en cualquier momento mediante el desistimiento o la transacción, sino que fijan los términos de la litis, aportan el material de conocimiento y paralizan o activan la marcha del proceso."[10] En el procedimiento administrativo, pues, una denuncia o un recurso presentado por un particular contra un acto que reputa ilegítimo, inicia el procedimiento, pero no queda librado al particular detener o extinguir la actividad administrativa en ese procedimiento por el sólo hecho de que desista de su recurso o denuncia. La administración tiene normalmente, no obstante ese desistimiento, la obligación de averiguar la verdad de la denuncia o recurso. Este principio lo consagra el reglamento del decreto-ley 19.549/72 en su art. 4º, en estos

[15.5] BECKER, *op. cit.*, p. 42.

[15.6] ANTONIOLLI, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 223; BECKER, *op. loc. cit.*

[15.7] VILLAR y ROMERO, *Derecho procesal administrativo*, *op. cit.*, p. 57.

[15.8] BECKER, *Das Allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gezetzgebung*, *op. cit.*, p. 43.

[15.9] BECKER, *op. loc. cit.*

[15.10] ALSINA, HUGO, *Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, Buenos Aires, 1956, p. 449.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

términos: "Todas las actuaciones administrativas serán impulsadas de oficio por el órgano competente, lo cual no obstará a que también el interesado inste el procedimiento. Se exceptúan de este principio aquellos trámites en los que medie sólo el interés privado del administrado, a menos que, pese a ese carácter, la resolución a dictarse pudiere llegar a afectar de algún modo el interés general." La última parte es tan confusa que pierde significación. Toda actuación en que un individuo es parte, afecta su "interés privado," pues de otro modo no sería parte *legitimada*. A su vez, en toda actuación administrativa, en la medida en que se compromete el principio de la legalidad objetiva, está siempre en juego "de algún modo" —como dice el art.— el interés general. Con mucha mayor razón es ello así cuando se defienden derechos de incidencia colectiva como es el usuario de un servicio público, el vecino, jubilado, afectado, discriminado, la tutela del medio ambiente, etc. Por lo tanto, la supuesta excepción que consagra la última parte del art. 4º es totalmente autocontradictoria, tanto que se elimina a sí misma y no altera la completa vigencia de la regla general. De cualquier manera, el decreto 229/00 establece la obligación administrativa de resolver expresamente las denuncias, lo que permite hacer un amparo por mora para que la administración las resuelva en cuanto al fondo.

15.4. *Otras consecuencias del principio*

En conclusión, el particular y los usuarios pueden en cierto modo activar el procedimiento, pidiendo que la administración lo impulse. Por ello, no pueden por lo general impulsarlo ellos mismos en el sentido de producir actos que de suyo lo impulsen. Ese es el principio teórico, pero es preciso tener presente cuál es el principio real que rige la práctica administrativa, que explicamos *infra*, cap. X. Se sigue de lo primero que los particulares o administrados tampoco pueden paralizarlo con su inacción.

Como un especial desprendimiento del principio de la legalidad objetiva y directamente vinculado con la impulsión de oficio, existe también el principio de que la administración está obligada a considerar todo posible vicio de ilegitimidad que el acto atacado contenga y no está obligada a ceñirse únicamente a los puntos reclamados por el particular o usuarios;[11] si considera que el acto impugnado tiene otros vicios que los señalados por los recurrentes, debe también revocar el acto por esos vicios.[12]

15.5. *Principio de la instrucción*

Al lado del principio de la impulsión de oficio, cabe mencionar el principio de la instrucción, en el sentido de que la obtención de las pruebas o certificación o

[15.11] VIVANCOS, *op. cit.*, p. 154; GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 113.
[15.12] Salvo la estabilidad del acto: *infra*, t. 3, cap. VI, "Estabilidad e impugnabilidad."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

averiguación de los hechos no corresponde exclusivamente a la parte, sino que también debe ser efectuada de oficio, es decir, la administración debe cooperar y es por ello responsable, en la reunión de los elementos de juicio necesarios para decidir.[13] Así lo establece también el reglamento del decreto-ley 19.549/72, que en su art. 46 dispone: "La administración de oficio o a pedido de parte, podrá disponer la producción de prueba respecto de los hechos invocados y que fueren conducentes para la decisión [...] Se admitirán todos los medios de prueba, salvo los que fueren manifiestamente improcedentes, superfluos o meramente dilatorios." Esta norma reglamentaria complementa así el principio general contenido en el art. 1º, inc. *a)* del decreto-ley, el cual establece que el procedimiento se ajustará al requisito de la "impulsión e *instrucción de oficio*."

15.6. *Principio de la verdad material*

En íntima unión con el principio de la instrucción cabe mencionar el principio de la verdad material[14] por oposición al principio de la verdad formal.[15] Mientras que en el proceso civil el juez en la práctica se constriñe a juzgar según las pruebas aportadas por las partes (verdad formal), en el procedimiento administrativo el órgano que debe resolver está sujeto al principio de la verdad material y debe ajustarse a los hechos. Debe prescindir incluso de que ellos hayan sido alegados y probados por el interesado,[16] p. ej., hechos o pruebas que sean de público conocimiento, que estén en poder de la administración por otras circunstancias,[17] que estén en otros expedientes, que la administración conozca de su existencia y pueda verificarlos,[18] etc. Su introducción, claro está, debe hacerse documentalmente al expediente, dando traslado al particular a los efectos de que pueda ejercer el necesario control sobre esa prueba. Si la administración no se ajusta a los hechos materialmente verdaderos, su acto estará viciado.[19] En efecto, la decisión administrativa debe ser independiente de la voluntad de las partes. Un acuerdo de partes

15.13 BECKER, *op. cit.*, p. 43; HEREDIA, *op. cit.*, p. 276; ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 223; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 107 y ss.; PEARSON, MARCELO MARIO, *Del recurso jerárquico*, Buenos Aires, 1954, p. 30; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 135 y ss.; HELLBLING, ERNST, *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1943, p. 248; PTN, *Dictámenes*, 94: 172.

15.14 Art. 1º inc. *f*) ap. 2º) del decreto-ley 19.549/72; nuestro Proyecto de 1964, art. 245; Bolivia, art. 4º inc. *d*); Perú, art. IV inc. 1º ap. 11); Costa Rica, art. 297.1; Venezuela, art. 69.

15.15 PTN, *Dictámenes*, 87: 142; 86: 288; 92: 170, 171; 94: 172, etc. HELLBLING, *op. cit.*, t. I, p. 248.

15.16 BECKER, *op. cit.*, p. 44; ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 224. Como dice ENTRENA CUESTA, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1965, p. 503, "en el caso de que los elementos de juicio que los interesados suministren al órgano resolutorio no sean suficientes para dictar una resolución adecuada, deberá aquél, de oficio, procurárselos, de suerte que llegue a una exacta determinación y al conocimiento y comprobación de los datos a tomar en consideración."

15.17 WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 4.

15.18 GELLHORN, WALTER, *Federal Administrative Proceedings*, Baltimore, 1950, p. 82 y ss.; esto tiene limitaciones: t. 4, cap. VIII, "El tiempo [...]" y IX, "Los recursos de reconsideración."

15.19 *Infra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. IX, "Vicios de la voluntad," § 8.2, "Decisiones que prescinden de los hechos." En sentido similar TJE, *Transocean Marine Paint Association*, 1991, en CHITI, *op. loc. cit.*

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

sobre los hechos en el proceso civil es obligatorio para el juez[20] pero no resulta obligatorio para el administrador, que debe comprobarlos.[21] A la inversa, tampoco puede la decisión administrativa depender de la voluntad del administrado de no aportar las pruebas del caso: aquélla debe ajustarse al principio de la verdad material.

16. *Otros principios*

16.1. *Carácter escrito y oral del procedimiento*

El procedimiento administrativo es escrito en la generalidad de los países, aunque hay alguna tendencia a la oralidad en el procedimiento norteamericano, pero ello se debe a la preferencia general de dicho país por el procedimiento oral, sea él judicial o administrativo.[1] En el derecho argentino, el procedimiento administrativo es por regla general escrito, aunque excepcionalmente se encuentra la oralidad: así ocurrió durante algún tiempo en el procedimiento administrativo impositivo;[2] esa es la regla en materia de audiencia pública, salvo la preaudiencia en que se reciben escritos de las partes. La conveniencia del procedimiento escrito reside *prima facie* en que hace más difícil ejercer indebidas presiones morales sobre los administrados, obliga a mejor fundar y decidir las peticiones y permite una mejor apreciación de los hechos por parte de las instancias superiores, cuando se revisa la legitimidad del acto del inferior de que se trata, pues queda constancia expresa de lo actuado. Tiene en su contra en primer lugar que al no existir oralidad tampoco existe publicidad, ni posibilidad de audiencia pública, ni presencia siquiera de testigos: falta entonces el control social indispensable para que la democracia funcione.[3] Tiene en su contra por ende que también favorece la tradicional tendencia administrativa a la reserva y a los entendimientos, es decir la corrupción;[4] también favorece la lentitud del trámite. Por ello no puede mantenerse la escritoriedad plena que existe en la actualidad y debiera procurar introducirse tanto como se pueda la oralidad, p. ej. exigiendo que el debate que precede a la decisión sea en audiencia pública.

15.20 ALSINA, *op. cit.*, p. 449: el juez "sólo conoce del litigio en la extensión que las partes quieran hacerle conocer [...], los hechos incontrovertidos deben ser admitidos como ciertos y las afirmaciones y las pruebas aportadas por las partes constituyen los únicos fundamentos de la sentencia."

15.21 BECKER, *op. cit.*, p. 44; HERRNRIT, RUDOLF, *Das Verwaltungsverfahren*, 1932, p. 3, citado por BECKER, *op. cit.* Este principio tiene fundamental importancia en la apreciación de la prueba: cap. I, "La prueba de los derechos" de este vol. 2.

16.1 BECKER, *op. cit.*, pp. 44-5.

16.2 Ver GIULIANI FONROUGE, C. M. y BELLO, JUAN E., *Procedimiento impositivo*, Buenos Aires, 1963, pp. 246-7. Ver, con todo, decretos-leyes 20.024/72, 20.046/72, ley 20.626 y decreto 1.769/74, que prácticamente eliminan la oralidad.

16.3 Ver la explicación general que dimos *supra*, nota 10.7 y su remisión a SÁENZ, *op. cit.*, pp. 69-78; BOTASSI, "Presentación," *op. loc. cit.*; BERIZONCE, *op. loc. cit.*

16.4 BECKER, *op. cit.*, p. 45.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

16.2. *La oralidad como regla*

Son muchos los trámites que pueden efectuarse y de hecho se efectúan verbalmente. La ley de Santiago del Estero dispone que "podrán hacerse o gestionarse verbalmente, mediante simple anotación en el expediente, bajo la firma del solicitante, la reiteración de oficio, desglose de poder o documento, entrega de edictos, corrección de un error material, pedido de diligencia e informe no proveído y otros análogos."[5] Lo mismo es de aplicación a los pedidos de producción de pruebas ya ofrecidas y en general notas, diligencias o informes no proveídos,[6] al contralor de la producción de la prueba a efecto de hacer el interesado las observaciones que crea pertinentes, de las que se dejará constancia actuada,[7] etc. La reglamentación nacional admite los desgloses en forma verbal,[8] las vistas,[9] etc. En la práctica las administraciones y la justicia misma prefieren la presentación de escritos, con su consiguiente dilación y demás perjuicios, pero ese prejuicio no debiera impedirles negar que la oralidad debe aparecer al menos como un importante complemento;[10] sobre todo debe tenderse a través de ella a evitarle al particular la presentación de escritos innecesarios, resolviendo directamente ante sus solicitudes o reclamos verbales cuando no aparece como indispensable la constancia escrita.

16.3. *Mediación o inmediación*

En relativa relación con el principio de la oralidad o no del procedimiento, cabe considerar el de la inmediación. Cuando el procedimiento es oral, funciona naturalmente el principio de inmediación;[11] o sea que la misma autoridad que debe decidir sea la que dirija el procedimiento y reciba o controle directamente la producción de las pruebas, declaración de los testigos, etc. En cambio, siendo el procedimiento escrito, el principio de la inmediación pierde vigencia en el ámbito administrativo y judicial, al extremo de que los proyectos de decisión o sentencia son siempre hechos por personas de rango inferior a quien debe suscribirlos.

En la práctica, lamentablemente, la regla general es la mediación y la delegación en secreto: la autoridad que firma lo que se decide, resuelve sobre la base de hechos cuya producción ha sido controlada por las autoridades inferiores y no tiene, en consecuencia, un conocimiento directo de las partes ni de los testigos; y para colmo utiliza un proyecto ajeno que a lo sumo revisa al correr de la pluma y nada más. En otras palabras, la inmediación no aparece sino en forma comple-

16.5 Ley 2296, art. 23.

16.6 En este sentido el art. 335, inc. 1º, de nuestro Proyecto de Código Administrativo, Mar del Plata, 1964, reproducido en nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, 2ª ed., p. 285.

16.7 En este sentido el art. 334 de nuestro Proyecto de Código Administrativo, *op. cit.*, p. 285.

16.8 Art. 12 del decreto 1759/72.

16.9 Art. 38 del decreto 1759/72.

16.10 En este sentido HELLBLING, *op. cit.*, t. I, p. 248, respecto al derecho austríaco.

16.11 BECKER, *op. cit.*, p. 47.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

mentaria y va unida a una impropia y furtiva delegación de funciones.[12] Las organizaciones favorecen la mediación, ya que son las autoridades superiores las que van a decidir,[13] a pesar de que el grueso de la prueba se recibe en las jerarquías inferiores.[14] En el procedimiento impositivo existió inmediación.[15] El principio de la inmediación nada tiene que ver con las facultades del órgano decidente para apreciar la prueba. Si bien la *inmediación* le permite apreciar mejor los hechos,[16] emplear la *mediación* no significa que esté desligado de leer el expediente y atado por la apreciación efectuada por el inferior. El superior siempre debe apreciar los hechos *ex novo* y darles eventualmente una interpretación distinta de la efectuada por los organismos dependientes; lo mismo cabe decir de la justicia cuando controla la legitimidad de los actos administrativos.[17] No es lo que suele ocurrir.[18]

16.4. *Ausencia de costas*

En la práctica, en comparación con el proceso judicial, asume gran importancia la ausencia de costas en el procedimiento administrativo, que en muchos casos se identifica casi totalmente con un principio de gratuidad.[19] En este aspecto se ha producido una evolución que va desde *a)* una originaria negación de la procedencia de la condena en costas a la administración que resuelve favorablemente el recurso, con la imposición al recurrente triunfante del pago del sellado de actuación, *b)* siguiendo con la supresión del sellado de actuación. Cabe preguntarse si podrá llegar la etapa final *c)* en que la administración pague al interesado los gastos en que haya incurrido, pero sin imponerle costas en caso de perder el recurso: ésta sería la gratuidad integral.

16.4.1. *Improcedencia de la condena en costas*

Es clásico del procedimiento administrativo que no haya en él condena en costas, cualquiera sea el resultado del recurso.[20] En consecuencia, si el recurrente pierde el recurso, sólo abona los gastos de sellado, en caso que los haya; también corren

16.12 HELLBLING, *op. cit.*, t. I, p. 248.

16.13 O pueden determinar la decisión del inferior por; BECKER, *op. cit.*, p. 47.

16.14 Ver nuestro art. "La apertura a prueba en el procedimiento administrativo," *RAP*, Buenos Aires, 1961, nº 1, p. 45 y ss. Ver *infra*, t. 4, cap. VI, "Apertura a prueba. Medios de prueba."

16.15 GIULIANI FONROUGE y BELLO, *op. cit.*, p. 206; en contra, decreto 1.769/74.

16.16 Dice la CS de EE.UU. que "el mismo que decide debe oir:" *Morgan v. United States*, año 1936, 298 U.S. 468; WADE, *Towards Administrative Justice, op. cit.*, p. 58 y ss., 80 y ss.

16.17 En el procedimiento administrativo se aplica el principio de la *verdad material* y no el de la verdad formal. Ver la discusión del famoso *Chalk Pit Case* en Inglaterra, año 1961, en WADE, *Towards Administrative Justice, op. cit.*, pp. 107-17 y sus conclusiones sobre EE.UU., p. 80.

16.18 Ver "Los hechos del caso y los contratos administrativos," en nuestro libro *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 41, p. 120; § 93, "Los hechos del caso," p. 193; § 99, "Un mínimo de actividad probatoria," p. 201; § 100, "Control de razonabilidad," p. 202.

16.19 Otros hablan directamente de gratuidad: ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 39.

16.20 Cfr. PADILLA VELAZCO, RENÉ, doc. 14, Seminario de las Naciones Unidas realizado en Buenos Aires, *op. cit.*; ley austríaca, art. 75, inc. 3º; HELLBLING, *op. cit.*, p. 505.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

por su cuenta los otros gastos en que hubiera incurrido, p. ej. los honorarios que hubiere convenido con su letrado,[21] o le fueren regulados judicialmente. Si triunfa en el recurso y se le reconoce que el acto impugnado era ilegítimo, la solución no varía. Se ha establecido en tal sentido que "respecto a la solicitud de reconocimiento de honorarios, intereses y sellados, estimo que siendo el recurso jerárquico un recurso administrativo [...] pero no contencioso [...] no puede hablarse en él de parte vencida. La reclamación del reconocimiento de los honorarios profesionales por el asesoramiento jurídico, como igualmente el de los intereses y sellados, importa una pretensión de aplicar costas a la Administración, lo que no cuadra ni cabe en el procedimiento administrativo."[22] Para pedir la regulación de honorarios es entonces necesario demandar al cliente.[23]

16.4.2. *El caso particular del sellado de actuación*

16.4.2.1. *Supresión a nivel nacional*

En el orden nacional la cuestión ha perdido actualidad hace varias décadas con la supresión del impuesto de sello en las actuaciones administrativas. Si bien la ley se fundaba en la poca rentabilidad del impuesto en relación al gasto que origina su percepción, también la práctica demostró que creaba numerosos trastornos y pérdida de tiempo, obligaba a la utilización de papel timbrado con la dificultad adicional para conseguirlo, inversiones adicionales e inútiles del recurrente, etc. También la administración se recarga inútilmente de trabajo burocrático, teniendo que decidir si el sellado es correcto de acuerdo con el asunto de que se trate, con toda la secuela de consultas, reclamos, etc. La supresión del sellado de actuación es un completo acierto de orden administrativo, a más de fiscal.

16.4.2.2 *Su mantenimiento en algunas jurisdicciones locales*

En algunas provincias o municipalidades subsisten normas que exigen el sellado de actuación, con el consiguiente entorpecimiento del trámite sin ninguna utilidad fiscal de trascendencia y grave afectación del derecho de defensa. Es de lamentar, muy particularmente, el caso de la Ciudad de Buenos Aires, que se debate constantemente entre una constitución y sólo alguna legislación que podría tildarse de "progresista" y en cambio una fuerte tendencia conservadora y retrógrada de sus viejas entrañas de municipalidad del siglo XIX. Esa cultura se manifiesta también en leyes que por su fecha corresponden al presente, aunque por su contenido respondan al pasado muy mediato. Concretamente, la CABA tiene se-

[16.21] González Pérez, *Los recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 156.
[16.22] *Dictámenes*, 67: 59; 64: 1.
[16.23] CNFed. CA, Sala I, *Copani, LL*, 1997-D, 694, con nota "Demanda contra nadie," *LL*, 1997-D, 693.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

llado de actuación ¡que hay que oblar con *cada* presentación! Creemos que ha llegado la hora de pronunciar la inconstitucionalidad de estos atavismos.[24] Existen además razones de política jurídica que es raro que las autoridades locales no adviertan. Se ganan innecesariamente el malestar constante de los ciudadanos, que un día brota "inexplicablemente" ante hechos que parecen no justificar la violencia de la reacción. Es que es mucha la violencia que la administración impone a diario al reprimido administrado,[25] creando un peligroso dique que un día se puede quebrar.

16.4.3. *Caso en que hay dos particulares en contradicción*

Si bien la regla en definitiva es que tanto la administración como cada parte deben sufragar sus propios gastos,[26] parecería lógico que habiendo dos partes en contradicción y triunfando una, sea la otra la que debe cargar con las costas que el procedimiento ocasionó a la primera: la ley austríaca autoriza así a la administración a fijar costas.[27] Pero entre nosotros, en ausencia de una norma expresa, dicho reclamo requeriría un juicio de conocimiento y no podría la administración misma hacer una condenación en costas a una de las partes.

16.5. *Celeridad, economía, sencillez y eficacia*

Por último, es de indicar que otros principios secundarios que caracterizan al procedimiento administrativo en su aspecto formal son, en el decreto–ley 19.549/72, el de la rapidez, simplicidad y economía procedimentales.[28] La eficiencia en el manejo de los fondos públicos viene también exigida por la CICC, la ley 25.188 y el decreto 229/00, art. 4º, inc. *g*) y art. 5º, inc. *a*). Ello significa que deben evitarse complicados, costosos o lentos trámites administrativos burocráticos que dificulten el desenvolvimiento del expediente.[29] Es evidente que cuesta transformar en realidad tan reiterados preceptos normativos. Es fundamental destacar que estos principios son secundarios respecto del principio de la garantía del debido proceso

16.24 Adherimos así a lo expuesto por BARBARÁN, JOSEFINA, "El agotamiento del administrado," *LL*, 2005-E, 1120, en un enérgico, breve y más que convincente desarrollo fundamentando la inconstitucionalidad del "derecho de timbre" local por lesionar, del modo que puntualmente explica, el derecho de defensa de los administrados.

16.25 Ver RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, "La violencia del procedimiento administrativo en la práctica," en preparación para *LL, Sup. Adm.*, 2006.

16.26 Ley austríaca, arts. 74 y 75; HELLBLING, *op. cit.*, pp. 500-5; la ley austríaca autoriza en ciertos casos especiales a imponer algunos tipos de costas al recurrente (v. arts. 75 y ss.).

16.27 Art. 74, inc. 2º; HELLBLING, *op. cit.*, p. 500.

16.28 Decreto-ley 19.549/72, art. 1º, inc. *b)*: "celeridad, economía, sencillez y eficacia." En igual sentido, entre muchos otros países, Bolivia, art. 4º inc. *k*); Brasil, art. 2º; España, arts. 3º inc. 1º), 74 inc. 1º) y art. 75; Perú, art. IV, inc. 1º) aps. 9º) y 13); Colombia, art. 3º; Costa Rica, arts. 269.1 y 225.1 y 2; Venezuela, art. 21. Ver BECKER, *op. cit.*, pp. 58-9; ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 224; COMADIRA, *op. cit.*, pp. 64-5: "estas pautas generales [...] constituyen el mejor mentís para aquellas argumentaciones dirigidas a relativizar la importancia y eficacia de las formas del derecho público."

16.29 Ver CAPUTI, M. CLAUDIA, *La ética pública*, La Ley, Buenos Aires, 2000.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

y del principio del informalismo en favor del administrado y que deben ser interpretados en forma congruente con ellos:[30] no podría, pues, disponerse una aceleración, simplificación o economía procesal que implique hacer riguroso el procedimiento, o perjudicar al administrado en su defensa. Lo mismo puede afirmarse respecto a los principios de publicidad y transparencia de la convención interamericana contra la corrupción. Sólo cuando se ha satisfecho plenamente la defensa del interesado y la exigencia de conocimiento público cabe por fin a la autoridad resolver rápida y simplemente; pero si los hechos no han sido debidamente aclarados, o no ha habido suficiente oportunidad de defensa, entonces estos principios de "celeridad" y "eficiencia" no son todavía de aplicación, pues debe procederse a producir cuidadosamente la prueba necesaria, etc.[31] Al particular, innecesario es decirlo, le conviene tener en todo momento su propia diligencia e iniciativa probatoria.[32] Es el principio romano conforme al cual *Vigilantibus, et non dormientibus, jura subveniunt* (el derecho protege a los que vigilan, no a los que duermen).

16.6. *Transparencia, objetividad, justicia*

Estos requisitos son exigidos por el art. 4º inc. *b*) del decreto 229/00 ("objetividad, justicia e imparcialidad" y por el inc. *g*); además lo exige el art. 4º inc. *a*) del mismo cuerpo. Por supuesto vienen impuestos por la CICC y la ley 25.188 de ética pública.

[16.30] En sentido similar ver González Pérez, "Principios del procedimiento administrativo en América Latina," en Arismendi y Caballero Ortíz (coords.), *op. cit.*, p. 1516, quien expresa: "Las leyes de procedimiento administrativo (...) consagran, de forma más o menos expresa, los principios que informan la regulación del procedimiento administrativo, reiterando a veces las normas de las Constituciones respectivas. Principios que tienen valor muy distinto, pues no pueden ser en modo alguno homologables los de *economía, celeridad* y *eficacia*, que figuraban en el artículo 29 de la ley española de 1958 y se han reiterado en casi todas las americanas con más o menos variantes, con los de legalidad, debido procedimiento o de confianza legítima. Mientras estos son auténticos principios generales del Derecho, aquellos son más bien principios de organización. Y así lo ha destacado la doctrina."

[16.31] Becker, *op. cit.*, p. 59.

[16.32] Ver *supra*, cap. I, "La prueba de los derechos" de este t. 2.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Capítulo X

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA PRÁCTICA [1]

I. *Introducción*

1. *La realidad en el derecho administrativo*

En el primer tomo indicamos que el conocimiento del derecho administrativo hacía indispensable, como en cualquier otra disciplina jurídica, el conocimiento de la realidad;[2] en el primer cap. de este t. 2 hemos comenzado por señalar cómo se prueba en derecho esa realidad. Pero hay al menos dos planos en la realidad: uno es de los medios de pruebas que irán al expediente como medios de convicción, el otro es cómo manejarse con las administraciones públicas y sus concesionarios o licenciatarios en la práctica diaria. En este cap. cubriremos el segundo aspecto. Ello es de importancia para la defensa del particular, en el plano administrativo y de los usuarios frente a los prestadores privados de servicios públicos monopólicos.

La retracción del aparato administrativo a fines de siglo XX y comienzos del XXI, que antes explicamos, va acompañada de un mayor crecimiento de las actividades privadas monopólicas concedidas o licenciadas por el Estado, que requieren de la tutela y el control administrativo y jurisdiccional. Hay que desarrollar paciencia y sobre todo perseverancia para evitar que los abusos eventuales se

[1.1] Complementar en nuestro libro *La administración paralela*. Madrid, Civitas, 1982, 3ª reimpresión 2001; NIETO, ALEJANDRO, *La organización del desgobierno*, Madrid, Ariel, 1984; CARULLO, ANTONIO, *La prassi amministrativa*, Padua, Cedam, 1979; KLIKSBERG, BERNARDO, "La racionalidad irracional de la burocracia," en su libro *Cuestionando en administración*, Buenos Aires, Paidós, 1973, p. 158 y ss.; MOCKLE, DANIEL, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, París, L.G.D.J., 1984; WOLL, PETER, *Administrative Law. The Informal Process*, Berkeley y Los Ángeles, University of California Press, 1963; RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, "La violencia del procedimiento administrativo en la práctica," en preparación para *LL*, Sup. Adm., 2006; BARBARÁN, JOSEFINA, "El agotamiento del administrado, *LL*, 2005-E, 1120.

[1.2] *Supra*, t. 1 cap. I; *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1988, 4ª reimpresión 2001. Ver "Palabras del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Dr. Roberto O. Berizonce," en BOTASSI, CARLOS A. (dir.), *Temas de derecho administrativo*, La Plata, LEP, 2003, p. 20; SÁENZ, JORGE A., "Gordillo, la función administrativa y la democracia," *Temas..., op. cit.*, pp. 74-5.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

repitan y perpetúen. Tanto en la administración como en los prestadores de servicios públicos la posibilidad de abuso de poder existe siempre y es necesario salvaguardar los principios del debido proceso a fin de que el particular encuentre protección frente al funcionario de la administración,[3] o de sus licenciatarios o concesionarios monopólicos. Pero en esto como en muchas otras cosas no basta el funcionamiento formal de las instituciones jurídicas: es necesario que el propio pueblo colabore, individual o colectivamente, en mantener a diario el control del poder.[4] Tenemos en esto un deber de solidaridad con nosotros mismos. Todo demuestra que el pueblo y los individuos no lo cumplen y que las más de las veces se dejan ignorar, dominar, amenazar o en tratar paternalmente por el Estado y su representante inmediato y directo, la autoridad o el prestador del servicio, el funcionario o empleado que en nombre de uno u otro actúa: *vigilantibus, non durmientibus, jura subveniunt*. Han aparecido hace tiempo breviarios que indican al pueblo, al hombre común de la calle, cómo defenderse de la autoridad, cuáles son sus derechos, etc. Y no es casual que el título de alguno de ellos sea, apropiadamente, "No tenga miedo a la autoridad;"[5] pues lo cierto es, sin duda, que se tiene verdadero miedo a la autoridad y muchas veces justificado; más una desconfianza extrema de su compromiso con el interés público en el control de los servicios monopolizados dados en concesión o licencia por el Estado.[6] Ahora bien, el funcionario público o empleado altivo de una empresa concesionaria o licenciataria que nos inspira ocasional temor o distancia, es también un ser humano y como tal

[1.3] *Supra*, cap. II, "Derechos de incidencia colectiva," § 3, "Los nuevos derechos y garantías de incidencia colectiva" y 4, "Algunos ejemplos" y cap. III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva," § 6, "Casos." DEBBASCH, CHARLES, "Le droit administratif face à l'évolution de l'administration française," *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. XXXIX, 1973, § 2, p. 101 y ss., p. 105: "La administración está [...] en una situación incómoda. Ella es, en efecto, el lugar geométrico donde se encuentran reivindicaciones contradictorias. Los administrados desatan, ellos mismos, las intervenciones administrativas pero rechazan las limitaciones que resultan. La acción administrativa se encuentra, a la vez, buscada y rechazada. Esta reacción de desconfianza se funda en motivaciones diversas. Los administrados tienen el sentimiento de que las acciones de la administración se desenvuelven en condiciones arbitrarias, que las cargas que ellos acarrean son inigualitariamente repartidas. La función moderna de transformación de la sociedad que pertenece a la administración explica igualmente estos fenómenos de rechazo. Toda proyección hacia el futuro hace soportar cargas a los que viven en el presente. La administración se encuentra, entonces, en una situación en la cual ella no dispone de ningún sostén: los futuros administrados que se beneficiarán de su acción no están todavía allí en tanto que ella debe soportar las oposiciones de los administrados perjudicados por la transformación, los cuales están bien presentes y vigilantes."

[1.4] Debemos conocer, invocar llevar y mostrar las normas que hacen a nuestros derechos.

[1.5] ZIMMERMANN, THEO, *Keine Angst von Behörden*, Gütersloh, Betterlsmann, 1964. También es cierto que el miedo surge o puede surgir de la ignorancia de los propios derechos. Para combatir esa causa son indispensables los manuales de información cívica, destinados a promover la formación ciudadana, como el excelente trabajo de CAPLAN, ARIEL y SCHEIBLER, GUILLERMO M. (coords.), *Manual de Cuidadanía Activa*, Buenos Aires, Asociación Civil Carlos Sánchez Viamonte, 2005.

[1.6] Más los problemas del consumidor. Ver DE LUCCA, NEWTON, *Direito do consumidor. Aspectos prácticos. Perguntas e respostas*, San Pablo, EDIPRO, 2000, 2ª ed.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

influyen sobre él las normas del medio social, las reglas de la psicología y la sociología, etc. Así como en la interpretación y consecuente aplicación de una norma jurídica cualquiera, influyen elementos semánticos, sintácticos, lógicos y sobre todo pragmáticos,[7] tornándose importante en grado sumo la técnica de la argumentación,[8] así también cuando se trata de formular una denuncia ante la autoridad de contralor o ente regulador, o de la preparación de una decisión administrativa o de su impugnación, se torna fundamental saber cuál es el método o la técnica de argumentación apropiada al caso, además de saber cuáles son las notas socio-psicológicas que rodean dicha decisión.

El conocimiento de algunos rudimentos acerca del liderazgo y la motivación en la administración pública y privada con poder monopólico,[9] de la estructura psicológica de las organizaciones[10] y en general de la ciencia de la administración,[11] son elementos para comprender el fenómeno administrativo en su contexto jurídico y poder hacer una eficaz defensa frente a él y quienes utilizan su autoridad.

II. *Las actuaciones administrativas*

2. *Actuaciones administrativas y judiciales. Comparación*

Hay algunas diferencias fundamentales respecto de la forma de llevar las actuaciones por la administración y por la justicia. Si acaso, la primera impresión es visual. El expediente administrativo no conoce, como el judicial, el empleo uniforme de hojas de igual tamaño y calidad, ni tampoco el prolijo trabajo del empleado que cose los expedientes; en el procedimiento administrativo los expedientes están perforados y unidos por un simple broche y las sucesivas hojas del trámite, de desigual tamaño y formato, calidad y color, van siendo agregadas en cada oficina en que el acto de procedimiento respectivo se produce, por el simple método de abrir el broche y enganchar allí, perforándolas, las nuevas actuaciones.

Como se comprenderá fácilmente, la desprolijidad, desorden, mala conservación de las piezas del expediente (que aparecen semirrotas en una buena cantidad de casos) y por supuesto suciedad (ya que el expediente es llevado de oficina en

1.7 Ver por ejemplo el análisis de ROSS, ALF, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pp. 105-146. Más el siempre imprescindible contexto, que ya explicáramos en el cap. I, § 1, p. 3.

1.8 ROSS, *op. cit.*, pp.146-9.

1.9 Véase p. ej. MCGREGOR, DOUGLAS, *Leadership and Motivation*, Massachussetts, M.I.T., 1966; *The Human Side of Enterprise*, Nueva York, McGraw Hill, 1960.

1.10 Ver LIKERT, RENSIS, *New Patterns of Management*, Nueva York, Mc Graw-Hill, 1961; SCHEIN, EDGARD H., *Organizational Psychology*, Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1965 y sus referencias bibliográficas.

1.11 Ver p. ej. THIEME, WERNER, *Verwaltungslehre*, Ingolstadt, Carl Heymanns, 1967; GOURNAY, BERNARD, *Introduction à la science administrative*, París, Armand Colin, 1966; AUBY y otros, *Traité de science administrative*, París, Mouton, 1966; CIMMINO, SALVATORE, *La organización administrativa en su contexto social*, Madrid, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1965.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

oficina, pasando por innumerables manos) son la regla, sobre todo cuando el expediente lleva algún tiempo largo de tramitación —lo que no es excepcional. La pérdida o extravío de expedientes es usual, por lo que resulta absolutamente indispensable pedir[1] y guardar siempre fotocopia de todo, estando listo para reemplazar el expediente cuando no lo encuentren y guardar todavía siempre más copias hasta el final. Olvidarse de este recaudo es exponerse a empezar todo de nuevo. Lo ideal, por supuesto, es que las fotocopias se encuentren certificadas por escribano público, o al menos selladas por la administración,[2] aunque esto resulta algo a lo que la administración no opone sino su desagrado. Pero a veces es mejor incurrir en ese desagrado, pues no faltarán autoridades posteriores que se animen a negar aunteticidad a las fotocopias simples, ni abogados que por imperativo procesal las nieguen en juicio y pongan así en peligro el sustento documental de los derechos del particular.

3. *El trámite de agregación de escritos al expediente*

Pero a esta dificultad estética e higiénica cabe agregar otras más serias: cada escrito que presenta el interesado con referencia a un expediente en trámite no siempre es automáticamente agregado a el. Tradicionalmente, en efecto, la práctica argentina es que los escritos que los interesados presentan con respecto a un expediente son entregados, no en la oficina en la cual el expediente se encuentra y a la cual se lo dirige, sino a la mesa de entradas de la repartición para que ésta lo remita a la oficina en la que las actuaciones están radicadas. Este sistema quedó parcialmente derogado a partir del decreto 759/66,[1] sobre reglamento de mesa de entradas, salidas y archivo, cuyo art. V, 15 establecía que "Preferentemente, la tarea de «agregación» será efectuada por el Servicio de Mesa de Entradas; si fuera dispuesta por dependencias internas, éstas darán cuenta de la misma, en el día, al Servicio mencionado, para su registro pertinente."

Posteriormente el art. 25 del decreto 1.759/72 deroga esta regla, estableciendo que sólo el escrito inicial se presenta por Mesa de Entradas; "Los escritos posteriores podrán presentarse o remitirse igualmente a la oficina donde se encuentre el

[2.1] Derecho que reconoce el inc. *d*) del art. 3º del decreto 229/00: "a conocer el estado de tramitación de las actuaciones administrativas en las que tenga la condición de interesado *y a obtener copias de los documentos contenidos en ellas*" (el destacado es nuestro); España, art. 35 inc. *a*); nuestro Proyecto de 1964, arts. 254 a 256; Bolivia, art. 16 incs. *d*) y *j*); Brasil, art. 3º inc. II) y art. 46; Perú, art. 160.

[2.2] El art. 3º, inc. *f*), del decreto 229/00 reafirma el derecho "a obtener copia sellada de los documentos que presente y a no presentar aquellos no exigibles." Con igual sentido y algunos matices, este derecho se encuentra normativamente protegido en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires por el art. 39 del decreto ley 7647/1970 y para la Ciudad de Buenos Aires por el inc. 7.2) del art. 7 y por el inc. 6.1) del art. 6 del decreto 2008/03.

[3.1] El art. 6.3.6 del decreto 333/85 establece que, respecto de las Mesas de Entradas, Salidas y Archivo, son de aplicación rigurosa las normas fijadas por el decreto 759/66 para Mesa de Entradas, Salidas y Archivo, con las modificaciones que surgen del decreto 1.759/72, reglamentario del decreto ley 19.549/72.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

expediente." Igual principio consagró el art. 34 del decreto-ley 7647/70 de la Provincia de Buenos Aires. Se admite entonces claramente el derecho del interesado a presentar los escritos ante la propia oficina en que el expediente se está tramitando, evitando así el engorroso pase por la mesa de entradas.

Sin embargo, a veces los empleados de las reparticiones u oficinas en que el expediente se encuentra desconocen esta norma y, siguiendo la práctica tradicional, exigen que los escritos sean presentados por mesa de entradas. A veces es peor, los agentes públicos consideran que no pueden recibir un escrito en la dependencia en la cual trabajan si ésta no cuenta a su vez con su propia "Mesa de Entradas." Con ello se llega al paroxismo del procedimiento: se puede presentar el escrito no necesariamente ante la Mesa de Entradas general, sino ante la Mesa de Entradas singular... si ella existe! La cual, a su vez, no tiene sello fechador, ni computadora, ni otorga recibo, ni tarjeta, sino solamente firma una copia, con fecha y en el mejor de los casos con aclaración. Llevar un escribano para dar fehaciencia al acto crea rispideces que a veces son perjudiciales para una buena relación comercial.[2] En cualquier caso, la Mesa de Entradas general prefiere que le entreguen los escritos a ella, porque es la única que cuenta con una computadora central en la cual ingresa, a todas las computadoras del sistema, la nota del interesado.[3]

Claro está que si el interesado conoce esta norma puede exigir que se lo admitan, pues no siendo así[4] se inicia un procedimiento demasiado ritualista: al escrito que se presente en la Mesa de Entradas general tal vez le sea agregada una carátula[5] y se le otorgue el trámite necesario para que llegue a reunirse con el principal; es decir, será preciso hacer un pequeño expediente de agregación del escrito.

[3.2] Pero a la inversa, puede tener sus riesgos a largo plazo no tomarlos, ni dejar constancia escrita de por qué uno se ve obligado a obrar de esta manera, en un país donde todo acto o contrato administrativo termina a la larga, con los cambios de gobierno, siendo objeto de investigación penal, tal como lo explicamos *supra*, t. 1, *Parte General*, cap. VIII,"Relaciones del derecho administrativo," § 7.1,"Relaciones con el derecho penal." La falta de elementos complementarios de prueba será un dato que el juzgado penal tendrá como elemento de sospecha en la relación... Ver también *infra*, nota 3.4 y § 11.4 y nota 11.8.

[3.3] Y si no lo ingresa centralmente, después le argüirán que ellos no tienen fecha cierta en la computadora, olvidando que la recepción del escrito por el funcionario competente, en cualquier oficina, tiene los caracteres de instrumento público que explicamos en el t. 3, cap. VII, "Los actos administrativos como instrumentos públicos." En la mesa de entradas singular no suele otorgarse un número de expediente a cada escrito que se presenta referente a un expediente en trámite, por lo que conviene presentar los escritos en aquélla (si existe) antes que en la mesa de entradas general, con la salvedad de la nota anterior.

[3.4] O, en su caso, por no querer incurrir en las eventuales penurias que pudiera infligirle algún juzgado penal de sucesivos gobiernos ulteriores munidos de vindicta pública contra un gobierno anterior. Ver *infra*, § 11.4 *in fine*.

[3.5] El reglamento nacional de mesa de entradas dispone lo contrario, con buen criterio, pero lamentablemente no se lo cumple cabalmente en la práctica. El art. V. 20 dispone que "Cuando se reciba un escrito de cualquier índole que se refiera a un expediente en trámite en dependencias internas, debe registrarse como «Corresponde» del mismo y sin carpeta ni providencia se remitirá para agregarse a sus antecedentes."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Este pequeño expediente[6] llevará él también su número propio; y cuando finalmente se une al principal, dos cosas pueden suceder: *a)* una, que se lo agregue a continuación del principal, abrochándolo juntamente con las actuaciones previas —con carátula[7] y todo—; *b)* otra, que se lo acompañe por cuerda floja o simplemente —y es lo más común— suelto: se los denomina "anexos," "carpetas," etc.[8]

4. *Defectos de foliación*[1]

En el primer caso, o sea, cuando el expediente de agregación del escrito es añadido al principal, se presenta la incongruencia de que ese pequeño expediente, que puede ahora tener varias páginas, puede ser refoliado de dos maneras: foja por foja hasta el final, o todo junto como unidad.

En el segundo caso es agregado todo, computándolo como si fuera una sola foja.[2] Por ello, si en adelante se desea referirse a la segunda hoja del expediente de agregación, deberá decirse: fs. 2 del expte. nº... (el pequeño), agregado como fs... del expte. nº... (el principal). P. ej., si el expediente principal está en la fs. 126 y se agrega un expediente de 15 hojas, el expediente agregado lleva número de fs. 127 y si se agregaran luego nuevas hojas al expediente principal, ellas se numerarían fs. 128, 129, etc., incluyendo así al expediente principal, sin cambiar la foliación,[3] las quince hojas del expediente agregado.

Supóngase que el administrado se vea precisado a presentar varios escritos en el transcurso de un mismo procedimiento (p. ej. sucesivas denuncias en un expediente en que se pide la caducidad de una concesión o licencia por violación sistemática del pliego y de las condiciones de calidad del servicio) y se podrá formar una idea de cómo puede quedar de desordenado y complicado el expediente.

En el segundo caso (cuando el expediente de agregación se frustra y queda como un agregado suelto), la situación es relativamente más fácil, pues uno citará

3.6 Que se denomina "Corresponde" y se abrevia usualmente "cde.;" ha sido "suprimido" por el decreto 1883/91, pero no ha desaparecido empíricamente del todo.

3.7 El reglamento nacional de mesa de entradas dice en su art. V. 15, segunda parte: "Toda carpeta o portada de un expediente agregada a un principal deberá ser conservada en el cuerpo de las actuaciones."

3.8 Por el reglamento nacional se "*debe*" usar la palabra "anexo" y "agregado sin acumular," "*suprimiéndose*" el empleo de las expresiones "Acumular sin Agregar," "Agregar por Cuerda Floja" y "Por Cuerda Separada," punto V. 12. Ver también decreto. 1.759/72, art. 10.

4.1 Cabe resaltar que en la provincia de Buenos Aires esta cuestión se encuentra regulada por los arts. 42 a 47 del decreto ley 7647/70 y en la Ciudad de Buenos Aires en el art. 11 del decreto 2008/03; ver también sus arts. 7, inc. 2º), 11, inc. 2º, 12 y 13.

4.2 Así lo ordena el reglamento mencionado, cuyo art. V. 12, parr. tercero, dice: "Los expedientes y demás documentos de una o más fojas que se agreguen a otro conservarán su foliación original, pero serán considerados como una sola foja a efectos de integrar el expediente principal." El art. 11 del decreto 1759/72 sólo dice que "continuarán la foliatura de estos."

4.3 El art. IV.11.3 del reglamento nacional de mesa de entradas establece en este sentido que "Por ningún motivo podrá ser alterada la foliatura de las actuaciones, las que se conservarán hasta la finalización del trámite y período de archivo. Los errores deberán ser salvados en la foja erróneamente numerada."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

directamente el número de expediente de agregación. Pero no se puede tener ninguna seguridad de que ello será siempre así: si alguna oficina dispone una refoliación o reordenación de las actuaciones —lo que se suele hacer con alguna frecuencia y en ocasiones más de una vez en un mismo expediente—,[4] entonces el expediente de agregación perderá su número y será necesario ubicar el escrito dentro de la nueva refoliación, para poder citarlo por ésta en adelante. Y no digamos nada de las refoliaciones en que —lo hemos visto— el empleado afirma "no haber seguido el orden cronológico para ordenar mejor las actuaciones." La desprolijidad en ocasiones se traslada a la justicia administrativa y hemos visto autos en que el magistrado suscribe a fs. 40 que el auto debe notificarse en el domicilio constituido a fs. 46; pues obviamente ha resuelto foliar primero su decisión y luego la petición de la parte en cuyo domicilio notifica.

Como diría el cómico DAVE BARRY, "No estoy inventando esto." Si eso ocurre en la justicia, fácil es imaginar que tampoco a un juez le impactará demasiado la desprolijidad administrativa. Pero hay algo que la administración hace mejor que la justicia y es agregar los anexos después del escrito, no antes de él como se hace en tribunales.

5. *La precaución de guardar copia de los escritos y documentos*

Hay así una precaución fundamental al presentar escritos a la administración o sus concesionarios o licenciatarios: guardar copias —siempre, siempre guardar copias, con el sello de "recibido," firma y fecha— y cuando deba referirse a sus escritos anteriores, acompañar copia de la copia sellada; es mucho más fácil que seguir los pasos siempre cambiantes de un escrito en el procedimiento administrativo; si va a una entrevista, llevar otra vez fotocopias de todos los originales sellados o sus fotocopias, certificadas por escribano público. Por iguales razones es también aconsejable guardar más de un juego de fotocopias de la documentación acompañada: normalmente dicha documentación no se extravía del todo ("nada se pierde, todo se traspapela"), pero cuando ello ocurre, si el particular no tiene ningún otro medio probatorio, la pérdida es irreparable.

Por ello y porque no siempre es legible la fecha del sello fechador de la mesa de entradas, es conveniente poner fecha a los escritos, e incluso numerarlos, para control propio y en ciertos casos para orientación de algún atribulado asesor que deba dictaminar en el expediente.

6. *La impulsión personal de las actuaciones*

La teoría es que la administración impulsa de oficio el expediente y que el particular no puede impulsarlo; la práctica es que la administración se demora en cada

[4.4] Esta práctica era bastante común hasta hace unos años. El decreto 759/66, ya mencionado, intenta suprimirla al prohibir la refoliatura. El decreto 1759/72 no dispone nada al respecto.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

etapa procedimental mucho más tiempo del que se necesita y que el particular solamente puede contribuir a acortar en alguna medida ese tiempo, con su insistencia constante. Asimismo también ocurre en la justicia. Son dos burocracias harto equivalentes.[1]

Esto requiere una gran dosis de paciencia, perseverancia,[2] tacto y prudencia: no aconsejamos necesariamente el sistema, pero es el que suele funcionar con un grado apreciable de eficacia. Va de suyo que no nos referimos a los casos en que el interesado puede obtener influencias de tipo personal, político, etc., para "hablar" a los funcionarios encargados de la tramitación o decisión del asunto. (Aunque jueces hay que necesitan que se les "hable," respetan al que va a "hablar" y desprecian al que no "habla" y sólo espera una decisión justa.)[3]

El sistema que hemos visto funcionar requiere una personalidad especial; usualmente, la de un abogado, procurador, persona experta en relaciones públicas o que sin serlo tenga suficientes dotes de cultura, presencia y trato. La técnica es la siguiente: averiguar primero en la mesa de entradas de la repartición dónde se encuentra el expediente; conocido este hecho, averiguar (preferiblemente a través de un ordenanza a quien a su vez no se habrá de dar lugar a inquirir sobre el interés de la pregunta, so pena de ser alejado), dónde se encuentra tal oficina; acudir directamente a la oficina en cuestión y apersonarse al funcionario que la tenga a su cargo.

En lo posible, siempre acudir al jefe de la habitación u oficina,[4] no a sus empleados, a fin de preguntarle muy respetuosa y agradablemente, pero sin ningún tipo de humildad, si es que efectivamente el expediente tal se encuentra en su oficina. Obtenida la respuesta afirmativa[5] y luego de hacer toda clase de manifestaciones comprensivas del enorme recargo de tareas que seguramente el funcionario tendrá, inquirirle con igual o mayor dosis de cordialidad y amabilidad cuándo estima él, aproximadamente, que podrá haber un pronunciamiento, dictamen, informe,

6.1 Hemos tratado de mostrar algunos aspectos organizacionales, delegativos, etc., que son comunes a ambos tipos burocráticos. Sin duda pueden mostrarse muchos más. Ver nuestras glosas en el libro de NIETO y GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, nota 17, "El sistema, la vida, los tribunales," pp. 86-91.

6.2 Estas dos cualidades son harto importantes para contrarrestrar el agotamiento que la administración produce en el administrado, ver al respecto BARBARÁN, JOSEFINA, *El agotamiento del administrado, LL*, 2005-E, 1120.

6.3 Nos encontramos nuevamente ante otro ejemplo de lo que ya advirtiéramos desde 1982, la existencia de una administración paralela a la formal, en la que el interesado, por el mero hecho de aceptar y conducirse bajo el respeto a las reglas formales, corre el riesgo de salir perjudicado o ser sancionado, en este caso, con un desprecio menos que conveniente. Ver *La administración paralela*, *op. cit.*, cap. III, § 3, pp. 97-99.

6.4 Nuevamente, este es un tipo de habilidad profesional, mezcla de relaciones públicas, vocación de actor, cuántos componentes más. Los abogados que han de sobrevivir en la lucha por la vida necesitan desarrollarlas, como simple cuestión de supervivencia.

6.5 Pues para eso preguntó antes en Mesa de Entradas y si en la oficina que ahora está le dicen que vaya a Mesa de Entradas a averiguarlo, hace que va y vuelve cinco minutos después a decirle: "Me dijeron que todavía está aquí."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

etc., con el cual el expediente sea despachado de dicha oficina. La respuesta, luego de instantes de duda, será posiblemente "quince días," si la oficina no está con recargo de tareas; "un mes," si lo está un poco; "tres meses," si lo está mucho. Si le dicen "seis meses," el interesado pondrá cara de preocupación y se lamentará —nuevamente sin humildad pero sin agresividad— de los perjuicios que eso podría causarle y solicitará si existe posibilidad de que haya una decisión más pronto. Cualquiera que sea el tiempo que le hayan indicado, el interesado lo anotará cuidadosamente junto con el nombre del funcionario y el de su oficina[6] y, uno o dos días después de transcurrido exactamente el término anunciado por el funcionario, se apersonará nuevamente a él a inquirirle si el asunto ya fue despachado.

Desde luego, todo esto puede suponer varios entreactos; ir y no encontrarlo, dejar dicho que lo llamen y no ser llamado, volver a ir y pedir nuevamente encontrarlo, finalmente encontrarlo; todo ello ha de ser realizado indispensablemente, para el éxito de este tipo de sistema de "impulsión," con las cualidades señaladas al comienzo: paciencia, perseverancia, cortesía.

Otro entreacto que va supuesto en esta pieza teatral digna de ARISTÓFANES, es preguntar regularmente en la Mesa de Entradas durante el período de espera si el expediente fue despachado de la oficina pertinente. No juzgamos el sistema: solamente decimos que existe y que quienes reúnen las condiciones para utilizarlo y lo hacen, suelen tener éxito con él.

Una forma mucho más agresiva, sin ser irrespetuosa, de seguir este procedimiento, es de llamativo interés. Se trata de acudir con un escribano público,[7] el cual labrará un acta, dejando constancia de la pregunta del particular y de la respuesta del funcionario acerca del tiempo aproximado en que el expediente será despachado. El funcionario quizá la firme en la primera oportunidad: cuando al vencer el primer término indicado vuelven otra vez peticionante y escribano, es una situación difícil para el funcionario. Él no puede desconocer su promesa anterior, ni tampoco informar que ha dictado decisión o producido el informe si esto no es cierto. Por tanto no tiene más remedio que decir que no ha hecho lo que prometió hacer. Firme ahora o no firme el acta, lo cierto es que la negligencia del funcionario y de la administración quedan bastante claramente configuradas y en principio probadas.[8] Ello permite también iniciar las vías de denuncias y reclamos, de considerarse que éstas deben ser utilizadas en el caso. También puede hacerse, desde el inicio, un amparo por mora, aunque la administración, así compelida,

[6.6] Esta información no sólo resultará de suma utilidad al vencimiento de dicho plazo, sino que puede terminar por convertirse en la piedra fundamental de la primera faz del procedimiento defensivo de naturaleza informal que se verá *infra* § 9, "La individualización."

[6.7] Que si bien generalmente da fe de *actos jurídicos* pasados en su presencia, muchas veces también la da de *hechos* pasados en su presencia.

[6.8] Si bien el notario no da fe pública del hecho pasado en su presencia, al menos es un testigo altamente calificado, lo cual es generalmente admitido como prueba suficiente. Conviene tener presente que el método es duro, ya que pone en jaque al funcionario.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

resolverá negativamente lo peticionado. Otras veces el problema se presenta mucho antes, porque en la mesa de entradas se niegan a entregarle dicha información,[9] por no ser el interesado directo, o no traer el documento, la partida de nacimiento o lo que la ignorancia del empleado pueda concebir como necesario para atenderlo o darle información. En estos casos hay que recordar los principios de cualquier manual de ventas: "La venta empieza cuando el cliente dice que no" y "No tome «no» como respuesta;" adoptar el criterio de que la gestión administrativa comienza cuando el empleado dice que No al pedido de información que se le formula. La suave, cordial, respetuosa, pero insistente y pesada reiteración del pedido, de los argumentos para que se lo provean; la contestación de todas las argumentaciones que le puedan dar para negárselo; la permanencia física frente al empleado todo el tiempo que se necesita, terminan casi siempre por vencer su resistencia. Él opta por la línea del menor esfuerzo. Generalmente es menor esfuerzo decir que no; se trata entonces de demostrar que le demandará mucho más esfuerzo decirle que no, pues es seguir aguantando su pedido y su argumentación —siempre respetuosa y cordial, pero siempre firme e insistente— y seguir en suma soportando su presencia, que darle la información requerida. Lo mismo es aplicable a los jefes del empleado de que se trate.

El problema es quién aguanta más: el empleado diciendo que no, o el particular repitiendo distintas razones para que le informen, esperando, insistiendo, volviendo. Como el empleado tiene otros problemas y el particular en el momento ese solo, su paciencia sumada a la indispensable habilidad que debe desplegar generalmente le dará resultado. Y si el empleado se enoja, entonces puede a su vez iniciarse el procedimiento de reclamos, recursos y denuncias que mencionamos en otro lugar.[10] Este despliegue de paciencia tiene sentido con la administración pública. Si se trata de un concesionario o licenciatario, hay que hacer al revés y presentar notas de queja o reclamo ante la autoridad regulatoria independiente, o ente regulador de que se trate y seguir su trámite ahora sí administrativo *stricto sensu*, pidiendo sanciones para el concesionario o licenciatario y asegurándose de que se

[6.9] El decreto 229/00, a nivel normativo, es correcto en su art. 3º inc. *a*), "Derecho a obtener información clara, veraz y completa sobre las actividades desarrolladas por la Administración Pública Nacional," inc. *b*), "Derecho a ser asesorado sobre los trámites y requisitos que debe cumplir en sus actuaciones ante la Administración," inc. *d*), "Derecho a conocer el estado de tramitación de las actuaciones administrativas en las que tenga la condición de interesado y a obtener copias de los documentos contenidos en ellas." En igual tendencia: España, art. 35 incs. *a*) y *g*); nuestro Proyecto de 1964, art. 236 inc. 1º) y arts. 254 a 256; Bolivia, art. 16 incs. *d*) y *j*); Brasil, art. 3º incs. I) y II), art. 46; Perú, art. 55 incs. 3º), 4º), 5º) y 8º), art. 118 incs. 2º) y 5º), arts. 155 y 160. Por su parte, el reglamento general del acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo Nacional (Anexo VII del decreto 1172/03), puntualmente reconoce en su art. 6º que "Toda persona física o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar, acceder y recibir información, no siendo necesario acreditar derecho subjetivo, interés legítimo ni contar con patrocinio letrado." Tampoco puede exigirse al solicitante el propósito de su requisitoria, art. 11, decreto citado.

[6.10] *Infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

produzca una decisión. Cuando corresponda, puede ser de interés reclamar también por el cumplimiento del art. 8º del decr. 29/00.[11]

Una advertencia final: Debe distinguirse la información a proporcionar por la Mesa de Entradas misma, de la información que proporcionarán las oficinas respectivas en que el expediente se tramita. El funcionario de mesa de entradas solamente puede informar acerca del trámite tenido por el expediente: en qué oficinas ha estado y está, con qué fecha entró; más, no puede informar, por la sencilla razón de que no dispone de esa información, al no estar el expediente en su oficina ni tener registrado su contenido.

III. *Técnicas informales de defensa a través de los reclamos y denuncias*

7. *Diferencias entre los recursos y los reclamos y denuncias: la necesidad de personalizar*

En los recursos contra un acto administrativo o en un "reclamo impropio" contra un reglamento administrativo, hay reglas de estilo que luego veremos. En cambio, cuando no tenemos todavía una decisión sino que estamos tratando de lograrla, la cuestión varía. En las peticiones, los reclamos y las denuncias la situación es distinta pues se trata de hechos u omisiones en que ningún órgano administrativo asume bajo su firma y sello la responsabilidad de expresar formalmente la voluntad o el deseo de la administración. En tales situaciones a veces no existe una voluntad del agente manifestada en cuanto órgano del Estado, sino en cuanto mera expresión de veleidad, capricho o arbitrariedad personal; o real y simplemente no existe decisión ni voluntad alguna. Quien quiera que sea el autor de la lesión u omisión, se escuda bajo la impunidad aparente que otorga la impersonalidad del aparato burocrático; es allí necesario quitarle el caparazón protector, suprimirle la despersonalización de que goza o cree gozar, sacarlo a la luz y aislarlo como individuo o persona, para reclamar luego ante un superior jerárquico mediato de su hecho u omisión.[1]

8. *Alcances de la personalización*

Perzonalizar no significa hacer manifestaciones hirientes, agraviantes, etc., respecto del funcionario. Eso es siempre inútil o contraproducente. La dignidad y mesura no debe perderse casi nunca, aunque más no sea en aras de la efectividad de las propias acciones. La personalización debe hacerse pues con toda frialdad y tenacidad: con la frialdad y tenacidad del que se ha fijado a sí mismo un objeto

6.11 "Los Entes Reguladores de servicios públicos concesionados o prestados por terceros, podrán acordar con las prestadoras la adhesión de las mismas al Programa."

7.1 WADE, H.W.R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, p. 20: "el agente público, desde el comienzo hasta el final de su carrera, respira una atmósfera de trastienda y, como la modesta violeta, escapa a la luz del día."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

limitado y concreto en su dimensión momentánea, pero trascendente en su significado final. No se persigue al funcionario por él mismo; no es por venganza del hecho que se ha sufrido, para hacérselo pagar en su persona; es, por lo contrario, para buscar a través del ataque a su persona, la corrección de su hecho u omisión. Logrado el objetivo, puede cesar el ataque a la persona. Por ello mismo, el ataque o impugnación concreta a la persona del funcionario sólo es un medio directo de lograr que ella o su superior corrijan el hecho u omisión dañosa; si no está en manos de uno ni el otro corregir el hecho dañoso, entonces es pérdida de tiempo y desgaste de energía, además de injusticia notoria, hacer ataques personales. Debe también tenerse presente que el ataque o la personalización es un modo de acción al cual debe recurrirse recién cuando los medios "normales" de actuación han demostrado inutilidad; de lo contrario, se puede obtener un resultado contrario al buscado, por haber sido demasiado agresivo en las peticiones. Sólo cuando la paciencia y la sonrisa no han conseguido el resultado esperado o debido; cuando están agotadas las vías de la prudencia y de la respetuosa insistencia, sólo entonces se justifica acudir a medios un poco más imperiosos de comportamiento. Reiteramos, pues, a modo de advertencia formal a los no iniciados en el trámite ante la administración, que no se debe adoptar una posición sistemáticamente agresiva ya que ella es tan inútil y contraproducente como su extremo opuesto, no pedir o reclamar nada.

9. *La individualización*

Antes de poder personalizar un ataque es necesario individualizar a la persona que nos ha lesionado. Por nombre y apellido, número de legajo o de chapa y cargo que ocupa en la repartición.[1] El individuo lesionado por la conducta de cualquier empleado de la administración, sus concesionarios o licenciatarios, tiene el derecho de preguntarle su nombre, apellido y cargo: es lo más que dan los soldados prisioneros en tiempo de guerra,[2] es lo menos que puede dar el agente público —y más un empleado de un prestador monopólico— en un estado democrático. Preguntarle a éste aquellos datos y anotarlo en su presencia, es la primera faz del procedimiento defensivo de naturaleza informal que ahora pasamos a explicar. Si se trata de un agente de tránsito o de policía, no ha de contentarse el habitante con pedirle el número de chapa y anotarlo. Debe pedirle también su nombre y apellido y oficina concreta en la cual se desempeña para una completa individualización. Si se niega a dar sus datos, entonces debe el particular anotar sus señas físicas y el lugar preciso, día y hora concreta en que tiene lugar la negativa del

[9.1] Este principio lo reconoce claramente el inc. *e*) del art. 3º del decreto 229/00, que reafirma el "*Derecho a identificar a las autoridades y personal que tramitan los procedimientos* y a responsabilizarlas cuando legalmente corresponda," el destacado es nuestro; España, art. 35 incs. *b*) y *j*), art. 41; Perú, art. 55 incs. 9º) y 12).

[9.2] Así decía un reglamento militar estadounidense instruyendo a sus soldados que cayeren prisioneros del enemigo: "*Name, rank, and serial number*" (nombre, rango y número de serie).

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

agente a individualizarse, a fin de —en el escrito pertinente— efectuar el reclamo[3] y añadir a sus agravios uno más, la negativa del agraviante a individualizarse. Y no ha de permitirse en esto que el empleado se salga con la suya cuando no ha querido identificarse: el escrito debe en tal caso dirigirse a la máxima autoridad de la repartición, señalando el hecho, día, lugar y hora y descripción física de la persona y pidiéndose le exprese su nombre y apellido a fin de iniciar, en su caso, las acciones pertinentes contra dicha persona. No será fácil a los funcionarios de la repartición no hacer lugar al reclamo, si uno persiste en él.

10. *La desmitificación*

En la relación personal del individuo con el funcionario público se da con frecuencia una especie de juego en el cual casi siempre pierde, innecesariamente, el particular. Funcionario e individuo tienen a veces supuestas cartas ocultas que el otro desconoce, pero teme; el clásico "¿Usted sabe quién soy yo?" ya gastado y viejo, es un buen ejemplo de ello; una variante menor, también algo gastada y debilitada pero no del todo inútil, es la de adelantarse en relaciones críticas a identificarse como abogado. Más de un individuo, ante la amenaza directa o indirecta de ser llevado "a la comisaría" por un agente policial, disuelve en el aire esa carta contraponiéndole la de que es abogado, contrastando así supuestas o reales "acciones" o "querellas" con cuyo anuncio logra fácilmente evitar el ser "llevado a la comisaría;"[1] la privación ilegítima de la libertad, p.ej, no es excarcelable: un policía lo sabe y tratará de no encuadrar en este tipo procesal penal. Pero este juego lo emprenden pocos particulares: algunos —ni siquiera todos— abogados, altos y medianos funcionarios, falsos o reales influyentes.

El resto de los habitantes suele creer que las cartas que el funcionario tiene en su manga son demasiadas como para intentar oponérsele "persona a persona." Sin embargo, el funcionario que tanto poder tiene, lo puede hacer aparecer como mágico solamente en la medida en que se mimetiza con la administración y se identifica con el mito de la administración todopoderosa. Pero ocurre que también él, en su indispensable simulación en la lucha por la vida,[2] necesita "no tener

[9.3] Para ello conviene tanto hacer un escrito por expediente, como asimismo pedir el libro de quejas que debiera existir según el inc. *e*) del art. 5º del decreto 229/00. Si el libro no existe, hay que hacer un amparo para que lo creen.

[10.1] La cual siempre es una amenaza falsa, con tal que el individuo mantenga la calma y la compostura y le recuerde respetuosamente al agente que de "llevarlo" contra su voluntad cometería delito de privación ilegítima de la libertad. Ver también lo que decimos *infra*, § 11, "El ataque: la mejor defensa."

[10.2] Es ésta una clasificación que le faltó a INGENIEROS, JOSÉ, *La simulación en la lucha por la vida*, Buenos Aires, 1954, pp. 113-24, cuando hablando de los "simuladores por adaptación al medio," "aquellos cuya aptitud para simular en la lucha por la vida es determinada o acentuada por las influencias del medio sobre el individuo," habla del "simulador astuto" y del "simulador servil;" agregaríamos aquí al "simulador autoritario:" ése es el empleado y funcionario público por antonomasia, en cuanto el medio en que se desempeña acentúa su necesidad de simular y precisamente simular autoridad, en la lucha por la vida administrativa.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

problemas"[3] para medrar en su puesto y ascender. Ésa es su fuerza y su debilidad; es su fuerza, pues por definición vital juega inconscientemente el simular frente al particular tan fuertes cartas "ocultas" que éste no atinará a reclamar de su inconducta, su omisión o su negligencia; es su debilidad, ya que el primer hombre que esté dispuesto a jugarle toda la partida inevitablemente se la gana. Es que el administrador medio, sea agente de policía, jefe de mesa de entradas de la repartición, director general, abogado que debe dictaminar o funcionario que debe decidir, es un ser humano como todos los demás, aunque su contraparte lo olvide. Tiene por igual su problema de que el sueldo no le alcanza, aspiraciones materiales que no puede concretar, problemas familiares y de la vida de relación. Seguramente padece de un jefe que no lo valora lo suficiente y un puesto jerárquico que no alcanzó a pesar de creer merecerlo. Y fundamentalmente, es de todos modos una persona acostumbrada a la molicie de las altas calificaciones administrativas, en que una suspensión por dos días, o un apercibimiento son sanciones que sólo reciben por lo general los ordenanzas y demás personal de maestranza; en que un 9.70 es una denigrante nota,[4] pero en que una cesantía o "prescindibilidad" alcanza a cualquiera sin completas garantías de sumario y a veces sin él.[5] Es, por ende, la persona que dentro de la administración pública no se siente comprendida ni valorada, se sabe no protegida[6] y a merced de la veleidad y el capricho de sus superiores. Es la persona que frente al particular se identifica desesperadamente con la maquinaria burocrática. Invoca órdenes superiores, reglamentaciones generales, instrucciones precisas o falta de ellas según convenga.[7]

Todo eso es falso; ese individuo está tan sólo protegiendo su puesto y su carrera de la manera que entiende adecuada: no tener problemas. Por lo tanto, nada más grave para ese funcionario que aquello que quiebre su caparazón de anonimato, que lo exponga como "problema" ante sus superiores. Claro está, una sola queja o denuncia personal contra él no lo destruirá ni mucho menos: pero él bien sabe que la acumulación de varias lo perjudica irremediablemente en su carrera. Es el hombre, por ende, sin personalidad propia fuera del contexto de la impersonalidad

10.3 "Su obligación es mantenerse a sí mismo y a su personal fuera de la luz." "El ministro estará constantemente bajo fuego, respondiendo por todas las actividades de su departamento y la primera obligación de sus funcionarios es no crearle más problemas:" WADE, *Towards Administrative Justice, op. cit.*, p. 20.

10.4 No es exageración: en muchas reparticiones se califica con diez en todos los rubros, haciendo las gradaciones alrededor del 9.80, 9.85, 9.90, 9.95, etc.

10.5 Los regímenes de "prescindibilidad," etc., han servido en la práctica para cometer abusos y arbitrariedades, aumentando así la inseguridad del funcionario frente a la administración. El tratamiento del tema puede verse en el t. 1, cap. XIII, "Agentes públicos," § 10, "La estabilidad del empleado público."

10.6 De esto no hay duda alguna; ya BIELSA señalaba que así como el funcionario abusa de los particulares, así también abusa de él la administración. Ni una cosa ni la otra, por cierto, es admisible. Ver también la nota precedente.

10.7 Es decir, fingiendo una autoridad plena como mera expresión concreta e individual del total del aparato coactivo del Estado.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

administrativa en la cual se siente fuerte, frente al particular aislado. Sacarlo de esa despersonalización, exponerlo como individuo frente al ente amorfo del que es parte, es hacerle la más aguda y profunda agresión jurídica.

11. *El ataque: la mejor defensa*

11.1 *La posible derivación judicial. Remisión.*

Por lo expuesto, amenazar a un funcionario público con una acción judicial provocará su indiferencia, oculta hilaridad o reflexión mordaz: en el mejor de los casos, el juicio va contra la administración, no lo toca a él.

Al menos, claro está, que el abogado sea lo suficientemente hábil en su planteo judicial y el sorteo le otorgue un juez igualmente creativo. Puede así ocurrir que en el trámite de un pedido de medida cautelar el magistrado convoque una audiencia a la que cite al actor y al funcionario responsable del acto u omisión, fijándole a este último en ese mismo acto una multa personal diaria modesta, de p. ej. $ 50, a favor de la parte actora, para el caso de inasistencia. Lo explicamos más abajo en el § 11.5. En ese caso al funcionario se le borrará tanto la indiferencia externa como la mordaz sonrisa interior.

11.2 *En sede administrativa*

Amenazar con un recurso jerárquico o de apelación, o con la reclamación a sus superiores, provoca la indiferencia y el encogimiento de hombros: "Haga lo que quiera;" realmente le es indiferente lo que decida la administración, dentro de la cual sigue en el anonimato.

Amenazar con un escrito pidiendo para él sanción disciplinaria de apercibimiento o suspensión[1] puede comenzar a preocuparlo, sobre todo si más que una amenaza colérica, es un frío anuncio de alguien que está simplemente dispuesto a tratar de causarle la molestia. Lo cual no es en absoluto torpeza, sino sabio consejo de SÉNECA,[2] que parafraseado aquí ha de leerse; "para que corrijas tu hecho, haré que te castiguen, aunque con ello no solucione yo este problema que ahora me causas." Si logra transmitir al funcionario la certidumbre de que guiará su conducta por esa máxima, es posible que consiga también la corrección del hecho.[3]

[11.1] No conviene exagerar pidiendo cesantía o exoneración, por más grave que sea la falta: es preferible pecar de prudente, para no despertar excesivo recelo de la administración.

[11.2] Dice SÉNECA: "el sabio no castiga por venganza de lo pasado, sino por remedio de lo venidero;" "No castiguemos porque se haya pecado, sino para que no se peque. La pena se impone siempre mirando a lo venidero, nunca a lo pasado; no es obra de la ira, sino de la previsión." En igual sentido expresa posteriormente NIETZSCHE: "*Der Weise straft nicht, weil schlecht gehandelt worden ist, sondern damit nicht schlecht gehandelt werde.*" El aforismo, válido para casos indiciduales, es de máxima importancia para la sociedad en su conjunto.

[11.3] Es el civismo jurídico a que hace referencia, GAMBIER, BELTRÁN, "Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad," *LL*, 2000-B, 274.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Los escritos pidiendo sanciones para un funcionario deben guardar al máximo las reglas de prudencia, mesura, etc., que más adelante exponemos; no por temor a represalias sino porque eso es lo que más eficacia les confiere. Deben además presentarse varios grados jerárquicos más arriba del funcionario causante del agravio, a fin de evitar caer dentro de la misma oficina en que la omisión o acción negligente o dañosa ha sido cometida, donde podrá ser encubierta por un jefe inmediato ligado al inferior por lazos de amistad, compañerismo, solidaridad, compasión o comprensión. La fría denuncia debe dirigirse a un frío funcionario superior,[4] que dará curso al escrito pidiendo información al jefe inmediato de quien motiva la denuncia; esto es el nacimiento de un expediente y un "expediente" es toda una institución administrativa que aunque ande lento, lo guarden en un cajón, o lo desvirtúen, nunca lo destruyen por ser precisamente un mito y un tótem; ese mito existente realmente, es en sí amenaza suficiente para un empleado medio o mediocre y para un jefe similar. Como dijimos antes, una sola denuncia o un solo expediente contra un funcionario no lo afectan excesivamente; pero más de uno ciertamente lo despersonalizan de la impersonalidad administrativa y lo tornan blanco de observación, perjudicándolo en su carrera aunque no desemboquen necesariamente en sanción jurídica concreta y actual: lo importante es que estas consecuencias ya son sanciones morales y sociales, sobre todo sanciones que al funcionario le importan subjetivamente. Por tanto son sanciones efectivas, desde un punto de vista material.

11.3 *En la opinión pública*

Más conocida, pero no bien usada, es la técnica de las solicitadas periodísticas, entrevistas (que, claro esta, es necesario gestionar y no siempre es fácil obtener), artículos de fondo (no siempre gratuitos, lamentablemente), o del envío a la prensa de cartas de lectores, copias de telegramas o escritos de denuncia, con lo cual se logra el mismo objetivo de su publicación, en caso que la denuncia sea de interés. La publicidad por la prensa tiene mayor efecto pero, también, implica jugar fuerte con una administración que, bueno es recordarlo, es autoritaria: el fino sentido de equilibrio es por lo tanto indispensable. En todos los casos, desde luego, el efecto está en sindicar a una persona determinada y preferiblemente no al ministro y menos al presidente.[5] Si bien la publicidad por la prensa no tiene necesariamente un resultado directo, puede despertar una serie de críticas similares y eventual-

11.4 Secretario de Estado, Ministro o Jefe de Gabinete; en un ente descentralizado, al presidente o gerente general; al Intendente. En los servicios privatizados, al ente regulador. Después hay que seguir el trámite, escribir a las asociaciones para interesarlas en la cuestión, etc.

11.5 Pues en ambos casos la denuncia puede parecer política y entonces no despertar el interés de la opinión pública, a veces insensibilizada a este tipo de planteos. Y no está demás recordar, tampoco, que nuestra tradición es caudillista e hiperpresidencialista, con una creciente y extraordinaria concentración del poder político y económico en manos del gobierno.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

mente desatar una corriente de opinión que el gobierno no pueda ignorar:[6] es esta posibilidad y este peligro lo que usualmente hace a los funcionarios precaverse contra un crecimiento de quejas o denuncias y tratar de calmar los ánimos, si esto es posible. A veces resulta eficaz la simple amenaza de llevar un asunto a los diarios, o la remisión de a ellos de cartas, etc.

11.4 *En el ámbito penal*

Finalmente, el arma más temible que desde este punto de vista tiene el particular, pero solamente el que actúa patrocinado por abogado, es la de la querella criminal por violación de los deberes del funcionario público, falsedad de instrumento público, etc., según corresponda.[7]

Es un arma temible no porque vaya a conseguirse la condena del funcionario, sino por las implicancias sociales, administrativas y psicológicas que la querella tiene para el funcionario: psicológicamente, le destruye su sentimiento de impunidad y le infunde una saludable dosis de temor; sociales, por las implicancias obvias que tiene el tener que acudir a citaciones policiales o de la justicia de instrucción en las cuales se investiga su conducta eventualmente criminosa; administrativas, porque ello le obligará a pedir permiso en su empleo, ya sea explicando u ocultando el motivo real del permiso, lo cual en ambas casos le es causa de una situación personal incómoda.

En cualquier caso, es creciente la inter-relación contemporánea entre el derecho administrativo y el derecho penal, y no es nada extraño que un caso de derecho administrativo termine ventilándose en los estados penales.[8]

11.5 *En la justicia administrativa: las* astreintes *personales al funcionario*

A nuestro modo de ver, el mejor equilibrio entre eficacia inmediata y prudencia jusrisdiccional lo brindan algunos (muy pocos, lamentablemente) jueces de pri-

[11.6] En sentido similar WADE, *Towards Administrative Justice, op. cit.*, p. 86: "Ustedes pueden preguntarse para qué sirve un perro guardián que sea puro ladrido pero no muerda y que no puede hacer nada sino aconsejar y protestar. La respuesta es, creo, que un fuerte ladrido en esta materia puede desatar jaurías enteras de perros guardianes ladrando y que el ruido pueda rápidamente transformarse en uno que el gobierno pueda encontrar difícil ignorar."

[11.7] El delito de abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos tiene una tipificación tan amplia en el Código Penal, art. 248, que cubre la mayor parte de las acciones u omisiones dañosas de los funcionarios: "el [...] que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere."

[11.8] Como lo explicamos *supra*, tomo 1, *Parte General*, cap. VIII, § 7.1 "Relaciones con el derecho penal;" en igual sentido, además de las otras fuentes allí citadas, MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo I, *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al derecho*, Madrid, Thomson/Civitas, 2004, esp. § 84, "Criminalización del Derecho Administrativo," p.77.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

mera instancia nacionales y locales que convocan como medida para mejor proveer, por ejemplo antes de resolver sobre una medida cautelar solicitada, a audiencias a las que citan a la parte actora y *al funcionario responsable de la acción u omisión que ha suscitado la controversia,* bajo apercibimiento de aplicarle *modestas multas personales*, ya fijadas en la misma acta de convocatoria, del orden de los 15 dólares diarios, *a favor de la parte actora, para el caso de incomparencia*. Esta *necesidad* de acudir en persona ante el juez a rendir cuentas de su acto u omisión, *delante de la persona por él agraviada en sus derechos,* ha demostrado ser un arma eficacísima del juez para resolver la causa *in limine litis,* por la vía de una suerte de conciliación inducida por el tribunal. Permite también, obviamente, descargar al tribunal de mucho expedienteo que de otra manera hubiera recargado inútilmente al tribunal, sin haber prestado servicio alguno de justicia a la parte.

12. Por qué la administración es autoritaria

De lo expuesto se sigue que los funcionarios cometen arbitrariedades y daños, sólo porque los millones de ciudadanos que se enfrentan con ellos no atinan a escindir al gran cuerpo buracrático en sus partes componentes, que son hombres comunes; y atacar por allí; porque luchan con el cuerpo entero, cuya propia inercia es siempre aplastante, en lugar de luchar contra sus seres humanos de carne y hueso,[1] cada uno de sus indiciduos. Si uno imaginara a cada habitante lesionado por la inconducta de un funcionario, haciendo respetuosos escritos a sus superiores jerárquicos, solicitando "se considere la posibilidad de aplicarle al Sr. X, jefe de tal cosa en la Oficina tal, una sanción de apercibimiento o suspensión, según se estime corresponder, por no haber tratado con la debida consideración" al particular; si uno se imaginara a los muchos miles de abogados que tienen clientes vinculados a la administración, querellando o denunciando al mismo Sr. X, notificando el hecho de la querella o denuncia a la repartición en la cual trabaja, en un igualmente respetuoso y medido escrito y notificando más tarde a la misma repartición el eventual auto de procesamiento "a los fines que estime corresponder," todo podría cambiar.

Si cada uno de los millones de habitantes se impusiera como obligación defenderse no solamente con recursos y acciones, sino también con la mejor defensa: el ataque; si cada uno de esos millones de personas se ocupara de perseguir diligentemente a los funcionarios que cometen arbitrariedades contra ellos, de presentar escritos de denuncias administrativas y judiciales precisos y concretos; de enojarse con rabia ajena, como decía GRACIÁN, persiguiendo despiadadamente al agente público culpable y responsable del hecho dañoso, la imagen podría revertirse.

[12.1] Por supuesto, sin dejar de utilizar de todos modos las acciones y recursos judiciales procedentes en forma impersonal contra la administración.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Por una sola circunstancia de número, el funcionario quedaría avasallado por la presión administrativa, jurídica y política de varias decenas o centenas de administrados que fríamente lo denuncian, una y otra vez, que lo querellan criminalmente; que lo demandan civilmente por daños y perjuicios.[2] En tal caso, más que una tiranía burocrática habría una tiranía del público: la tiranía de un público que exige que se cumplan los preceptos constitucionales y legales y utiliza los medios legales y administrativos a su alcance para cumplir ese objetivo. Si kafkiana es la visión de una administración que sin explicaciones ni razones, en una conspiración de silencio, se impone por su mera inercia en miles de arbitrariedades al habitante, a través de funcionarios anónimos, igualmente kafkiana es la visión que se puede así conjurar de un público, que sin iras ni protestas vehementes, sin explicaciones ni sobornos, en otra conspiración silenciosa, oprime a cada opresor en su propia persona: en su sueldo, en su puesto, en su repartición y en las superiores, en su carrera administrativa, en su nombre y apellido, en su número de chapa o de legajo.

Conjure el público esa visión y obtendrá más rápida y efectiva respuesta a cada uno de sus reclamos. Quien ante la arbitrariedad lo individualiza, lo personaliza, lo desmitifica y lo ataca personalmente por todos los medios administrativos, penales y civiles, tiene —aun de no lograr solución al problema— la seguridad de haber dejado terreno fértil para que en él sí germine la próxima personalización y ataque concreto que otro venga a hacerle, que puede ser nuevamente él mismo. Una vez más en palabras de SÉNECA "no castiga por venganza de lo pasado, sino por remedio de lo venidero." Y si no, pueden conjurarse hechizos sociales mayores, pues así como la sociología urbana contemporánea trata hace ya tiempo del "cazador urbano" y del "recolector urbano," se han visto invasiones intraurbanas de resistencia a la autoridad,[3] como los cortes de ruta, piquetes de diversa índole, que terminan paralizando la vida urbana. La impotencia y exclusión extremas también se pueden transformar, en condiciones muy adversas, en resistencia masiva e ilegal a la autoridad.[4]

IV. *Estilo administrativo*

13. *Estilo administrativo y estilo forense*

Toca ahora referirnos al estilo que debe seguirse en la redacción de los escritos a ser presentados ante la administración, trátese de reclamos, recursos, denuncias, o meras solicitudes propuestas, sugerencias, etc. en el ejercicio del derecho consti-

[12.2] Comp., en sentido similar, WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 86.

[12.3] MERKLEN, DENIS, *Pobres ciudadanos. Las clases populares en la era democrática.* [*Argentina, 1983-2001*], Buenos Aires, Gorla, 2005, pp. 14, 66-67.

[12.4] Evitemos la exasperación, que puede ser irreparable. La historia argentina contemporánea lo demuestra.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

tucional de peticionar alas autoridades públicas.[1] Con los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos monopólicos el estilo ha de ser tanto más duro como lo es la piel de sus agentes.

Hablar de un "estilo administrativo" como diferenciado del "estilo forense" es muy probablemente una exageración. En realidad, si acudimos a este giro verbal es más que nada para destacar que las reglas usuales del estilo no son de aplicación únicamente en la justicia, como alguien poco experimentado podría quizás imaginar, sino que deben también ser guardadas en el plano administrativo, aunque en este ámbito presenten particularidades propias de un ámbito y una organización humana diferentes. Por ello, el exponer aquí cuáles son los principios del "estilo administrativo" lo hacemos simplemente para señalar o destacar que ciertos principios del estilo profesional forense no varían en su aplicación al procedimiento administrativo, a pesar de que algunos recurrentes así parezcan a veces entenderlo implícitamente, como veremos en las páginas siguientes.

14. "*Falta de estilo*"

Las consecuencias de la "falta de estilo," con todo, son disímiles en el proceso judicial y en el procedimiento administrativo: en el primero pueden determinar la improcedencia del escrito; en el segundo no, por el citado precepto del informalismo y sólo en casos graves de falta de seriedad o irrespetuosidad grosera y manifiesta, podría llegar a testarse parte de un recurso por tal causa. Desde luego, el testado no es un mero hecho que pueda realizarse directamente, sino que en el acto por el cual se resuelve el recurso o reclamo deberá ordenarse el testado de las partes pertinentes.[1]

Por lo demás, en el procedimiento administrativo no pueden devolverse o rechazarse por Mesa de Entradas los escritos, por falta de estilo o de otros requisitos[2], sino que la obligación de los funcionarios es recibir los escritos y darles trámite y sólo el funcionario competente para decidir sobre el fondo puede pronunciarse sobre la impropiedad formal del recurso, mandando testar partes de éste, como dijimos, o en caso extremo devolverlo al interesado. Las reglas que expon-

[13.1] En cuanto a la administración pública nacional, son de aplicación obligatoria y estricta las "Normas para la elaboración, redacción y diligenciamiento de los proyectos de actos y documentación administrativos", aprobadas por decreto 333/85.

[14.1] PTN, *Dictámenes*, 96: 299, p. 310 vta. El art. 6º, inc. *a)*, del decreto 1759/72 faculta al órgano competente para "testar toda frase injuriosa o redactada en términos ofensivos o indecorosos." Asimismo, con similares consecuencias para el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, el art. 35 del decreto ley 7647/70 le permite mandar a testar "las expresiones ofensivas de cualquier índole" y para el de la Cuidad de Buenos Aires, el inc. a) del art. 27 del decreto de necesidad y urgencia 1510/97 le permite hacerlo respecto de "toda frase injuriosa o redactada en términos ofensivos o indecorosos."

[14.2] En caso de haberse omitido cumplir recaudos, se debe recibir el escrito y notificar al interesado cuáles son los recaudos faltantes para dar curso a lo solicitado en su escrito. Lo que no puede hacerse, pero con frecuencia se hace, es devolverle el escrito y no recibírselo hasta que no lo acompañe de todos los recaudos que el funcionario estime necesarios.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

dremos son el resultado de la observación de las prácticas administrativas argentinas, buenas y malas; inevitablemente reflejan también en gran parte el sentir y la actitud de quien las escribe.

15. *Objetividad*

La primera regla del estilo administrativo es la de la objetividad. Ello, porque la objetividad es la mejor manera de llevar al convencimiento de una persona, que ella debe decidir una cuestión de determinada manera, en virtud de razones lógicas y permanentes, más que emotivas y sentimentales. Los escritos que no siguen este criterio y son por el contrario apasionados, inflamados, declamatorios, pueden a veces ser inefectivos tanto en el procedimiento administrativo como judicial; o incluso, contraproducentes. En el caso de los concesionarios o licenciatarios monopólicos, ni siquiera ello alcanza.

Es muy probable que a quien deba decidir lo impresione mucho más una argumentación medida, segura, objetiva, carente de declamaciones y de advocaciones; es posible incluso que un escrito muy declamatorio llegue a fastidiar ligeramente a quien lo considere y lo predisponga, consciente o inconscientemente, en contra del recurrente; la impresión que puede inadvertidamente causar un recurso inflamado y declamado es la de que el administrado emplea tales giros por carecer de argumentos más sólidos que exponer. Por ello entendemos que el empleo de tal estilo no sólo no beneficia al escrito, sino que puede en algunos casos perjudicarlo. De allí que creamos preferible evitarlo y atenerse a la objetividad, como regla general, con la salvedad antes expuesta.

16. *Impersonalidad*

En estrecha relación con lo anterior es de mencionar la regla de la impersonalidad: no es prudente ni correcto en un recurso hacer alusiones personales hacia el funcionario cuyo acto se impugna. Debe tenerse en cuenta que los funcionarios públicos, como en su caso los jueces o cualquier persona, tienen un cierto "espíritu de grupo" o "espíritu profesional" que, por lo general, tiene alguna lógica sensibilidad a los ataques de que es objeto. Por eso, solazarse con los defectos personales que pueda implicar la decisión del funcionario cuyo acto es impugnado, además de ser poco elevado, puede eventualmente despertar disgusto hacia el recurrente, por parte del funcionario que debe decidir el recurso: las causticidades, mordacidades y en general afirmaciones o implicaciones hirientes o agraviantes, tienen siempre el riesgo de hacer sentirse molesto, en el mejor de los casos, al individuo que debe decidir; deben pues ser evitadas.

Por lo mismo, no es conveniente centrar el ataque del recurso contra el funcionario que lo dictó, ni en la repartición o entidad de la que el acto proviene (salvo que ello sea estrictamente necesario, p. ej, cuando se impugna un acto por desvia-

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ción de poder, o cuando se reclama que se sancione a un funcionario; a ello nos referimos anteriormente), sino que es preferible limitarse a atacar el acto de que se trata, señalando aisladamente sus defectos y vicios y prescindiendo de su autor o del ente en el cual fue producido. Tal tipo de argumentación es también, creemos, más efectivo que el anterior.

17. *Valentía*

También el escrito debe ser valiente: debe denunciar los hechos ilegítimos que afectan al recurrente, debe señalar al funcionario que le solicitó prebendas; debe pedir sanciones para el agente público concreto e individualizado que ha actuado incorrectamente; debe en suma contribuir a la legalidad de la administración, ejerciendo en cuanto miembro del pueblo soberano, su parte de control social, participativo y democrático a las instituciones y los hombres públicos. Mas tales ataques deben ser empleados sólo en la medida de lo necesario; y cuando se lo haga, debe recurrirse a ello como a un remedio fuerte, que debe administrarse con cuidado, para no causar más daño que cura. Debe hacerse una descripción objetiva de los hechos ilegítimos, evitando calificarlos si no es por su misma ilegitimidad y evitando erigirse en censor de la vida pública del Estado; tiene mucha más fuerza y utilidad la medida y serena denuncia o imputación de un administrado ecuánime, que la descomedida denuncia de algún irresponsable crítico que pretenda erigirse en fuente exclusiva de moralidad; que en lugar de sufrir interiormente por los males del país, poco menos que se regocija por ellos, en cuanto le dan oportunidad de obtener un falso brillo al señalarlos, con iracundia, desde su pretendido pedestal. En definitiva, no debe callar el recurrente de las irregularidades que han cometido en su perjuicio los funcionarios públicos, presentes o pasados, inferiores o superiores jerárquicos; debe levantar su voz para señalarlos, asumiendo la plena responsabilidad de sus actos y arrostrando las consecuencias que ello le pueda acarrear; y debe estar presto además a reconocer públicamente su error cuando él le sea demostrado.

Debe elevar su voz de protesta, su formal reclamo, contra los abusos de los funcionarios públicos; sean aquéllos de hecho o de palabra, expresos o implícitos, debe él señalarle a la administración pública todo lo que ella se haya desviado o abusado; pero debe enseñarle a respetarlo, no por la estridencia de su voz, sino por la firmeza de su carácter y por la serena constancia de sus actos.

18. *Prudencia*

Por último y sin desmedro de la valentía del escrito, debe él ser prudente: no cabe confundir valentía con arrojo violento; la valentía de un escrito debe residir en un sereno y quieto decir las cosas que deben ser dichas y no en un arrebatado vilipendiar la acción administrativa que se reputa ilegítima. Desde luego, también co-

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

rresponde ajustar nuestra dialéctica cuando lo que es atacado son las sistemáti cas sobrefacturaciones de alguna licenciataria: pues es imposible ser muy discreto y correcto frente a quien haciendo abuso de su posición monopólica y la falta de capacidad administrativa de controlarlo, sistemática y dolosamente cobra lo que no debe. Es un ilícito penal, público y notorio, que ningún fiscal investiga ni acusa. Para peor, lo sufre y calla, faltando a sus deberes de *vindicta* pública. Esto se relaciona con la primera regla enunciada: la de que el escrito debe ser objetivo y no debe entregarse a excesos de ninguna índole; se diferencia este principio del de la objetividad, en que tiende a indicar que debe prescindirse, no sólo de los grandes estilos declamatorios, sino también de los adjetivos fuertes e innecesarios.

Decir del acto de un funcionario que es "un atropello" a los legítimos derechos del recurrente; que constituye "un burdo acto de avasallamiento" de sus derechos; que es "una abierta violación de la ley," etc., son fórmulas y vicios de lenguaje que en nada ayudan al escrito y que por el contrario pueden deslucirlo, haciendo perder fuerza a sus argumentos principales.

Es siempre mucho más efectivo demostrar con argumentaciones lógicas y jurídicas que un acto es nulo desde todo punto de vista que se lo analice y que su vicio es insanable, para poder lograr su revocación, que decir simplemente que es "un atropello," etc.

V. *Estructura de los escritos*

19. *Exhaustividad*

Una primera e importante regla a seguirse en la redacción de escritos administrativos es la de la exhaustividad. Esto no quiere decir extensión de páginas, sino consideración razonada de todos los aspectos del problema que se debate. Aquí es donde más habitualmente fallan los escritos presentados ante la administración: el recurrente se limita a hacer su petición dando algún argumento en favor de ella, pero no hace una exposición orgánica y sistemática de los argumentos que existen en pro y en contra y sus respectivas refutaciones en el último caso. Aparentemente, se parte del escrito simplista de que considerar los argumentos contrarios es reforzar la posición de la administración y debilitar la propia: pero se olvida con ello que la administración tiene más asesores que aquéllos a los que puede comúnmente recurrir un administrado.[1] Es muy ingenuo suponer que siun escrito va a ser dictaminado en más de una asesoría letrada de la administración y eventualmente llegará a las oficinas de asesoramiento más especializadas (en el recurso jerárquico), no habrá ningún asesor a quien se le ocurra cuáles son losargumentos que pueden señalarse en contra de la petición. Si sucede lo que advertimos, es decir, si el recurrente se abstiene de considerar los argumentos con-

[19.1] Se olvida también lo que decía GRACIÁN: "El que se adelanta a confesar el defecto propio, cierra la boca a los demás." (*El discreto*, "Memorial a la discreción.")

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

trarios a su petición, resultará entonces que los asesores jurídicos señalarán dichos argumentos sin que exista contradicción por parte del particular hasta más avanzado el procedimiento; con lo cual resultará que su respuesta tendrá el mero carácter de descargo y por ello menos vigor que si él hubiera planteado inicialmente la cuestión y hubiera sentado su criterio en forma expresa y terminante. Por ello es importante que el escrito sea exhaustivo: que considere todos los posibles aspectos de la cuestión, fundamentándolos y rebatiéndolos cuando sea necesario, o incluso admitiendo los argumentos contrarios cuando sea inevitable.[2] Un escrito que presente un estudio objetivo de la cuestión, admitiendo lo evidente y en cambio refutando expresa y fundadamente lo que puede ser discutible, puede tener más chance de éxito que un escrito evidente y excesivamente parcial, que niega todo por posición tomada. En esto hay también una cierta diferencia con la práctica forense, de acuerdo con la cual el accionante o demandado "niega todo lo que no reconozca expresamente" y a veces se "reserva" los argumentos de más peso, o la fundamentación de estos, para el memorial o la expresión de agravios, en lugar de exponerlos en la misma demanda o contestación. En el procedimiento administrativo, repetimos, no es conveniente "reservarse" argumentos, ni exponerlos deficientemente en las primeras etapas del trámite. Muchas veces un buen escrito, completo y razonado, detiene en su origen un procedimiento sancionador; mientras que los malos escritos iniciales, por el contrario, renuevan la fuerza del procedimiento y apuran inconscientemente su desenlace negativo. Una vez que un expediente se orientó en un sentido determinado es mucho más difícil torcer su curso y convencer a la administración del error de su actuación; es en cambio más fácil orientar correctamente el expediente si desde las primeras instancias se tiene cuidado de hacer claros y completos planteos de la cuestión debatida.

20. *Concisión o resumen*

Dijimos, con todo, que exhaustividad no quiere decir extensión en páginas; por ello agregamos ahora que el escrito debe ser en lo posible conciso. Si es necesario referirse a muchos problemas, debe hacérselo: pero sin frases inútiles, ni comentarios innecesarios; el planteo debe ser conciso y concreto, debe ir directamente al nudo de la cuestión y resolverlo. Y es conveniente que tenga caps. y pa-rágrafos titulados y numerados, más un índice de páginas que facilite la consulta. En todo caso, el objeto y petitorio necesitan de la máxima atención.

[19.2] Nos referimos a los aspectos fácticos de la decisión. En cuanto a los argumentos jurídicos, hay diferencia con lo que resulta aconsejable en el proceso judicial. En éste, recomienda MORELLO no "agotar" los argumentos, a fin de no poner al tribunal en la siempre incómoda posición de aceptar expresamente alguno de los argumentos de la parte. Siempre es mejor ser exhaustivo en los hechos y *escueto en el derecho,* dejando al tribunal, si uno ha logrado convencerlo de la razonabilidad, justicia y eficacia de la solución propuesta, cuál de los infinitos argumentos de su *propia* jurisprudencia, por nadie conocida mejor que por él mismo, elegir para presentar al mundo exterior su resolución. VER NIETO y GORDILLO, *Las Límitaciones del conocimiento jurídico, op. cit.,* nota 12, "El profesor y el abogado," pp. 82-3.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

21. *Graduación de los argumentos*

Cuando existen varias razones por las cuales un acto puede llegar a ser considerado ilegítimo, es necesario analizar la importancia y preponderancia que ellas tengan entre sí, para exponer primero y con mayor detalle las más importantes y en segundo lugar y más someramente, las que sean secundarias. En lo que hace a los vicios del acto administrativo, que se agrupan alrededor de sus cuatro elementos —competencia, voluntad, objeto y forma—, hay una clara graduación entre ellos.

21.1. *Exposición de los vicios en el objeto*

En primer lugar deben considerarse los vicios del objeto: *a)* apartamiento de las facultades regladas de la administración, cuando el objeto es diverso del requerido por la ley, o se dicta ante una situación de hecho distinta de la prevista por la ley;[1] *b)* irrazonabilidad (contradicción, desproporcionalidad, absurdidad);[2] *c)* imposibilidad de hecho;[3] *d)* inmoralidad, corrupción,[4] etc.

21.2. *Los vicios en la competencia*

En segundo lugar deben exponerse los vicios de la competencia: *a)* en razón del grado;[5] *b)* en razón de la materia (incompetencia legislativa, judicial, administrativa);[6] *c)* en razón del territorio;[7] *d)* en razón del tiempo.[8]

21.3. *Los vicios objetivos de la voluntad*

En tercer lugar cabe señalar parte de los vicios de la voluntad administrativa, los vicios de tipo objetivo: *a)* vicios en el origen de la voluntad (usurpador, funcionario de hecho);[9] *b)* vicios previos a la emisión del acto (omisión de licitación pública, de concurso,[10] de dictamen o trámite sustancial;[11] violación de la garantía de la de-

[21.1] *Infra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. VIII, "Objeto y competencia del acto administrativo," § 4, "Objeto prohibido," § 5, "Objeto violatorio de facultades regladas."

[21.2] *Infra*, t. 3, cap VIII, § 8, "Irracionalidad;" cap. IX, § 7, "Arbitrariedad," § 8, "Distintos casos de arbitrariedad," § 9, "Diferencias entre arbitrariedad y vicio tradicional de violación de la ley."

[21.3] *Infra*, t. 3, cap. VIII, § 7, "Imposibilidad de hecho."

[21.4] *Infra*, t. 3, cap. VIII, § 9, "Inmoralidad. La ética pública," § 9.1, "La ley inmoral," § 9.2, "El acto inmoral," § 9.3, "El acto inmoral por corrupción o ineficiencia grosera," y § 9.4, "La degradación de la moral y la ética."

[21.5] *Infra*, t. 3, cap. VIII, § 11, "Competencia en razón del grado."

[21.6] *Infra*, t. 3, cap. VIII, § 12, "Competencia en razón de la materia."

[21.7] *Infra*, t. 3, cap. VIII, § 13, "Competencia en razón del territorio."

[21.8] *Infra*, t. 3, cap. VIII, § 14, "Competencia en razón del tiempo."

[21.9] *Infra*, t. 3, cap. IX, § 3, "Vicios en el origen de la voluntad."

[21.10] *Infra*, t. 3, cap. IX, § 4.3, "Audiencia pública, licitación pública; publicidad y transparencia;" § 4.4, "Compulsa y concurrencia de interesados: concurso y licitación;"

[21.11] *Infra*, t. 3, cap. IX, § 4.5, "Opinión, dictamen o informe sustancial."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

fensa);[12] *c)* vicios en la emisión del acto (órganos colegiados que actuaron sin quórum o sesión, actos complejos con una de las voluntades viciadas o ausentes; actos sin autorización, etc.)[13]

21.4. *Los vicios subjetivos de la voluntad y los vicios de forma*

Por último, en un mismo plano, son de mencionar los vicios de tipo subjetivo de la voluntad administrativa y los vicios de forma. Entre los primeros están: *a)* desviación de poder;[14] *b)* arbitrariedad;[15] *c)* error;[16] *d)* dolo;[17] *e)* violencia;[18] *f)* simulación.[19] Entre los segundos se cuentan: *a)* falta de documentación, o constatación inadecuada de la voluntad; *b)* falta de publicidad del acto (publicación o notificación según el caso), o publicidad insuficiente.[20]

21.5. *Conclusión*

Cuando se trata pues de impugnar un acto administrativo por más de un argumento, es necesario exponer los distintos fundamentos e impugnaciones en el orden de su importancia y darles una exposición acorde con ella. Así p. ej. si un funcionario enemigo nuestro dicta, por venganza hacia nosotros, un acto respecto del cual carece de competencia y que además no corresponde a la situación de hecho para la cual la ley lo reglamentó, será muy mala técnica procesal dedicarnos en primer lugar y con la máxima atención a demostrar la desviación de poder y dejar para el final la observación de que el acto está viciado de violación de la ley en el objeto y de incompetencia. En tal caso el correcto recurso debe: *a)* en primer lugar demostrar acabadamente que el acto es en su objeto antijurídico; *b)* en segundo lugar que el funcionario actuó sin competencia; *c)* en tercer lugar, por último, que el funcionario actuó con desviación de poder.

21.12 *Infra*, t. 3, cap. IX, § 4.1, "La garantía de la defensa. El sumario previo;" § 4.2, "Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima."

21.13 *Infra*, t. 3, cap. IX, § 5, "Vicios en la emisión de la voluntad," § 5.1, 5.2, 5.3, 5.4, 5.4.1, 5.4.2, 5.4.3, 5.4.4, 5.4.5, 5.4.6, 5.5.

21.14 *Infra*, t. 3, cap. IX, § 6, "Desviación de poder."

21.15 *Infra*, t. 3, cap. IX, § 7, " Arbitrariedad;" § 8, "Distintos casos de arbitrariedad."

21.16 *Infra*, t. 3, cap. IX, § 10, "Error."

21.17 *Infra*, t. 3, cap. IX, § 11.1, "Dolo."

21.18 *Infra*, t. 3, cap. IX, § 11.2, "Violencia o intimación."

21.19 *Infra*, t. 3, cap. IX, § 11.3, "Simulación."

21.20 *Infra*, t. 3, cap. X, § 10, "Formas de publicidad;" § 11, "Especies de formas de publicidad: publicación y notificación," § 11.1, 11.2, 11.3, 11.4, 11.5, 11.6.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Capítulo XI

EL PROCEDIMIENTO DE AUDIENCIA PÚBLICA*

1. *El principio constitucional*

1.1. *Inserción constitucional de la audiencia pública*

La garantía de oír al interesado (con acceso al expediente, debate y prueba, control de la producción de la prueba, alegato y decisión fundada sobre los hechos alegados y probados), antes de dictar una decisión que pueda afectar sus derechos o intereses es un principio clásico del derecho constitucional y administrativo. Desde hace siglos es un principio jurídico casi siempre reconocido como tal, pero también frecuentemente incumplido. La historia registra, también, innúmeros ejemplos de decisiones de la más alta importancia política que fueron anuladas por falta de audiencia previa. Desde hace ya muchos años el derecho contemporáneo

* Ver *supra*, cap. II, § 5.2.3 y § 10.5, "El derecho a la previa audiencia pública;" GALLARDO, ROBERTO ANDRÉS, "Teléfonos: novedosas herramientas y peligrosas tendencias de la administración," *LL*, 1997-E, 506; GUSMAN, ALFREDO SILVERIO, "La reestructuración tarifaria telefónica. Los procedimientos de audiencia e información pública," *LL*, 1997-C, 1390; CABEZAS CESCATO, A. PAOLA, "Acerca del art. 42 de la Constitución nacional," *LL*, 1999-E, 211; ALANIS, SEBASTIÁN D., "Audiencia pública como instrumento de democratización del poder," *LL*, 2001-C, 255; COMADIRA, JULIO, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2003, pp. 669-672; HUTCHINSON, TOMÁS, "Algunas consideraciones sobre las audiencias públicas. (Una forma de participación del ciudadano)," en ENRE, *Jornadas jurídicas sobre servicio público de electricidad*, Buenos Aires, 1995, p. 325 y ss.; DERISI DE MAC MAHON, SYLVIA, "El régimen de audiencias públicas," igual libro, p. 309 y ss.; SACRISTÁN, ESTELA B., "Audiencia pública y otros procedimientos consultivos en el dictado de actos administrativos de alcance general (Nulidades por omisión)," *RDA*, 30/1: 169 año 1999; CINCUNEGUI, JUAN BAUTISTA, "El procedimiento de audiencia pública en el sistema de control de los servicios públicos," *RAP*, 189: 5, 1994; CINCUNEGUI, JUAN DE DIOS, "La participación de los usuarios en el control de los servicios públicos privatizados (El dilema del control social)," *LL*, 1995-E, 674; FONROUGE, MÁXIMO J., "Las audiencias públicas," *RDA*, 24/6: 185; FERNÁNDEZ LAMELA, PABLO M., "Audiencias Públicas: ¿Es el artículo 42 de la Constitución Nacional una norma jurídica?" *LL*, 2002-A, 107; CAPLAN, ARIEL, "La participación de los usuarios en materia de servicios públicos," en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 171-5; FIGUEIREDO MOREIRA NETO, DIOGO DE, "Audiências públicas," en su *Mutações do direito administrativo*, Río de Janeiro, Renovar, 2001, 2ª ed., pp. 199-219; *Direito da participação política*, Río de Janeiro, Renovar, 1992.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

muestra una creciente evolución del alcance de este principio jurídico, que ha comenzado en forma sistemática a comprender también la emisión de normas generales y grandes proyectos o decisiones particulares, impacto ambiental, etc.[1] En esa misma categoría entran todas las normas fundamentales sobre las relaciones entre administración, concesionario o licenciatario y usuarios (especialmente sus intereses económicos y demás derechos a tenor del art. 42 de la Constitución), tales como fijación o modificación del régimen tarifario, prórroga de la concesión o licencia, prórroga de la exclusividad, renegociación del contrato que afecte el plazo o las condiciones, etc.[2]

Esa extensión del principio de la audiencia individual al principio de la audiencia pública ha comenzado primero en el derecho anglosajón, pero es ya de naturaleza universal.[3] En el derecho inglés se fundamenta en el principio de justicia natural que también informa la garantía de defensa en el caso particular y en el derecho estadounidense en la garantía del debido proceso legal que nuestra propia Constitución e interpretación constitucional también han recibido. En otras palabras, es ya un principio al menos teórico suficientemente reconocido que también debe cumplirse la audiencia, esta vez con el público, antes de emitir normas jurídicas administrativas e incluso legislativas de carácter general, o antes de aprobar proyectos de gran importancia o impacto sobre el medio ambiente o la comunidad. Se trata pues, en este segundo supuesto, de la audiencia pública, que integra como parte de la garantía clásica de audiencia previa, la garantía constitucional del debido proceso en sentido sustantivo.

Pero el derecho comparado ya de antaño introduce una segunda forma de cumplir con el antiguo principio *audi alteram pars* y es la necesidad política y jurídica de escuchar al *público* antes de adoptar una decisión, cuando ella consiste en una medida de carácter general, un proyecto que afecta al usuario o a la comunidad, al medio ambiente, la designación de un magistrado de la Corte Suprema,[4] etc. Su campo de aplicación es sumamente amplio y si se la considera en el marco ampliado de la participación ciudadana[5] ostenta diversas variantes y ramificaciones.[6] Su funcionamiento supone necesariamente que la autoridad pública someta un proyecto al debate público, proyecto que debe tener el suficiente grado de detalle como para permitir una eficaz discusión. Según WADE, "la regla que exige una audiencia es de validez casi universal. Puede ser planteada sin incompatibilidad desde

1.1 Un antecedente de 1958 es recordado por SACRISTÁN, *op. cit.*, p. 169.

1.2 Así la CNFed. CA, Sala IV, *Unión de Usuarios y Consumidores, LL*, 1999-E, 212, con nota de CABEZAS CESCATO, *op. loc. cit.*; *Youssefian, LL*, 1998-D, 712; *ED*, 176: 513, año 1998. Conf. GUSMAN, "La intangibilidad de la situación jurídica del usuario," *LL*, 2000-B, 263.

1.3 Ver nuestro libro *Introducción al Derecho*, edición como *e-book* en www.gordillo.com, cap. II, "¿Qué es el derecho?" También en su versión inglesa, *An Introduction to Law*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Londres, Esperia, 2003, cap. II.

1.4 Decr. 222/03.

1.5 *Supra*, t. 1, cap. II, § 4.2.2.3, "La participación administrativa" y notas 4.17 a 4.19.

1.6 Comp. Brasil, art. 31; SACRISTÁN, *op. cit.*, pp. 170-1.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

su nativo suelo judicial a cualquier parte del campo de la administración;" "esta regla abarca toda la noción de procedimiento leal (*fair procedure*), o debido proceso, y es apta de gran elaboración en detalle."[7] Dicho acceso y participación pública es, al igual que en la garantía individual de defensa, para que pueda ser oído con debate y prueba, con conocimiento pleno y directo del expediente y del proyecto oficial con los detalles de su instrumentación, con la posibilidad de hacer un alegato y el derecho a obtener una decisión fundada sobre sus peticiones. Esta es una segunda aplicación del principio del debido proceso que, aunque implícita en nuestro tradicional sistema constitucional, recién viene a adoptarse en forma expresa con carácter legislativo en las primeras leyes que hacen al control de los servicios privatizados, sin perjuicio de algunos antecedentes de interés,[8] incluso anteriores a la constitución de 1994: en ésta, el juego de los arts. 18 y 41, 42 y 43 la hacen ya inequívoca. Cabe además tener presente, en el caso de algunos entes reguladores, que la ley exige expresamente este recaudo en diversos supuestos, con la doble consecuencia: *a)* de incorporarlo así taxativamente como requisito previo a la emanación del acto, como parte entonces de la garantía de audiencia del interesado a nivel constitucional y *b)* de tener el expreso alcance de nulidad absoluta en caso de omisión, conforme lo prescripto por el art. 14 del decreto-ley 19.549/72.

Debe tenerse presente que el principio de la audiencia pública es de raigambre constitucional, sea que esté en forma implícita o explícita como en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.[9] La audiencia pública deviene el único modo de aplicar al supuesto del art. 43 la garantía del art. 18, a fin de que pueda darse lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación denominó la efectiva participación útil de los interesados,[10] en el sentido de que sean admitidos los que tienen derecho o interés legítimo y también los titulares de derechos de incidencia colectiva. Esa efectiva participación útil de quienes se hallan legitimados a tenor del art. 43 de la Constitución según recientes pronunciamientos[11] sólo puede darse

[1.7] WADE, WILLIAM, *Administrative Law*, Oxford, 1961, p. 141 y ss; 7ª ed., con FORSYTH, CHRISTOPHER F., Oxford, Clarendon Press, 1994, parte 5, cap. 13, p. 463; cap. 14, pp. 471-491; cap. 15, pp. 494-570; ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, t. I/1, Madrid, Tecnos, 1999, 13ª ed., p. 259; nuestro libro *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, IEAL, 1984, p. 670.

[1.8] Ver *supra*, nota 1.1.

[1.9] Arts. 30, 63, 120, 139. Si bien el art. 63 distingue los casos en que se debe (iniciativa popular con el medio por ciento del electorado o zona, planeamiento urbano, modificaciones del uso o dominio de bienes públicos, etc.) de los que se puede realizar audiencia pública, pensamos que una interpretación armónica de su sistema lleva a la obligatoriedad toda vez que se trate de proyectos que afectan a toda o gran parte de la colectividad con "relevante efecto" como dice el art. 30 para el caso del impacto ambiental.

[1.10] *Fallos, Luis César Rojo*, 215: 357, con cita de 193: 405; 198: 78, que hemos explicado en *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963, p. 92 y ss. y sus referencias; ampliar *supra*, cap. IX, "El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales," § 10, "Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa.)"

[1.11] CSJN, *in re AGUEERA, LL*, 1997-C, 322, con nota: "Las asociaciones de usuarios y la defensa de los derechos de incidencia colectiva (Acción declarativa de inconstitucionalidad);" CNFed. CA, Sala V, *Rodríguez, Jesús, LL*-1996-E, 80; Sala II, *Nieva, LL*, 1998-B, 546 año 1997.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

en el marco de una audiencia pública, sin perjuicio de la también necesaria participación en los cuerpos colegiados de los entes reguladores.[12] No hay otra forma de tutelar y respetar su derecho de defensa previa en sede administrativa, puesto que la participación de los usuarios en el directorio de los entes reguladores, que según algunos pronunciamientos podría paliar la indefensión, se encuentra incumplida. No es posible subsanar judicialmente la previa indefensión,[13] como algunos pronunciamientos pretenden que sea posible en casos individuales: mucho menos en casos que afectan a un número indeterminado de personas. Escuchar las voces de la comunidad en una sesión pública, en la que el caso se discuta a la luz de la opinión pública, no tiene manera posible de cumplirse en sede judicial, ni siquiera con la acción de clase. Es por ende indispensable tanto conceder las cautelares que se soliciten para evitar que una medida sea tomada sin previa audiencia pública, como declarar la nulidad absoluta e insanable de toda decisión que, debiendo ser tomada previa audiencia pública, la omitió. De todas maneras y como queda dicho, creemos que las dos formas de participación son igualmente indispensables desde el punto de vista constitucional. Conforme lo resuelto por la Sala IV *in re Youssefian* "Ha de tenerse en cuenta que en el artículo 42 de la Constitución vigente se otorga a los usuarios de los servicios públicos una serie de derechos que resultan operativos y cuya concreción aparecería razonablemente canalizada a través del referido instrumento, esto es, de la audiencia pública."[14]

"El derecho a que se celebre una audiencia pública previa a la decisión administrativa, cuando se trata de actos de grave trascendencia social,[15] aparece potenciado en el caso puesto que el marco regulatorio al que se encuentran sometidas las telecomunicaciones no prevé otro mecanismo alternativo de participación en la toma de decisiones por las asociaciones de consumidores y usuarios, tal como viene exigido en el art. 42, último párrafo, de la Constitución Nacional."[16]

La audiencia pública debiera ser el primer peldaño pero como ya vimos reiteradamente la administración idea otros menores, como el "documento de consulta," o directamente incumple el precepto mínimo de la participación de los usuarios y

[1.12] Por ello ha de considerarse demasiado tímido el inc. *d*) del art. 4º del decreto 229/00, que tan sólo enuncia: "Participación: los usuarios y beneficiarios de servicios de atención al público deben contar con mecanismos de participación adecuados a cada caso, a fin de garantizar y proteger el derecho a una correcta prestación." De iguales características es el art. 5 inc. *f*), según el cual se deben "Establecer mecanismos de consulta a los usuarios acerca de los servicios que aquéllos demanden, sus sugerencias y opiniones para la mejora de los mismos."

[1.13] En igual sentido COMADIRA, *Derecho administrativo, op.cit.*, p. 671; CNFed. CA, Sala IV, *Youssefian, LL*, 1997-F, 270.

[1.14] Sala IV, *Youssefian, LL*, 1997-F, 270, § V, 3º párr. Surge de las sesiones plenarias de la Convención que en la redacción original del proyecto la fórmula era participación *consultiva*, pero que en la votación en el recinto se modificó a *necesaria participación:* SALVATELLI, ANA, "Participación necesaria y procedimiento de audiencia pública," *RAP*, 290:56, Buenos Aires, 2002.

[1.15] La caracterización que hace la Sala surge de las propias manifestaciones de la administración, en el caso allí considerado.

[1.16] CNFed. CA, Sala IV, *Youssefian, LL*, 1997-F, 270, año 1997, cons.V, último párr.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

consumidores en los entes regulatorios de servicios públicos, exigida por el art. 42 de la Constitución.

Pero cabe recordar que la participación, además de los derechos electorales, viene reconocida como obligación de los Estados[18] por otras normas supranacionales e internacionales que nos obligan en igual sentido: Pacto de San José de Costa Rica, art. 23.1; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 21.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 25; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. XIX y XX.[19] Una forma de participación no excluye la otra, aunque la participación decisoria en los cuerpos colegiados de la administración, con voz y voto, es posiblemente de mayor entidad[20] que la audiencia pública, pues en ella el público se limita a defender sus derechos pero no tiene voto en la decisión administrativa que se adopte con posterioridad; la importancia de la audiencia pública es material pues en ella quedará demostrado el sustento fáctico, o carencia de él, de la decisión a adoptarse.

Debe asegurarse al usuario la participación e información previas[21] al dictado de un acto de marcada trascendencia social. Una de las formas idóneas es, como ya se ha dicho, la audiencia pública. Pero la administración sostiene que si existe más de un medio para el cumplimiento del mandato constitucional, la elección entre una u otra alternativa corresponde a ella.[22] A nivel nacional la audiencia pública se encuentra regulada por el decreto 1.172/03; a nivel local de la ciudad de Buenos Aires por la ley nº 6, reglamentaria del art. 63 de la constitución local.

[1.17] Y que algunos marcos regulatorios refuerzan: gas, arts. 6, 16, 18, 29, 46, 47, 67 y 68 de la ley 24.076; electricidad, arts. 11, 32, 46, 73 y 74 de la ley 24.065.

[1.18] Este principio emerge de la OC 2/87 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que nuestra Corte aplicó y reconoció en *Arce*, *LL*,1997-F, 697, con nuestra nota "Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado," *LL*, 1997-F, 696. En este fallo se amplió, por lo demás, lo ya resuelto en *Giroldi* en 1995, *LL*, 1995-D, 462, *Fallos*, 318-1: 514.

[1.19] Respecto al carácter supranacional nos remitimos al t. 1, cap. VI "Fuentes supranacionales del derecho administrativo;" en la perspectiva de darles carácter constitucional la solución no cambia, como resulta en otro tema de lo que expone BARRA, RODOLFO CARLOS, *Los derechos del por nacer en el ordenamiento jurídico argentino*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, pp. 36-7: "La incorporación... de un acuerdo internacional supone una verdadera reforma de la Constitución." "También debe destacarse que así como los «tratados constitucionales» son complementarios con respecto a los derechos y garantías reconocidos por la Constitución, igualmente *son complementarios entre sí*. En realidad, la Constitución y cada uno de los «tratados constitucionales» forman parte de un único sistema constitucional, de manera que deben interpretarse en forma conjunta y coherente."

[1.20] A pesar de que el decreto 229/00 quiere "potenciar la transparencia" (cons. 6º), no se aproxima a ese objetivo cuando su art. 4º inc. *f*) sólo atina a decir "Calidad: las organizaciones alcanzadas por el presente Programa deben tender en la medida de sus posibilidades a la efectiva satisfacción de los usuarios en la prestación de los servicios a su cargo, dando cuenta de las iniciativas que pongan en marcha a tal efecto."

[1.21] Ver BRUNO DOS SANTOS, MARCELO; FERNÁNDEZ LAMELA y LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO, "La participación pública y el acceso a la información: herramientas para mejorar la calidad institucional. Comentarios al decreto Nº 1.172/03," *RAP*, 315: 91-113, Buenos Aires, 2004. También en www.revistarap.com.ar, Circular Letter Nº 37.

[1.22] PTN, *Dictámenes*, 234:325.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Volviendo al caso *Youssefian* de la Sala IV, la gravedad de la infracción al ordenamiento en la eventualidad de que se decidiera omitiendo la previa audiencia pública se consideró acertadamente de entidad suficiente para otorgar una medida cautelar, pues "la sola omisión de dar participación al usuario, en la forma indicada, configura el perjuicio que, en las condiciones enunciadas, satisface adecuadamente el requisito de "actualidad" y "certidumbre" de un daño que no podría subsanarse con el dictado de una sentencia que hiciera lugar a la pretensión del actor."[23]

Cabe también puntualizar que la garantía de oír a los usuarios, administrados, consumidores e interesados en general, constituye también un criterio de sabiduría política, como ha sido desde siempre explicado por los autores que han tratado el tema. "Ninguna clase de gente se beneficia más a la larga de una justa administración que los administradores mismos, porque el Estado está consustanciado (*permeated*) desde la cúspide hasta el fondo con la verdad de que el gobierno depende de la aprobación de los gobernados. El *fair play* en la administración enrolará las simpatías del ciudadano y reducirá enormemente la fricción con que funciona la maquinaria del gobierno."[24] Además,

a) es una garantía objetiva de razonabilidad para el administrado en cuanto percepción de que el Estado actúa con sustento fáctico, proporcionalidad, etc.;

b) es un mecanismo idóneo de formación de consenso de la opinión pública respecto de la juridicidad y conveniencia del obrar estatal, de testear la reacción pública posible *antes* de comprometerse formalmente a un curso de acción;

c) es una garantía objetiva de transparencia de los procedimientos estatales respecto de los permisionarios y concesionarios, de modo tal que el público perciba esa relación como transparente y límpida. Esa transparencia, conviene no olvidarlo, viene también exigida por la Convención Interamericana contra la Corrupción.[25] Y como tiene dicho BRANDEIS, la luz del sol es el mejor desinfectante y el mejor policía.

[1.23] *Youssefian*, *op. cit.*; *supra*, en este mismo vol., cap. VI, "Servicios públicos," § 3.4.2, "Participación de los usuarios."

[1.24] WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 19; CRAIG, PAUL P., *Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, 4ª ed., parte 2, cap. 13, § 4, ap. 3 y ss., p. 409 y ss.; cap. 14, pp. 451-60; cap. 17, § 1-5, pp. 535-45; cap. 18, pp. 579-610; nuestra *Teoría general de derecho administrativo, op. cit.*, p. 677.

[1.25] Ver BOTASSI, CARLOS A., "El derecho frente a la corrupción política," *JA*, 2002-I, 1029; nuestros arts. "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091, reproducido con modificaciones en "La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción," *V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses*, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, pp. 101-19; "La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»," *JA*, 2000-IV, 1269; "La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC)," en Asesoría General de Gobierno, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

d) Es un elemento de democratización del poder,[26] conforme al ya clásico principio de que ya la democracia es no sólo un modo de designación del poder, sino también un modo de ejercicio del poder, como lo explica RIVERO.[27]

e) Es también un modo de participación ciudadana en el poder público, exigido por principios políticos, constitucionales y supranacionales.

Dicho de otra manera, el fundamento práctico del requisito de la audiencia pública o privada dentro de la garantía del debido proceso es múltiple. Sirve *a)* al interés público de que no se produzcan actos ilegítimos, *b)* al interés de los particulares de poder influir con sus argumentos y pruebas antes de la toma de una decisión determinada y sirve también, empíricamente, *c)* a las autoridades públicas para disminuir posibles errores de hecho o de derecho en sus decisiones para mayor eficacia y consenso de sus acciones en la comunidad. Es claro, en efecto, que resulta mucho más difícil obtener la revocación o anulación de una decisión errónea a través de recursos o acciones, que impedir que ella se produzca, mediante la oportuna introducción de medios conducentes de prueba y los consiguientes argumentos de hecho y de derecho. El derecho comparado introduce de antaño esta forma de cumplir con el antiguo principio jurídico *audi alteram pars*: es la necesidad política, jurídica y práctica de escuchar al público antes de adoptar una decisión, cuando ella consiste en una medida de carácter general, un proyecto que afecta al usuario o a la comunidad, al medio ambiente; o es una contratación pública de importancia, etc.

Las mismas razones que hacen que la administración deba, en su propio interés, oir al interesado antes de tomar una decisión adversa a sus derechos o intereses, que ya explicamos,[28] son aplicables al procedimiento de audiencia pública antes de dictar actos generales o aprobar grandes proyectos públicos. Sin embargo nuestras administraciones son bastantes reticentes para hacerlo, pues en verdad le tienen miedo a la confrontación directa y a tener que fundar bien su acto o incluso cambiarlo por uno mejor. Prefieren actuar en forma directa, sin consulta pública y después enfrentar la opinión pública y la justicia. Esto es así porque todavía nuestros tribunales no han comenzado a hacer personalmente responsables a los ministros y secretarios de Estado de su accionar contrario a derecho. En este último aspecto aunque en otra materia, el ejemplo de la Sala IV *in re Viceconte*[29]

1.26 Conf. SÁENZ, JORGE A., "Gordillo, la función administrativa y la democracia," en BOTASSI, (dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, LEP Librería Editora Platense, 2003, pp. 69-78, esp. p. 78.

1.27 RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, 1970, 4ª ed., p. 827 y ss. y ediciones posteriores, a quien recordamos en *Teoría general del derecho administrativo, op. cit.*, p. 21. Ver también SÁENZ, *op. loc. cit.*, pp. 69-78. En igual sentido BOTASSI, "Presentación," en BOTASSI (dir.), *Temas...*, *op. cit.*, pp. 9-14, BERIZONCE, "Palabras del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata," en BOTASSI (dir), *Temas...*, *op. cit*., pp. 19-21.

1.28 Ver *supra*, cap. IX, "El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales."

1.29 Sala IV, *Viceconte, LL*, 1998-F, 305, firme por haberse rechazado la queja.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

es digno de imitación, sin perjuicio de la aplicación de *astreintes* y por supuesto la sanción de nulidad absoluta, por flagrante inconstitucionalidad, de toda norma general o gran proyecto público, renegociación de concesiones o licencias que impliquen mayor tarifa o plazo, perdonen multas devengadas a favor de los usuarios, etc.

1.2. *La doble naturaleza "pública" de la audiencia pública*

La audiencia pública o *public hearing* tiene un doble carácter público:

a) por la publicidad y transparencia misma del procedimiento, su oralidad e inmediación, asistencia y registro gráfico y fílmico a través de los medios de comunicación (los cuales no participan ni intervienen en forma inmediata en la audiencia pública, sino que la registran y en su caso publican y comentan, debaten, etc.), con más la necesaria publicación de las reuniones.

b) A ello cabe agregar especialmente la participación procesal y el acceso del público en general, asociaciones, partidos políticos, a tales procedimientos, como sujetos activos y partes en sentido procesal de ellos.

Lo primero hace a la calidad necesariamente transparente y abierta al conocimiento del público de virtualmente todos los actos estatales. El secreto es sólo un resabio medieval que las modernas democracias ya no aceptan[30] sino en contados asuntos de Estado que hacen a la seguridad nacional, o a la discreción que debe proteger al secreto comercial. Es entonces la participación oral y pública lo que cualifica las audiencias públicas. Es la activa participación del público como parte en el procedimiento, en sentido jurídico y no ya como mero "espectador."[31] Conviene adelantar que la audiencia pública requiere antes de una preaudiencia para ordenar el procedimiento, determinar quiénes van a participar, fijar los tiempos, etc., a fin de que el procedimiento funcione conforme a carriles predeterminados.

[1.30] Y las normas concretamente niegan, p. ej. el decreto 229/00, cuyo art. 3º, inc. *a*) reconoce el "*Derecho a obtener información clara, veraz y completa* sobre las actividades desarrolladas por la Administración Pública Nacional." Ver también JN Cont Adm Fed nº 8, *Caplan Ariel c. Ministerio de Economía, LL*, 2003-F, 305, año 2003, con nota de RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA y ZAYAT, VALERIA E., "El derecho de la información: herramienta imprescindible para una efectiva participación de los usuarios," *LL*, 2003-F, 304; SÁENZ, *op. cit.*, p. 78. En igual sentido *infra*, cap. XII, las referencias de la nota 7.7.

[1.31] Ver *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. II, "Pasado, presente y futuro del derecho administrativo," § 4, "El derecho administrativo en el presente y en el futuro." De lo que hemos publicado al respecto podemos recordar también "Cauces de participación ciudadana," en *Crónica del V Congreso Hispano Luso Americano Filipino de Municipios*, t. I, Madrid, IEAL, 1970, pp. 1057-85; "La participación de los particulares en la formación del acto administrativo," en el libro del IIDAL, *El derecho administrativo en Latinoamérica*, Bogotá, 1978, p. 57 y ss; "Viejas y nuevas ideas sobre participación en América Latina," *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. XLVII-1981, Bruselas, 2: 123-32; "La participación administrativa," en el libro del Instituto Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares-Madrid, 1985, *Congreso Iberoamericano sobre Sociedad, Democracia y Administración*, pp. 199-211; reproducido en la *Revista de Direito Público*, 74: 15-25, San Pablo, 1985.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

1.3. *Audiencia pública y pública audiencia o sesión pública*. Town Meetings. Open meetings.

Cabe distinguir la "pública audiencia" o sesión pública para enfatizar que en la audiencia pública no se trata de celebrar una sesión con *asistencia* pasiva del público, periodismo, etc., sino en la cual *el público es parte interesada y activa, con derechos de naturaleza procedimental* a respetar dentro de la concepción del debido proceso constitucional; con derecho de ofrecer, producir prueba y controlar la que se produce, alegar, etc. El concepto de participación pública es así esencial al de audiencia pública establecido por la ley, sin perjuicio de que además la audiencia debe estar abierta al conocimiento del público, periodismo, etc. Debe distinguirse la audiencia pública, como procedimiento ordenado de escuchar objeciones formales a un proyecto oficial bajo pena de nulidad, de las denominadas reuniones populares o *Town Meetings*.[32] Estas últimas son de carácter informal, están abiertas al público en forma ilimitada y se limitan al intercambio libre de opiniones entre la autoridad y los ciudadanos generalmente sobre un tema determinado. Es el mismo procedimiento que utilizan los candidatos modernos a cargos públicos cuando se presentan ante determinada comunidad para exponer sus ideas y escuchar las ideas locales, sólo que en este caso es utilizado por los funcionarios públicos, no para llevar adelante una carrera política, sino para estar seguros de que se encuentran actuando en sintonía con las aspiraciones y deseos de la comunidad. En lugar de hacerse una encuesta de opinión, el funcionario toma contacto directo con los administrados y escucha en forma directa y discute del mismo modo, qué es lo que piensan y lo que quieren los interesados. No supone una toma de decisión concreta ulterior, es de carácter recíprocamente informativo —y para el funcionario, formativo— sobre temas generales.

También deben diferenciarse de las reuniones abiertas u *Open Meetings* de los órganos de dirección colegiada de las agencias o entes, donde la participación del público se limita a tomar conocimiento de todo el proceso de toma de decisiones de los miembros del órgano colegiado. Los alcances de la participación en las audiencias públicas y las reuniones abiertas no son iguales, aunque contribuyen a una mayor transparencia en la adopción de decisiones públicas.

1.4. *Carácter prescriptivo*

Va de suyo que la administración no está limitada a efectuar la audiencia pública únicamente en los casos preceptivamente impuestos por la ley o el reglamento,

[1.32] Ver SACRISTÁN, *op. cit.*, p. 389 y ss. Hay mecanismos más débiles de participación, como los documentos de consulta y otros. Es poco comprometido en ello el inc. *d*) del art. 4º, dec. 229/00: "Participación: los usuarios y beneficiarios de servicios de atención al público deben contar con mecanismos de participación adecuados a cada caso, a fin de garantizar y proteger el derecho a una correcta prestación." De igual tenor y para peor programático, es el inc. *f*) del art. 5º.

[1.33] CNFed. CA, Sala IV, *Youssefian*, *LL*, 1997-F, 270.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

sino que tiene también la obligación de realizar audiencias públicas en todos los demás casos en que los efectos de la decisión excedan del caso particular y en que objetivamente sea necesario realizar el procedimiento para el ejercicio del derecho de defensa de los usuarios y afectados,[33] coadyuvando así a una mejor eficacia y legitimidad jurídica y política de sus decisiones. Dicho de otra manera, además de los supuestos en que la administración está obligada por una norma concreta y puntual a realizar audiencia pública, también lo está (y esto es en su propio interés) en los demás supuestos en que es necesario conferir oportunidad de defensa a los afectados por el acto o el proyecto. A la propia administración le conviene hacer tantas audiencias públicas como materialmente pueda, para mejor sustento fáctico y jurídico de sus decisiones, mayor búsqueda y obtención de consenso en la opinión pública, respaldo ante la sociedad de la legitimidad y eficacia de sus decisiones y consolidación de su imagen ante la opinión pública en el cumplimiento de sus funciones. El incumplimiento o defectuoso cumplimiento del precepto de la audiencia pública es causal de nulidad absoluta e insanable del acto.[34] Ello surge de lo dispuesto en el art. 14 del decreto-ley 19.549/72 y de la teoría del acto administrativo singular, extensiva aquí al acto de carácter general por efecto de las nuevas cláusulas constitucionales de los arts. 41, 42 y 43.

2. *Principios generales*

2.1. *Enunciación*

El que la administración deba realizar una audiencia pública, cuya materialidad debe adoptar buena parte de las formas de un proceso judicial oral, no debe llevar a confusión en cuanto a la índole de la función que en la especie se realiza: ella es administrativa, incluso en el caso de los entes de regulación y control de servicios privatizados.[1] Los principios de la audiencia pública son el debido proceso, publicidad, oralidad, informalismo, contradicción, participación, instrucción e impulsión de oficio y economía procesal; a veces se agrega la gratuidad. Dentro de los principios generales hay un primer grupo integrado por el debido proceso, la publicidad, contradicción y participación; ellos, que son los principios rectores del procedimiento, deben con todo considerarse dentro del marco del informalismo, la oralidad, instrucción e impulsión de oficio y economía procesal.

2.2. *Oralidad, informalismo, contradicción y participación*

Existe una estrecha relación entre los principios de contradicción y participación, por una parte y de oralidad e informalismo, por la otra. El debate en la audiencia

[1.34] Ver Perú, art. 182 inc. 3): "La omisión de realización de la audiencia pública acarrea la nulidad del acto administrativo final que se dicte," como consecuencia de su condición, según el inc. 1º, de "formalidad esencial para la participación efectiva de terceros."

[2.1] Nos remitimos para ello a lo expuesto en el t. 1, cap. XV, "Los entes reguladores," § 8, "El ente regulatorio no tiene jurisdicción administrativa."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

pública debe, por su propia naturaleza, ser oral e informal, pero lógicamente ordenado por el órgano que preside la audiencia. Esto no requiere en modo alguno normas generales para todas las audiencias, sino que debe ser resuelto en cada caso singular conforme a los principios que informan este procedimiento. No se trata de que cualquiera puede hablar en cualquier momento, sino que existirá un orden preestablecido en la preaudiencia, que determinará quién o quiénes hablarán en qué orden y por cuánto tiempo, con réplicas y dúplicas por tiempos equivalentes y parejos para todas las partes. Hay un sistema básico de oralidad, pero introduciendo elementos de escritoriedad que llevan a un mejor orden del procedimiento sin quitarle oralidad en lo esencial. A título comparativo, en el Estado de Nueva York se establece que cualquier parte que inicie o conteste una presentación lo hará por escrito, acompañando los documentos de prueba que posea, salvo que el funcionario que presida la audiencia, por razones justificadas, en circunstancias extraordinarias, admita testimonios orales.[2] Debe evitarse un excesivo reglamentarismo que sólo obsta a la debida comprensión y funcionamiento del sistema, o crear requisitos normativos que dificultarán una normal aplicación excluyente de la razonable creatividad de los funcionarios frente a situaciones que necesariamente serán nuevas. Sin embargo, no ha de entenderse el no reglamentarismo detallista e informalismo en general del procedimiento, como la ausencia de toda regla y todo principio. Al contrario, los principios que a continuación se enuncian son un complemento indispensable de aquél y tienen todos una fructífera aplicación práctica.

2.3. *Instrucción*

Terminado el tiempo acordado a las partes, o incluso durante su desarrollo, los miembros del órgano que —en cuanto tal— dirija la audiencia, tienen además plenas facultades para interrogar de oficio, conforme al principio de la oficialidad o instrucción, acerca de todos los aspectos que a su juicio sean conducentes a un mayor esclarecimiento de los hechos y derecho en debate y por ende a una mejor resolución del caso.

2.4. *Carácter contingente de la gratuidad*

A diferencia de otros principios jurídicos del procedimiento, que provienen de los principios generales del derecho, el de la gratuidad es de carácter contingente. Puede optarse por un sistema mixto, en que la gratuidad no sea total y cada uno deba soportar los gastos que su intervención ocasiona, *v.gr.* copias para traslado. Pero es claro que no puede haber condena en costas; los gastos de traslado, producción de pruebas o pericias, costos de asesoramiento, etc., deben quedar librados a la discreción administrativa en cuanto a reembolsarlos o de otro modo ha-

[2.2] Sección 4.5. de las reglas, ap. b.1.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

cerse cargo de ellos o no. En ocasiones la administración se excede en una repentina vocación "provincialista" y realiza las audiencias públicas en lugares alejados de su propia sede, con lo cual ocasiona gastos innecesarios a los usuarios y consumidores que desean concurrir a tales audiencias. Es lo que ocurrió con las audiencias públicas para la reestructuración tarifaria en 1995 y 1996.[3] En tales casos ha existido desviación de poder ya que el propósito fue lograr una expresión de opiniones que se estimaba más favorable al proyecto estatal. De todas maneras el intento fracasó pues los usuarios y las asociaciones alquilaron un ómnibus para seguir la audiencia pública "itinerante" y la administración no sometió propuesta alguna al debate público con lo cual, al materializar una reestructuración tarifaria, la solución judicial de 1ra y 2da instancia, no de la CSJN, fue que al no haberla sometido a audiencia pública adolecía de nulidad manifiesta.[4] En el caso de los entes reguladores de servicios privatizados, ha de tenerse presente que los costos de funcionamiento del ente se hallan cubiertos por un presupuesto a cargo de las licenciatarias o concesionarias (y por ende en definitiva del público aunque no se traslade estrictamente a la tarifa en forma directa). Ello permite razonablemente trasladar los costos directos de una audiencia pública al presupuesto del ente. Hay siempre supuestos en los que no es posible, quizás, trasladar los costos.[5]

2.5. *La cuestión de la publicidad*

El principio de gratuidad se refiere a los asistentes a la audiencia pública. En algunas legislaciones se establece que el costo de la publicidad y la carga de su realización misma puede o debe recaer sobre alguna de las partes, p. ej. el concesionario o licenciatario que busca alguna modificación contractual. De igual modo en la CABA son los autores de los proyectos de inversión privada cuyo análisis de impacto ambiental debe también realizarse en audiencia pública, los que deben sufragar su costo.[6] Cabe tener presente igualmente la experiencia de los EE.UU., en que las audiencias para los grandes proyectos de alcance nacional tienen una publicidad especial, en página completa impar de los grandes periódicos nacionales (típicamente, *The New York Times* o *The Washington Post*) y desde luego en los periódicos locales del lugar donde se realizará la audiencia conforme la naturaleza geográfica de la decisión a adoptar. Ello es conveniente en la medida de lo posible en materia presupuestaria, pues de otro modo la publicidad, que es ínsita al procedimiento de audiencia pública, quedaría desvirtuada *ab initio* por una

[2.3] Un relato de este proceso en GALLARDO, *op. loc. cit.*

[2.4] Ver Sala III, *Defensor del Pueblo de la Nación c/ Poder Ejecutivo Nacional*, *LL*, 1997-C, 836 y los precedentes *Adelco* de la Sala III y *Defensor del Pueblo* de la Sala V, citados por GALLARDO, *op. loc. cit.*; en 1997 la Sala IV reproduce y amplía *in re Youssefian*, con argumentos constitucionales, la solución del caso *Adelco*. Ver *supra*, § 1, "El principio constitucional."

[2.5] Sería el caso de que se adopte el criterio que hemos propuesto en "Por la creación de una agencia regulatoria independiente para el manejo de la deuda externa," *LL* 2003-E, 1495.

[2.6] Ley 6, art. 53, que se interpreta pacíficamente del modo expuesto.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

deficiente comunicación al público acerca de su realización. No parece conveniente recurrir al sistema de publicidad taxativamente previsto para las licitaciones públicas, que sólo tiene sentido para grupos específicos de contratistas que deben estar atentos a tales informaciones. Ello no significa que la administración pueda discrecionalmente realizar una difusión manifiestamente inadecuada de la audiencia pública, pues en tal caso corre el riesgo de que una impugnación judicial resulte en la nulidad del procedimiento. No tiene sentido querer evitar todo posible conflicto a través de normas expresas, sino que habrá que obrar con razonable prudencia y observar el desarrollo futuro de los acontecimientos y eventuales pronunciamientos judiciales que puedan producirse en los casos ocurrentes.

3. *Desarrollo del procedimiento*[1]

3.1. *La preaudiencia*

En las reglas del Estado de Nueva York, parte 4, sección 4.4., se establece que el funcionario que ha de presidir la audiencia pública "puede acordar la celebración de una preaudiencia para ordenar o simplificar asuntos, convenir el intercambio de testimonios y/o documentos, limitar el número de testigos, fijar fechas, y emitir instrucciones para el mejor desarrollo del proceso. Los hechos expuestos en preaudiencia serán privilegiados. Sin acuerdo de partes no podrán ser invocados contra las partes intervinientes, salvo que se demuestren por otro medio de prueba." Entendemos preferible que la preaudiencia sea obligatoria en todos los

[3.1] Ver CHAUMET, MICHEL, *Conduire l'enquête publique*, París, Juris, 1993, cap. III, p. 43 y ss. A nivel nacional el decreto 1.172/03 regula el procedimiento de audiencia pública, bajo la dirección de un presidente. El art. 26 dispone que el presidente de la audiencia pública da comienzo al acto, efectuando una descripción sucinta de los hechos y el derecho especificando los objetivos de la convocatoria. El Presidente cuenta con las facultades que le da el art. 27: designar un secretario; decidir sobre grabaciones y/o filmaciones; decidir sobre las intervenciones de expositores no registrados, modificar el orden de las exposiciones; establecer la modalidad de respuesta a las preguntas formuladas por escrito; ampliar excepcionalmente el tiempo de las alocuciones, exigir en cualquier etapa del procedimiento la unificación de la exposición de las partes con intereses comunes y, en caso de divergencia entre ellas decidir respecto de la persona que ha de exponer; formular las preguntas que considere necesarias; disponer la interrupción, suspensión, prórroga o postergación de la sesión, así como su reapertura o continuación; desalojar la sala, expulsar personas y/o recurrir al auxilio de la fuerza pública, a fin de asegurar el normal desarrollo de la audiencia; y declarar el cierre de la audiencia.

El art. 28 le impone al presidente el deber de garantizar la intervención de todas las partes, así como la de los expertos convocados; mantener su imparcialidad absteniéndose de valorar las opiniones y propuestas presentadas por las partes; asegurar el respeto de los principios consagrados por el decreto 1.172/03.

Las personas que asistan sin inscripción previa a la audiencia pública pueden participar únicamente mediante la formulación de preguntas por escrito, previa autorización del presidente quien, al finalizar las presentaciones orales, establece la modalidad de respuesta (art. 30.)

Finalizadas las intervenciones de las partes, el presidente declara el cierre de la audiencia pública y a los fines de dejar debida constancia de cada una de las etapas de la misma, se labra un acta que es firmada por él, las demás autoridades y funcionarios, como así también por los participantes y expositores que quisieran hacerlo.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

casos en que se resuelve hacer la audiencia pública, con la posibilidad de que ella permita arribar a un acuerdo de partes que, en tanto no se vincule al interés público, permita evitar la audiencia pública por razones de economía procesal. El reglamento general de audiencias públicas aprobado por el decreto 1172/03 no contempla la realización de una preaudiencia, aunque dicha omisión puede ser suplida por decisión de la autoridad convocante.[2]

El carácter privilegiado de la información entregada en la preaudiencia no es posible preservarlo porque atentaría contra la publicidad, objetividad e instrucción del procedimiento. Al no estar así recogido en la norma, las partes saben de antemano que toda la información que proporcionen en la preaudiencia no tendrá ni podrá tener carácter reservado, secreto o de otro modo privilegiado.

La legislación del Estado de Wisconsin prevé que los funcionarios de la comisión no intervienen apoyando ni oponiéndose a la causa tratada, sólo lo hacen para conocer los hechos relacionados con ella.[3] En nuestro derecho la Procuración del Tesoro de la Nación ha consagrado la necesaria imparcialidad del instructor en los sumarios administrativos, proscribiendo p. ej. el prejuzgamiento aunque en esencia no juzgue ni resuelva el sumario. No es indispensable que la audiencia sea llevada a cabo por funcionarios; nada impide encargarla a un tercero ajeno al tema en debate. Ello permite también disminuir el *estrépito fori* que han tenido los funcionarios en algunas audiencias públicas y les hace por ende reticentes a asumir un alto nivel de confrontación y exposición.

3.2. *Reglas sobre la prueba. Registro*

El criterio es el de la amplitud de la prueba, bajo los principios genéricos de instrucción e informalismo. Conviene evitar tanto el extremo de algunas legislaciones comparadas que legislan con un inexplicable detallismo reglamentarista la minucia de la admisibilidad y producción de la prueba, como el de otras, como la *Cocoa and Sugar Exchange Commission*, en la cual un art. expresamente determina que "No se aplicará ninguna de las reglas sobre la prueba," lo cual, si bien es una voluntaria exageración semántica, expresa con todo la idea de acercarse informal e instructoriamente a la verdad del asunto.

La ausencia de normas minuciosas no importa en modo alguno que la decisión pueda basarse en pruebas falsas o inexistentes, ni carecer de adecuada y proporcionada relación con los hechos alegados y probados, pues ello ya deviene de un principio constitucional claro en nuestro derecho y recogido en todo caso expresamente en este proyecto, como es la garantía constitucional del debido proceso en sentido sustantivo, o garantía de razonabilidad. Algunas normas prevén minutas taquigráficas del interrogatorio a los testigos.[3] En la etapa inicial de la experiencia nacional

[3.2] Ver Bruno Dos Santos, Marcelo; Fernández Lamela, Pablo y Lopez Olvera, Miguel Alejandro, *op cit.*, pp. 91-113.

[3.3] Sección 2, apartado 4, p. 7, *Register*, diciembre de 1982, n° 324.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

parece preferible dejar librado a la decisión del ente, conforme sus recursos materiales y las preferencias de sus funcionarios y el público, realizar versión taquigráfica, grabar o videograbar (un procedimiento actualmente creciente en los Estados Unidos y Gran Bretaña, por su doble utilización para preparar programas informativos al estilo de *C Span, World Net* o *BBC*) todo o parte de ellas.

Es muy posible que la videograbación, que no requiere el fatigoso trabajo de desgrabado de casetes y es accesible a una amplia franja del público que puede estar interesado en el procedimiento, puede significar un registro adecuado sin un costo excesivo, pero se trata en todo caso de una decisión que deben explorar las propias autoridades a través de diferentes audiencias públicas, sin tener reglas preestablecidas a las cuales necesariamente atenerse. En el caso de las audiencias mencionadas más arriba, la videograbación de toda la audiencia pública proporciona una cierta inmediación virtual, facilita en todo caso su consulta ulterior. Lo importante es lograr algún tipo de registro razonable de lo sustancial que ha ocurrido en la sesión, conforme al principio de publicidad. De todas maneras no siempre el resultado es percibido como satisfactorio por la opinión pública.

3.3. *Publicidad de la sesión del ente*

En muchos sistemas la sesión del directorio del ente es siempre pública. En otros casos la sesión se realiza a puertas cerradas aunque con cumplimiento, desde luego, de los requisitos de sesión, quorum y deliberación.

En el orden nacional, las reuniones de los órganos de dirección de los entes reguladores de los servicios públicos se presumen públicas y abiertas, aunque la participación de los ciudadanos se limita a la observación del proceso de toma de decisiones según lo previsto en el reglamento aprobado por el decreto 1172/03.

Es factible prever la posibilidad de circularizar oficialmente el proyecto de resolución entre las partes interesadas, a fin de que éstas puedan hacer presente los eventuales errores u observaciones que el proyecto pudiere tener o merecer, permitiendo así corregir o mejorar la decisión que en definitiva se adopte. Se trata de una facultad y no de una obligación del ente, que éste podrá utilizar o no según su apreciación de las circunstancias del caso. Puede ser un mecanismo útil para prevenir eventuales recursos o acciones posteriores, resolviendo *ex ante* las observaciones que pudieren justificarlo.

4. *Partes*

Algunas reglamentaciones comparadas establecen expresamente en forma amplia el concepto de parte, pero aclaran que la determinación de admitirlos es una facultad instructoria a ejercer conforme a la utilidad o beneficio que puedan presumiblemente presentar para la solución del caso (Estado de Nueva York). En

[3.3] Así en el Estado de Nueva York, parte 4, sección 4.5., ap. *a).*

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

nuestro sistema es más frecuente el criterio de admitir a quien tiene derecho subjetivo o interés legítimo y también, en las más recientes orientaciones, interés difuso; y ya parece ineludible aplicar los art. 41, 42 y 43 de la Constitución, admitiendo los derechos de incidencia colectiva que explicamos en los caps. II a IV.

Cabe admitir como partes a personas públicas supranacionales, internacionales o extranjeras, o simplemente privadas, según las particularidades de cada caso. Se trata de la creciente evolución hacia un derecho supranacional, que explicamos en el cap. VI del t. 1. La existencia y funcionamiento de un Defensor del Usuario y de un fiscal *ad hoc* son indispensables en la actualidad, sin perjuicio de la eventual intervención del Defensor del Pueblo de la Nación. La presencia de un fiscal *ad hoc* deja abierta la posibilidad de que el Defensor del Usuario conciba su función en el sentido de tutelar tanto los intereses directos e inmediatos de los usuarios pero no los demás intereses comprometidos. Si de hecho ello ocurriera, puede en algún caso resultar conveniente contar con un fiscal *ad hoc* que tenga por misión considerar los intereses del sistema y de la sociedad en conjunto. La experiencia del Defensor del Usuario ha sido positiva en nuestro sistema: a pesar de integrar la organización administrativa de la autoridad que convoca la audiencia pública, la función que se le encomienda es clara e inequívoca y al contar con la información necesaria dentro de la organización pública puede realizar una eficaz labor de coadyuvante a la defensa que los propios usuarios hagan de sus derechos e intereses, por sí o por las asociaciones que los agrupen o defiendan.

El decreto 1.172/03 para la administración pública nacional dispone que la realización de una audiencia pública puede ser solicitada, mediante presentación fundada, por toda persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la temática de la audiencia pública. Estas mismas personas pueden por su puesto ser partes en la audiencia que se convoque;[1] las personas jurídicas participan por medio de sus representantes, los que acreditarán representación mediante el instrumento correspondiente (que el decreto, en innecesario formalismo, requiera que sea debidamente certificado); se admite la intervención de un sólo orador por persona jurídica. Las personas físicas pueden actuar por sí o por representación, pudiendo ser asistidas por patrocinio letrado.[2]

5. *Mediación o inmediación*

La conciliación de los diversos elementos en juego se realiza conjugándolos con los principios de delegación procesal y un adecuado equilibrio entre los principios de oralidad y escritoriedad, dentro del marco contradictorio e informal de todo el

[4.1] El art. 18 establece un registro para la inscripción y la incorporación de informes y documentos con una antelación no menor a quince días corridos a la audiencia.

[4.2] Ver Bruno Dos Santos, Marcelo; Fernández Lamela, Pablo y López Olvera, Miguel Alejandro, *op cit.*, pp. 91-113.)

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

procedimiento y con debido respeto a la garantía del debido proceso en sentido sustancial y material.

Si se optara por la inmediación total, bajo el principio *He who decides must hear*, entonces la preaudiencia se limita a ser un ordenamiento previo de la secuencia previsible de las exposiciones, quiénes expondrán, cuándo, etc. El rol real a desempeñar en esta hipótesis por el órgano puede variar dentro de una gama que llega hasta la total y plena intervención instructoria a lo largo de todo el procedimiento: mezclando sus propias preguntas con las de las partes y formando *ab initio* los propios elementos de juicio con los cuales tendrá luego sustento fáctico suficiente para la decisión a adoptar. En tanto el órgano instructorio tenga personalidad y un cabal conocimiento de los hechos, no necesariamente es un procedimiento objetable. Sólo cabe tener una adecuada dosis de cautela con él.

En otra alternativa el órgano que dirige la audiencia trata de que primero se agote la actividad probatoria de las partes para pasar recién al final a su propia actividad instructoria, que resulta así posterior a la producción de la prueba. Desde luego, esto es exactamente una inversión del orden de la prueba en el sumario disciplinario y en el penal, en que primero el instructor produce la prueba de oficio y recién entonces, una vez agotada la etapa instructoria, se produce luego por la defensa la prueba de descargo. En el último caso comentado, la prueba de los particulares se produce primero y la del instructor después, en tanto que en el procedimiento que describimos en el apartado precedente, ambas etapas se dan en forma simultánea, a discreción del órgano, pero en todo caso nunca precediendo la actividad instructoria a la actividad probatoria de las partes.

Las sucesivas intervenciones de las partes irán ilustrando progresivamente al órgano de decisión, sin comprometer ni siquiera implícitamente una posición y sólo al concluir la etapa probatoria privada, cuando ya están definidos en la mente de los funcionarios cuáles son los puntos oscuros o que no han recibido suficiente prueba, pueden pasar a la actividad instructoria o de oficio previa a la clausura de la audiencia pública y antes de la decisión final. Ello puede hacerse antes o después de producidos los alegatos de las partes.

Una opción intermedia es delegar[1] el máximo de actividad probatoria privada e incluso instructoria para la preaudiencia, en un procedimiento que sería entonces sustancialmente escrito en los primeros pasos de aplicación de la audiencia pública. En este criterio, en el procedimiento de la preaudiencia deberá fomentarse la presentación escrita y completa o detallada de todo cuanto las partes tengan a bien argumentar o probar, con la mayor latitud posible y con contralor de todas las partes presentes. Tal como señalamos antes, el intercambio de *e-mails* y la publicación en Internet han producido resultados a nuestro juicio aceptables.

[5.1] A nivel nacional el decreto 1.172/03 en su art. 37 faculta a la autoridad convocante a encargar la realización de estudios especiales relacionados con el tema tratado en la audiencia pública, tendientes a generar información útil para la toma de decisión.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Incluso la deposición de los testigos puede realizarse en esta etapa de la preaudiencia, admitiendo las preguntas y repreguntas de las partes y eventuales preguntas del instructor de la preaudiencia. En este esquema, al realizarse la audiencia pública se tiene ya producida por escrito la totalidad o al menos la parte sustancial de la prueba y sólo quedan para el procedimiento oral las manifestaciones sumarias que en forma verbal realicen las partes conforme al tiempo que se les acuerde, destacando los aspectos de prueba o de derecho que a su juicio correspondan. Cabe reconocer que si el número de partes es muy amplio la posibilidad de debate sereno disminuye, lo mismo que si el tema está muy presente en la opinión pública. El debate puede realizarse en forma previa a los alegatos orales y sus réplicas y dúplicas, o iniciarse la audiencia pública en forma directa con los alegatos orales y pasar luego el órgano que dirige la audiencia a ordenar las pruebas de oficio que estime pertinentes, o formular las preguntas que estime del caso a las partes, o llamar nuevamente a los testigos para nuevas preguntas de oficio, etc. La ventaja de este procedimiento, a nuestro modo de ver, es que el expediente llega con suficientes elementos de juicio, virtualmente completos, como para que el órgano pueda apreciar si tiene o no aclarados todos los aspectos y puntos de vista que le importe tener esclarecidos, para pasar entonces directa y simplemente a los alegatos, preguntas a las partes y cierre de la audiencia, o para completar los aspectos instructorios que a su juicio puedan haber quedado pendientes. Lo expuesto permite manejar el procedimiento sin adelantar hipótesis alguna sobre la decisión final, lo cual no sólo impide la posible objeción de prejuzgamiento sino también la eventual imagen pública implícita de un posible decisorio que luego no sea el que finalmente resulte de las deliberaciones del Directorio de Ente. Esto también se resuelve si se delega en un particular desinteresado del tema la instrucción de la audiencia: sus puntos de vista no comprometerán en ningún caso a la autoridad.

6. *Instrucción*

Parafraseando a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "lo que la garantía constitucional tutela no es la mera formalidad de la citación de los litigantes, sino la posibilidad de su efectiva participación útil en el litigio."[1] No se trata tan sólo de cumplir los pasos procedimentales y tener la organización adecuada del espacio, sino dar también vida al principio de la audiencia pública.[2] No se trata de atarse a estrictos cánones reglamentaristas preconcebidos, sino de tener presente la ne-

[6.1] *Fallos, Luis César Rojo,* 215: 357, 1949, con cita de 193: 405; 198: 78, explicado en *Estudios de derecho administrativo,* Buenos Aires, Perrot, 1963, p. 92 y ss. y sus referencias; ampliar *supra,* cap. IX, "El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales," § 10.4, "Elementos de la garantía de la defensa."

[6.2] P. ej., Perú, art. 184 inc. 4): "La autoridad instructora debe explicitar, en los fundamentos de su decisión, de qué manera ha tomado en cuenta las opiniones de la ciudadanía y, en su caso, las razones para su desestimación."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

cesidad de asumir la responsabilidad tanto del cumplimiento de los principios generales del procedimiento de audiencia pública como de satisfacer la esencia del objetivo buscado por la ley y la Constitución. Lo primero que debe establecerse es que la supuesta distinción que algunos autores formulan entre el sistema europeo y el sistema americano, en que el segundo sería más "adversarial" que el primero, no se ajusta a la realidad. Dado que se trata de un procedimiento administrativo, cabe respetar el pleno derecho de las partes a producir todas las pruebas que hacen a su derecho, con carácter contradictorio y contralor de la producción de la prueba, etc.[3] y cumplimentar al mismo tiempo el carácter de oficialidad e instrucción. La tarea de quienes tienen a su cargo el procedimiento de audiencia pública debe cumplimentar con el otorgamiento de la más plena y amplia producción y contralor de la prueba por las partes interesadas y con una amplia actividad instructoria pero imparcial e independiente de los órganos del proceso.

7. *Forma y sustancia*

WADE destaca ¡cuánto de la sustancia reside en la forma! Ello es particularmente así en el caso de las audiencias públicas. Pero cuando le damos su importancia a la forma como indicador de la sustancia no nos estamos refiriendo a un desiderátum de reglamentación detallada. Debemos evitar la reglamentación minuciosa del procedimiento, pues el exceso de previsión normativa coarta la libertad de decisión del funcionario que preside la audiencia y lo transforma en un burócrata más.Dirigir una preaudiencia o audiencia pública supone necesariamente asumir responsabilidades en forma pública y ningún reglamento podrá ni deberá procurar eludir dicha responsabilidad a cambio de una norma precisa que regule y predetermine lo que ha de resolverse en una audiencia que por necesidad debe ser dinámica y flexible. Una audiencia pública realizada ineficazmente bajo procedimientos muy reglados no salvará al ente de ver anulados sus actos por la justicia, por defectuoso o ineficaz cumplimiento de los principios rectores de la audiencia pública que era requisito previo de validez de su acto. En suma, se debe evitar el excesivo reglamentarismo del procedimiento de audiencia pública y dejar en cambio librado en amplia medida al instructor, bajo la guía de los principios generales del procedimiento (debido proceso en sentido adjetivo y sustantivo, publicidad, oralidad, informalismo, contradicción, participación, congruencia, instrucción e impulsión de oficio, imparcialidad, economía procesal y gratuidad), la dirección concreta del procedimiento, prestando atención a sus aspectos prácticos y materiales en el cumplimiento de los principios jurídicos enunciados.

[6.3] Un análisis de la audiencia pública como requisito del debido proceso en SCHEIBLER, GUILLERMO, "Algunas cuestiones relativas al procedimiento de designación de magistrados en la Ciudad de Buenos Aires," nota al fallo *Spisso, LL*, 2002-D, 740.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Capítulo XII

LA LICITACIÓN PÚBLICA

1. *Ámbito de aplicación*

1.1. *La administración pública nacional, provincial y municipal*

La licitación pública es, en la legislación argentina, el procedimiento de principio para la contratación en la administración pública. Así lo establecen la ley de obras públicas 13.064[1] y el reglamento de contrataciones del Estado.[2]

Es más, hay autores que consideran que la propia Constitución nacional la exigiría como principio.[3] Para el derecho positivo la licitación es de principio y sólo se puede hacer dispensa de ella por expresa previsión legal; lo demás son disquisiciones parecidas al servicio público: lo que a cada autor le gustaría que fuere el derecho positivo.[4] A su vez, muchas constituciones provinciales la exigen, a veces en forma harto terminante. En cuanto al derecho comparado, la requieren las normas de la comunidad europea, la cual por lo demás tiende "a una unificación de los marcos jurídicos de los Estados miembros"[5] en lo referente a

[1.1] Modificada por el decr. 1023/01; ley 25.563, decretos 666/04 y 204/04, etc. Sobre este infausto decr. ver MAIRAL, HÉCTOR, "La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas," en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 7 y ss.

[1.2] Según fue destacado de antaño por la PTN, *Dictámenes*, 70: 273. Ver CALOGGERO, MARÍA DE LAS MERCEDES, "Los principios en los procedimientos de selección del contratista," *RDA*, 30/31: 195, 207 (1999), texto y nota 35: la Procuración destacó "que el legislador (la) había consagrado como procedimiento obligatorio para la generalidad de las contrataciones del Estado."

[1.3] Comparar MERTEHIKIAN, EDUARDO, *Ley de administración financiera y control de gestión*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1999, pp. 237-9. COMADIRA, JULIO R., *La licitación pública*, Buenos Aires, Depalma, 2000, pp. 93-97 encuentra en el preámbulo de la Constitución y en los arts. 16 y 42, 2º párrafo, el principio de la licitación pública para las contrataciones del Estado, más la convención interamericana contra la corrupción y las leyes de ética pública, contabilidad y obras públicas.

[1.4] Ver una reseña de doctrina en GUSMAN, ALFREDO SILVERIO, "Cuestiones de interés vinculadas a la licitación pública," *LL*, 1999-F, 1012.

[1.5] GIMENO FELIU, JOSÉ MARÍA, *El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)*, Madrid, Civitas, 1995, p. 29.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

esta materia.[6] También en Brasil el art. 37 inc. XXI de la Constitución de 1998 la requiere, salvo las excepciones que establezca la legislación.[7] La regla es claramente la misma en el derecho uruguayo.[8] Hay un juego de palabras en quienes sostienen que la licitación sólo es exigible cuando las normas la imponen,[9] pues en todo caso efectivamente las normas la imponen.[10] Desde luego que la norma general reconoce excepciones. En el caso de las constituciones provinciales, su imposición no puede considerarse una regla de hierro y está sujeta a las excepciones que prevea la legislación, en tanto sean razonables.

En la nueva modalidad constitucional de municipios de primera categoría autónomos, se prevén excepciones originales, p. ej. la contratación directa con cooperativas pero sujeto a ratificación por referéndum popular, lo que nos parece una sabia innovación aunque en el caso de Neuquén el Superior Tribunal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo han declarado —a nuestro juicio indebidamente— inconstitucional.[11] Otra variante interesante es la contratación directa previa audiencia pública vinculante.[12] Son modos de transparencia y publicidad que no pueden dejarse de lado en la nueva orientación que ve en el usuario no un mero administrado, sino un "usuario-soberano," en la expresión de

[1.6] PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, "Contratos administrativos (II)," en el libro de FARRANDO (H.), ISMAEL y MARTÍNEZ, PATRICIA R. (dirs.), *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, pp. 306-8.

[1.7] BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Curso de direito administrativo*, San Pablo, Malheiros, 2004, 17ª ed., cap. IX, secc. I, § 2, p. 484; *Licitação*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1980; DALLARI, ADILSON ABREU, *Aspectos jurídicos da licitação*, San Pablo, Saraiva, 1997, 4ª ed., p. 11; SUNDFELD, CARLOS ARI, *Licitação e contrato administrativo*, San Pablo, Malheiros, 1994, p. 61; GRAU, ROBERTO EROS, *Licitação e contrato administrativo*, San Pablo, Malheiros, 1995, FIGUEIREDO, LÚCIA VALLE, *Direitos dos licitantes*, San Pablo, Malheiros, 1994, 4ª ed., nota de la autora a la 3ª ed. Aclara que la obligatoriedad existiría sin el texto constitucional (§ I, *Introdução*), etc. En las concesiones y permisos de servicio público, el art. 175 exige "siempre" licitación pública. Ver también COELHO MOTTA, CARLOS PINTO, *Eficacia nas Licitaçãoes e contratos*, Belo Horizonte, Livraria Del Rey, 1997, 6ª ed., p. 33.

[1.8] DELPIAZZO, CARLOS E., *Contratación administrativa*, Montevideo, Univ. 1999, p. 121.

[1.9] CSJN, *Meridiano SCA*, *ED*, 83: 445, con nota de CASSAGNE, JUAN CARLOS, "Principios del derecho administrativo en un fallo de la Corte;" BOTASSI, CARLOS ALFREDO, *Contratos de la Administración provincial*, La Plata, Scotti, 1996, p. 54; SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 692, nota 531; DE LAUBADÈRE, ANDRÉ; MODERNE, FRANK y DELVOLVÉ, PIERRE, *Traité des contrats administratifs*, t. I, París, 1983, 2ª ed., p. 655. Es posible que la discusión sea meramente verbal, pues en cada país están las dos posiciones ante igual legislación. En el caso de Portugal, SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, p. 703, recuerda la formulación —contraria a la suya— de FREITAS DO AMARAL, D., *Direito Administrativo*, III, Lisboa, 1986, p. 547. Ver COMADIRA, *op. cit.*, p. 91 y ss.

[1.10] Comp. FIGUEIREDO, *op. loc. cit.*, que al criticar el criterio de MARIENHOFF, da lugar a entender que incluso sin norma la licitación sería exigible, que son las excepciones las que necesitan norma expresa. "Lo que hay es, sobre todo, visiones jurídico–filosóficas diferentes."

[1.11] Ver nuestra nota "Licitación pública, audiencia pública, referendo, participación popular y prestación de servicios públicos," *LL*, 2002-A, 954.

[1.12] Como señala DELPIAZZO, la contratación directa no excluye la aplicación de procedimientos alternativos. Ver DELPIAZZO, CARLOS E., "Procedimientos alternativos y contingentes a la licitación pública," en UTE, Jornadas de profesionales y técnicos del Area Asesoría Técnica Jurídica, *Recopilación de conferencias y exposiciones realizadas*, Montevideo, 1999, p. 55 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

BENVENUTI.[13] En Brasil se exige, para grandes contrataciones, el doble recaudo de audiencia pública y licitación pública.[14]

En cuanto a la corriente doctrinaria y jurisprudencial que sostiene que el principio es la libertad de contratación salvo cuando la legislación impone lo contrario,[15] es una discusión similar a la del servicio público.[16] No se trata de hallar la "esencia" de las cosas por alguna intuición o postulación ex cátedra, sino de indagar cómo está resuelto el problema en el derecho positivo y a partir de allí construir un sistema explicativo del orden jurídico. Y desde ese punto de vista no hay dudas que todas las normas de nuestro país exigen como regla la licitación pública, que cabe entonces interpretarla como requisito general, claro que sujeta a las numerosas excepciones que en cada caso autoriza la legislación. Donde no existe la excepción, retoma su aplicación la regla.[17] Hasta el advenimiento de la CICC, Convención Interamericana Contra la Corrupción, el procedimiento de la licitación pública era una materia reglada con sólo algunas normas básicas en la legislación, pero en que el grueso de la regulación provenía de las propias bases de la licitación hechas por la misma administración licitante y demás normas que ella misma dictaba. Lamentablemente, no ha cambiado, a pesar del carácter frecuentemente arbitrario de tales reglamentaciones. Es que en ocasiones la administración encuentra que el mejor modo de hacer libremente su voluntad es predeterminando ella misma el camino que quiere seguir, con lo cual puede luego alegar que se limita a cumplir la norma cuando en realidad está haciendo su voluntad discrecional disfrazada de norma propia.[18]

Por ello lo fundamental no es el cumplimiento de la forma, sino de la sustancia: publicidad adecuada, máxima concurrencia de ofertas, mejor comparación, precio y oferta más conveniente, equilibrio contractual, precios razonables de mercado, control público, etc.[19] Conviene tener presente el orden jerárquico de las normas y principios jurídicos (*v. gr.* constitucional y supraconstitucional de razonabilidad),[20] que no debe estar ausente del análisis de una norma licitatoria

1.13 *Supra*, cap. VI, § 2.1.

1.14 FIGUEIREDO, *op. cit.*, 4ª ed., cap. X. Es la ley 8.666, cuyo art. 39 ubica esta audiencia pública obligatoria como primer paso de la licitación.

1.15 Ver *supra*, nota 1.4. FIGUEIREDO, LÚCIA VALLE, *Curso de direito administrativo*, San Pablo, Malheiros, 2000, 4ª ed., cap. XVI, § 1, p. 431, lo considera discusión terminada.

1.16 Que vimos en el cap. VI y cuyas bases explicamos en la primera parte del cap. I del t. 1.

1.17 Ver FIGUEIREDO, *Direitos...*, *op. cit.*, cap. I.

1.18 Ver PULVIRENTI, ORLANDO, "El caso de la administración adicta y el síndrome de abstinencia (a raíz de los decretos 787/04, 1344/04, 2698/04 y Nro. 305/2005 de la Provincia de Buenos Aires)," *LL*, 2005-D, 1217.

1.19 Ver SÁENZ, JORGE A. "Los contratos administrativos en la emergencia," en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 157-67; MAIRAL, HÉCTOR A., "Los contratos administrativos, en el marco de la emergencia," en ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 129-35; BOTASSI, CARLOS A., "Contratos públicos y emergencia actual en la Provincia de Buenos Aires," en ALANIS, *op. cit.*, pp. 137-51.

1.20 *Supra*, t. 1, cap. VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

(también los principios supraconstitucionales de publicidad o transparencia, equidad y eficiencia que impone la CICC.[21] En este último aspecto, pues, la contratación pública en general y dentro de ella la licitación pública es un procedimiento administrativo que va recibiendo progresivas normas y principios supranacionales (La eficiencia y justicia para los usuarios)[22] que son derecho federal interno, obligatorio también para las jurisdicciones provinciales y municipales. Están dados en garantía del interés público,[23] de las partes contratantes y de los usuarios y consumidores afectados por el gasto del erario público y los efectos frente a terceros que el contrato pueda tener, creando una serie de redes contractuales.

1.2. *Los monopolios privatizados*

Ahora bien, con el proceso de privatización la licitación pública es exigida también a los concesionarios y licenciatarios, a fin de que no se eleven los costos que luego pasarán a la tarifa y también para evitar subsidios o contrataciones cruzadas,[24] o autocontrataciones.

Los principios que explicamos para la licitación pública son aplicables a las licitaciones de los concesionarios o licenciatarios, sin perjuicio de otros que establezca la autoridad de contralor en ejercicio de la potestad del art. 42 de la Constitución nacional. Ello, bajo pena de no poder trasladar a la tarifa los costos que no aparezcan justificados y con el procedimiento señalado, o devolver las ganancias excesivas obtenidas en infracción a tales principios.

1.3. *Incidencia de la CICC*

Un tercer paso en esta evolución viene dado por la Convención Interamericana Contra la Corrupción, que agrega tres principios de carácter supralegal y supranacional a satisfacer en el procedimiento de contratación: uno se refiere al procedimiento formal, que debe ser público o transparente y dos se refieren al resultado material obtenido, que debe ser equitativo o justo y eficiente.[25] Por un

[1.21] Ver nuestro art., "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091.

[1.22] Ver nota anterior.

[1.23] Ver *supra*, cap. VI, "Servicios públicos," § 5, "El régimen jurídico de los servicios públicos privatizados bajo condiciones de monopolio;" D'ARGENIO, INÉS, "La cuestión del interés público vinculado a la emergencia," en MILJIKER, *El derecho..., op. cit.*, pp. 31-40.

[1.24] Ver t. 1, cap. XI, "Clasificación de los contratos administrativos." Ver EURNEKIAN, EDUARDO, "Carta abierta a mis socios italianos," diarios del 8-II-2000, § 11 y 12. Allí denuncia pedidos de sus socios para contratar más caro y con peor financiación a empresas vinculadas, el modo clásico de inflar los costos y hacer más alta la tarifa o pedir que se baje el canon, según el caso. Dice *Ámbito Financiero*, 21-II-2000, p. 2: "Quienes saben dicen que [...] quisieron usar una vieja treta de muchas privatizaciones [...] encareciendo las obras, [...] como se hizo con los peajes, por ejemplo."

[1.25] *Supra*, cap. II, § 4.2, "Derechos colectivos de los usuarios: sus intereses económicos. Tarifas y ganancias excesivas e irrazonables;" MILJIKER, MARÍA EVA, "El instituto de la lesión en el ámbito de los contratos de derecho administrativo," *LL*, 2000-A, 123.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

razonamiento parecido, la doctrina brasileña postula el principio de moralidad como determinante de la licitación como regla.[26]

2. *Licitación pública, licitación privada, contratación directa*

2.1. *El problema de la responsabilidad*

Si bien ya hemos señalado que el contrato administrativo no debe ser definido atendiendo al procedimiento mediante el cual se lo celebra,[1] dicho procedimiento es típico: el régimen de contrataciones del Estado en general[2] como la ley de obras públicas, establecen un procedimiento similar. Ambas leyes disponen que el contrato debe realizarse mediante licitación pública (o "remate público"), aunque autorizan en una serie de hipótesis que la administración prescinda de ese requisito y efectúe una "licitación privada" (también llamada, en múltiples ocasiones, "concurso público") o una "contratación directa."

La administración es remisa a hacer contratación directa cuando legalmente puede hacerlo: es lo que BONEO llama "el temor a ejercer la responsabilidad." Como dice este autor "la tendencia es ajustarse estrictamente a las disposiciones vigentes, más allá de toda consideración de eficiencia y a pasar los problemas a niveles más altos, aunque sea para obtener un simple aval que libre al funcionario de responsabilidad al respecto [...] Así, p. ej., la mayor parte de las empresas tienen quejas sobre los penosos efectos que tienen sobre su economía los reglamentos de contrataciones.

Sin embargo, analizando muchos de ellos, vemos que no son esencialmente diferentes a los de la mayoría de empresas privadas y que contienen razonables causas de excepción al régimen general. Pero un funcionario, que sabe que en un caso marginal, recurriendo a la contratación directa obtendrá economías para la empresa en relación a la usual licitación pública, recurrirá a pesar de ello a esta última. Sabe que nadie pedirá cuentas por el mayor costo para la empresa de esa actitud suya; y sabe también que si recurre a la contratación directa deberá afrontar sospechas sobre su honestidad y probablemente un juicio de responsabilidad y que, aun cuando a la larga podrá demostrar la adecuación

[1.26] Doctrina uniforme. En nuestro país hay viejos antecedentes similares, como CSJN, *Empresa Constructora P.H. Schmidt*, *Fallos*, 179: 249, año 1949, que recordamos *supra*, t. 3, cap. IX, "Vicios de la voluntad," § 4.3, "Audiencia pública, licitación pública; publicidad y transparencia;" COMADIRA, *La anulación de oficio del acto administrativo*, Buenos Aires, 1998, p. 158.

[2.1] T. 1, cap. XI, "Clasificación de los contratos administrativos."

[2.2] La ley de contabilidad ha sido derogada por la ley de administración financiera, 24.156. MERTEHIKIAN, EDUARDO, *Ley de administración financiera y control de gestión*, con CELIA FABIANA AKIZAWA y MARISA PANETTA, RAP, 2002, 8ª ed.; *Administración financiera y control*, ECA, Buenos Aires, 1997; sólo están vigentes los arts. 51 a 54 (gestión de bienes del Estado) y 64 (escrituras a cargo de la Escribanía General de Gobierno); el régimen actual de contrataciones es el normado por el decr. 1023/01 y su complementario decr. 436/00; este último todavía vigente según lo establecido en el art. 39 del decr. 1023/01, pese reglamentar la derogada ley de contabilidad.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

de su acción, siempre quedará una sombra de dudas sobre su persona. No es difícil adivinar su probable actitud."[3]

Como todo principio, la licitación pública no es un dogma absoluto. Determinar cuándo puede resultar aplicable o inaplicable es pues tarea siempre abierta a la crítica y a la suspicacia. Pero no hay que entrar en los extremos de negarla siempre o exigirla siempre, sin razones específicas aplicables al caso.[4] Por ello haremos a continuación algunas consideraciones adicionales tratando de explicar su real razón de ser y por ende las razones que determinarán su aplicabilidad en los casos concretos.

2.2. *Es un pedido de ofertas*

La licitación pública es por su naturaleza un procedimiento administrativo[5] cuya finalidad es seleccionar al sujeto de derecho con quien se celebrará un contrato;[6] constituye un *pedido de ofertas* efectuado en forma general al *público* o a cualquier empresa inscripta en un registro creado el afecto, cuando tal sistema de control existe.[7] Se diferencia de la *licitación privada*, *concurso* de precios, o *concurso público* (que también es, bajo cualquiera de las tres denominaciones, un pedido de ofertas) en que esta última está dirigida a personas o empresas determinadas (las que la administración invita especial y directamente para cada caso), mientras que aquélla está dirigida a un número mayor y a veces indeterminado de empresas (cualquiera que reúna las condiciones generales exigidas para la presentación). En la *contratación directa*, por fin, la administración elige directamente la empresa con quien desea contratar y celebra el convenio con ella.

[2.3] BONEO, HORACIO, "Problemas de dirección en las empresas públicas," *Análisis*, 228: 1788-95, año 1995. Dice KAPLAN, MARCOS, *Países en desarrollo y empresas públicas*, Buenos Aires, Macchi, 1965, p. 73: "El Estado y el sector público pierden los buenos agentes y no atraen a elementos aptos de la empresa privada. Tienden en gran medida a retener un personal [...] que vive en permanente inseguridad; teme innovar y asumir responsabilidad; se desinteresa de todo perfeccionamiento [...] del servicio; vegeta en la apatía, la rutina y la negligencia." Ver nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 75-6.

[2.4] SUNDFELD, *Licitação e contrato administrativo*, *op. cit.*, p. 61; DALLARI, *op. cit.*, p. 19; FERRAZ, SÉRGIO y FIGUEIREDO, LÚCIA VALLE, *Dispensa e inexigibilidade de licitação*, San Pablo, 1994; FIGUEIREDO, *Direitos dos licitantes*, *op. loc. cit.* La misma necesidad de evitar dogmatismos se repite en el proceso licitatorio, como observa DALLARI, *op. cit.*, pp. 94, 115-6, etc.

[2.5] GRAU, ARMANDO E., "Licitación," en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1964, t. XVIII, p. 702; PÉREZ HUALDE, *op.cit.*, p. 305. A pesar de ello a veces se le atribuyen principios contrarios a las reglas del procedimiento administrativo; también se reiteran como principios de este procedimiento lo que no son sino principios generales del derecho constitucional y administrativo, como la igualdad. La doctrina todavía no ha concluido, pues, la simbiosis entre procedimiento administrativo y licitación pública.

[2.6] Comp. GRAU, *op. loc. cit.*

[2.7] Antes de su derogación en 1991, eran el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas y el Registro de Proveedores del Estado. En la actualidad se encuentra vigente el Sistema de Información de Proveedores, creado por el decr. 436/00; ver. circ. ONC 16/04.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Va con ello dicho que el principio de transparencia en la gestión pública, exigido por las normas y principios para la prevención de la corrupción administrativa, sólo se ve servido por el pedido de ofertas efectuadas de manera abierta al universo de posibles oferentes. Adviértase que no utilizamos aquí la frase "licitación pública" porque ésta acarrea en todos los países una indebida connotación emotiva, totalmente superflua y negativa, de excesivos formalismos, pérdida de tiempo, engorrosos trámites, etc., cuando nada de eso hace a lo que estamos señalando como esencial: pedido de ofertas al universo de posibles oferentes. Hay que destacar lo esencial del principio: la publicidad, la competencia, la participación del máximo posible de oferentes. Todo lo que hace a formalismos, formulismos, complicaciones, etc., no son sino distorsiones propias de la burocracia, para nada imputables al procedimiento mismo de selección competitiva y pública de ofertas.

2.3. *Notas comunes*

La licitación pública y privada (concurso privado, concurso público, etc.) tienen ciertos caracteres comunes que las diferencian de la contratación directa. Por de pronto cabe distinguir que la similitud entre la licitación y el concurso es que se establece un sistema de reglas de juego que suponen la competencia o concurrencia a fin de escoger la mejor oferta.

Ese conjunto de reglas que constituyen las bases del llamado o pliego de bases y condiciones son obligatorias para los oferentes y para la administración misma por el principio de la confianza legítima y la razonable expectativa de los oferentes de que tales reglas habrán de ser respetadas y cumplidas por el licitante. Importa destacarlo pues muchas veces el funcionario incurre en el error de pensar que el concurso público importa la ausencia de reglas, cuando en realidad y como mínimo está obligado por las suyas propias que no sean absolutamente nulas, p. ej., las cláusulas que pretenden la irrevisabilidad jurisdiccional del resultado del concurso o sus actos de trámite.

2.3.1. *Comparación de ofertas*

En ambas hay *comparación* de ofertas de distintas empresas y por lo tanto mayor control y mejores posibilidades de obtener ofertas ventajosas. En la contratación directa no se compara en cambio la oferta de la empresa elegida con ninguna otra, pero pueden y deben instituirse precios testigo[8] y publicarse en cualquier caso las adjudicaciones en el B. O. para que el mercado pueda saber si se ha contratado por encima o por debajo de la media del mercado. Esa necesaria publicación, incluso en contrataciones directas, deviene también del principio de publicidad y transparencia del art. III, inc. 5°, de la CICC.

[2.8] Dicho sistema es aplicable a los tres tipos de contrataciones, por encima de determinados montos, conforme a la res. 55/96 de la SIGEN y el art. 26 del decreto 558/96.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

2.3.2. *Máxima concurrencia posible. Informalismo*

En las primeras existe una concurrencia[9] de distintas empresas y por ello debe mantenerse la *igualdad* —no un formalismo estéril, sino igualdad de que participen y pujen el mayor número posible de interesados— entre los oferentes. Debe advertirse que en realidad el fin último de obtener la mejor oferta se logra cuando no se sacrifica la mayor competencia o concurrencia posible, procurando suplir o hacer suplir toda deficiencia formal que disminuya tal concurrencia.[10] Sin perjuicio que es bueno rodear de los mayores recaudos posibles la selección del mejor contratista estatal posible, debe estarse siempre atento a no crear obstáculos que terminen conspirando contra aquella finalidad esencial.

Por ello, solamente en grandes contrataciones que afectan a un número importante o incluso indeterminado de usuarios, es razonable entrar a exigir algunos requisitos procedimentales adicionales. Entre ellos es de destacar la realización de una previa audiencia pública en el caso de renegociaciones de concesiones en las que se prevea prolongar el plazo, aumentar la tarifa, reducir las multas, reducir el cronograma de inversiones o todo a la vez.

El tema es controvertido y más de una vez se sostiene, a la inversa, que es en el estricto cumplimiento de las formas donde se obtiene el mejor resultado: un ejemplo clásico es las presentaciones tardías. No compartimos esos criterios formalistas. A nuestro juicio no corresponde rechazarlas automáticamente, si alguien llega uno o varios minutos después de cumplirse la hora exacta prevista para la apertura del acto, si el primer sobre no ha sido abierto: la hora que debe tomarse en cuenta es la que efectivamente sea, recién al momento de producirse la apertura del primer sobre. De lo que se trata es de evitar la posible presentación de alguien con más de un sobre, que elige cuál entrega dependiendo de qué monto tiene la oferta (ya pública) de otro. Si esa posibilidad materialmente no existe, no hay motivo para rechazar una oferta que llega después de la hora pero antes de abierto el primer sobre.

La administración debe procurar recibir el mayor número posible de ofertas, para obtener una mejor comparación de ofertas y tomar la decisión que resulte

[2.9] Principio éste que ya destacaba en primer lugar MAIRAL, *Licitación pública. Protección jurídica de los oferentes*, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 18; ver también GUSMAN, *op. cit.*, punto III; CASSAGNE, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo–Perrot, 1999, p. 43; CANOSA, ARMANDO N. y MIHURA ESTRADA, GABRIEL, "El procedimiento de selección del contratista como procedimiento administrativo especial," *JA*, 1996-IV, 774. También en el derecho portugués se enfatizan los principios de publicidad, concurrencia e igualdad, vertiente este último del principio de imparcialidad del obrar administrativo. Ver SÉRVULO CORREIA, *op, cit.*, p. 691, texto y nota 530. La concurrencia es hoy la primera regla del derecho europeo, vinculada al sistema jurídico económico que jerarquiza la libre competencia y mercado libre en la Unión Europea, como señala GIMENO FELIU, *op. cit.*, p. 46 y ss.

[2.10] En sentido similar la Provincia de Salta, ley 6.838 del "Sistema de contrataciones de la Provincia," art. 7°, que establece para todas las contrataciones la "*c)* promoción de la mayor concurrencia de oferentes y *d)* flexibilidad y transparencia en los procesos y procedimientos."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

más oportuna y conveniente. A resultas de ello no puede la administración adjudicar el contrato a una empresa en condiciones distintas de aquellas por las que llamó a licitación; en cambio, en la contratación directa la administración puede apartarse de las bases con las cuales pensaba originariamente contratar, salvo que la contratación directa sea consecuencia de una anterior licitación pública fracasada.

En todos estos últimos casos queda la salvedad de que la contratación directa no puede ser reservada u oculta, sino que su precio debe publicarse para que sea el público quien determine, incluso contratándose por razones de urgencia o especialidad, si se han respetado los precios del mercado.

3. *Principios de la licitación pública*[1]

3.1. *Publicidad y transparencia*

Es realmente curioso que aunque el procedimiento de licitación pública está concebido para satisfacer principios de publicidad y transparencia en la gestión pública,[2] son éstos las primeras víctimas que caen en su aplicación. Nada menos que la definición del objeto a contratar y las normas que regirán la selección del contratista y el contrato mismo, se efectúan sin publicidad ni participación ciudadana y en la mayor parte de los casos sin participación de los interesados potenciales.[3] Parece un modo aberrante o cuanto menos contradictorio de empezar un proceso que toda la doctrina no vacila en calificar primero por la publicidad y transparencia, máxime cuando también lo exige la CICC. Ese primer mal paso tiene después consecuencias funestas. El mal no termina allí, pues luego de aprobados en la penumbra y la reserva de la administración y obtenida la firma de la autoridad, ni siquiera allí se asegura efectivamente publicidad real para el futuro.

Es que las leyes y reglamentos, más la práctica de todas las instituciones administrativas, dan una interpretación maniquea: es suficiente con publicar un anuncio en dos o tres lugares por los días que la norma indique, para satisfacer el requisito. Ello llevó a que las empresas que trabajan con el Estado tienen al menos una

[3.1] Ver ley 25.188, art. 2º, inc. *h*). La doctrina comparada generalmente enuncia publicidad, concurrencia e igualdad, p. ej., SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, p. 691, precisando que la igualdad es derivada del principio de imparcialidad. En Brasil, en cambio, la ley 9.784 de procedimiento administrativo, aplicable a las licitaciones públicas, enuncia como sus principios la "legalidad, finalidad, motivación, razonabilidad, proporcionalidad, moralidad, amplia defensa y contradicción, seguridad jurídica, interés público y eficiencia" (art. 2º). Ver SUNDFELD, *Licitação...*, *op. cit.*, pp. 18-24. Coinciden, en gran medida, con lo que se consideran principios constitucionales del derecho administrativo: BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, *op. cit.*, 17ª ed., cap. II, p. 86 y ss.

[3.2] Ver REJTMAN FARAH, MARIO, "Contrataciones públicas transparentes; un desafío de la emergencia," en GORDILLO (dir.), *El contrato administrativo... op. cit.*, pp. 103 y ss. Así también lo dispuesto en el decr. 378/05, en cuanto aprueba los llamados lineamientos estratégicos para la puesta en marcha del denominado plan nacional de gobierno electrónico y los planes sectoriales de gobierno electrónico, según lo dispuesto, entre otras normas, por el decr. 1023/01.

[3.3] Aunque la observación puede ser obvia, no todos la puntualizan. Sí lo hace en cambio DELPIAZZO, *Contratación administrativa*, *op. cit.*, 165.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

persona leyendo cuidadosamente todos los días el Boletín Oficial para tomar noticia de los llamados, inquirir sobre el asunto y tal vez conseguir una copia oficiosa del pliego, eventualmente comprarlo, etc. Eso es un cumplimiento notoriamente insuficiente del principio rector de publicidad y transparencia; es apenas una publicidad limitada y exclusiva para el sector, no para toda la colectividad.

No tiene ya sentido entrar a considerar si la cuestión debió hacerse de otra manera en épocas primitivas, pero hoy al menos es claro que así como el Estado tiene su Servicio Argentino de Informática Jurídica (SAIJ) en el cual incluye las leyes y decretos que se dictan, del mismo modo debiera incluir los llamados completos a licitación, incluidos sus pliegos. Lo mismo vale para el Boletín Oficial de la Nación en su versión tanto de papel como electrónica. Es cierto que todavía no se halla extendido el sistema a toda la comunidad, pero por lo menos es una publicidad más amplia que la tradicional y debiera utilizársela en toda su plenitud, no retacearla como habitualmente se hace.[4]

3.1.1. *El primer mecanismo de corrupción, "clubes," etc.: la venta de los pliegos*

Los pliegos hasta ahora se venden, a precios que oscilan entre carísimos y prohibitivos. Pues si se ha de vender en cientos de miles de dólares, como ha ocurrido, es obvio que se trata de un precio destinado exclusiva y prioritariamente a excluir su conocimiento público: su sólo precio es índice cierto de corrupción en ciernes, de falta deliberada de transparencia. De ese modo conocen sus detalles sólo el más pequeño manojo de interesados directos e inmediatos en el objeto del llamado, excluyéndose así en forma deliberada —no creemos en la ingenuidad, en este punto— el conocimiento y acceso por la opinión pública y la prensa y demás interesados y asociaciones de usuarios o interesados. Así se construyen los grandes negociados.

Además y lo que es mucho peor, al exigirse la compra del pliego para poder ofertar se permite reducir el universo de potenciales oferentes al puñado de adquirentes concretos de aquél. De este modo la administración *ayuda* a que los reales interesados *sepan* de su existencia recíproca y por ende se reúnan, formen clubes, *acuerden* en definitiva cómo van a ofertar y a qué precios. Si no fuera porque la práctica de vender los pliegos es, por ello, indubitablemente corruptora, forzoso sería concluir que es irremediablemente tonta.

Para perfeccionar el mecanismo, la administración suele exigir que se acompañe a la oferta el recibo de compra del pliego, "estupidez" suprema porque ella, que los vendió, ya sabe quiénes son. Es entonces no imperdonable tontera sino clara amenaza mafiosa para que nadie "saque los pies del plato." Todo esto es conocido y

[3.4] Un ejemplo claro ha sido, en la última década del siglo XX, publicar en el *B.O* el acto por el cual se adjudica la concesión, pero no los anexos que conforman el régimen jurídico del servicio...

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

común en infinidad de países y ha sido suficientemente denunciado mucho antes de ahora.[5] Sólo falta que alguien lo declare inmoral e inconstitucional y lo prohíba o mande a la justicia de instrucción cada vez que ocurra.

3.1.2. *¿Publicación para interesados, o para el público?*

En realidad, no es sólo ni principalmente en el boletín oficial y los diarios que deben publicarse los llamados.[6] Es en la Internet donde también debe abrirse gratuitamente un sitio o página con los llamados a licitación del Estado nacional, provincial y municipal, con todos los detalles incluidos. Podrá decirse que esto es caro y es falso: basta con consultar los costos. Si este autor puede poner sus libros gratis en la Internet en el sitio www.gordillo.com que consta en la tapa, ¿con qué excusa el Estado no habrá de poder hacerlo, cuando tanta otra publicidad oficial incluye en sus diversas páginas Web? En el 2000 ha comenzado con una página www.cristal.gov.ar; habrá que seguir su desarrollo. La dificultad es precisamente la tendencia medieval al secreto, la posibilidad de realizar negocios al margen de la ley de ética pública, el interés a veces de los propios contrincantes y competidores en que no se conozca mucho del asunto, no sea que vengan terceros o la prensa a inquirir sobre la racionalidad de lo que se proyecta, a preguntar si se ha hecho audiencia pública previa en caso de corresponder, etc. Incluso si el costo no fuera pequeño la solución no debe variar. La publicidad y transparencia es justamente para permitir la crítica pública, la participación ciudadana, el control judicial y nada de ello puede hacerse eficazmente si —en primer lugar — no se conoce lo que la administración se apresta a contratar. En esa línea de razonamiento, es también claro que deben incluirse todas las aclaraciones al pliego que se vayan haciendo durante el trámite del procedimiento licitatorio, como así también los actos finales de adjudicación, suscripción del contrato con todos sus anexos, precio obtenido, etc. Menos que eso, no se podrá decir que habrá habido publicidad ni transparencia plena. Y es bueno recordar que si no hay publicidad ni transparencia, se está violando el principio supranacional del art. III inc. 5° de la CICC, tanto si se hace licitación pública como con mayor razón, si se trata de una licita-

[3.5] Ver el amplio y vigoroso desarrollo de DALLARI, *op. cit.*, pp. 99-101. En todo caso, uno de los modos de romper ese entuerto es legitimando para impugnar el pliego o la adjudicación a quien no compró el pliego, como lo recuerda BOTASSI, *infra*, notas 3.23, 4.5, 6.10 y sus remisiones. Ver también *supra* cap. III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva," § 6.10, "Amparo contra el pliego de una licitación, sin comprar el pliego." En igual sentido el derecho brasileño admite la impugnación del pliego por cualquier ciudadano o elector hasta cinco días antes de la apertura de los sobres: SUNDFELD, *Licitação...*, *op. cit.*, pp. 181-3. COMADIRA, *op. cit.*, pp. 125-26 y nota 224, considera que la compra de los pliegos debería ser irrelevante para conferir legitimación para impugnarlos, aunque pareciera restringir dicha legitimación a la existencia del derecho a participar en el procedimiento de selección.

[3.6] Verc circ. ONC 7/02, en cuanto excluye del trámite previsto en el art. 32 del decr. 1023/01, a las contrataciones directas secretas, en casos de emergencia y entre organismos públicos. Extremo por demás criticable en un Estado de Derecho en donde debería imperar la publicidad de todos los actos públicos, máxime cuando el erario estatal se encuentra comprometido.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ción o concurso privado, o una contratación directa. Para cumplir con los principios de publicidad y transparencia la publicación, inclusive de una contratación directa, debe incluir: *a)* el llamado y sus bases completas, circulares, aclaraciones y modificaciones ulteriores, incluyendo todos los aspectos que formen parte del pedido de ofertas, *b)* el precio y forma de pago y demás condiciones de contratación en la adjudicación y formalización del contrato y *c)* el precio final de liquidación del contrato cuando se conoce el costo que demandó al erario concluir ese contrato.

3.1.3. *Autonomía de los pliegos*

Los pliegos de una licitación suelen ser preparados anónimamente, sea en la propia administración o contratando una consultora: pero nunca nadie se responsabiliza por cada exigencia que incorpora. Sin embargo, cada art. es objetivamente una toma de decisión, que como tal necesita sustento fáctico suficiente y adecuada motivación.[7] ¿Por qué se exige "X" capital? ¿Por qué se fija el plazo "Y"? ¿Por qué tales recaudos técnicos?[8] No es suficiente con elevar al órgano máximo un expediente en el cual falta sólo su firma, pero no hay antes firma alguna que fundamente cada art. del proyecto. Si el superior firma, sin analizar, lo que le elevan anónimamente, demuestra impericia o negligencia, semejante al dolo eventual del conductor que maneja ebrio o sin registro.

Por ello debe desenfatizarse el clásico rigor formal en su aplicación[9] y acentuar en cambio la línea de precedentes que declaran, así sea tardíamente, la nulidad de las cláusulas del pliego que se opongan a derecho,[10] o justifican su razonable incumplimiento.[11]

3.1.4. *Impugnación de los pliegos*

Hay un argumento de razonabilidad o justicia natural, más uno de congruencia, que deben plantearse en relación a la publicidad de los pliegos y los derechos de los particulares a impugnarlos. Pues ha de ser obvio que bien poco vale conocer los pliegos y advertir sus dislates o negociados,[12] o la dilapidación de fondos públicos,[13] o que no se ha hecho audiencia pública,[14] o que el pliego está dirigido a favor o en

[3.7] DALLARI, *op. cit.*, p. 87.
[3.8] DALLARI, *op. loc. cit.*
[3.9] Que recuerda CALOGGERO, *op. cit.*, pp. 208-9.
[3.10] Ver los ejemplos que recuerda CALOGGERO, *op. cit.*, p. 209 y ss.
[3.11] CALOGGERO, *op. cit.*, pp. 213-7.
[3.12] Allí parece apuntar el magnífico fallo *Torello*, CNFed. CA, Sala II, *LL*, 2000-B, 275.
[3.13] El eficiente, razonable y prudente manejo de gasto exagerado, excesivo, inútil o superfluo de los fondos públicos, por lo tanto la prohibición del gasto superfluo, viene ordenada por la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Pues es evidente que el terreno fértil para el cohecho es realizar como contrapartida un gasto estatal objetivamente injustificado. Ver CNFed. CA, Sala IV, *Rojas*, con nuestra nota "La Justicia apunta al despilfarro público," *LL, SJDA*, agosto de 2003.
[3.14] Ampliar en *supra*, cap. XI, "El procedimiento de audiencia pública."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

contra de personas o empresas determinadas, si no se puede hacer nada sino acudir a los medios de prensa.[15]

A su vez el maquiavelismo licitatorio está perfeccionado, a punto tal que uno de los puntos que nadie olvida introducir en el pliego es la prohibición de ofertas o ser adjudicatario a quien tuviera cualquier litigio o controversia con la administración licitante.[16] Esa regla no es para el pasado solamente, es también para el *futuro inmediato*: pues el potencial oferente[17] que cuestione judicialmente el pliego, incluso con razón, quedará automáticamente "incurso" en la "causal" de inadmisibilidad. Entonces ningún potencial oferente cuestiona nada, por más absurdo que sea. La única salida a este engendro es admitir la legitimación de los jubilados afectados, como en *Torello*, o de los ciudadanos, como en *Gambier*, o de las asociaciones de usuarios (*Consumidores Libres*), o los usuarios potenciales (*Fernández*, *Youssefian*), que son los que pagarán con sus tributos o peajes la obra o sufrirán el aumento de su tarifa o la merma de sus prestaciones; o del Defensor del Pueblo, o de los vecinos.[18] Si la justicia no legitima a nadie salvo al oferente que está enredado en la trampa administrativa, es tan responsable como quienes arman estos entuertos y estas trampas. Y si un gobierno se propone desterrar la corrupción, tiene que prohibir estas prácticas y legitimar a todo ciudadano a cuestionar judicialmente su incumplimiento. Por ello es del caso retomar el tema de la "naturaleza jurídica" de los pliegos y los derechos de los futuros oferentes y demás ciudadanos a impugnarlos y cuestionarlos judicialmente. La interpretación clásica, en el sistema preconstitucional y presupranacional, era que son reglamentos y no podía en consecuencia impugnárselos judicialmente pues no afectaban en forma directa e inmediata derechos subjetivos sino en todo caso intereses legítimos.[19] Sin embargo, bien se advierte que hay derechos subjetivos y de inci-

3.15 Ver los caps. II, "Derechos de incidencia colectiva," III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva" y IV, "El interés legítimo" y el argumento que vincula el art. 18 a los 42 y 43 de la C.N. *in re Youssefian*, Sala IV, *LL*, 1997-F, 270 (cautelar); Sala II, *Gambier*, 18-VI-98 (Teatro Odeón); *Gambier*, *LL*, 1999-E, 624 (propaganda oficial); Sala I, *Castro, Ángel*, *LL*, 2000-B, 305, año 1999; *Verbrugghe*, *ED*, 185: 995, año 1999; CSJN, *Ekmekdjian*, *Fallos*, 308: 647; *LL*, 192-C, 543; *ED*, 148: 354; *supra*, cap. III, § 6.1-6.11.

3.16 DALLARI, *op. cit.*, p. 105.

3.17 Que, como recuerda DELPIAZZO, *op. cit.*, p. 172, pasa también por un proceso interno de toma de decisión, el cual no suele ser destacado pero tiene una importancia fundamental. Es la otra parte, nada menos, del proceso de formación de la voluntad contractual.

3.18 Pues como dice RAMÓN MARTÍN MATEO, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, Trivium, 1999, 20ª ed., p. 387: "Cualquiera tiene interés [jurídicamente tutelable] en defender la ciudad donde habita." La aclaración, nuestra, condice con el sentido del párrafo. Es la solución en el caso *Gambier (I)* del Teatro Odeón, que citamos en el cap. III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva" junto a los demás fallos aquí mencionados.

3.19 El principio estaba vigente antes de la reforma constitucional y la ratificación de la CICC, pero había sido objeto de fundadas críticas. Ver, entre otros, BARRA, RODOLFO CARLOS, *Contrato de obra pública*, t. II, Ábaco, 1986, p. 485 y ss.; *Principios de derecho administrativo*, Ábaco, p. 261 y ss., 274; "La situación jurídica del administrado. Derecho subjetivo e interés legítimo," *RAP*, 11: 7, 15, Buenos Aires.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

dencia colectiva en juego, tan importantes como que afectan la simiente misma del Estado.[20]

Todos sabemos que es en las licitaciones públicas y más específicamente en los pliegos del llamado donde se cometen las verdaderas tropelías, los grandes costos al erario público, las grandes bases de la corrupción ulterior: lo demás es mera continuación de lo ya empezado mal. Se impide escuchar a quienes puedan tener soluciones alternativas o simplemente no estén conformes en que sus dineros privados sean públicamente dilapidados de tal modo.[21] No debe olvidarse que la situación de endeudamiento crónico que padecemos, con todas sus consecuencias jurídicas y prácticas, tiene su origen en el mal empleo de los fondos públicos. Casi podríamos decir que aquí se encuentra uno de los principales males que nos aqueja como sociedad y la respuesta jurídica y práctica debe ser proporcional a esa gravedad. Entendemos que al haber aprobado por ley la Convención Interamericana contra la Corrupción (y depositado el instrumento en Washington) y contar con el art. 43 de la nueva Constitución nacional, se torna imprescindible declarar la inconstitucionalidad del decreto-ley 19.549/72 en cuanto no habilita la impugnación judicial directa de reglamentos, por la vía del amparo del referido art. 43 o de la acción de defensa del usuario y del consumidor. Pues los ciudadanos seremos los usuarios finales y sobre todo los contribuyentes plenos, de la obra a licitarse. Es la aplicación, una vez más, de la nueva tendencia del derecho público a recuperar para el usuario la condición de soberano.

Debemos tener el derecho de ver y criticar judicialmente qué se hace con nuestro dinero: y poder demandar la nulidad de una reglamentación licitatoria que en todo o en parte sea ilegítima. Nuestra legitimación es constitucional y debemos tener el derecho de discutir judicialmente la ilegitimidad de un acto reglamentario licitatorio cuando él baja nuestro *standard* de vida, malgastando fondos públicos que son nuestros, desviando fondos de otras finalidades públicas. Podrá redargüirse que esta propuesta no es *de lege lata* sino *de lege ferenda*. Pero como ella es de acuerdo a la Constitución y a la Convención Interamericana Contra la Corrupción, ese doble fundamento jurídico debiera ser suficiente en un gobierno democrático frente a un decreto-ley que en este punto ha devenido arbitrario e inconstitucional en el sistema económico actual.

Así lo han comenzado a entender nuestros tribunales federales en materia procesal administrativa, que han admitido amparos cuestionando privatizaciones

[3.20] Ver el desarrollo del fundamental fallo de la Sala II *in re Torello, LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, "Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad," *LL*, 2000-B, 274; *supra*, cap. III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva," § 6.6, "El caso del ciudadano GAMBIER. El derecho a la vigencia del principio de legalidad. Otros derechos colectivos."

[3.21] Ha corregido ese grave problema: *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, citado en la nota anterior. Como hemos señalado los derechos de incidencia colectiva llevan a una enfatización del control judicial y desenfatización del control administrativo: "La legitimación," UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, 1998, p. 441.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

sin audiencia pública, marco regulatorio ni ente de control previos: el pliego estaba siendo vendido y ello no fue óbice procesal para impedir la impugnación exitosa de todo el procedimiento. Es la buena senda, si algún día habremos de poner coto, como sociedad, a la corrupción administrativa: llamemos las cosas por su nombre y sepa la justicia que la sociedad observa y recuerda, tanto lo que hace para corregirla como, por omisión, para ayudarla. Han detenido campañas de publicidad política con fondos públicos (*Gambier II*), anulado cláusulas abusivas a favor de los contratistas en los pliegos, cuestionadas por los usuarios (*Torello*), etc.,[22] o por otros potenciales oferentes.[23]

3.2. *Concurrencia*

Así como la publicidad en la licitación pública es la aplicación particularizada de un principio general del sistema constitucional, también la concurrencia es la aplicación al caso del principio general del procedimiento administrativo conocido como principio de contradicción: la existencia de interesados y contrainteresados.[24] Los pliegos, la doctrina y la práctica licitatoria en nuestro país y en el mundo privilegian hoy como principio fundamental de la licitación, el de la concurrencia o competencia entre los oferentes. Lo que se postula concretamente es la participación de *la mayor cantidad posible de oferentes*.[25] Se ha dicho en tal sentido que "interesa lograr el mayor número posible de oferentes, para que las posibilidades de comparación sean más amplias."[26] Ello, a fin de que la autoridad cuente con múltiples alternativas para elegir la que proponga las mejores condiciones en el objeto contractual, en vista al interés general al que debe subordinar la administración su comportamiento. Por supuesto, a fin de favorecer la concurrencia y competencia con miras a la obtención de la mejor decisión para el erario público debe favorecerse también la contradicción, no solamente entre los potenciales oferentes y los oferentes concretos, sino también de parte de la comunidad alcanzada por la obra, a través de los derechos de incidencia colectiva.[27] El principio se

[3.22] Ver *supra*, caps. II a IV. Es una jurisprudencia coherente y sistemática.

[3.23] La impugnación se fundaba en el carácter discriminatorio y anticompetitivo de sus cláusulas, como en *Compagnie Générale d'Entreprises Automobiles*, Cámara Federal de Mar del Plata, 2-III-2000. Ver también el fallo que anota BOTASSI, *infra*, nota 6.10.

[3.24] Categoría ésta hoy aceptada entre nosotros: *supra*, cap. IX, § 12. Ver también BUJ MONTERO, MÓNICA, en FARRANDO (H.) (dir.), *Contratos administrativos*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002, p. 95. En el derecho comparado es ya uniforme. Ver, entre otros, LAUBADÈRE, ANDRÉ DE; VENEZIA, JEAN–CLAUDE y GAUDEMET, YVES, *Traité de droit administratif*, t. 1, París, L.G.D.J., 1999, 15ª ed., p. 729, § 939 y pp. 738-9, § 951.

[3.25] Lo menciona, entre otros, ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1977, t. I, p. 334; DALLARI, *op. cit.*, p. 76 y ss., p. 81.

[3.26] ESCOLA, *op. ult. cit.*, p. 334.

[3.27] En tal sentido GUSMAN, *op. cit.*, § 3, destaca que el art. 42 de la Constitución al garantizar el derecho "a una información adecuada y veraz" incluye "el conocimiento del desarrollo de las distintas facetas de la licitación pública, e incluso el contenido de las ofertas, de suyo una vez abiertos los sobres." Recuerda cómo MAIRAL, *op. cit.*, p. 20, ya censuraba la práctica de conducir el trámite "de manera clandestina y oculta a los ojos de los oferentes."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

remite a la antigua ley de contabilidad[28] y se encuentra en la reglamentación.[29] No se trata de subordinar el fin de obtener el mejor precio y condiciones en situación de competitividad, al medio por el cual los postulantes hacen su propuesta y menos a las formalidades. Ello sería incurrir en el ya clásico error de privilegiar los controles de formas y normas o reglas, antes que el control de resultados, eficiencia, etc.[30] Máxime cuando ahora la ley 25.188 de ética pública exige que en las licitaciones se aplique el principio de razonabilidad;[31] p. ej en cuanto al objeto y precio del contrato. No bastará con decir que se siguió el procedimiento y adjudicó al mejor postor, sino que será necesario demostrar que el objeto es necesario y el precio por el que se contrata es razonable, comparando con los precios del mercado. Un comportamiento administrativo que, por defectos subsanables de forma, excluyera ofertas e impidiera una eficiente comparación de los precios del mercado, importaría caer en el clásico error que hace ya muchos años denunciara un autor como la "racionalidad irracional de la administración."[32]

3.3. *Informalismo*

Hace décadas que vienen levantándose voces contrarias al excesivo formalismo en la licitación, p. ej. en cuanto hace a defectos de la oferta, respecto a los cuales es pacífico que su saneamiento no altera el principio de igualdad,[33] del mismo modo que se admite la presentación de piezas complementarias con ulterioridad a la oferta[34] y en general el saneamiento de vicios de forma.[35]

3.28 CASELLA, JORGE VÍCTOR; CHOJKIER, RAQUEL y DUBINSKI, ALEJANDRO, *Contrataciones del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 97: "Los distintos régimenes de compras o reglamentos de contrataciones del Estado establecen que para que haya una buena competencia de precios, los pliegos de condiciones deben favorecer la concurrencia de la mayor cantidad de oferentes, con lo cual el organismo licitante puede hacer una mejor selección de su proveedor."

3.29 Que a pesar de distintas reformas mantiene inalterable el criterio.

3.30 Tema éste que ya analizamos en *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, *op. cit.*, cap. IV. Ampliar y comparar en SÁNCHEZ, ALBERTO M., "Licitación Pública: ¿concurrencia vs. igualdad?", *RAP*, Buenos Aires, 1999, 253: 15-23.

3.31 Ley 25.188, art. 2º, inc. *h)*.

3.32 Destaca KLIKSBERG, BERNARDO, "La racionalidad irracional de la burocracia," en su libro *Cuestionando en Administración*, Buenos Aires, Paidós, 1973, pp. 162-3 y 158 que tales actitudes producen o llevan a una "incapacidad disciplinada," pues se obliga al directivo "a acostumbrarse a depender de controles externos desechando las ricas posibilidades de la autofijación de objetivos y al autocrítica y se lo induce a una rutinización progresiva." "Lo importante pasa a ser la adhesión estrecha al reglamento y todo lo demás es secundario." Para más datos ver nuestro libro *La administración paralela. El parasistema-jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, tercera reimpresión 2001, pp. 116-7.

3.33 ROEHRSSEN DI CAMMERATA, G., *I contratti della Pubblica Amministrazione*, t. I, Bologna, Zanichelli, 1967, p. 198; BOQUERA OLIVER, JOSÉ M., *La selección de contratistas. Procedimiento de selección y contrato*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, p. 100.

3.34 QUANCARD, MICHEL, *L'ajudication des marchés publics de travaux et de fournitures*, París, Librairie du Recueil Sirey, 1945, p. 93 y sus referencias.

3.35 ROEHRSSEN DI CAMMERATA, *op. cit.*, p. 198; BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, p. 100; GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, JOSÉ LUIS, *La contratación administrativa. Cómo y con quién contrata la administración en sus esferas central, local e institucional*, Madrid, Municipalia, 1966, p. 177 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Corresponde pues "evitar actitudes formalistas, buscando subsanar las irregularidades de detalle y centrando el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta."[36] Como también se ha dicho: "Los recaudos excesivos, la severidad en la admisión y la exclusión ante omisiones intrascendentes, deben ser reemplazados por aclaraciones oportunas y actos de subsanación. En este punto corresponde aplicar el principio de saneamiento, o sea que debe darse la oportunidad de subsanar las deficiencias de carácter leve que no vulneran la esencia del trato igualitario."[37] "La administración tiene la carga de obviar inconvenientes y permitir la mayor afluencia posible de ofertas, en la inteligencia que la concurrencia no rige a favor de los oferentes sino en beneficio del Estado."[38] Si el vicio es puramente formal deberá ser subsanado o bien ni siquiera eso será necesario, en caso que resulte una falta muy leve.[39]

3.3.1. *Finalidad del formalismo y sus límites*

Los pliegos de bases y condiciones generales todavía suelen establecer con detalle los requisitos y las formas a que debe sujetarse la oferta para ser tenida como admisible y son a veces exageradamente detallistas en esta materia. Son los resabios de las prácticas antiguas, que por supuesto el intérprete debe interpretar arquitectónicamente, en el sentido de LINARES, para adecuarlas a las circunstancias de hecho, rectoras o arcónticas[40] que dan sustento fáctico a la norma y sin las cuales su aplicación literal deviene nuevamente irrazonable y —por ende— no sólo ilegal sino también inconstitucional. Esas prácticas e interpretaciones perimidas en derecho fueron en su momento denunciadas severamente, en su contenido y finalidad. En tal sentido GARCÍA DE ENTERRÍA expresa que debe dejarse atrás el "procedimentalismo y leguleyismo" —"típica huída de la responsabilidad de toda burocracia"— que caracteriza la "degradación de la Justicia en burocracia."[41]

Se ha dicho también que: "Al resultarle imposible acatar totalmente las imposiciones legales y reglamentarias, ya sea porque se trata de exigencias alejadas de

[3.36] MAIRAL, *Licitación Pública*, *op. cit.*, p. 18.

[3.37] FIORINI, BARTOLOMÉ y MATA, ISMAEL, *Licitación Pública*, Abeledo-Perrot, 1972, p. 44.

[3.38] FIORINI y MATA, *Licitación Pública*, *op. cit.*, p. 44; CASSAGNE, *El contrato administrativo*, *op. cit.*, p. 43. COMADIRA, *op. cit.*, p. 24 y ss.

[3.39] Esta es la solución a la que también se ha llegado en el derecho comparado: BANDEIRA DE MELLO, *Licitação e perrogativas da administração*, San Pablo, EDUC, Universidad Católica de San Pablo, 1977, p. 63; FIGUEIREDO, LÚCIA VALLE, *Direitos dos licitantes e prerrogativa da administração*, San Pablo, EDUC, 1977, p. 54; San Pablo, Malheiros, 1994, 4ª ed.; ROMERO PÉREZ, JORGE ENRIQUE, *Los Contratos del Estado*, San José de Costa Rica, 1989, pp. 124-5, habla de los incumplimientos relativos, saneables a posteriori. En contra SUNDFELD, *Licitação...*, *op. cit.*, p. 23 y ss. quien recuerda en igual sentido a HELY LOPES MEIRELLES, *Licitação e contrato administrativo*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1988, 8ª ed., p. 20.

[3.40] LINARES, JUAN FRANCISCO, *Los sistemas dogmáticos en el derecho administrativo*, Buenos Aires, FDA, 1984, p. 53.

[3.41] GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1984, p. 110.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

la realidad o porque de acatarlas queda descolocado frente a su competencia, el empresario vive a menudo sujeto al riesgo de graves sanciones y en una actitud de sumisión ante los funcionarios públicos que tienen en sus manos la supervivencia de la empresa a poco extremen su celo investigatorio. El problema, si bien es particularmente grave dentro del sector empresario, se extiende a todos los habitantes ya que con mayor o menor frecuencia todos infringen normas que desconocen o que de todos modos no pueden cumplir por irreales."[42]

Todo ello implica que "existe un costo social y político pocas veces destacado" de tales excesivas e irreales reglamentaciones administrativas, o de su interpretación formalista y rigurosa, olvidando cumplir el fin que la norma y el procedimiento, como en el caso de la licitación pública, están destinados a satisfacer. El objetivo que perseguía este detallismo era lograr homogeneidad entre las ofertas, para que pudieran valorarse con mayor facilidad, disminuyendo la necesidad de adoptar decisiones razonadas. De esta manera se creía reducir el riesgo de arbitrariedad en la decisión y optimizar el procedimiento de valuación y resolución, disminuyendo la probabilidad de error en la adjudicación;[43] pero en realidad lo que se hacía era llegar a una supuesta automaticidad en la cual el funcionario limitaba su accionar a una aplicación ciega de formas que omitían medir la razonabilidad de la decisión, por ende no necesariamente orientada al fin último que la licitación debe cumplir. Con ese apego excesivo a la formalidad, en suma, se violaba el principio central de la competitividad o concurrencia: una licitación así manejada era un fracaso como resultado material, aunque se hubiera adjudicado conforme al riguroso cumplimiento del pliego. La desinterpretación de la finalidad de la norma llevaba en suma a su lisa y llana violación o desconocimiento sustancial.

De cualquier modo, cabe destacar que las exigencias de igualdad cabe sí aplicarlas al objeto o finalidad de la propuesta y de la licitación, o sea debe considerarse que ellas están fundamentalmente dirigidas a la oferta en sí misma, a la prestación propuesta. (Cantidad y calidad, precio, condiciones, etc.) No cabe pues referirlas, o no en la misma medida, a las condiciones meramente formales (garantías, poderes, recibo de la adquisición del pliego, declaraciones juradas, etc.), que debe cumplimentar el oferente con la presentación, las que son obviamente de naturaleza secundaria al objeto principal del llamado a la concurrencia de ofertas.

En rigor y como recuerda DALLARI en su excelente obra, "la concurrencia pública procura que el mayor número de licitantes sea habilitado para el objetivo de facilitar a los órganos públicos la obtención de cosas y servicios más convenientes a sus intereses. En razón de esa finalidad, deben ser evitadas demasiadas

[3.42] MAIRAL, HÉCTOR A., "La inseguridad jurídica en la Argentina," *Revista de la Unión Industrial*, abril-junio de 1971, p. 9 y ss., p. 19.

[3.43] Comp. FERNANDES DE OLIVEIRA, RÉGIS, *Licitação*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 64 y sus referencias; CAROL, GUILLERMO C. y SANSONI, FÉLIX J., *Estudio de la legislación de obras públicas de la provincia de Buenos Aires*, t. I, Buenos Aires, FDA, 1989, p. 176.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

exigencias y rigorismos inconsistentes con una buena exégesis de la ley."[44] La omisión de algún requisito necesario y no meramente formal, no autoriza el rechazo de una oferta, por la "subsanabilidad de la falta de prestación de fianza en el procedimiento de contratación [...] si la Administración no advirtió inicialmente el defecto al interesado para que éste pudiera subsanarlo, no puede luego alegar la inadmisibilidad sobre la base de dicho defecto."[45]

Las licitaciones públicas formalistas pertenecen a la economía cerrada que derogaron las leyes 23.696 y 23.697 y los sucesivos decretos desreguladores.[46] Interpretar un pliego de modo formalista es violentar el fin y el espíritu de ese sistema que entendemos sigue en vigencia en lo esencial a pesar de algunos conatos intervencionistas de los albores del siglo XXI, que no parecen suficientes para alterar el sistema. Pero es frecuente encontrar licitaciones en que se introducen recaudos o prohibiciones graves para la moralidad pública, como prohibir que se presenten quienes tengan juicios con el Estado. Es decirle que mejor sepa "arreglar" sus asuntos en sede administrativa, pues si va a juicio no será admitido a una licitación pública. En otros pliegos se adopta una posición intermedia, la de exigir una manifestación de juicios pendientes con el ente licitante, indicando si es actor o demandado, objeto de la litis, monto, etc., con lo cual al menos se puede someter a discusión racional si es que surgen o no de tales causas elementos de juicio suficientes para ponderar, en contra del contratista.

3.3.2. *La igualdad en la licitación*

Es claro que "no pueden ser comparadas cosas desiguales,"[47] "la administración pública debe respetar y cumplir tales procedimientos, ya que si no lo hace el contrato celebrado con arreglo a un procedimiento irregular estaría viciado por violación de la forma establecida."[48] "Para lograr su finalidad, la licitación debe reunir ese carácter de *igualdad*, pues ésta excluye o dificulta la posibilidad de una colusión o connivencia entre algún licitador u oferente y la Administración Pública, que desvirtúen el fundamento ético sobre el cual descansa la licitación y que, junto con los requisitos de «concurrencia» y «publicidad», permite lograr que el contrato se realice con quien ofrezca mejores perspectivas para el interés públi-

[3.44] DALLARI, *op. cit.*, 4ª ed., p. 115, transcribiendo el fallo del TJ de Río Grande do Sul, *Revista de Direito Público*, 14: 240; BANDEIRA DE MELLO, *Curso..., op. cit.*, 17ª ed., cap. IX, secc. IX, § 119, p. 548, citando a DALLARI y al TSJR; *Licitação..., op. cit.*, p. 37 y ss., p. 55 y ss. Más terminante es PANGRAZIO, MIGUEL ÁNGEL, *Derecho administrativo*, t. I, Asunción, Paraguay, Intercontinental, 1997, pp. 329-30: propugna la "elasticidad" del pliego y admite "excepciones" a él.

[3.45] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, IV, 3, pp. 458-9 y sentencias que citan.

[3.46] Aunque en materia diversa, es de interés comparar un parecido razonamiento de USLENGHI, ALEJANDRO JUAN, "El control de los servicios de gestión privada," en IEDA, *Estudios de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 161 y ss.

[3.47] FIGUEIREDO, *Direitos dos licitantes e prerrogativas da administração, op. cit.*, p. 49; 3ª ed., p. 61; 4ª ed., cap. II, quien recuerda a BANDEIRA DE MELLO, "no se licitan cosas desiguales."

[3.48] ESCOLA, *Tratado integral..., op. loc. cit.*

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

co."[49] Este principio debe ceder ante el interés superior de la mayor concurrencia o competitividad en la licitación.[50]

3.3.3. *Evolución internacional hacia el informalismo*

Este criterio se va generalizando. Ya en el año 1959 el Tribunal Supremo español sostuvo que "so pena de desnaturalizar con una interpretación excesivamente rigorista la finalidad de dicha norma rituaria, tal efecto, más que formal formulario, carece de virtualidad invalidatoria"[51] Igual tendencia se encuentra en Brasil,[52] Chile,[53] Paraguay[54] y en las provincias argentinas.[55] En nuestro país es oficial a nivel nacional y pueden citarse innúmeras resoluciones ministeriales que determinan que la aplicación y las normas de los pliegos sean "flexibilizadas a fin de hacer más atractiva la venta" y para "posibilitar la concurrencia del mayor número de oferentes para garantizar la puja que asegure el éxito del proceso licitatorio."[56] De tal modo no sólo el criterio es *oficial*, sino también *público* y el Ministerio ha cuidado precisamente en darlo a publicidad oficialmente, para que las distintas reparticiones que se ocupan de privatizaciones conozcan los principios que rigen hoy en día en la materia y que comportan de hecho virtuales instrucciones ministeriales expresas, claras e inequívocas. Las anteriores publicaciones del mismo boletín expresan el mismo criterio orientador e interpretativo.

4. *Etapas de la licitación pública*

4.1. *Introducción*

Por de pronto, conviene recordar el principio que enunciamos en el cap. XI, que en grandes proyectos o grandes concesiones o licencias, es necesaria la audiencia pública previa. En la ley brasileña se impone tanto la audiencia pública como la licitación pública para las contrataciones de gran monto.[1] Acá es un criterio que

[3.49] MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, p. 204.

[3.50] *Supra*, § 3.2. Como dice DALLARI, *op. cit.*, p. 106, la administración debe alentar a los concurrentes, no "espantarlos." Comp. SUNDFELD, *Licitação...*, *op. cit.*, p. 22. Ver asimismo COMADIRA, *op. cit.*, p. 44 y ss.

[3.51] GONZÁLEZ - BERENGUER URRUTIA, *La contratación administrativa*, *op. cit.*, pp. 178-9.

[3.52] BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, 17ª ed., *op. cit.*, cap. IX, secc. XI, "A habilitação," § 119, "Descabimento de rigorismos inúteis na habilitação," p. 548, y citas que efectúa. En cambio parece más estricta FIGUEIREDO, *Curso...*, 2000, 4ª ed., *op. cit.*, p. 454.

[3.53] PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO, "A licitação: novas tendências (O caso chileno: uma aplicação da administração em participação)," *R.D.A.A.*, Curitiba, Genesis, 1997, 13: 313, 323.

[3.54] CHASE PLATE, LUIS ENRIQUE, "O procedimento licitatório como pressuposto das contratações," *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, Genesis, 1997, 11: 939, 942.

[3.55] Así p. ej. en el art. 7° de la ley 6.838 de Salta, "Sistema de contrataciones de la Provincia," "flexibilidad y transparencia en los procesos y procedimientos."

[3.56] Resolución 490/92 M.E. y O. y S.P.

[4.1] FIGUEIREDO, *op. cit.*, cap. X; BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, *op. cit.*, cap. IX, § 73 a 75, pp. 525-6, "Licitações de grande vulto e licitações de alta complexidade técnica." COELHO MOTTA, *op. cit.*, pp. 43 y ss. que alude a las fases interna y externa de la selección.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

está progresando poco a poco. En lo que sigue nos referiremos al procedimiento de la licitación pública en la ley de obras públicas; la parte vigente de la ley de contabilidad contiene pocas normas generales y el procedimiento se rige por los decretos reglamentarios dictados por el Poder Ejecutivo. Hay que estar siempre atento a las constantes novedades normativas que se van produciendo en un país signado por la inestabilidad normativa.

4.2. *No existe preclusión procesal*

En derecho administrativo no existe la preclusión procesal para impedir la anulación de un acto nulo de nulidad absoluta, tanto que ni siquiera la prescripción corre a su respecto. Este clase de afirmaciones son muy vapuleadas en algunos pronunciamientos judiciales totalmente adversos a dichos principios, pero hay, a la inversa, sensibles progresos en el control judicial de la contratación pública.[2]

Es además aplicable en la especie el clásico aforismo romano conforme al cual: *melius est intacta jura servare, quam vulneratæ causæ remedium quærere.*[3] "Creemos que la falta de reclamación contra la adjudicación provisional no puede tener la consecuencia de hacer perder la posibilidad de impugnar la adjudicación definitiva. *La pasividad de los interesados no tiene por qué significar el consentimiento de un acto que todavía no existe, ni tampoco ser una prueba de su legalidad.*"[4] Si ni siquiera con la preadjudicación se puede hablar de preclusión procesal, mucho menos antes de que ella se produzca.

4.3. *Pliegos de la licitación*

4.3.1. *En general*

En toda licitación pública se preparan los llamados "pliegos," que no son sino conjuntos de disposiciones reglamentarias[5] de carácter minucioso destinadas a regir al contrato. Los hay de "bases generales," de "bases especiales," de "especificaciones técnicas," etc., de acuerdo a un diverso contenido y en su conjunto forman una parte cuantitativamente muy importante del régimen jurídico del con-

[4.2] Ver *supra,* nota 3.3 y cap. III, § 6.6, "El caso del ciudadano GAMBIER. El derecho a la vigencia del principio de legalidad. Otros derechos colectivos," § 6.10, "Amparo contra el pliego de una licitación, sin comprar el pliego."

[4.3] CATALDI, GIUSEPPE, *Il procedimento amministrativo nei suoi attuali orientamenti giuridici e non giuridici,* Milán, Giuffrè, 1967, p. 4. Este principio se aplica a todas las etapas de una licitación pública, incluso aquellas que son comunes a otros procedimientos de contratación.

[4.4] BOQUERA OLIVER, *La selección de contratistas, op. cit.,* p. 148.

[4.5] Por ende subordinados a la legislación general, como resolvió la CSJN *in re Espacio S.A., ED,* 159: 43, año 1993 y explica BOTASSI, CARLOS ALFREDO, *Contratos de la administración provincial,* La Plata, Scotti, 1996, p. 57; GUSMAN, *op. cit.,* § IV, *in fine.* Si bien ello significaba que se impugnaba como los reglamentos, como ha sido señalado por LINARES, *Derecho Administrativo,* Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 398 y ss. y GUSMAN, *op. cit.,* § V, hoy en día se puede impugnar en forma directa por vía de amparo, incluso sin comprar el pliego, las cláusulas ilegales que tuviere: ver los casos mentados en las notas 3.23 y 6.10.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

trato pertinente. Los pliegos de la licitación adolecen del excesivo e irrazonable reglamentarismo que es consustancial a las viejas prácticas de la administración pública,[6] porque en cada nuevo acto licitario que hacen los funcionarios quieren introducir en normas nuevas la experiencia del anterior: la tentación de legislar es demasiado grande y luego no se envían los pliegos a la oficina de legales para que verifique si están o no conforme a derecho. Además, es frecuente que se quiera limitar o prohibir la impugnación de la adjudicación, lo cual es una norma que puede reputarse inexistente por su absurdidad en un Estado de derecho y en una sociedad democrática, donde acto alguno puede quedar exento del control tanto administrativo como jurisdiccional.

Una de las formas de limitar la impugnación de los perdedores es fijar en el pliego una suma suficientemente grande, a pagar como depósito, que se pierde si el recurso es rechazado y se devuelve si el recurso se gana. Lógicamente aquel que viene de perder la licitación no estará precisamente entusiasmado en arriesgar dinero para ver si puede hacer revertir el criterio administrativo, con lo cual la administración logra la impunidad por sus actos si la justicia no anula o declara inexistentes normas de esta índole.

4.3.2. *Los problemas de la preparación del pliego y el contrato*

La preparación unilateral y reservada de los pliegos por la administración,[7] sin previa publicidad ni posibilidad de conocimiento e intervención igualitaria de los futuros posibles oferentes para acercar al debate, en la etapa preparatoria, su mejor conocimiento de la realidad del mercado lleva a frecuentes desconocimientos del medio hacia el cual planea lanzar su pedido de ofertas.

Ello a su vez no hace sino encarecer las ofertas si lo que se pide lleva condiciones innecesariamente onerosas o desventajosas para los oferentes, que al contrario no cumplen en realidad un fin práctico para la administración, o inciden en el precio más de lo que significan para el Estado. Un ejemplo de esto es no incluir un mecanismo arbitral de solución rápida, imparcial y efectiva de controversias. Ello desmejora los precios de los oferentes, porque es mucho más caro tener que previsionar en el precio juicios que pueden durar una década o más para dirimir algún conflicto que pueda presentarse con el comitente. Eso es un costo que paga la administración innecesariamente, el costo de que no haya una justicia eficiente y oportuna para resolver controversias y que el comitente tampoco incluya alternativas de resolución de conflictos. Otro costo que paga la administración, en licitaciones complejas, es el de preparar unilateralmente el proyecto de contrato con el cual formalizar la relación con el adjudicatario, sin consultar posibles alternativas de interés para los oferentes antes de presentar sus ofertas.

[4.6] Que señalamos en el t. 1, *Parte general*, cap. VII, "Fuentes nacionales del derecho administrativo," § 10.3, " La exacerbación reglamentaria," p. 20.

[4.7] Observa el hecho, sin desarrollar conclusiones, DELPIAZZO, *op. cit.*, p. 165.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

4.3.3. *El instrumento del contrato y el orden de prelación normativo*

Ello ha llevado también a que la administración desnaturalice el procedimiento y en ocasiones, luego de adjudicada la licitación, se ponga a discutir los términos del contrato con el adjudicatario, lo cual es un verdadero dislate desde el punto de vista de la igualdad de los oferentes.[8] Toda variación que se introduzca en dicho documento contraria a lo previsto en el pliego es desde luego nula de nulidad absoluta. También es nula, a nuestro entender, la cláusula que a veces introduce el pliego de la licitación en el sentido de cuál habrá de ser el orden de prelación de las normas que integran el contrato. El orden de prelación es cuestión objetiva, no materia susceptible de decisión en más de un sentido. Debe comenzar por las normas de rango superior o más general, de las que no pueden apartarse las de rango inferior, en particular el instrumento mismo del contrato.[9] De admitirse que el contrato puede modificar el pliego se destruye todo el sistema de la licitación pública: publicidad, transparencia, concurrencia, igualdad. Es lo mismo que no hacer licitación pública sino contratación directa y ello importa la nulidad de las cláusulas del instrumento del contrato que se apartan de las normas que rigieron el llamado, a menos que efectivamente se configuren las causales de contratación directa. Ese orden de prelación es inexistente: tan grosera es la violación al ordenamiento que comporta.

4.3.4. *La participación de los oferentes en la elaboración del pliego*

Una forma de solucionar estos graves inconvenientes es introducir la publicidad y concurrencia desde el comienzo mismo de la preparación del pliego y del futuro contrato, como se hace p. ej. en los EE.UU.: se indican los objetivos que se busca y se piden ideas acerca de su racionalidad o viabilidad y cómo concretarlos, sin aún pedir ofertas ni comparar precios; recién cuando la administración y los potenciales interesados están de acuerdo en la factibilidad y racionalidad del pliego, se piden las ofertas.

En las privatizaciones realizadas bajo la égida del entonces Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos se aplicó el sistema usualmente nominado por uno de sus componentes, el *Data Room*, banco o archivo de datos. En esencia esto consiste en que la administración prepara el pliego de la licitación y el contrato a celebrar y llama públicamente a los interesados, *no todavía a presentar ofertas*, sino a estudiar todos los datos de que ella dispone y proponer modificaciones o

[4.8] La CSJN ha señalado que este principio de igualdad de los oferentes se aplica aún en los casos en que se haya presentado un solo oferente al proceso licitario, *Fallos, 316:382, Vicente Robles*, cons. 16. COMADIRA, "Algunos aspectos de la Licitación Pública," en UA, *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, CA, 2000, p. 327 y ss.

[4.9] En sentido similar, aunque menos terminante, BARRA, *op. cit.*, p. 487. Hoy el orden de prelación normativo se encuentra expresamente establecido en el art. 7 del régimen de contrataciones de la administración nacional, decr. 1023/01.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

aclaraciones al pliego y al contrato. De este modo todos los interesados, avisados por la publicación en el Boletín Oficial, tienen oportunidad —en condiciones de igualdad y competitividad— de acercar sus sugerencias sobre la mejor forma de realizar el llamado y definir los términos y condiciones legales del contrato a celebrar y el anteproyecto técnico. Ello permite a la administración estudiar todas las objeciones y propuestas y mejorar el llamado y el contrato y proyecto técnico definitivo, de modo que no impongan a los contratistas cargas no necesitadas por la administración, que repercutan entonces en forma negativa en los precios de oferta, sin sustento fáctico suficiente. Es que quienes redactan el pliego a veces se ponen a inventar obligaciones del futuro oferente, como si fuera gratis. Pero no lo es. En este mecanismo, pues, la competición entre los interesados comienza desde antes de la presentación de las ofertas, en la presentación de sugerencias para el contrato. Es un buen modo de testear también el grado de interés y responsabilidad de los futuros oferentes. También puede ser y suele ser parte de estos procedimientos, una preselección de contratistas en calidad de ser futuros oferentes en base a satisfacer un mínimo de condiciones técnicas que se determinan en el llamado.[10] Cuando participan organismos multinacionales en el financiamiento de la obra, la fraseología con la cual se denomina esta práctica es la de *short list* o lista corta, compuesta de posibles oferentes en condiciones de ser invitados a participar en una licitación o concurso privado, con la anuencia del organismo multilateral. A veces tanto el procedimiento de preselección como la confección de una *short list* es independiente del procedimiento más complejo de participación en la elaboración de los pliegos que describimos.

4.3.5. *La calificación jurídica del contrato en el pliego*

Otro de los problemas que presentan los pliegos es que en ellos se define cuál habrá de ser el régimen jurídico que regirá la contratación. El problema nace de que solamente los que llaman a licitación para edificios, puentes, caminos, etc., tienen en claro que se trata de una locación de obra pública regida por la ley 13.064, o en su caso una concesión de obra pública como las autopistas por peaje. Sin embargo, quienes contratan una locación de obra intelectual, que puede ser consultoría u obra pública, a veces declaran aplicable el reglamento de suministros y piden entonces p. ej. la "provisión" de un dictamen, absurdo que hemos visto personalmente. Si se trata de encargar objetos muebles que no se hallan en el comercio y deben construirse especialmente, lo cual también es una locación de obra, nadie convencerá *ex post*, luego de la publicación del llamado formal, a los funcionarios encargados del departamento correspondiente que eso es una locación de obra pública, regida por la ley 13.064. Llamarán y contratarán por el pliego y las normas del reglamento de contrataciones del Estado, que son básica-

[4.10] PANTOJA BAUZÁ, *op. cit.*, p. 329.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

mente correspondientes al contrato de suministros (compraventa) y no de locación de obra. Si lo que piden es un servicio intelectual, tal vez hagan lo mismo. Si van a pedir un servicio de integración informática llave en mano, que también es una obligación de resultado y por ende una locación de obra, también utilizarán las normas del suministro. Ni qué decir que emplear un régimen jurídico que no es el apropiado causa infinidad de dificultades en la ejecución del contrato, que no deja de ser el que corresponde; cuando la discusión llegue a una instancia informada en derecho se calificará correctamente el contrato. Por ello el mecanismo de permitir objeciones al pliego en condiciones de igualdad y publicidad y recibir sugerencias sobre el anteproyecto técnico y las normas legales del contrato, puede constituir una ayuda eficaz para las administraciones públicas que tengan la mente abierta a reconsiderar las enseñanzas recogidas del pasado que no están vigentes en el derecho administrativo actual.Con todo, esa apertura se presenta en las grandes contrataciones en que intervienen funcionarios más dedicados y especializados. En las licitaciones en que la administración delega a sus departamentos de contratación la tramitación de la licitación y la elaboración unilateral de los pliegos, el grado de desconocimiento jurídico trasladado al pliego y al contrato puede ser realmente sorprendente. Resulta además caro a la sociedad, que debe pagar los costos de la *ignorantia iuris* de tales funcionarios.

4.3.6. *La descripción técnica del objeto*

La administración indica con precisión aquello que desea y no admite variantes, lo cual no es una buena práctica. Desperdicia la experiencia del mercado en cuanto a eficiencia para cumplir un fin. Si la administración fuera el mejor experto, sería lógico que indicara con precisión lo que desea y los oferentes se limitaran a ofrecer su precio. Pero la administración a veces pide cosas que no son sensatas, o no constituyen una eficiente inversión de fondos públicos, o respecto de las cuales existen alternativas mejores o más baratas o pone requisitos y exigencias de nuevo rico, que encarecen el costo de la prestación sin un fundamento de costo–beneficio racional, a veces ni siquiera estimado. Parece necesario permitir a los futuros oferentes ofrecer variantes, sea en el acto de la oferta o antes del llamado. Hemos visto, a la inversa, llamados indeterminados para pedir ideas sobre qué hacer en determinada materia, lo cual es preferible a la emisión unilateral e inconsulta de un pliego que ya no admite discusión. Si se incluyen disposiciones irrazonables se invita a los audaces y a quienes confían en soluciones “paralelas” y se desanima a quienes intentan tanto contratar como ejecutar seriamente su contrato. La forma de evitarlo es la mencionada y el *Data Room*, o el procedimiento de la iniciativa privada, a fin de no tener requerimientos de propuestas incumplibles, que solo darán problemas.[11] De todas maneras, la corrupción no se

[4.11] Respecto a la iniciativa privada ver nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. II; en el derecho chileno ver PANTOJA BAUZÁ, *op. cit.*, p. 327.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

evita sólo con la licitación pública y el *Data Room*. Hacen falta mecanismos anticorrupción como la acción *qui tam* y tantas cosas más que el poder público es renuente a llevar a cabo, más una administración de justicia eficiente y oportuna, temas a los que nos referimos en su lugar.[12]

4.4. *Audiencia pública previa*

Reiteramos que en el derecho brasileño se exige una audiencia pública, primera etapa de la licitación pública, cuando el monto a contratar sea cien veces mayor al mínimo que exige la licitación pública.[13] Traducido a nuestras normas, exigiría la audiencia pública previa a la licitación toda contratación que superase los 75 millones de dólares. Parece un criterio a tener en cuenta en la evolución jurisprudencial que exige audiencia pública incluso sin texto legal expreso. En nuestra práctica, se ha empezado a exigir e imponer la audiencia pública como recaudo previo en grandes contrataciones, *v. gr*. ferrocarriles en 1999.

4.5. *El llamado a licitación*.

Luego de producidos los informes técnicos que aconsejan la realización de la obra y preparados los planos, proyectos y pliegos que habrán de regir la licitación, se dispone —previa audiencia pública en su caso— el llamado a licitación pública.[14] Para hacer el llamado debe existir también previamente la necesaria previsión o partida presupuestaria, con la estimación oficial del posible costo. Esta información debe ser pública, aunque frecuentemente no lo es.

4.6. *La publicación de los avisos*

Dicho llamado debe publicarse en el *Boletín Oficial* y eventualmente en periódicos privados, por un término que varía —según la legislación y reglamentación vigentes— de acuerdo al monto del contrato.[15] Demás está decirlo, hay que publicar también el precio de adjudicación, las condiciones del acto de adjudicación y sus anexos y el precio final del contrato. En las contrataciones directas o por licitación privada, si bien el llamado no necesita ser también tan abierto, el resultado sí, por la misma razón del control de eficiencia que impone la CICC. El incumplimiento de este requisito determina la nulidad.[16] En caso de publicación por menos días de

[12] Ver *infra*, caps. XIII a XV.

[13] BANDEIRA DE MELLO, *Curso..., op. cit.*, cap. IX, VII, § 73 a 75, pp. 525-6, "Licitações de grande vulto e licitações de alta complexidade técnica," FIGUEIREDO, *Direitos..., op. cit.*, cap. X; LOPES MEIRELLES, HELY, *Licitação e contrato administrativo*, San Pablo, Malheiros, 2002, 13ª ed., p. 118; COELHO MOTTA, *op. cit.*, pp. 200 y ss.

[14] Será competente el Presidente de la Nación, el ministro del ramo, etc., de acuerdo al monto de la contratación.

[15] Ver ley de obras públicas 13.064; ley de contabilidad (decreto-ley 23.354/56), art. 62.

[16] CSJN, *Fallos*, 181: 306, *Empresa Constructora P.H. Schmidt vs. Provincia de San Juan*, 1938; 179: 249, *Empresa Constructora P.H. Schmidt vs. Provincia de Mendoza*, 1937; PTN, *Dictámenes*, 79: 179, 182; BOQUERA OLIVER, *La selección de contratistas*, *op. cit*., pp. 59-60.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

los indicados en la ley, o en forma incompleta o imprecisa, el grado de la nulidad dependerá a nuestro juicio de cómo ello ha afectado de hecho, en el caso concreto, la publicidad del acto. En el mismo conforme al cual se aprecian todas las nulidades y sus efectos en materia de actos administrativos en general.[17] Si ha tenido una razonable publicidad y las firmas interesadas han podido enterarse de él y de su contenido, no habría razón para decretar la nulidad.[18] En cambio, si de las constancias del caso resulta que la publicidad ha resultado insuficiente, p. ej. porque se presentó un número demasiado reducido de empresas, entonces correspondería anular la licitación. En el caso de grandes contrataciones que requieren instrumentos contractuales complejos, la publicidad requiere hoy en día que se realice una audiencia pública previa al perfeccionamiento del contrato, o al comienzo del procedimiento como en el derecho brasileño.

5. *La presentación de las ofertas*

5.1. *Inscripción en el registro*

Se ha ido abandonando[1] el recaudo de la inscripción en un registro especial de constructores de obras públicas[2] o de proveedores del Estado,[3] requisito que tenía excepciones.[4] La tendencia actual es tener un registro de inhibidos para cotizar, más que un registro de autorizados para hacerlo.

En todo caso, la globalización de la economía lleva a la internacionalización de las licitaciones y de las ofertas, lo cual torna imposible a cada Estado determinar *ex ante* la capacidad de cada oferente: no queda en tales casos otra alternativa que estudiarlo en cada licitación, en ocasión del análisis del sobre "A" o de la precalificación de oferentes que se presente de cualquier parte del mundo. Ciertamente que este mecanismo puntual y aislado no es tan eficaz como un registro previo y sistemático, pero es claro que tal registro no resulta materialmente posible tenerlo con alcance universal, como es la economía de hoy.

5.2. *Cumplimiento de obligaciones fiscales y previsionales*

Es motivo de alguna duda, a nuestro juicio, el mecanismo establecido por el órgano fiscalizador de impuestos nacionales[5] para los proveedores del Estado, que exi-

[4.17] Ampliar, *infra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. XI, "Sistema de nulidades del acto administrativo." Ver también, en particular, § 17 y 18.

[4.18] Comp. BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, pp. 61-2.

[5.1] PÉREZ HUALDE, *op. cit.*, p. 309. Ver también nuestro art. "La validez constitucional del decreto 2284/91," en *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*, cap. IX; BUSTAMANTE, JORGE EDUARDO, *Desregulación. Entre el derecho y la economía*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.

[5.2] Ley de obras públicas, art. 13 y su reglamentación; decreto 1724/93.

[5.3] Ley de contabilidad, reglamentación del art. 61.

[5.4] Decreto 6.808/61, arts. 1°, 16 y 27, en lo referente a obras públicas; art. 61, inc. 51, del reglamento 5720/72 de suministros.

[5.5] La res. gral. de la AFIP nº 1814/05, *B.O.* 13/I/05, deroga la res. gral. nº 135/98, y crea el "Certificado Fiscal para Contratar."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ge un certificado fiscal para contratar, acreditando su condición fiscal y su cumplimiento impositivo y previsional.[6]

Sin perjuicio de reconocer la exactitud de las críticas formuladas por la na brasileña a normas similares,[7] nos parece que en una realidad de continua emergencia fiscal como la nuestra, el contexto del caso es diferente.[8] En efecto, dado que una parte nada despreciable de la población ni siquiera cumple con sus mínimas obligaciones fiscales formales, la exigencia de inscripción y presentación regular y continua de las pertinentes declaraciones juradas, tiene más que sustento fáctico suficiente y adecuado.[9] Es por ello plenamente válida.

El Estado no puede contratar con un sistemático incumplidor fiscal. No significa ello, que tener conflictos pendientes puede ser causal de inhabilitación *per se*. Pero no parece irrazonable acreditar la condición fiscal y previsional. De hecho es una práctica usual incluso en relaciones entre particulares.

5.3. *Depósito de garantía*

Los oferentes deben constituir un depósito de garantía de oferta en el Banco de la Nación Argentina[10] o constituir una fianza bancaria[11] por un determinado por ciento del contrato; o también entregar un pagaré o constituir un seguro de caución con una compañía de seguros. Estos dos últimos son los más utilizados. Este documento se asemeja a una seña precontractual destinada a asegurar la celebración del contrato, no su cumplimiento.[12] Si el depósito de garantía de oferta no es integrado en forma completa la oferta no puede ser aceptada.[13]

[6] El mismo requisito aparece exigido normativamente en Brasil, lo que ha motivado diversas críticas de la doctrina: BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, cap. IX, § 105, pp. 541-2 y sus referencias; DALLARI, *op. cit.*, 4ª ed., p. 122; FIGUEREIDO, *Direitos dos licitantes, op. cit.*, p. 101 y otros autores allí citados por ellos: TOSHIO MUKAI, ANTÔNIO MARCELLO DA SILVA, ANTÔNIO AUGUSTO QUEIROZ TELLES, IVAN BARBOSA ROGOLIN, LOPES MEIRELLES, etc. En nuestro ordenamiento estos requisitos hoy se encuentran previstos por los arts. 138 y 140 del decr. 436/00.

[7] Dice en efecto DALLARI, *op. cit.*, p. 122 que "La utilización de un medio impropio, aun para la obtención de un fin legal, es jurídicamente inaceptable positivamente, al menos en el campo del derecho jamás los fines justifican los medios." La doctrina brasileña es en esto uniforme.

[8] Cabe destacar que en Brasil la solución no es uniforme. SUNDFELD, *Licitação..., op. cit.*, p. 122, explica con razón que no hay inconstitucionalidad alguna en el requisito, pues para el Estado es "cuestión vital;" en igual sentido CITADINI, ANTONIO ROQUE, *Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas*, San Pablo, Max Limonad, 1999, 3ª ed., pp. 254-5; MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, Río de Janeiro, Aide, 1993, p. 166; parcialmente, sólo en lo que se refiere a la seguridad social, ZANELLA DI PIETRO, MARÍA SYLVIA, *Direito administrativo*, San Pablo, 1995, 5ª ed., p. 284.

[9] Ver *supra*, cap. I, "La prueba de los derechos," notas 1.5 y 1.26.

[10] Art. 14 de la ley 13.064. Ver art. 52 y ss., decr. 436/00 y art. 31 del decr. 1023/01.

[11] Ley 14.000, referida también a obras públicas.

[12] Conf. SPOTA, ALBERTO G., "Prevalencia de las leyes de obras públicas frente a la ley de quiebras y al Código Civil," *JA*, 1942-II, 823, 825.

[13] PTN, *Dictámenes*, 76: 371. Se ha dicho que "Esta garantía asegura al licitante que el oferente no se va arrepentir de su obra antes del cumplimiento de determinado plazo," FARRANDO (H.), *Contratos... op. cit.*, p. 302.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

5.4. *Entrega de los sobres*

Los pliegos suelen exigir que la entrega de las propuestas debe hacerse bajo sobre cerrado y firmado (entendiendo por tal que las firmas cruzan el cierre), a veces incluso lacrado y acompañada de los documentos que acreditan haber comprado el pliego y efectuado el depósito de garantía de mantenimiento de la oferta.[14] El primero de estos requisitos se presta a la corrupción, pues si el precio es suficientemente alto, es una forma de evitar que el público en general pueda controlar la seriedad de los procedimientos licitatorios y sus bases.[15]

Ya señalamos que el pliego debiera publicarse en el Boletín Oficial y la Internet y eliminarse el requisito de compra con su consiguiente resultado de ocultar lo que debe ser publicitado. Las primeras noticias indican una mejoría con la creación de una página www.cristal.gov.ar y otra www.legislatura.gov.ar/compras; esperemos que se extienda y pongan allí toda la información en forma inmediata a disposición del público, para su control ciudadano.[16]

Ello incluye hoy en día, necesariamente, el control judicial de las graves arbitrariedades o discriminaciones del pliego, por vía de amparo, sea por un usuario[17] o por una empresa que no compra el pliego pues quiere impugnar antes sus cláusulas discriminatorias, etc.[18]

En todo caso y por lo que respecta a la compra del pliego, consideramos que es un requisito tan absurdo como para merecer el calificativo de inexistente. La falta u omisión de alguno de los documentos formales, en todo caso, puede suplirse posteriormente.[19] Dada la cantidad de antecedentes que se piden a los oferentes, es usual que se trate de cajas en las cuales van incluidos distintos sobres o carpetas por rubros, una de las cuales será el del precio. Pero es mejor que se separen en distintos momentos temporales la recepción de las ofertas en su faz técnica y administrativa o legal, sin el precio y que se deje la presentación del sobre de precio para cuando todos hayan tenido oportunidad de sanear cualquier defecto de su presentación. Ello evitará discusiones estériles sobre las formas de cada presentación, permitirá el mayor número de oferentes y dejará la discusión solamente referida al precio para su momento oportuno, cuando ya no

5.14 Ley 13.064, art. 15.

5.15 Una innovación muy importante es la previsión de que el público realice observaciones al proyecto de pliego. Siempre el pliego tiene complejidades y sutiles trampas, que justifican su debate público. Otro progreso ha sido permitir cuestionar por vía de amparo la constitucionalidad de algunas clásulas del pliego, sin necesidad de comprarlo: Cámara Federal de Mar del Plata, *Compagnie Générale d'Entreprises Automobiles*, 2-III-2000.

5.16 Nos remitimos al énfasis puesto por GAMBIER en su nota al caso *Torello*, "Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad," *LL*, 2000-B, 274.

5.17 *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275.

5.18 *Compagnie Générale d'Entreprises Automobiles*, Cámara Federal de Mar del Plata, 2-III-2000, ver más detalles en los caps. II, "Derechos de incidencia colectiva," III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva" y IV, "El interés legítimo."

5.19 "El informalismo y la concurrencia en la licitación pública," *RDA*, 11: 293-318, reproducido como cap. VII del libro *Después de la Reforma del Estado, op. cit.*

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

haya debates o discusiones formales pendientes. Por cierto, si la administración quiere actuar corruptamente y no hay justicia que controle, entonces es fácil desechar ofertas desde la presentación formal, con argumentos falaces y dejar que intenten inútiles recursos de amparo que la justicia rechazará *in limine litis* por tratarse de meras cuestiones contractuales. De ese modo la justicia se hace cómplice de la restricción del número de oferentes a aquellos que la administración quiere tener y permite excluir los competidores que no participan del club de oferentes.

5.5. *Apertura de los sobres*

Vencido el plazo para la admisión de las ofertas, se abren los sobres en acto abierto al público[20] y se labra un acta donde se deja constancia de las ofertas presentadas y sus montos. Se ha dicho que es un acto "solemne,"[21] lo que podría explicarse por el hecho de que interviene el grupo de funcionarios designados especialmente por la autoridad licitante para realizar el acto,[22] que todas las ofertas son firmadas por ellos para asegurar su autenticidad y prevenir eventuales sustituciones y del obvio interés y atención que prestan al acto los distintos oferentes. No tiene sin embargo solemnidades jurídicas especiales. La administración, por las dudas, lo hace por acta ante escribano público. Terminado el acto, que se realiza con la asistencia (invitados, pero no obligados a asistir) de los interesados, estos podrán dejar constancia en el acta de las observaciones que deseen.[23] No siempre, sin embargo, los funcionarios encargados del acto se avienen a que los interesados dejen amplia constancia de sus impugnaciones. Por lo general los invitan a ampliarlos posteriormente si así lo desean. En todo caso no hay en esta materia preclusión procesal alguna, ya que las observaciones pueden hacerse con posterioridad al acto, presentando un escrito en la repartición de que se trate. En el acto de apertura de los sobres la administración no puede devolver ninguna propuesta *ni resolver nada* respecto a la admisión o inadmisión de las ofertas, sino que debe abrir los sobres y consignar materialmente sus ofertas en el acta respectiva, como así también las objeciones que reciban. El rechazo de una oferta, p. ej. por no cumplir con las condiciones exigidas,[24] sólo puede ser decidido por la autoridad que a su vez tenga competencia para adjudicar la licitación, previo cumplimiento de

5.20 O, como dice SUNDFELD, *Licitação...*, *op. cit.*, p. 106, "sesión pública."

5.21 Así VINYOLES I CASTELLS, MIGUEL, *La adjudicación de los contratos públicos*, Madrid, Civitas y Generalitat de Catalunya, 1995, p. 110 y ss. Este autor denomina "acto de licitación" a lo que en América se llama como vimos "acto de apertura de ofertas."

5.22 La "mesa de contratación" en VINYOLES I CASTELLS, *op. cit.*, p. 111. En España es obligatoria la intervención de la asesoría jurídica del órgano de contratación; entre nosotros ello no suele ser de práctica y se otorga preferencia a que el acto sea realizado por un escribano público.

5.23 Ley 13.064, art. 16.

5.24 Las ofertas deben ser serias, firmes y concretas: CAETANO, MARCELLO, *Manual de direito administrativo*, t. 1, Río de Janeiro, Forense, 1970, p. 539; BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, *op. cit.*, cap. IX, § 123, "Requisitos das propostas," pp. 550-2; ABREU DALLARI, *op. cit.*, p. 94 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

los requisitos normales de validez del acto administrativo. Son ellos, como es sabido, audiencia del interesado, dictamen letrado del servicio jurídico permanente, acto suficientemente motivado. Se sigue de ello que es ilegítimo que la autoridad que tiene a su cargo el acto de apertura rechace, en ese acto formal, una oferta.[25]

Si existen observaciones formales a alguna de las ofertas, a veces la administración no abre el sobre de precio hasta que se resuelva la impugnación, lo cual atenta contra el saneamiento de defectos formales y maximización del número de oferentes. Y es, pues, una práctica administrativa viciada de nulidad. Se lo hace para evitar que se conozca el precio del oferente desplazado, que podría dar así una muestra de cuáles son las sumas en juego. El contra argumento que a veces hacen los funcionarios, es que sería un precio no serio, pero ello no resiste la crítica. Pues el precio no serio o irrisorio también puede ser desechado por acto debidamente motivado. "El acto de apertura de las propuestas será necesariamente formal y público.[26] El acto de apertura como parte de un proceso integral puede sufrir irregularidades que se proyecten sobre el acto final de adjudicación y provoquen su anulación en virtud de la presencia de una causal de anulabilidad [...] La existencia de infracciones que alteren el trato igualitario y el comportamiento correcto son las que deben provocar la invalidez de las actuaciones."[27]

5.6. *Aclaraciones y saneamientos formales posteriores*

Luego de abiertos los sobres que contienen la oferta económica, los oferentes podrán hacer aclaraciones que no alteren la propuesta original o modifiquen las bases de la licitación ni el principio de igualdad entre todas las propuestas. Dicha solución clásica debe a nuestro juicio considerarse aplicable solamente en cuanto al precio y condiciones. Lo relativo a documentación faltante no es una aclaración sino una mera complementación instrumental que debe admitirse.[28] Las aclaraciones pueden ser efectuadas en ese mismo acto o posteriormente, por iniciativa de los oferentes o a pedido de la administración.

5.7. *Mantenimiento de las propuestas*

Una vez presentada una propuesta, el proponente no puede traspasarla, en todo o en parte, sin consentimiento de la autoridad.[29] "Los proponentes deben mantener

[5.25] PTN, *Dictámenes*, 90: 6; reglamento, art. 85 *in fine*: La presentación en término, a nuestro juicio, incluye las ofertas que lleguen después de hora pero antes de comenzada la apertura de los sobres. En la práctica, con todo, la administración aplica literalmente la norma en desmedro de la mayor concurrencia.

[5.26] FIGUEIREDO, *Direitos dos licitantes, op. cit.*, p. 59.

[5.27] FIGUEIREDO, *op. ult. cit.*, p. 130.

[5.28] Ley 13.064, art. 17; VINYOLES I CASTELLS, *op. cit.*, p. 113. En contra FIGUEIREDO, *Curso...*, 2000, 4ª ed., *op. cit.*, cap. XVI, § 9, p. 454; ESCOLA, *op. cit.*, pp. 348-9.

[5.29] Ley 13.064, art. 19. Obviamente lo mismo se aplica a todo contrato *intuitu personae*, como las concesiones, aunque vemos en los diarios cómo las acciones de las concesionarias se transfieren de mano públicamente, sin que nadie formule observación alguna.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

las ofertas durante el plazo fijado en las bases de la licitación;" si retiraran su oferta con anterioridad, perderán el depósito de garantía, sin perjuicio de la suspensión en el registro.[30] Cabe distinguir, según la tradición de nuestro derecho administrativo, el plazo de *mantenimiento* de las ofertas, del de su *validez*. El segundo hace expirar automáticamente la oferta al vencimiento del término, en tanto que el primero requiere para su operatividad el retiro expreso de la propuesta y caso contrario ella sigue en pie. Hoy en día son cuestiones expresamente resueltas en los pliegos o en las reglamentaciones.

5.8. *Sujeción a los pliegos*

Es uniforme en doctrina y legislación nacional y comparada, el criterio según el cual las ofertas deben estar "conforme con las condiciones establecidas para la licitación,"[31] sin cuyo requisito serán inadmisibles.

En consecuencia, tampoco podrán ser aceptadas en el acto de adjudicación final, ni menos posteriormente.[32] Pero estamos ante una regla general que no siempre ha dado lugar a soluciones razonables. Eso estaría hoy en infracción específica de la ley 25.188 de ética pública, art. 2º, inc. *h*). En primer lugar, cabe puntualizar que si el oferente se aparta de una cláusula *ilegal* de los pliegos, su oferta es indudablemente válida, como lo tiene resuelto de antaño el derecho.[33] Con todo, para ello se requiere que el planteo se resuelva favorablemente al impugnante, en el sentido que la claúsula era efectivamente nula.[34] Es un principio que debe inter-

5.30 Ley 13.064, art. 20.

5.31 Arg. art. 18, ley 13.064; FIGUEIREDO, *Direitos...*, *op. cit.*, p. 60: "No podrán ser consideradas las ofertas que no se ajusten a los términos de los pliegos, o que presenten (para sí) ventajas no previstas;" MAIRAL, *op. cit.*, p. 40: "Si bien los casos de adjudicaciones a ofertas reputadas inconvenientes o de precio superior a otras, presentan cuestiones jurídicas de difícil solución, no ocurre lo mismo cuando se adjudica el contrato a una oferta condicionada o que se ha modificado con posterioridad al acto de apertura. En estos casos el vicio de ilegitimidad resulta patente;" FIORINI y MATA, *op. cit.*, p. 152, que: "conviene recordar que la elección de la oferta más conveniente presupone que las distintas ofertas presentadas son comparables entre sí y que en este sentido, las bases de la *selección* juegan un papel decisivo, debiendo por ello ofrecer claridad, precisión y la menor cantidad posible de variables o elementos indeterminados [...] no pueden suscitar dudas." En la p. 126 señalan: "la oferta nunca puede dejar de coincidir con lo solicitado en la demanda o pedido de ofertas" y transcriben: "Las ofertas no pueden apartarse de las bases de la licitación aun por razones de calidad, pues sería impugnado por los demás oferentes por no ajustar su propuesta a tales bases:" PTN, *Dictámenes*, 75: 74; "Los pliegos constituyen normas de interés general y por lo tanto son obligatorios para todos e incluso para la misma Administración:" 61: 73; 94: 3. MARIENHOFF, *op. cit.*, t. III-A, p. 230.

5.32 Solución uniforme desde *Fallos*, 97: 20, *Arroll Brothers Limited y otros*, año 1902; BERÇAITZ, ESCOLA, DROMI, BARRA, MARIENHOFF, ABAD HERNANDO, recordados por GUSMAN, *op. cit.*, § V, a quien nos remitimos en aras a la brevedad.

5.33 Es la solución que de antiguo da QUANCARD, *op. cit.*, p. 152, que ya habíamos citado en 1966 en *Derecho administrativo de la economía*. Un autor va más lejos: las normas que pretenden excluir la posibilidad del recurso violan ostensiblemente la garantía constitucional del debido proceso y son jurídicamente inexistentes: DROMI, *La licitación pública*, *op. cit.*, p. 206, § 188.

5.34 Lo que explicamos en el t. 3, cap. V, "Presunción de legitimidad, exigibilidad y ejecutoriedad," § 4.3, "Consecuencia de admitir la presunción de legitimidad solamente para el acto regular."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

pretarse razonablemente, evitando fórmulas muy terminantes.[35] Muchas veces la ilegalidad se presenta a través de cláusulas abusivas del pliego, que serán aplicadas si gana un enemigo y no aplicadas al amigo. Para eso se escriben. Como dice DALLARI, "Con espantosa frecuencia se encuentran pliegos dotados de cláusulas verdaderamente milagrosas, capaces de dotar a la administración de poderes formidablemente extraordinarios, si eso no fuese ilegal y, consecuentemente, nulas tales cláusulas."[36] Del mismo tenor son las normas que pretenden excluir a quien tenga litigio pendiente con la administración. Sostiene DALLARI que "castigar a alguien por utilizar los derechos que la Constitución le asegura es positivamente un disparate."[37]

Debe por ello distinguirse las bases razonables de un llamado y los valladares puestos a la concurrencia, o los instrumentos de la corrupción. Sólo respecto de las bases razonables de llamado, pues, es posible postular el principio expuesto por la Procuración del Tesoro de la Nación en el sentido que "la circunstancia de que el recurrente hubiera aceptado las cláusulas generales y particulares de la licitación sin observaciones ni reparos, excluye la admisibilidad de la impugnación que ahora formula."[38]

Lo mismo cabe decir de los precedentes de la CSJN en cuanto a que el "voluntario" sometimiento a un régimen jurídico, sin reservas expresas, comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su ulterior impugnación.[39] En cambio, si hay normas ilegales o inconstitucionales en el pliego, tal postura no parece razonable ni compatible con los principios de concurrencia en las licitaciones,[40] de defensa en juicio ni con el principio de legalidad objetiva (en

5.35 Comp. SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *La licitación pública*, Montevideo, Álcali, 1938, p. 127 y *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1974, 4ª ed., p. 564: "Los interesados en presentarse a la licitación deben examinar cuidadosamente el pliego de condiciones, porque las propuestas tienen que ajustarse estrictamente al mismo. De lo contrario sus propuestas no podrían ser consideradas;" (p. 564); BANDEIRA DE MELLO, *Licitação*, *op. cit.*, p. 28: "se verifica, al comienzo, si las propuestas están o no de acuerdo a las exigencias del pliego. Si lo estuvieran serán admitidas para la clasificación; si no lo estuvieran deben ser [...] rechazadas *in limine*. Este no es un examen de la calidad de las propuestas, sino apenas de su conformidad a las condiciones del pliego."

5.36 DALLARI, *op. cit.*, p. 104, quien da ejemplos. Uno típico es la "renuncia" que se exige en los pliegos a derechos futuros, específicamente a cuestionar la decisión que tome la administración. Eso es nulo de pleno derecho, pues contraría una regla de orden público. Quien escribe así esos pliegos es ignorante o corrupto. La práctica es frecuente no solamente en nuestro país, sino también en otros de América Latina, por los motivos que fueren y que cada país responderán seguramente a motivaciones diferentes, total o parcialmente.

5.37 DALLARI, *op. cit.*, p. 105. Esto vale para litigios actuales o futuros.

5.38 *Dictámenes* 119: 184; 115: 410.

5.39 *Fallos*, 305: 826, *Banco de desarrollo nacional*, año 1983; 307-1: 354, *Alberto Ambrosio Sánchez*, año 1985, entre muchos otros. Una de las razones por las cuales la actora *no* compró el pliego que impugnaba, que resolvió favorablemente la Cámara Federal de Mar del Plata, *Compagnie Générale d'Entreprises Automobiles*, 2-III-2000; *supra*, cap. III, § 6, "Casos."

5.40 Esas normas pueden ser inconstitucionales por discriminatorias, violatorias de la libre competencia, desviadas, etc.: CFed. de Mar del Plata, fallo citado en la nota anterior.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

tanto a la administración no sólo le interesa eliminar del mundo jurídico los actos ilegítimos, sino que tiene la obligación de hacerlo: art. 17 del decreto–ley 19549/72). Por ello, resulta de aplicación al caso de la impugnación de pliegos lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia en la causa *Video Club Dreams*[41] en cuanto limita la llamada "doctrina del sometimiento voluntario." En esa oportunidad el tribunal consideró que a pesar de que la actora había depositado del importe de los impuestos cuya ilegitimidad ahora impugnaba "no se desprende con nitidez que [...] haya efectuado actos de acatamiento voluntario a las facultades tributarias ejercidas por el Poder Ejecutivo [...] Por el contrario, dichos actos revelan —más bien— la intención de no quedar marginada del circuito de comercialización de videos" (cons. 6°). En igual sentido se resolvió el caso *Colegio de Escribanos de la Capital Federal*, 1998.[42] No hay así acatamiento válido posible a la ilegalidad ni a los mecanismos de corrupción. Esto es o debiera ser de orden público. La justicia ha comenzado en forma preventiva, enhorabuena, a evitar la dilapidación de fondos públicos.[43]

5.8.1. *Ofertas condicionadas*

No se admiten cláusulas opuestas o distintas a las establecidas en los pliegos, salvo excepciones como la indicada anteriormente. En ello la doctrina es virtualmente uniforme.[44]

Se sostiene que el fundamento de este principio es que la introducción de condiciones que alteren las bases de la licitación colocaría en un pie de desigualdad a los demás proponentes, al no permitir establecer un patrón común de comparación entre las distintas ofertas.[45] Pero nada impide generalizar la salvedad o condición a través de un pedido adicional de mejoras de oferta. Por excepción, se

5.41 *Fallos*, 318-2: 1154, año 1995; *LL*, 1995-D, 247, con nota de GELLI, MARÍA ANGÉLICA, "Amparo, legalidad tributaria y derechos de necesidad y urgencia (El caso «Video Club Dreams»)," *LL*, 1995-D, 243.

5.42 CSJN, *LL*, 1999-E, 22, cons. 4°, con cita de *Fallos*, 311: 1132, año 1998.

5.43 Véase los excelentes fallos de 1ª instancia (Juez MARTA GARCÍA) y 2ª instancia en *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, "Civismo y amparo...," *op. cit.* Merece ser estudiado e imitado. Igualmente *Compagnie*, 2-III-2000, Cámara Federal de Mar del Plata.

5.44 SAYAGUÉS LASO, *La licitación pública*, *op. cit.*, p. 137; BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 65, "alguna tolerancia con esta irregularidad instauraría la incertidumbre en los procedimientos licitatorios pues los oferentes pasarían a «tentar la suerte», concibiendo las más variadas fórmulas de salvedades y observaciones, en la expectativa de que eventualmente puedan ser acogidas;" algunos autores señalan así la inalterabilidad o inmutabilidad de las propuestas: DROMI, *op. cit.*, p. 358: "Todo concurrente o participante tiene derecho a la inalterabilidad de las propuestas de los demás, una vez que se ha procedido a su presentación y apertura;" ROMERO PÉREZ, JORGE ENRIQUE, *La licitación pública en Costa Rica*, San José, 1975, pp. 259 y 307.

5.45 SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 564; PTN, *Dictámenes*, 79: 179; 84: 127. Otra variante de que dispone el particular es que un afectado cuestione judicialmente el pliego en lo que pueda ser, desproporcionado, o dilapidación de fondos públicos en violación de la CICC: *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER; *Gambier*, Sala II, *LL*, 1999-E, 624; *Castro, Ángel*, Sala I, *LL*, 2000-B, 305 año 1999, y otros (*supra*, cap. III.)

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

afirma que sólo si el pliego de bases de la licitación autorizaba la inclusión de determinadas condiciones en la oferta, éstas son válidas.[46] Sin embargo, deben evitarse dogmatismos y rigorismos inútiles. Debe prestarse atención a las variantes y alternativas de los oferentes, incluso fuera de pliego y tomar una decisión fundada al respecto. Si tienen razón, habrá que corregir el llamado y realizarlo nuevamente sin esos errores, o pedir a todos mejora de oferta. No es cuestión de rechazar una variante o alternativa que puede ser menos onerosa o más eficaz, con el *único* argumento de que se aparta del pliego. No es razón suficiente. Es indispensable ponderar si además de ello tiene razón en cuanto al fondo, más allá de contravenir la forma. Es la razonabilidad que exige el inc. *h*) del art. 2º de la ley 25.188. Queremos con ello decir que también hay violación a la ley de ética pública si se desecha sin más una oferta condicionada o con alternativas, sin merituar concretamente cuál es el grado de razonabilidad de la condición y consiguiente irrazonabilidad del pliego.[47]

5.8.2. *Oferta firme, cierta, única y seria*

En este punto la doctrina presenta también trazos y principios uniformes en muchos países. Es así incontestado que la oferta debe ser de precio y condiciones[48] ciertos y concretos, no indeterminados[49] y además debe reunir requisitos mínimos de seriedad[50] o razonabilidad[51] sin los cuales no puede ser merituada. Por cierto, debe también ser firme, inalterable. Un ejemplo de ello es la *estimación irrisoria que hace prever el incumplimiento* o permite cuanto menos levantar la sospecha de que pueda existir la intención oculta de levantar luego el precio en la ejecución del contrato, mediante eventuales e hipotéticas maniobras contra el interés público, con o sin colusión de los funcionarios intervinientes.[52] Semejante oferta empaña la seriedad y objetividad de la licitación y debe ser desechada. No ha sido previsora la administración en varias licitaciones en que el precio ofrecido por el

[5.46] *Dictámenes*, 58: 175.

[5.47] Es también la "garantía de efectividad y eficiencia en la asignación de sus recursos," que establece el art. 4º inc. *g)* del decreto 229/00.

[5.48] DALLARI, *op. cit.*, p. 130: así, la oferta de "suministros o utilización de determinado materia «o similar.» Lógicamente, lo que es semejante no es igual [...] la verdad de los hechos es que la similitud ha servido de puerta ancha a los administradores o licitantes inescrupulosos."

[5.49] Nada impide que se agreguen ofertas alternativas por otras prestaciones y precios: lo principal es que "Ha de atender al objeto del requerimiento, de manera inequívoca, a fin de que pueda haber confrontación objetiva con todas las demás" (FIGUEIREDO, *op. cit.*, 3ª ed., p. 61).

[5.50] MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito administrativo*, t. 1, Río de Janeiro, Forense, 1971, pp. 539-40; BANDEIRA DE MELLO, *Licitação, op. cit.*, p. 62 y ss.; FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 60 y nota 2; DALLARI, *Aspetos jurídicos da licitação, op. cit.*, 4ª ed., p. 129 y ss.

[5.51] La citada ley 25.188, art. 2º, inc. *h).*

[5.52] Como dice DALLARI, *op. cit.*, p. 130, "la propuesta, para ser seria, debe ser perfectamente exigible, pues nadie puede pretender mantener una propuesta cuyo cumplimiento sea imposible, ni debe la administración aceptar una propuesta cuyo cumplimiento sea fuertemente improbable, pues el interés público no puede estar al servicio del aventurerismo ni de experiencias de dudoso resultado."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

canon de la concesión era sensiblemente superior a la media. Esas adjudicaciones terminan inevitablemente en conflicto y se ha denunciado, por uno de los concesionarios, el propósito de sus socios de inflar costos, intereses, etc., a través de empresas subsidiadas,[53] para transformar lo que resultó ser "mal negocio" en el "buen negocio" que se creyó que era, en ocasión de ofertar.[54] Lo mismo ocurre a la inversa, cuando las ganancias son excesivas. MÓ,[55] refiriéndose a las ofertas inadmisibles, señala: "Se presentan cuando no se ajustan a las bases respectivas; cuando contienen diferencias insalvables, de carácter técnico; cuando se advierten estimaciones irrisorias que hagan prever el incumplimiento; cuando se proponen precios elevadísimos que los hagan inaceptables; cuando se advierte falta de solvencia económica o moral de los empresarios debidamente justificada; etc." En igual sentido dice LÓPES MEIRELLES que "esa inadmisibilidad se evidencia en los precios cero, simbólicos o excesivamente bajos, en los plazos impracticables de entrega y en las condiciones irrealizables de ejecución frente a la realidad del mercado, la situación efectiva del proponente u otros factores."[56] Lo expuesto no es otra cosa que la aplicación del principio constitucional de la razonabilidad de los actos estatales, lo cual supone excluir la consideración de propuestas teñidas de arbitrariedad o irrazonabilidad, so pena de llevar al fracaso material la contratación realizada en su virtud. Ahora bien, hay que convenir que si el pliego no provee un mecanismo como el que señalamos en el § 5.11, se hace difícil adjudicar al que no tiene el mejor precio. Hay que saber fundamentarlo, con los hechos y las pruebas en el expediente.

5.8.3. *Vicios de forma. Requisitos sin propósito*

La doctrina es pacífica en admitir el saneamiento de los vicios de una oferta, sobre todo tratándose de vicios de forma,[57] acompañamiento de documentación, etc., pero no para vicios graves de la oferta misma. Se trata pues de "evitar actitudes formalistas, buscando subsanar las irregularidades de detalle y *centrando el aná-*

[5.53] EURNEKIAN, EDUARDO, "Carta a mis socios italianos," publicada en diversos periódicos del día 8-II-2000. Ver *supra*, cap. VI, "Servicios públicos," nota 3.34.

[5.54] Como dice DALLARI, *op. cit.*, p. 131, la administración pública "no puede meterse en contrataciones aventureras: no le es permitido al agente público arriesgar la contratación en condiciones excepcionalmente ventajosas, pues ella tiene el deber de velar por la seguridad y regularidad de las acciones administrativas." En la p. 133 el autor advierte nuevamente contra el contrato "temerario," cuya ejecución no está asegurada. Aunque la administración tenga garantía suficiente y se pueda resarcir del daño económico habrá igualmente daño a la colectividad más el costo burocrático de una nueva licitación, citando a FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO, "O edital: exigências possíveis e necesárias para licitar," en el libro de MARÍA GARCÍA (coord.), *Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos*, Río de Janeiro, Forense 1995, p. 108.

[5.55] MÓ, FERNANDO, *Régimen legal de las Obras Públicas*, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 111.

[5.56] LÓPES MEIRELLES, HELY, *Licitação e contrato administrativo*, San Pablo, Malheiros, 1996, 11ª ed., p. 124, que recuerda DALLARI, *op. cit.*, p. 132.

[5.57] ROEHRSSEN DI CAMMERATA, *op. cit.*, p. 198; BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, p. 100; GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, *op. cit.*, p. 177 y ss. En el orden nacional ver la ley 13.064, art. 17.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

lisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta."[58] Sólo si el vicio es puramente formal, suele sostenerse, puede ser subsanado, de lo contrario no.[59] Lo mismo cabe decir de exigencias no formales pero sí carentes de propósito real y suficiente, p. ej. por prematuras.[60] No cabe requerir "sino lo necesario y cuando es necesario, dispensando requisitos inútiles, meramente burocráticos o indebidamente restrictivos de la participación" en la licitación.[61]

5.9. *El principio de contradicción en el análisis de las ofertas*

Es importante que se confiera de oficio un traslado múltiple y recíproco de todas las presentaciones, con acceso irrestricto a las actuaciones, a fin de que cada oferente tenga una oportunidad formal y simultánea de objetar las demás ofertas. Si bien es cierto que se trata de una etapa engorrosa y molesta, pues muchísimas veces los oferentes se dedican a encontrar los más mínimos defectos formales pero no sustanciales en los contrainteresados, de todas maneras obliga a la administración a un estudio sistemático comparativo de las ofertas, en lo cual la creatividad y el esfuerzo de los contrainteresados resulta siempre, a la postre, útil.

5.10. *Criterios para la admisión de ofertas*

Por ello el pensamiento jurídico de jueces y doctrinarios y sobre todo la práctica administrativa, a fin de preservar el principio de concurrencia, han llegado a la conclusión de que en rigor de verdad una oferta debe ser declarada inadmisible no por meros defectos de forma, sino cuando ella presenta vicios que atentan contra la finalidad misma del procedimiento licitatorio, es decir que violan sus principios fundantes al *impedir* la comparación del objeto de la oferta defectuosa con las demás ofertas.

En este sentido LOPES MEIRELLES dice terminantemente que "no se deben anular procedimientos o adjudicaciones, o desechar oferentes por simples omisiones o irregularidades formales en la documentación o en la propuesta, en tanto esas omisiones o irregularidades sean irrelevantes y no causen perjuicio a la administración o a los demás concurrentes."[62] No se trata de principios demasiado novedosos, pues ya hace décadas que vienen levantándose voces contrarias al formalismo en la licitación, p. ej. en cuanto hace a defectos de la oferta, respecto a los cuales es pacífico que su saneamiento no altera el principio de igualdad[63] del mis-

[5.58] MAIRAL, *op. ult. cit.*, p. 18.

[5.59] BANDEIRA DE MELLO, *Licitação*, *op. cit.*, p. 63; FIGUEIREDO, *Direitos dos licitantes*, *op. cit.*, p. 54; ESCOLA, *op. cit.*, t. I, pp. 348-9; ROMERO PÉREZ, JORGE ENRIQUE, *Los Contratos del Estado*, San José de Costa Rica, 1989, pp. 124-5, habla de los incumplimientos relativos, saneables *a posteriori*.

[5.60] DALLARI, *op. cit.*, p. 119: FIGUEIREDO, *op. ult. cit.*, § II.

[5.61] DALLARI, *op. loc. cit.*; FIGUEIREDO, *op. loc. cit.*

[5.62] LOPES MEIRELLES, HELY, *Licitação e contrato administrativo*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1977, 3ª ed., p. 10. La doctrina es uniforme.

[5.63] Así p. ej. ROEHRSSEN DI CAMMERATA, *op. cit.*, p. 198; BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, p. 100.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

mo modo que se admite la presentación de piezas complementarias con ulterioridad a la oferta[64] y en general el saneamiento de vicios de forma.[65] En definitiva, ha de considerarse superado el antiguo excesivo rigorismo formal o el respeto a la forma por la forma misma, que se desentiende de si conduce o no a la finalidad buscada, que en nuestro caso es la de convocar la mayor cantidad posible de ofertas. Cabe pues "evitar actitudes formalistas, buscando subsanar las irregularidades de detalle y centrando el análisis comparativo sobre los aspectos de fondo de cada oferta."[66] Como también se ha dicho, "Los recaudos excesivos, la severidad en la admisión y la exclusión ante omisiones intrascendentes, deben ser reemplazados por aclaraciones oportunas y actos de subsanación. En este punto corresponde aplicar el principio de saneamiento, o sea que debe darse la oportunidad de subsanar las deficiencias de carácter leve que no vulneran la esencia del trato igualitario."[67] "La administración tiene la carga de obviar inconvenientes y permitir la mayor afluencia posible de ofertas, en la inteligencia de que la concurrencia no rige a favor de los oferentes sino en beneficio del Estado."[68]

Se distingue entre ofertas que adolecen de vicios sustanciales en el objeto y aquéllas que presentan meras deficiencias formales. Estas últimas pueden y deben ser saneadas, subsanando el defecto *a posteriori* de su presentación o incluso ser declaradas lisa y llanamente admisibles y válidas si a pesar de tal defecto formal no se ve afectada la base de comparación de la propuesta (precios, cantidades, condiciones y calidad, según los cuatro principios de la doctrina norteamericana e internacional). Es decir, si es suficientemente homogénea en relación a las demás para ser valorada con análogo criterio. Con parecido criterio se lo ha dicho: "El informalismo a favor del admistrado (como lo denomina la ley) o el formalismo moderado (como preferimos denominarlo) es, por eso, un principio que se debe aplicar en todos los procedimientos administrativos haya en ellos contrainteresados o no, siempre que habiéndolos se lo haga igualitariamente y circunscripto a sus exactos alcances, esto es limitado a la posibilidad de que los administrados (en el caso, los oferentes) saneen incumplimientos formales no esenciales."[69]

Al momento de evaluar si el vicio de una oferta es sustancial o meramente formal, debe indagarse si tal vicio afecta o no al objeto de la propuesta y da lugar, o puede dar lugar, a ventajas competitivas en ese aspecto en beneficio del postulante que presentó la oferta; o afecta la base de comparación en dicho aspecto con las demás o, por último, puede entorpecer gravemente el procedimiento licitatorio en su análisis decisorio final respecto al objeto.

[5.64] Ver QUANCARD, *op. cit.*, p. 93 y sus referencias.

[5.65] ROEHRSSEN DI CAMMERATA, *op. cit.*, p. 198; BOQUERA OLIVER, *op. cit.* p. 100; GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, *op. cit.*, p. 177 y ss.

[5.66] MAIRAL, *op. ult. cit.*, p.18.

[5.67] FIORINI y MATA, *op. cit.*, p. 44.

[5.68] FIORINI y MATA, *op. ult. cit.*, p. 44.

[5.69] COMADIRA, *op. cit.*, p. 28.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Si el vicio es puramente formal deberá ser subsanado o bien ni siquiera eso será necesario, en caso que resulte una falta muy leve. Esta es la solución a la que se ha llegado en el derecho comparado.[70] Cuando la oferta presenta un vicio, deberá estudiarse si existe alguna ventaja ilegítima a favor del oferente: allí está el nudo de la cuestión, no en el ciego acatamiento a las formas. Si esta desventaja potencial no existe, puede admitirse la rectificación por el oferente, espontáneamente o a requerimiento. Una vez saneada la oferta debe ser admitida como válida en virtud del principio de concurrencia. Cuantas más ofertas haya, mejor será la selección administrativa del contratista estatal. Otra cuestión es a qué momento el pliego pretende examinar las condiciones que deben cumplir los oferentes. Debe ser al momento de la apertura de los sobres, para permitir que los interesados puedan prepararse para competir.[71] Si se lo fija para el momento de la publicación del llamado o antes,[72] es un signo de voluntad de excluir potenciales oferentes.[73]

5.11. *Sobres A y B: evaluación sucesiva y posterior adjudicación*

Esto puede articularse en el pliego de modo que la licitación tenga dos etapas, una en que se analizan los sobres A y se determinan quiénes reúnen las condiciones básicas para ejecutar el contrato, abriendo el sobre B solamente de ellos.[74] De ese modo se evita que empresas sin capacidad técnica o financiera suficiente compliquen la licitación con precios irrealmente bajos, que no darán sino dificultades en la ejecución. De todas maneras, el sobre no abierto debe ser mantenido en custodia, cerrado, lacrado y firmado, al menos hasta la conclusión del procedimiento, cuando ya no exista posibilidad de acción judicial. Su fundamento es tutelar el derecho a la instancia judicial, que resultaría inidónea si no se preserva la oferta para el caso de tener razón por haber sido mal excluido.[75]

Algunos pliegos han previsto la destrucción por incineración de los sobres B de las empresas cuyo sobre A fuera rechazado. Allí la administración va demasiado lejos: parece ya tener miedo a los hechos y a la verdad; es una dosis malsana de secreto administrativo y ocultamiento o destrucción de pruebas que la ciudadanía tiene derecho a conocer. Por ello preferimos, por razones de transparencia administrativa, el mecanismo que pasamos a explicar a continuación.

5.70 BANDEIRA DE MELLO, *Licitação e perrogativas da administração, op. cit.*, p. 63; FIGUEIREDO, *Direitos dos licitantes, op. cit.*, p. 54; ROMERO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 124-5, habla de incumplimientos relativos, saneables *a posteriori*.

5.71 DALLARI, *op. cit.*, 4ª ed., pp. 106-7.

5.72 DALLARI, *op. loc. cit.*

5.73 BANDEIRA DE MELLO, *Licitação...*, *op. cit.*, p. 37 y ss., p. 55 y ss. Agrega DALLARI, *op. cit.* p. 106, que el pliego es "para atraer personas y no para espantarlas." CARRILLO, SANTIAGO R.; VOCOS CONESA, JUAN MARTÍN y CORDEIRO, MARIANO L., "Licitación pública por etapa múltiple y el rumbo del sistema de concesión vial," *ED, SDA*, 01/XI/2004, pp. 12-15.

5.74 Ver EMILI, EDUARDO O., "La preadjudicación", cap. IX en FARRANDO (H.), *Contratos administrativos, op. cit.*, esp. pp. 333-40.

5.75 DALLARI, *op. cit.*, pp. 122-3.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

5.12. *La adjudicación como facultad reglada*

Hace ya algunos años se practicaba la licitación al mejor postor, como si fuera un remate y en tal caso la adjudicación era obligatoria o necesaria, un mero acto de verificación (*accertamento*). Ello dio lugar a muy fundadas críticas y malas experiencias, pues el precio no puede ser el único parámetro de decisión.[76]

Pero con el transcurso del tiempo se han desarrollado técnicas más sofisticadas que permiten sopesar todos los elementos necesarios y valorarlos razonable y criteriosamente, para llegar de todos modos, conforme a parámetros predeterminados en el pliego, a una decisión verificativa y no discrecional. Veremos ahora cómo funciona en los casos que hemos conocido directamente. Esta variante es que los sobres A incluyan algún tipo de propuesta técnica, metodología, antecedentes, alternativas, etc. y que tales elementos de juicio reciban un puntaje por una o varias comisiones designadas al efecto, antes de abrirse los sobres B, que desde luego deben presentarse simultáneamente. A los efectos de la calificación correspondiente al sobre A se supone que previamente se ha determinado públicamente en el pliego qué incidencia tendrán el puntaje y las diferencias de precio para la adjudicación final, generalmente armando una fórmula polinómica. Pero en cualquier caso es necesario preestablecer cuáles serán las pautas o los parámetros de calificación, para evitar que se manejen discrecionalmente en cada caso, privilegiando en una licitación lo que en otra se toma como secundario.

De este modo se abandona la tradicional discrecionalidad administrativa para adjudicar[77] y se instituye una facultad reglada. Es recomendable también que la asignación efectiva de los puntajes correspondientes a cada uno de los distintos rubros que se consideren (antecedentes, solvencia, proyecto, etc.) sea efectuada por comisiones separadas, independientes las unas de las otras. Es conveniente que ellas sean integradas por funcionarios de distintas reparticiones del Estado, de modo tal que no todos tengan relación de subordinación jerárquica con la autoridad que debe decidir la adjudicación, a fin de evitar en lo posible el favoritismo o la arbitrariedad. El mayor y más variado número y calidad de personas intervinientes y su no dependencia jerárquica de quien debe decidir, garantizan al menos la mayor dificultad de que se presenten situaciones de corrupción o irrazonabilidad.

Ese puntaje se guarda bajo sobre cerrado y en acto público se da a conocer, secuencialmente para cada oferente y en cada caso, simultáneamente a la apertura del sobre A de un oferente, se procede de inmediato a la apertura pública de su sobre B. En tal caso es posible tener una pequeña computadora con un programa de planilla de cálculos y una proyectora.

[5.76] Ver el claro desarrollo de SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, p. 695 y sus referencias: DE LAUBADÈRE, MARCELLO CAETANO, VILLAR PALASÍ, ESTEVES DE OLIVEIRA (nota 533).

[5.77] La doctrina brasileña es uniforme en el punto. Ver, entre otros, DALLARI, *op. cit.*, pp. 124-7 y sus referencias.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

En el mismo acto que se va leyendo, anotando y proyectando en pantalla el puntaje de cada sobre A, a continuación se abre secuencialmente el sobre B de cada oferente, uno a la vez; se lee públicamente y se procede a incorporar los datos pertinentes a la planilla de cálculo y a la pantalla, que esta proyectada *on line* a la vista de todos los interesados y presentes en el acto. Así sucesivamente con los demás oferentes hasta concluir. La computadora da luego, instantáneamente, el resultado de la aplicación de la fórmula polinómica del pliego para cada oferente y al concluir con la última oferta se puede proyectar en pantalla el orden final fruto de la ponderación tanto de los méritos del sobre A como del precio del sobre B, dando así en forma automática la adjudicación al que obtenga el mejor puntaje final. Todo ello en un sólo acto. Nada impide establecer en el pliego que esa será la adjudicación y notificación de la adjudicación, de la que por supuesto quedará constancia escrita en el acta, pero que pasa a ser una facultad reglada, predeterminada y automática en ese momento final, que no requiere de cabildeos, comisiones ni deliberaciones o consultas adicionales de ninguna especie. Lo hemos visto utilizar con apreciable eficacia.

5.13. *Requisitos especiales*

Como muy bien advierte DALLARI,[78] legalmente "no se puede impedir que durante el término de publicidad del pliego las personas se preparen, ajusten y adapten para atender los requisitos de participación. Especialmente en la concurrencia [...] no es posible fijar requisitos que deban ser cumplidos antes o en el momento de la publicación del llamado." "Eso solamente sirve para propiciar la venta de información privilegiada para favorecer determinados oferentes y violar el principio de igualdad."

6. *La aceptación de la oferta: la adjudicación*

6.1. *Preadjudicación*

No siempre se establece en los pliegos, ni en la legislación, la necesidad de hacer una preadjudicación previa a la adjudicación definitiva. Sin embargo es un elemento de fundamental importancia práctica para los propios funcionarios y para la administración, además de los oferentes, pues al ser publicada y otorgarse vista simultánea a todos los interesados, se puede obtener un debate con las impugnaciones que se efectúen, lo cual permite mejor apreciar y fundamentar la decisión que se adopta o, en su caso, modificar la que resulta de la preadjudicación. Se ha discutido si es o no un acto administrativo:[1] a nuestro juicio es un acto administrativo interlocutorio, que no produce todavía los efectos definitivos de la adjudicación pero resulta susceptible de impugnación por la vía recursiva.

[5.78] DALLARI, *op. cit.*, 4ª ed., pp. 106-7, 111.
[6.1] Le niega tal carácter BARRA, *Contrato de obra pública, op. cit.*, p. 643.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

6.2. *Razonable discrecionalidad. Oferta más conveniente*[2]

"Establecer que la adjudicación debe recaer sobre la oferta más conveniente no implica investir a los órganos administrativos de facultades omnímodas sino darles mayor amplitud de apreciación de los distintos elementos de aquélla, más allá del precio, lo que no excluye sino que exige una motivación más cuidadosa y precisa en el acto respectivo, que objetive la ponderación que se realice (*Dictámenes*, 146: 451) y que la apreciación de la oferta más conveniente es una facultad que, si bien discrecional, en manera alguna puede quedar exenta del sello de razonabilidad que debe ostentar toda actividad administrativa para producir efectos jurídicos válidos (*Dictámenes* 114: 124)."

6.3. *Contratación directa por razones de urgencia*[3]

"El requisito de la urgencia debe ir plenamente acreditado mediante estudios técnicos, objetivos, previos y serios que la califiquen como cierta ya que de modo alguno puede quedar librado al criterio subjetivo de funcionarios cuya apreciación exclusivamente personal podría desvirtuar el sentido de la norma reglamentaria impuesta en defensa del interés del Estado"[4] pues "de otro modo podría darse por supuesta una situación de urgencia inexistente, generalizándose así un régimen de excepción que debe, como tal, ser de interpretación y aplicación restrictiva;"[5] "[...] la razón de urgencia no basta para realizar una adquisición" "sino que además, *se deben adoptar las medidas eficientes*[6] para efectuar la compra con premura"[7] de manera que la conducta de la administración y la situación de excepción hallen una coherente respuesta en relación a las necesidades y el tiempo de su satisfacción.

Es que "el apremio debe ser concreto e inmediato y de tal naturaleza que no pueda satisfacerse en tiempo oportuno más que por vía de la contratación directa pues la demora normal de un llamado a licitación provocaría mayores daños al interés público que los que ocasiona la omisión de un requisito exigido por razones

[6.2] En nuestro ordenamiento, cuando se trate de la compra de un bien o servicio estandarizado, en principio, desaparece la facultad discrecional y la oferta más conveniente es la de menor precio. Ver arts. 15 del decreto 1023/2001 y 23 del decreto 436/2000.

[6.3] El derecho brasileño es más exigente en el punto y contempla la "emergencia" —no la urgencia— como dispensa de licitación, como señalaban normas anteriores a la actual legislación: MOTTA, CARLOS PINTO COELHO, *Licitação e contrato administrativo*, Belo Horizonte, Lê, 1990, p. 57, transcribiendo un dictamen de HELY LOPES MEIRELLES.

[6.4] QUANCARD, *op. cit.*, p. 93 y sus referencias. *Dictámenes*, 75: 165; 77: 43 y 205 y 103: 5, etc. Es preciso destacar que la urgencia, por si misma, no revela al órgano administrativo de efectuar invitaciones a los posibles oferentes. Ver arts. 25 del decreto 1023/2001, 26 y 27 del decreto 436/2000 y circular nº 10/2003 de la O.N.C. (Oficina Nacional de Contrataciones.)

[6.5] *Dictámenes*, 89: 106.

[6.6] Obsérvese cómo el principio jurídico de la eficiencia de resultado, que ahora contiene expresamente el art. III inc. 5° de la CICC, viene ya preanunciado hace décadas por la Procuración.

[6.7] *Dictámenes*, 74: 391.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

de conveniencia y moralidad administrativa, en cuyo resguardo se halla también interesado ese mismo interés público."[8]

6.4. *Carácter no obligatorio de la adjudicación*

De acuerdo al art. 18 de la ley 13.064 "La presentación de propuestas no da derecho alguno a las proponentes para la aceptación de aquéllas," lo que ha sido interpretado en el sentido de que la administración no está obligada a efectuar la adjudicación a ninguno de los proponentes incluso aunque sus ofertas fueren admisibles y además convenientes. Pero deben existir concretas razones que justifiquen no adjudicar y dejar sin efecto el llamado, pues despierta sospechas que en una tal situación la administración se niege a concluir el trámite de manera normal, celebrando el contrato. Lo contrato sería admitir que un comportamiento carente de seriedad pudiera ser conforme a derecho, cuando la administración a su vez exige que las ofertas sean serias. Los dos, oferente y administración, deben ser serios, máxime cuando se trata de disposición de fondos públicos con la siempre latente amenaza, o interrogante perpetuo, de la corrupción.

Por extensión del principio, si se adjudicó irregularmente a uno de los proponentes y la adjudicación es luego revocada, ello tampoco obliga a la administración a adjudicar a alguno de los demás proponentes; "todo aquel que participe en una licitación adquiere el derecho, no a la adjudicación," sino a la participación en la competencia.[9] Cada oferente que cumpla las condiciones de la licitación tiene un derecho subjetivo a participar en la comparación de ofertas, pero sólo un interés legítimo a llegar a ser adjudicatario; una vez notificada la adjudicación, el adjudicatario tiene ya, en cambio, un derecho subjetivo. Sin embargo, esta diáfana interpretación se ha prestado a los más variados abusos: la administración hace el llamado y si se presentan los que no están predestinados objetivamente a ganarla en buena ley por tener la oferta más conveniente, entonces el futuro comitente empieza a demorar y complicar el trámite hasta terminar por dejarla sin efecto. Llama nuevamente a licitación, en la esperanza de que los extraños hayan "entendido" el problema, lo que generalmente así ocurre. No quieren gastar nuevamente dinero cuando ven que el pedido de ofertas no es serio sino que es una forma de darle un contrato a alguien predeterminado. Hasta tres veces se han dejado sin efecto licitaciones por este procedimiento. Quienes gustan de investigar los posibles hechos de corrupción harían bien en analizar estas situaciones.

6.5. *Derechos de los oferentes*

Por ello, el acto de la administración que signifique la ilegítima exclusión de una oferta de la concurrencia con las demás, afecta un derecho subjetivo del interesa-

[6.8] *Dictámenes*, 89: 260 y 223.
[6.9] PTN, *Dictámenes*, 62: 15; 73: 34; 77: 265, 283 vta.; 81: 50 y otros. Doctrina uniforme.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

do y es impugnable por éste, tanto administrativa como judicialmente. En cambio, la efectiva adjudicación a una empresa diferente, aunque adoleciera también de ilegitimidad, no afectaba sino intereses legítimos de los demás proponentes y por ello sólo podía ser impugnada administrativamente por estos. Esto ha cambiado sustancialmente, con las situaciones que habiliten derechos de incidencia colectiva.[10] En esta materia, como en tantas otras, reviste un carácter fundamental el control judicial: para ser eficaz, debe manifestarse en medidas cautelares dentro de un proceso de amparo; después ya no sirve pues remite a una ilusoria vía resarcitoria, cuando el oferente no tiene derecho subjetivo a la adjudicación. Pero los jueces son altamente reacios a admitir el amparo mismo en materia de procedimientos licitatorios, llegando a negarlo por vía de principio y tampoco ningún juez dictará una cautelar en un juicio ordinario paralizando así por años la licitación, salvo que se trate de la omisión de los estudios previos de impacto ambiental en el llamado mismo a licitación. La única solución razonable, compatible con la garantía de acceso a una instancia judicial efectiva, es la admisión y resolución oportuna de los amparos y cautelares, incluso medidas autosatisfactivas.[11] Después ya no existe oportunidad alguna de operatividad de la garantía constitucional de control judicial oportuno, suficiente y adecuado. Gran parte de la corrupción y dilapidación de fondos públicos en procedimientos licitatorios se debe a la inacción judicial en el momento en que su intervención correctora era necesaria y no se produjo.[12]

6.6. *Sobre quién debe recaer la adjudicación*

El art. 18 de la ley 13.064 establece que la adjudicación "recaerá sobre la (oferta) más conveniente, siendo conforme con las condiciones establecidas para la licitación."[13] La oferta más conveniente no es necesariamente la de *menor precio*. "Generalmente lo será la que cotiza más bajo [...] (pero) no siempre ocurre así;"[14] "En materia de obras públicas no existe norma alguna que imponga en forma impera-

6.10 Ver en este sentido BOTASSI, CARLOS ALFREDO, *Contratos de la administración provincial*, La Plata, Scotti, 1996, p. 57; "Demanda de amparo para cuestionar un pliego de licitación," *LL*, 1994-B, 400 y el fallo que allí comenta, *Transportes y Construcciones*, *LL*, 1994-B, 402; en igual sentido Cámara Federal de Mar del Plata, fallo del 2-III-2000, *Compagnie Générale d'Entreprises Automobiles*. Ampliar *supra*, caps. II a IV.

6.11 *Infra*, cap. XIII, "La tutela judicial," § 9.8, "La tutela autosatisfactiva o anticipatoria;" *Gambier II*, Sala II, *LL*, 1999-E, 624; cap. III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva," § 6.6, "El caso del ciudadano GAMBIER. El derecho a la vigencia del principio de legalidad. Otros derechos colectivos."

6.12 Nos remitimos a lo desarrollado en los caps. III, XIII y ss. Una excelente intervención judicial preventiva de corrupción en el caso *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, "Civismo y amparo...," *op. cit.*, en que una afiliada del PAMI logró que la justicia anulara una cláusula indemnizatoria incausada de 168 millones de dólares.

6.13 La existencia de un único oferente habilitado no es óbice a la adjudicación, según lo establece el art. 82 del decreto 436/00. Ver, entre otros, BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, *op. cit.*, 17ª ed., cap. XI, secc. XI, § 117, p. 547.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

tiva la adjudicación en favor de las propuestas de menor precio ya que [...] en la apreciación de las ventajas de una oferta pueden jugar otros factores ajenos al costo que hagan aconsejable la adjudicación a favor de una oferta de mayor precio que reúne otras condiciones que la transforman en más conveniente."[15] El factor fundamental que puede hacer menos ventajosa a la oferta de más bajo precio es la deficiente capacidad técnica o financiera de la empresa, en relación a la índole y magnitud del trabajo a encomendársele.[16]

La apreciación de los factores que pueden llevar a desechar una oferta de menor precio y preferir otra de precio más elevado debe tener adecuado sustento fáctico y motivación. Si bien comporta el ejercicio de una atribución discrecional, debe ser razonable y debidamente fundada.[17] Por lo demás, se ha generalizado en los últimos tiempos la inclusión en los pliegos de cláusulas que exigen que los proponentes acrediten su *capacidad técnica:* en tales casos las empresas que no "acreditan" una capacidad técnica suficiente para realizar las obras de que se trata, son ofertas que "no se ajustan" a los pliegos y pueden ser rechazadas *por tal causa* aunque su precio fuere menor. Desde luego, se trata de un principio que debe ser aplicado con mucha prudencia, pues en este caso "hay que precisar, si cada oferente es «capaz» técnicamente de llevar a cabo los trabajos licitados, pero no el «más capaz»."[18] El reglamento de contrataciones, por su parte, evolucionó de una antigua formulación en que la adjudicación debía recaer "en la propuesta que, ajustada a las bases de la contratación, sea la de más bajo precio," a la ulterior según la cual debe adjudicarse a la oferta "más conveniente."

El objetivo es contratar en condiciones comparables con el mercado y si este objetivo se frustra porque la administración ha manejado las cosas como para tener pocos oferentes en comparación a los existentes en el mercado, ello producirá el resultado de no conseguir sino precios y condiciones menos conveniente que los generales del mercado, que ya no serán razonables[19] ni válidas.[20] En tal caso ha fracasado no solamente en su objetivo legal, sino también en el manejo y aprovechamiento de los fondos públicos, que es el requisito de eficiencia impuesto por la CICC. Debe tomarse siempre como señal de alarma la presencia de pocos oferentes y por ello tampoco deben prolongarse demasiado los trámites de la licitación. El devenir del tiempo produce cambios en el mercado y es posible que existan nuevos interesados ofreciendo mejores condiciones que los presentados. Deben por ello, a nuestro juicio, admitirse ofertas tardías mayores que tengan garantía suficiente de mantenimiento y —tomándolas como base, previa garantía de mantenimiento

6.14 SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 565. Ver arts. 15 y 23, de los decretos 1023/01 y 436/00.

6.15 PTN, *Dictámenes*, 87: 91; 88: 189.

6.16 *Dictámenes*, 86: 4.

6.17 *Dictámenes*, 86: 4 y 17. MARTÍNEZ, PATRICIA RAQUEL "La adjudicación," cap. X, en FARRANDO (H.), *Contratos administrativos, op. cit.*, esp. pp. 363-70.

6.18 *Dictámenes*, 89: 82, 89.

6.19 Contrariando así el art. 2º inc. *h)* de la ley 25.188 de ética pública.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

de su oferta— realizar un nuevo llamado. Lo hemos visto en licitaciones de quiebras y ha sido eficaz.

6.7. *Eficiencia*

De todas maneras, ya hemos explicado[21] que el art. III inc. 5° de la CICC exige que la contratación sea *eficiente*,[22] lo cual en la práctica ha de manejarse por los letrados de la administración con el mismo cuidado que la urgencia.

Ello significa que debe haber un informe técnico, suficiente y razonado, proveniente de los organismos permanentes de asesoramiento técnico, que demuestren fundadamente cómo y por qué el objeto contractual y el acto mismo de adjudicación reúnen tal característica.

La eficiencia ha quedado transformada, de un simple requerimiento algo ingenuo de la ciencia de la administración, en principio jurídico de nivel supranacional, cuya aplicación y cumplimiento es *jurisprudencialmente* inexcusable para todos los funcionarios y agentes del Estado argentino. Es un principio jurídico indeterminado, que se transforma en facultad reglada cuando se configuran los hechos determinantes.

6.8. *Equidad y justicia. Razonabilidad*

Lo mismo cabe decir de la *equidad* que la misma norma exige y que debe traducirse como *justicia* del contrato que celebra la administración respecto de los terceros a los cuales afecta.

Aquí también el valor de justicia, que se entendió siempre de carácter sublegal, viene ahora a quedar transformado en un principio de carácter supralegal y supranacional y así debe aplicárselo, con los mismos recaudos de razonabilidad y justificación antes expuestos. Su transgresión no es materia de filosofía del derecho, es cuestión de derecho escrito, positivo, que además es iusfilosóficamente justo. Lo exige también el art. 2º inc. *h*) de la ley de ética pública, en cuanto obliga al agente público a adoptar soluciones *razonables* en los procedimientos de contratación pública, lo cual incluye el objeto y el precio del contrato.[23]

6.20 Así se desprende de los informes de RAFAEL A. BIELSA en la SIGEN.

6.21 "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091.

6.22 También aparece exigida en el decreto 229/00, art. 4º, inc. g): "Transparencia: Los organismos prestadores de servicios a los ciudadanos en tanto tales, deben realizar la publicidad de su gestión, en cuanto a conocer *qué puede razonablemente esperarse en cada caso, como garantía de efectividad y eficiencia en la asignación de sus recursos* humanos, económicos y financieros" y la ley de ética pública, art. 2º, inc. *h).* También ha sido tomado en cuenta por el decr. 1172/03, en cuanto consideró que "constituye un objetivo de esta administración fortalecer la relación entre el Estado y la Sociedad Civil, en el convecimiento de que esta alianza estratégica es imprescindible para concretar las reformas institucionales necesarias para desarrollar una democracia legítima, transparente y eficiente."

6.23 Es el mismo requisito de "objetividad, justicia e imparcialidad" que exige el art. 4º, inc. *b)* del decreto 229/00.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

6.9. *Perfeccionamiento del contrato*

En principio el contrato quedaría perfeccionado con la notificación al interesado de la adjudicación efectuada en su favor.[24] Sin embargo, la ley de obras públicas da a entender en sus arts. 20 a 24 que es necesario el cumplimiento de un requisito adicional: la firma del instrumento del contrato. Otras veces se puntualiza que el contrato se perfecciona con la notificación de la adjudicación, dentro del período de mantenimiento de las ofertas. Ello parece confirmar que, vencido el plazo de mantenimiento de la oferta y su prórroga en el caso, la oferta pierde automáticamente validez.[25] En las privatizaciones es también normal que exista un documento o instrumento contractual que se firma por las partes, pero cabe destacar que no puede ser materia de negociación entre las partes con posterioridad a la adjudicación, como ha ocurrido en más de una oportunidad. Ello importa transformar la licitación pública en una contratación directa, nula y no transparente. El documento del contrato debe formar parte de los pliegos y en todo caso ser discutido en la misma ocasión en que se debaten los pliegos, como se señaló más arriba. Una vez recibidas las objeciones de todos los interesados la administración debe preparar el documento final antes de recibir la oferta económica y los adjudicatarios resultarán obligados por ese texto como por el pliego mismo, sin que quepan ya aclaraciones de especie alguna. Por ello la práctica más sana es la de requerir la presentación del contrato ya firmado por los que presentan oferta económica y dejar sentado que el contrato se perfecciona con la notificación de la adjudicación, según la regla general del derecho común.

6.10. *Aclaraciones al pliego*

En cualquiera de estos casos es manifiesto que el acto de adjudicación o el instrumento del contrato no pueden contener previsiones diferentes de las que rigieron el llamado a licitación. Esto ocurre lamentablemente con alguna frecuencia, a guisa de seudo "aclaraciones" al pliego que va haciendo la autoridad licitante a medida que los oferentes presentados le van preguntando acerca del alcance o significado de tal o cuál cláusula. Por supuesto, si la aclaración al pliego en realidad lo modifica o desnaturaliza, en ese aspecto no ha habido licitación pública, por cuanto los terceros interesados que potencialmente podrían haberse presentado a competir habrán dejado de hacerlo ante una norma clara del pliego que resultaba adversa a sus intereses, sin imaginar que la autoridad licitante podría luego autorizar una modificación del pliego solamente para los que quedaron en carrera.[26]

[6.24] Comp. SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 566. Ver también *infra*, t. 3, sobre la importancia de la notificación para el nacimiento del acto al mundo jurídico, cap. X, "Formalidades," § 1.2, "Enunciación," § 1.2.3, "Notificación."

[6.25] Ver arts. 20 y 84, de los decrs. 1023/01 y 436/00, respectivamente.

[6.26] Nuevamente, la única solución viable para estas situaciones es la que surge de los antecedentes mentados *supra*, nota 4.2.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

El reglamento de contrataciones establece en su art 86 del decreto 436/00, recordando que el orden de prelación normativo vigente decreciente sería el conformado por el decreto 1023/01, las disposiciones del decreto 436/00, el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, la oferta y las muestras que se hubieren acompañado, la adjudicación y por último la orden de compra.

7. *Excepciones al requisito de la licitación pública*

El régimen de contrataciones de la administración nacional, el reglamento de contrataciones y la ley de obras públicas prevén una serie de casos en que puede prescindirse de la licitación pública; ello no significa que sea obligatorio *no hacer* licitación pública, sino que se faculta a la administración para proceder de tal modo si lo cree conveniente.[1] En la práctica, algunas entidades estatales suelen hacer licitación privada cuando están autorizadas en el caso para realizar una contratación directa, o licitación pública cuando pueden hacerla privada. En las Provincias es frecuente que la Constitución local exija la licitación pública. Una diferencia entre los sistemas mencionados al inicio de este § 7 es que la de obras públicas establece las excepciones a la licitación pública, disponiendo que en todos esos casos la administración puede indistintamente efectuar una licitación privada o una contratación directa (art. 9°); el régimen general de contrataciones, en cambio, prevé ciertos casos —en razón del monto— en que exige por lo menos la licitación privada y sólo en los restantes autoriza ya la contratación directa:

7.1. *Monto menor a una suma determinada*

El reglamento de contrataciones autoriza la contratación directa, la licitación o concurso privado hasta un monto en cada caso y requiere la licitación o concurso públicos a partir de determinada suma. No se trata del monto presupuestado o calculado por el licitante, sino de aquel por el que efectivamente contrata.[2]

7.2. *Adicionales*

Cuando se contrataren trabajos adicionales, en las condiciones y límites que la ley determina (art. 9°, inc. *b*, modificado por el art. 33 del decr. 1032/01.)

7.3. *Urgencia*

Tanto el régimen de contrataciones de la administración nacional autorizan a contratar directamente por razones de urgencia, pero mientras que la primera sólo exige que exista urgencia, la segunda dispone además que ella se deba a

[7.1] Conf. GRAU, *op. cit.*, p. 703.
[7.2] MÓ, *op. cit.*, p. 105.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

"circunstancias imprevistas."[3] No parece una solución razonable. No porque los funcionarios públicos hayan sido negligentes y las obras se tornen gravemente imperiosas por el transcurso del tiempo, podrá negarse a la administración la posibilidad de satisfacer la necesidad pública con la verdadera urgencia que requiera. Con todo, "No se trata [...] de una urgencia abstracta, en general común, por otra parte, respecto de todas las obras de gran magnitud vinculadas a objetivos de interés nacional. El apremio debe ser concreto e inmediato y de tal naturaleza que no pueda satisfacerse en tiempo oportuno más que por vía de la contratación directa, pues la demora normal de un llamado a licitación provocaría mayores daños al interés público que los que ocasione la omisión de un requisito exigido por razones de conveniencia y moralidad administrativa, en cuyo resguardo se halla también interesado ese mismo interés público."[4] Lo que corresponde en tales casos es hacer responsables a los funcionarios públicos que con su inacción han generado la demora, sin perjuicio de solucionar el problema con la urgencia que el mismo objetivamente requiera. Por lo demás, la urgencia debe ser concreta e inmediata y debe estar debidamente acreditada y fundada en los pertinentes estudios técnicos;[5] tiene larga data en todos los ordenamientos jurídicos como medio de prescindir de trámites y formalidades requeridos por la ley.[6] La administración, con todo, es muy renuente a invocar la causal de urgencia, quizás porque el escrutinio público es fácil al respecto.

7.4. *Reserva*

La ley 13.064 autoriza la contratación directa "Cuando la seguridad del Estado exija garantía especial o gran reserva;" la de contabilidad, por su parte, lo dispone

[7.3] La ley de obras públicas habla de "trabajos de urgencia reconocida o circunstancias imprevistas;" la ley de contabilidad, de "razones de urgencia, cuando a mérito de circunstancias imprevistas no pueda esperarse la licitación." En Uruguay se ha interpretado que podría de todos modos prescindirse de la licitación pública si la urgencia no permitiera cumplir con tal requisito: SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. II, p. 75, nota 1.

[7.4] PTN, *Dictámenes*, 89: 260, 267.

[7.5] Ha dicho así la PTN que "la urgencia, invocada como razón de excepción al procedimiento de licitación pública, para ser probada requiere estudios técnicos objetivos previos y serios que la califiquen como cierta. De modo alguno puede la determinación de la misma quedar librada al criterio subjetivo de funcionarios cuya apreciación exclusivamente personal podría desvirtuar el sentido de la norma" (70: 127; 77: 43 y 265; 86: 367; 89: 260, etc.). Y no sólo debe haber estudios técnicos que acrediten la urgencia, sino que ella debe además estar corroborada por la propia conducta de la administración pública al celebrar el contrato: "No basta para usar de un procedimiento de excepción al régimen general de las licitaciones, calificar una compra de urgente, sino que deben tomarse, además, todas las medidas eficientes para efectuarla con premura" (75: 165 y 168 vta.; 86: 369; 89: 106, 110, en materia de suministros).

[7.6] Nuestro art. "Legalidad y urgencia en el derecho administrativo," cap. VI del libro *Después de la Reforma del Estado, op. cit.*; "Emergencia residual en la deuda pública interna (La ley 24.447 sobre caducidad de créditos contra el estado previos a 1991)," *LL*, 1995-C, 839, cap. V del libro *Después de la Reforma del Estado, op. cit.*; "La emergencia administrativa argentina de 1989-1992," en el *Libro de Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz*, San José, 1993.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

"Cuando las circunstancias exijan que las operaciones del gobierno se mantengan secretas." Si bien ninguna de las dos leyes da elementos para indicar qué ha de entenderse por cuestiones que *exijan* secreto o gran reserva, entendemos que esta causal debe interpretarse restrictivamente[7] y que deben aplicarse las mismas exigencias establecidas con referencia a la urgencia; luego, la necesidad de mantener el secreto debe estar debidamente acreditada mediante informes técnicos serios y razonables. Un caso especial es el de la legislación militar que autoriza operaciones bajo reserva, lo cual ha dado lugar a grandes escándalos de ventas de armas a países de los cuales hasta éramos garantes del proceso de paz. Ello demuestra más que suficientemente que las normas de la CICC deben tenerse como supralegales y operativas también en materia militar: publicidad, equidad, eficiencia, son parámetros que ninguna contratación pública puede hoy desoír sin incurrir en grave violación interna e internacional.

7.5. *Especial capacidad*

La ley 13.064 se refiere a que "para la adjudicación resulte determinante la capacidad artística o técnico-científica" y la de contabilidad a "Las obras científicas, técnicas o artísticas cuya ejecución debe confiarse a empresas, personas o artistas especializados." Se aplica también aquí lo dicho más arriba.

7.6. *Marca, patente o privilegio*

La ley de obras públicas y el régimen de contrataciones de la administración nacional prevén que el ejecutor del trabajo tenga patente o privilegio, o se trate de bienes cuya fabricación o venta sea exclusiva. La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que no haya sustitutos convenientes. En todos los casos la determinación de que no existen sustitutos convenientes deberá basarse en los correspondientes informes técnicos en los que expresamente se consignen las razones de conveniencia.

7.7. *Licitación pública desierta*

Cuando no se ha presentado ningún proponente a una licitación pública esta se considera desierta y puede contratarse directamente, según lo establecen las dos leyes comentadas, pero con los mismos pliegos y condiciones con que se efectuara el llamado a licitación pública.

[7.7] El art. 53 *in fine* de la Constitución de la Ciudad se inclina, mejor aún, por la prohibición total: "Todos los actos que impliquen administración de recursos son públicos y se difunden sin restricción. No hay gastos reservados, secretos o análogos, cualquiera sea su denominación." Toda esta temática debe también ser mirada críticamente en el derecho nacional: ver RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, "Leyes secretas ¿Antagónicas con un estado de Derecho?," *LL*, 2005-D, 481. Tenemos una pesada herencia, procuremos aligerarla y no sobrecargarla aún más. Ver también, *supra*, cap. XI, §1.2, nota 1.30.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

7.8. *Licitación pública fracasada por inadmisibilidad de las ofertas*

Dichas leyes prevén como causal de contratación directa el que una licitación pública anterior haya fracasado porque "no se hubiesen presentado en la misma ofertas admisibles." Oferta "inadmisible" no es oferta "inconveniente," sino una oferta que —conveniente o no— no se ajusta a los requisitos de los pliegos y bases de la licitación; en otras palabras, se trata de una oferta que no ofrece exactamente lo solicitado, o no lo ofrece en las condiciones o con los requisitos requeridos. Por ello el concepto de inadmisibilidad se vincula con las exigencias específicas del pliego de condiciones y "sería erróneo, en cambio, atribuir carácter de «oferta inadmisible» a la que, aunque ajustada al pliego de condiciones, se estimara inconveniente por razones de precio, financiación u otras circunstancias."[8]

Es por tales razones que no se puede contratar directamente en base a esta causal "cuando se han recibido propuestas que si bien son aceptables (admisibles) por ajustarse a las bases del remate, resulten inconvenientes a juicio de la administración."[9] Al igual que en el caso anterior, la contratación directa que se efectúa debe hacerse con las mismas condiciones y requisitos que la licitación pública fracasada, pues de lo contrario se facilitarían procedimientos irregulares, tales como exigir en una licitación pública ciertas condiciones que por su imposibilidad de ser cumplidas determinarán la segura inadmisibilidad de todas las ofertas, para luego, suprimiéndolas, realizar una contratación directa con la firma que se quiera. Otra variante es realizar un segundo llamado con modificaciones al pliego; de fracasar el segundo se puede contratar directamente, pero sólo con el segundo pliego.

7.9. *Licitación pública anulada*

En la práctica a veces se habla impropiamente de "licitación pública anulada" para referirse al caso en que se ha decidido no adjudicar porque las ofertas presentadas son inconvenientes; ello desde luego, no configura jurídicamente una anulación ni permite tampoco contratar directamente. Ahora bien, si la licitación fuera efectivamente declarada inválida en razón de un vicio cometido en su sustanciación, la situación no varía, pues la ley no prevé un caso tal como causal de contratación directa y además la extinción vuelve a las cosas a su estado anterior: es decir, no ha habido en verdad licitación pública.

8. *El régimen de iniciativa privada*

Fue instituido en la reforma del Estado[1] pero prontamente cayó en disfavor y de hecho se desalentó en los casos ocurrentes.

[7.8] *Dictámenes,* 77: 43 y 265; 80: 49; 89: 106.

[7.9] *Dictámenes,* 77: 265.

[8.1] Ver "La iniciativa en obras y privatizaciones" y "El pliego de la iniciativa" en nuestro libro *Después de la reforma del Estado, op. cit.*, pp. 10-23 y el capítulo III del decr. 436/00.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Capítulo XIII

LA TUTELA JUDICIAL[1]

I. *La herencia del pasado*

1. *Dificultades del tema*

Ya explicamos cómo y por qué la administración no puede constitucionalmente ejercer jurisdicción alguna.[2] También destacamos como principio supranacional

[1.1] Ampliar en la señera obra de MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 2 ts., 1984/5; REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000; D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003; POLICE, ARISTIDE, *Il processo amministrativo in Argentina*, Milán, Giuffrè, 2002; COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Procedimientos Administrativos*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002; TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *Administración y justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1983, 2 ts.; GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, 2 ts.; LUQUI, ROBERTO ENRIQUE, *La revisión judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Astrea, 2005, 2 ts.; BOSCH, JORGE T., "Lo contencioso administrativo y la Constitución nacional," *LL*, 81:830; VALLEFÍN, CARLOS A., *Protección cautelar frente al Estado*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002; GALLEGOS FEDRIANI, PABLO O., *Las medidas cautelares contra la Administración pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2002; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, "Emergencia económica, inconstitucionalidad sobreviniente y control de razonabilidad en el caso *Tobar*," en AHE, DAFNE SOLEDAD (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 143-155; MILANTA, CLAUDIA A. M., "Proyección de la tutela judicial en materia administrativa. La fuerza normativa de la Constitución en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires," en BOTASSI, CARLOS A. (dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, LEP, 2003, pp. 451-79; ARIAS, LUIS FEDERICO, "El «descontrol» judicial de la función administrativa en la Provincia de Buenos Aires," en AHE, *op. cit.*, pp. 227-255; GUGLIELMINO, OSVALDO, "La Justicia Federal en la emergencia," en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 23-30; AHE, "El desamparo del amparo," *LL*, 2002-C, 1226; "La realidad del fuero en lo contencioso administrativo federal: El desamparo del amparo," en MILJIKER, *op. cit.*, pp. 41-51, reproducido en *RAP*, 288: 191; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, Civitas, 2001, 3ª ed.; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Thomsom/Civitas-La Ley, 2006, t. I, 12ª ed., t. II, 9ª ed.; con notas de AGUSTÍN GORDILLO, nuestras notas X.1, "Potestad jurisdiccional de la administración activa," p. 544-A; IX.2, "Autotutela y tutela cautelar efectiva," p. 544-A; IX.3, "Si no hay tutela cautelar efectiva, hay irresponsabilidad," p. 544-C.

[1.2] Ver *supra*, cap. IX del t. 1, "Las funciones del poder," § 8 a 19.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

el derecho a la "tutela judicial efectiva," lo que significa inexistencia de sectores inmunes al control judicial y a la justicia *pronta* y *eficaz*.[3] El tema de "lo contencioso administrativo" en el orden nacional es una discusión que pudiera o debiera superarse.[4] Lo está en sus trazos esenciales, aunque quedan algunos resabios de instituciones de los códigos locales o del contencioso administrativo francés,[5] impropiamente receptadas por alguna doctrina y jurisprudencia,[6] pero van en constante disminución. Del mismo modo algunas provincias han ido modernizando por ley o por decreto-ley sus códigos, tanto en terminología como en contenido, lo que ayuda a despejar esos viejos errores nacionales:[7] Entre Ríos, 7061; Formosa, 584; La Rioja, 4243; Mendoza, 3918; Neuquén, 1305.

También cabe abrigar, por ello, la esperanza de que en caso de concretarse las regiones judiciales que autoriza la Constitución de 1994, se puedan lograr mayores avances en la materia.[8] Lo propio ha ocurrido con dos grandes jurisdicciones:

[1.3] Ver *supra*, t. 1, cap. VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo;" art. 8, inc. 1° y art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica. Como ha dicho más de un magistrado, con las cláusulas constitucionales y de las convenciones y tratados internacionales que se resumen en frases como las recordadas y otras de igual tenor, un magistrado no necesita más para hacer justicia. Hasta se puede decir que la regulación que los legisladores hacen a través de los códigos procesales administrativos terminan siendo receptáculos de renovadas luchas del poder político para *evitar* el control a que la constitución y los tratados han sometido al poder. Los legisladores suelen ser la vía permeable a tales influencias del poder político que quiere cercenar o limitar el control. Por eso el constituyente salteño, al regular en la constitución de esa Provincia los elementos esenciales de la tutela del amparo, concluyó el esquema de su tutela constitucional *prohibiendo* expresamente al legislador dictar ley alguna regulándolo, en la certera previsión que el legislador sólo intentaría deshacer la tutela constitucional.

[1.4] Sobre la filiación política e histórica de estas teorías ver García de Enterría, "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)," *RAP*, 38: 159, Madrid, 1962.

[1.5] Por supuesto, no estamos ante una cuestión semántica. El problema es el contenido, cuando limita el control judicial.

[1.6] Lo sostuvimos desde 1965 en nuestro art. "Acerca de la revisión judicial de los actos administrativos (Confusiones que origina lo «contencioso-administrativo»)," *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1965-III, 111.

[1.7] *Supra*, nota 1.6, donde seguimos a Bosch, Jorge Tristán, *Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública*, Buenos Aires, 1951; del mismo autor, "Lo contenciosoadministrativo y la Constitución nacional (En homenaje al doctor Luis V. Varela, con motivo de cumplirse el 1º de febrero de 1956, el 50º aniversario del «Código de Procedimientos de lo contenciosoadministrativo para la Prov. de Buenos Aires»)," *LL*, 81: 830-2; "El origen de la jurisdicción contenciosoadministrativa en Francia y la doctrina de la separación de los poderes," *Revista Argentina de Estudios Políticos*, Buenos Aires, 1945, p. 91 y ss.; Linares, Juan Francisco, "Lo contenciosoadministrativo en la Justicia Nacional Federal," *LL*, 94: 919; "Lo contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires (La deformación jurisprudencial de un código)," *LL*, 96: 852; Fiorini, Bartolomé, "La crisis del contenciosoadministrativo," *LL*, 107: 1168; *Qué es el contencioso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965. Posteriormente, entre otros, Diez, *Derecho administrativo*, t. VI, Buenos Aires, Plus Ultra, 1972, p. 27 y ss.; González Pérez, Jesús, *El contencioso administrativo y la responsabilidad del Estado*, Primer Encuentro Hispano-Argentino, Abeledo-Perrot, 1986, p. 29; Aberastury (h.) y Cilurzo, María Rosa, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

[1.8] "La región argentina a partir de la Constitución de 1994," cap. X de nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

la Ciudad de Buenos Aires[9] y la Provincia de Buenos Aires.[10] Ayudó que alguna doctrina entendiera que el tema pertenece al derecho procesal.[11] Avanzaron a su vez los procesalistas, sin influencias del sistema francés,[12] tan ajeno al nuestro de revisión judicial.[13] El cambio de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ayudó,[14] como las nuevas generaciones;[15] aunque existieron retrocesos.[16]

2. *Diferencias entre "plena jurisdicción" y "anulación"*

Las diferencias entre ambos giraban en torno a tres cuestiones.[1]

2.1. *Derechos protegidos*

a) En primer lugar, el recurso de plena jurisdicción procede para la defensa del derecho subjetivo, o sea, una pretensión exclusiva a un individuo.

[1.9] Ver UGOLINI, DANIELA, "El proceso administrativo en la Ciudad de Buenos Aires," en *Código Contencioso Administrativo y Tributario y demás normas del proceso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 3-31, con nuestro prólogo; BALBÍN, CARLOS F., *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Astrea, 2003.

[1.10] Ver PERRINO, PABLO ESTEBAN, "La justicia contencioso administrativa en la Constitución de la provincia de Buenos Aires reformada," *LL*, 1995-E, 798; SORIA, DANIEL FERNANDO, "El proceso administrativo bonaerense ante la reforma constitucional," *RAP*, 209: 13. Ver también TRIBIÑO, CARLOS ROBERTO y PERRINO, *La justicia contencioso-administrativa en la provincia de Buenos Aires. Jurisdicción y competencia. La reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995; BOTASSI (coord.) *El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos* Aires, La Plata, Librería Editora Platense, LEP, 2004.

[1.11] MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 142. Ver BOSCH, *op. loc. cit.*; MAIRAL, *op. cit.*, t. I, p. 197, nota 214.

[1.12] Señala FIORINI con acierto que "la doctrina de los juristas franceses, adquirió señorío en la cátedra universitaria provocando el conflicto de un estancamiento en el desarrollo legislativo sobre la materia. Lo que la cátedra impartía no encontraba eco ajustado, ni en la realidad vernácula, ni en la legislación positiva;" *Qué es el contencioso, op. cit.*, p. 113.

[1.13] Y del que los españoles, de quienes lo heredamos, tratan con dificultad de desembarazarse, como se advierte en el excelente libro de FERNÁNDEZ TORRES, JUAN RAMÓN, *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Madrid, Civitas, 1998, especialmente "Introducción," cap. I, p. 33 y ss. y cap. XIV de "Reflexiones finales sobre una futura reforma del contencioso-administrativo," p. 328 y ss.

[1.14] BOTASSI, "El proceso administrativo bonaerense con base en el interés legítimo (Un fallo histórico)," *LL*, 1996-C, 20, nota al caso *Rusconi* de la SCJBA, *LL*, 1996-C, 22; *Actualidad en Derecho Público*, 2: 22, año 1996, nota de JORGE SALOMONI y GABRIELA STORTONI.

[1.15] Ver FARRANDO, ISMAEL (H) y MARTÍNEZ, PATRICIA, *Manual de derecho administrativo, op. cit.*; URRUTIGOITY, JAVIER, "¿Hacia donde va (o debiera ir) el proceso administrativo, tras la reforma constitucional?," en AA.VV., *Protección del administrado*, Buenos Aires, 1997, p. 81 y ss.; CORREA, JOSÉ LUIS, "Suspensión de la ejecución del acto administrativo," igual libro, p. 197 y ss.

[1.16] Ver nuestro"La justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires (Una contrarreforma inconstitucional)," *ED*, 30-XI-01; reproducido, con modificaciones, bajo el título "Administrar sin justicia," en *RAP Provincia de Buenos Aires*, 1-1: 11-25, año 2003; POLICE, *Il processo amministrativo in Argentina. Garanzie dello Stato di diritto ed emergenza economica*, Milán, Giuffrè, 2002, cap. 4, "La favola della *Girafa Azzurra*," pp. 127-35.

[2.1] Comp. BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. V, 6ª ed.; CHAPUS, RENÉ, *Droit du contentieux administratif*, París, Montchrestien, 4ª ed.; RODRÍGUEZ R., LIBARDO, *Derecho administrativo general y colombiano*, Bogotá, Temis, 2000, 12ª ed., § 352-9, p. 233 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

b) En cambio, el recurso de anulación, o por exceso de poder, etc., procede para la defensa del interés legítimo, no del derecho subjetivo.

2.2. *Naturaleza del procedimiento*

a) El procedimiento en el recurso de plena jurisdicción es similar al del proceso ordinario: demanda, contestación, apertura a prueba, etc.; el administrado y la administración tienen ambos el carácter de partes y las facultades del juez son las usuales: no actúa de oficio, prima la impulsión por las partes y el principio de la verdad formal, etc.

b) En cambio, el procedimiento en el recurso de anulación: es abreviado, la administración no tiene el carácter de parte, no hay apertura a prueba, las facultades del juez son más amplias. Prima el principio de la impulsión e instrucción de oficio, en lugar de la impulsión de las partes y el principio de la verdad material en lugar del de la verdad formal.

2.3. *Facultades del tribunal en la sentencia*

a) En el procedimiento de plena jurisdicción, como lógica consecuencia de haber dos partes en el proceso, las cuales pueden ofrecer y producir prueba, etc., con una discusión amplia de los hechos y el derecho, las facultades del juez en la sentencia son amplias: puede anular total o parcialmente el acto, disponer otra cosa, otorgar indemnizaciones, etc. El nombre de "plena jurisdicción," destaca que el tribunal resuelve con jurisdicción "plena" o normal.

b) En el procedimiento de anulación, la administración no es parte en el proceso, no se ha podido hacer una normal producción de pruebas, etc.; por todo ello, las atribuciones del tribunal en la sentencia son más limitadas; sólo puede rechazar el recurso o disponer la ilegitimidad del acto en su confrontación con las normas positivas. Por ello se llama "de anulación" o "de ilegitimidad." Ese sistema no es el nuestro en el orden nacional. Tampoco es el sistema de los códigos provinciales modernos, que se van inclinando por la unidad de acción —un solo tipo de acción— con diversidad de pretensiones posibles (anulación, indemnización, etc.)

En ambos casos hay diversidad de procedimientos, pero no se vinculan con la acción ni con las pretensiones. Tenemos así los juicios de conocimiento (ordinario y sumarísimo); la acción de amparo, que no es juicio de conocimiento; la acción declarativa de inconstitucionalidad, que sí lo es; la acción de defensa del consumidor, que tramita como juicio de conocimiento sumario o sumarísimo; los recursos directos ante cámaras de apelación, etc. Todo esto debiera manejarse con aplicación de los principios generales del control judicial normal y del CPCCN, *nunca* con referencia al derecho comparado del "contencioso administrativo."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

3. *Las confusiones entre "lo contencioso administrativo" y el derecho procesal administrativo*

La ley denomina "contencioso administrativos" a los tribunales judiciales federales con competencia en materia procesal administrativa. Es la leyenda con la que se imprime la papelería del fuero, pero no parece ser normativamente fundante de soluciones que se aparten del CPCCN. Como señala BOSCH,[1] la expresión "lo contencioso administrativo" es errada si se pretende "hablar de jurisdicción o de proceso, porque ambos vocablos ya indican, de por sí, que estamos en presencia de una actividad de naturaleza jurisdiccional. Sería por lo menos superfluo interponer la palabra «contencioso» entre las de «jurisdicción administrativa» o «proceso administrativo». Nadie diría jurisdicción contencioso civil o contencioso penal, proceso contencioso civil o contencioso penal (laboral, etc.) Pareciera que tampoco para denominar al órgano especial que ejerce jurisdicción administrativa. Con decir juzgado o cámara o sala «en lo administrativo» es suficiente; como lo es también decir juzgado «en lo civil», cámara «en lo penal», etc. No quiero creer que a alguien podría ocurrírsele por ello que en aquel juzgado o tribunal puede hacerse administración y no justicia."

Debe cortarse de raíz y de una buena vez la confusión terminológica que significa hablar de "lo contencioso administrativo,"[2] ya denunciada suficientemente[3] y sustituirla por la denominación correcta, que es "derecho procesal administrativo,"[4] ya que ambas expresiones deberían significar lo mismo. Se refieren a contiendas sobre derecho administrativo ante los estrados judiciales.[5] Debe hablarse

[3.1] BOSCH, "Lo contencioso ...," *op. cit.*

[3.2] El vocablo "contencioso administrativo" tuvo su origen en el sistema francés, donde órganos independientes pero formalmente parte de la administración resuelven los litigios entre ella y los administrados, sin revisión judicial. En cambio, en nuestro sistema y en nuestra interpretación de la división de los poderes no puede negarse a los habitantes el acceso a una instancia judicial, siendo inconstitucional que la administración ejerza funciones de los jueces: BOSCH, "El origen de la jurisdicción contenciosoadministrativa en Francia y la doctrina...", *op. loc. cit.*; LINARES, *op. cit.*, p. 919; FIORINI, *op. cit.*, p. 1171 y ss. *Supra*, t. 1, *Parte general*, cap. IX, "Las funciones del poder," § 8 a 19. Hemos tratado de explicar la confusión, a luz del proyecto de Constitución de la Unión Europea, en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, en mi nota, XXIV.2, "La aproximación: «tutela judicial efectiva por juez imparcial e independiente» o «recurso efectivo ante un tribunal imparcial e independiente»," p. 618-A, también mi artículo "The Draft EU Constitution and the World Order," en AA.VV., *The Constitution of the European Union / La Constitution de l'Union Européenne*, "European Public Law Series / Bibliothèque de droit public européen," vol. LXIII, Esperia, Londres, 2003, pp. 281-294.

[3.3] BOSCH, "Lo contencioso ...," *op. cit.*, p. 842; FIORINI, "La crisis del contenciosoadministrativo," *LL*, 107: 1168-73.

[3.4] La doctrina comparada se orienta por esta terminología. Así GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, Civitas, 2001, 3ª ed., pp. 69-70.

[3.5] Dijo BOSCH que "se ha producido en determinados períodos de la evolución de nuestra ciencia del derecho administrativo tan tremenda confusión a este respecto, que todavía las oscuridades, desprendidas de todos los errores (y horrores) que se han difundido, desorientan y pierden no sólo a los estudiantes y profesionales, poco ilustrados sobre el punto, sino a jueces y profesores:" BOSCH, "Lo contencioso...," *op. cit.*, p. 832.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

de derecho procesal administrativo y proceso administrativo; y para diferenciarlo del trámite ante la administración pública, llamaremos a este último procedimiento administrativo, eliminando con referencia a él la aplicación tanto del término proceso como derecho procesal. El procedimiento administrativo es así una parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa.[6] No creemos oportuno llamarlo "justicia administrativa" ni "derecho procesal administrativo."[7] El derecho procesal administrativo se referirá a los litigios judiciales sobre cuestiones de derecho administrativo. Es una parte del derecho procesal, no del derecho administrativo, del mismo modo que el derecho procesal civil es parte del derecho procesal y no del derecho civil. Este punto de partida es crucial, porque los procesalistas consideran dos partes iguales en el proceso y no se ven limitados por nociones de derecho administrativo que la ley no recepta. El tema no es académico; de admitirse que no estamos en presencia de un proceso con dos partes,[8] pasamos a que entonces la administración puede ocasionalmente no ser parte en el litigio que su acto ocasiona, con la consecuencia de que las costas judiciales que origina no le sería imponibles...[9] La cuestión no tiene especial relevancia económica pero si mucha conceptual, pues implica legislar *ex novo* desde la magistratura, sin ningún soporte legal ni menos constitucional, supranacional o siquiera ideológico en el código civil y procesal de la Nación.

3.1. *La cuestión de la competencia procesal administrativa*

3.1.1. *Hoy en muchas Provincias y antes en la Capital*

En las Provincias que todavía tienen un tribunal colegiado en única instancia para resolver estas causas en materia procesal administrativa, es inevitable que

[3.6] Comp. González Pérez, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, *op. cit.*, p. 67 y ss.; Bettermann, Karl August, "Das Verwaltungsverfahren," en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 17, Berlín, 1959, pp. 121-2.

[3.7] Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 463 y Berçaitz, Miguel Angel, "Proceso y procedimiento contenciosoadministrativo," *RAP*, 44: 121, Madrid, 1964, hablan de "derecho procesal administrativo;" otros autores, de "justicia administrativa:" Jiménez Meza, Manrique, *Justicia constitucional y administrativa*, San José, IJSA, 1999, 2ª ed.

[3.8] Pues obviamente no puede haber una "Demanda contra nadie," *LL*, 1997-D, 693, como lo anotamos concordantemente al fallo *Copani*, Sala I, *LL*, 1997-D, 694. Ver también Rejtman Farah, *op. cit.*, cap. I, § 5, p. 6 y ss. y sus referencias.

[3.9] CNFed. CA, Sala I, *ED*, 121: 661, año 1985; Aberastury (h.) y Cilurzo, *op. cit.*, p. 53, critican acertadamente la solución, que resulta más objetable aún si se advierte que en el amparo por mora puede haber condena en costas. Ver Rejtman Farah, *op. cit.*, VI, 6, D, p. 96; Barra, Rodolfo Carlos, "El amparo por mora de la administración," *ED*, 59: 804; Tawil, Guido Santiago, "La imposición de costas en el proceso de amparo por mora: una perspectiva distinta," *LL*, 1989-E, 286; Comadira, *op. cit.*, pp. 499-501. En contra Hutchinson, "La morosidad administrativa y la solución legal del amparo por mora," *RAP*, 21: 7; Maiorano, Jorge, "Las costas en el amparo por mora," *LL*, 1989-B, 407. Sostuvimos esta opción en el t. 4.2, 3ª ed., cap. XIV, § 10.4, pp. 36-8. La hemos abandonado: *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 51-7, pp. 131-5.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ellos dijeran y digan que esa competencia es de excepción. Quedan todavía muchos supuestos de denegación de justicia por esta cuestión, que también las hubo en la Ciudad de Buenos Aires, pero pareciera tender a normalizarse.[10]

Decía hace casi medio siglo DE GREGORIO LAVIÉ, en palabras que todavía tienen algo de vigencia:[11] "Hasta el más avezado abogado debe lanzarse a un verdadero acertijo para encontrar el Juez que entienda en su pleito. Los jueces se declaran competentes y la Cámara revoca sus resoluciones; o incompetentes y también se las revoca. El propio Tribunal de Alzada por una Sala resuelve un caso y otra sala en forma inversa. Distintas Salas entienden en casos similares, sin hacer salvedad alguna. Los Plenarios se contradicen. La Corte Suprema Nacional es sorda y trata por todos los medios de evitar de conocer en las causas que a ella llegan rechazando un porcentaje impresionante de recursos y quejas con sintéticos fallos de «cliché», sin analizar el fondo de los problemas." "Después de una peregrinación larga y fatigante por los múltiples organismos burocráticos debe aprontarse a ventilar una cuestión de competencia que le llevará un año o más, agotando instancias antes de poder radicar su juicio. "

Tres antiguos principios han perdido vigencia: *a)* "La competencia civil y comercial es más general, en comparación con la contencioso administrativa, que es de especialidad." *b)* "Si los derechos subjetivos ejercitados por el actor no son de derecho administrativo y si las normas objetivas que están en juego, algunas pertenecen a éste y otras al privado, la contienda debe volcarse a favor del Juzgado en lo Civil y Comercial por su competencia general." *c)* "La razón de ser del fuero contencioso administrativo, finca en la ventaja de someter el conocimiento de estas causas a tribunales especializados en la materia y esta especialización debe referirse al derecho objetivo y no al subjetivo."[12]

3.1.2. *Hoy en la Capital y algunas provincias*

En el fuero federal, la creación de los tribunales de la seguridad social ha instituido una competencia específica para estas cuestiones, que quedan así detraídas al conocimiento de los jueces federales tanto civil y comerciales como "contencioso administrativos." Ya no se podrá decir que es especial y de excepción, habrá que guiarse por la materia a resolver. Todo indica que con el tiempo la materia tribu-

3.10 En las Provincias existen por lo general uno o dos juzgados federales de competencia federal lisa y llana, que dividen en sus secretarías la materia procesal administrativa, la civil y comercial, la penal federal: no presenta problemas prácticos; en la Capital en cambio diversas leyes complicaron el panorama sin decir realmente nada: 12.967, 13.278, 13.998. Acerca de los problemas ver entre otros, MUÑOZ, GUILLERMO ANDRÉS, "El reclamo administrativo previo," *LL*, 1988-A, 1048.

3.11 DE GREGORIO LAVIÉ, JULIO.A., *La competencia contencioso administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960, p. 133 y ss.

3.12 DE GREGORIO LAVIÉ, *op. cit.*, p. 83. En esa misma tendencia del pasado, hubo fallos plenarios como *Boccardo e hijos*, del 30-V-1978, *LL*, 1978-C, 5, en los cuales no encontrándose involucrado en forma directa e inmediata un complejo normativo que excede el ámbito jusprivatístico, la competencia era civil y comercial federal. En otras oportunidades también decidió el fuero federal que las demandas por daños y perjuicios eran propias de lo civil y comercial: acordada del 19-IX-1976; CNFed. CA, Sala II, *Heudtlass de Henri, LL*, 1979-C, 543.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

taria y aduanera tendrá también sus tribunales con competencia específica que no será ya entonces "contencioso administrativa." El criterio de que la competencia procesal administrativa procede cuando la administración es parte no tiene ya andamiento;[13] tampoco el que suma el doble requisito de que la administración sea parte y se aplique el derecho administrativo.[14] Ello es así pues la aparición de los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos importa un supuesto de materia procesal administrativa, sin contar necesariamente con la presencia de la administración pública, para todo lo que hace a la defensa del usuario y el consumidor frente al prestador del servicio. En esa materia hay pronunciamientos tanto civil y comercial federal, como procesal administrativo federal.

El criterio rector es entonces la aplicación del derecho administrativo. Hay que atenerse a los hechos de la demanda y al derecho que el tribunal estime *prima facie* será aplicable, no necesariamente el que invoquen las partes.[15] Ese derecho debe ser preponderantemente derecho administrativo,[16] no necesariamente en forma exclusiva. De todas maneras, se advierte un sensible progreso en materia de competencia, habiéndose declarado la competencia procesal administrativa en cuestiones novedosas: medicina prepaga, medio ambiente, defensa del consumidor, tarifas de servicios públicos, etc.[17] También en la provincia de Buenos Aires.[18] Pero es un tema en constante evolución.

Un problema no resuelto es la intervención consentida por las partes y el tribunal, de la justicia federal civil y comercial, cuando en verdad correspondía la procesal administrativa. A veces los litigantes prefieren acudir allí pensando que un criterio civilista les beneficiará. No siempre aciertan. Además, siempre quedará el fantasma de una eventual anulación en cualquier instancia superior, por el principio clásico de que la competencia judicial es de orden público.

3.13 FIORINI, *Qué es el contencioso, op. cit.*, p. 197.

3.14 LINARES, "Lo contenciosoadministrativo en la justicia nacional federal," *LL*, 94: 919.

3.15 "Corresponde atender de modo principal al relato de los hechos que el actor hace en su demanda y después solo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de su pretensión, pues los primeros animan al segundo y por ello son el sustento de los sentidos jurídicos particulares que les fueren atribuibles:" Sala IV, *B.,B.N.*, *LL*, 1994-E, 669; *LL*, 1990-A, 670; *Fallos*, 307-1: 871, *Carnero*, 1985. Debe haber subsunción del caso en el derecho administrativo, de modo tal que la pretensión del actor se encuentre objetivamente regida *prima facie*, de modo preponderante, por el derecho administrativo; HEILAND, LILIANA M. L., "Competencia de los tribunales nacionales en lo Contenciosoadministrativo Federal," *LL*, 1989-E, 810, 830.

3.16 CNFed. CA, Sala IV, *B., B.N. LL*, 1994-E, 669; Sala II, *Quality Service Products*, *LL*, 1995-B, 664; en la Provincia de Buenos Aires el código se refiere a casos regidos por el derecho público.

3.17 CNFed. CA, Sala V, *Hilu*, *LL*, 1997-C, 845 año 1996, con nota "Ley de defensa del consumidor;" Sala II, *Confiable*, *LL*, 1997-A, 92 año 1996, con nota "La interpretación a favor del consumidor en el contencioso administrativo," *LL*, 1997-A, 92.

3.18 Ver MAINETTI, NATALIA, "La Constitución Provincial y el código contencioso administrativo: interpretaciones para un delicado equilibrio," *LL*, 2004-F, 1042; D´ARGENIO, INES, "La materia determinante de la competencia en el proceso administrativo provincial," en BOTASSI (coord.), *op. cit.*, pp. 71-131.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

3.1.3. *La cuestión del agotamiento de la vía administrativa*[19]

Hay otra institución que viene del contencioso provincial, que es más compleja porque tiene al menos algún dejo de sustento normativo en el orden nacional. Se trata de si puede o no acudirse en forma directa a la vía judicial cuando uno procura la defensa de sus derechos frente a la administración, o si es necesario agotar previamente el reclamo en sede administrativa.[20] En la terminología antigua, se decía que para que existiera competencia procesal administrativa debía primero "habilitarse" la instancia judicial, para lo cual debía antes darse por cumplido o demostradamente superfluo el referido requisito. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires dice que la ley establecerá "los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa."[21] En el orden nacional hay juicios en que el juez interviene, ordena despachos, etc., sin haberse pronunciado sobre la supuesta habilitación de la instancia. Es la tendencia sana y superadora de otra rémora de un pasado remoto y para más foráneo y ajeno a nuestro sistema constitucional.[22] Atenta contra la razón y el sentido común de los hombres.[23]

Nadie va a juicio y paga la tasa de justicia, afronta las costas, etc., si no es porque está convencido de que la administración no hará lugar a su reclamo. Pretender lo contrario es desconocer la naturaleza humana y la sana desconfianza que todos los seres humanos tienen, sin demasiada distinción, a los abogados y a la justicia, creerse, desde la justicia, que los ciudadanos están ansiosos por acudir innecesaria o prematuramente a sus estados, no agotando las instancias de negociación gratuita con la administración pública, es imaginarse ubicada en

3.19 Ampliar *infra*, t. 4, cap. XII, "El reclamo administrativo previo;" D'ARGENIO, *La justicia administrativa en Argentina*, *op. cit.*, cap. II, "Cuestiones previas (incompatibilidad de la «instancia administrativa previa» con el sistema judicial)," p. 27 y ss. VALLEFÍN, CARLOS A., *Proceso administrativo y habilitación de instancia*, La Plata, LEP, 1994.

3.20 Ver MUÑOZ, "El reclamo ...," *op. loc. cit.* Hay progresos, p. ej. Sala III, *Esso c/ D.G.I.*, *LL*, 1997-A, 105, año 1996, con nota "No procede el reclamo administrativo previo cuando se cuestiona la constitucionalidad de la ley;" Sala II, *Calzar S.A.*, *LL*, 1996-A, 634, 1995, con nota "Nuevos argumentos para la innecesariedad del reclamo administrativo previo;" Sala I, *Aguas Argentinas S.A.*, *LL*, 1996-A, 646, 1994, con nota "No es necesario pedir la suspensión en sede administrativa antes que judicial." Ver *Cien notas...*, *op. cit.*, pp. 79, 85 y 134; D'ARGENIO, *op. cit.*, p. 57: "no podemos aceptar que se continúe afirmando sin sentido cierto ni ajuste a la realidad de los hechos, que la reclamación administrativa previa es conveniente para evitar juicios innecesarios, pues sólo resulta cuando se desestima una demanda por incumplimiento de esta cuestión previa [...] una dilación agraviante del planteo sustancial de la pretensión en Justicia y la duplicación de juicios cuya tramitación se dice querer evitar en tanto la imposición de reclamar comporta siempre volver a demandar."

3.21 Si bien este requisito de admisibilidad pareciera ser la excepción, lo cierto es que el código provincial enuncia el requisito de agotamiento de la vía administrativa en todos los casos salvo los que expresamente señala, ver art. 14 de la ley 12.008 modif. por ley 13.101.

3.22 Ver D'ARGENIO, *op. cit.*, p. 58: "insistir en la conveniencia de la reclamación administrativa previa es simplemente una actitud inexplicable tendiente a preservar un instituto del derecho público que no tiene ningún fundamento en favor de su supervivencia;" ver también pp. 62-4.

3.23 Ver GARCÍA SANZ, AGUSTÍN M., "El Fuero Contencioso-Administrativo bonaerense en camino a la Corte Suprema que... ¿Será Justicia?" *LL*, 2003-E, 277.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

un pedestal en que la sociedad ni sueña en colocarla. Acude a ella sólo como al quirófano, por pura necesidad, y aún así lo hace menos veces de las necesarias. Más de una vez prefiere abanonar su derecho antes que enfrentar los interminables desfiladeros y despeñaderos de la vía juicial. Si abandona o no inicia el trámite administrativo que es gratuito, sin costas, sin tasa de justicia, etc., es porque en su mente y en su conciencia está convencido que no le darán la razón. Pedirle que demuestre que la administración no le quiere dar la razón para poder hacer un juicio es como pedirle que demuestre lo evidente. No estaría haciendo juicio si considerase que la administración puede hacer lugar a su reclamo en forma gratuita en lugar de tener que hacer un costoso y largo juicio. La habilitación de la vía judicial o el agotamiento de la vía administrativa vendrían a funcionar en ese esquema antiguo como una condición previa a la existencia de competencia judicial, lo cual es una irrazonable restricción a la garantía constitucional, supranacional e internacional de acceso inmediato y expedito a una instancia judicial pronta y cumplida.[24] Por ello es que el constituyente de 1994 dijo que podía acudirse a la instancia judicial en materia de amparo sin necesidad de agotar la vía ni hacer el reclamo administrativo previo. Es una orientación que deberá expandirse en el futuro.[25]

Si bien el decreto-ley 19.549/72 se enrola formalmente en la línea de que primero hay que agotar el tratamiento del reclamo en sede administrativa, tiene excepciones de una latitud tan grande que nos han llevado a sostener, luego de su análisis pormenorizado, que en verdad la regla es la opuesta: que en principio no es necesario agotar la vía administrativa. Si bien la ley 25.344 ha pretendido fútilmente suprimir las excepciones jurisprudenciales a las leyes 3.952 y 11.634 recogidas por el decreto-ley 19.549/72, la vigencia de esas excepciones al reclamo previo fue confirmada por la jurisprudencia posterior.[26] Otra forma en que muchos juzgados manejan la cuestión es también superadora del problema: al dar el

3.24 D'ARGENIO, *op. cit.*, p. 69: "Es inconstitucional en cuanto retarda, sin sentido alguno, el acceso a la justicia garantizado por los tratados internacionales [...] jerarquía constitucional, complementando la garantía del debido proceso. Es inconstitucional porque el principio de separación de poderes adoptado por nuestra Constitución no responde a la versión francesa que brinda prioridad al Poder Administrador para decir el derecho mediante un acto de autoridad cuando se trata de leyes que rigen las relaciones de los particulares con la Administración, sino a la versión angloamericana que puso en manos del Poder Judicial toda la función jurisdiccional del Estado, en el marco propio de continuidad de nuestra historia jurídica."

3.25 La SCBA ha dado trámite a una demanda de daños y perjuicios contra la Provincia sin exigir este requisito, reflejando el cambio paradigmático que introduce el nuevo texto constitucional en su artículo 116: ver PERRINO, "El régimen del agotamiento de la vía administrativa en la Provincia de Buenos Aires," en BOTASSI (coord.), *op. cit.*, pp. 301-366.

3.26 Ver CNFed. CA, Sala II, *Castillo, Carlos Abraham y otros c. D.G.F.M., LL*, 2002-A, 972; CNCiv., Sala H, *Gilardone, Leonor y otro c. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, LL*, 2000-A, 811, *DJ*, 2002-1, 151, año 2001; CNFed. CA, Sala I, *Ramos, Silvia y otro c. D.G.F.M.*, y el comentario a este fallo de VOCOS CONESA, JUAN MARTÍN, "La doctrina del «exceso ritual manifiesto», ¿seguirá vigente a pesar de la ley 25.344?," *LL*, 2002-F, 974. Nos remitimos al desarollo que hicimos sobre este tema en el cap. XII del t. 4.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

traslado de la demanda, si la administración opone la falta de reclamo administrativo previo pero también contesta oponiéndose al progreso de la acción en cuanto al fondo, entonces está demostrando, con la doctrina de los propios actos, que el reclamo previo es en ese caso particular efectivamente un ritualismo inútil, ya que si está contestando en forma adversa a la demanda, obvio es concluir que lo mismo hará con un reclamo administrativo del mismo tenor. Pero ahora se ha erigido una barrera nueva: pues se ha determinado que el tribunal debe verificar de oficio que no se haya consentido el acto en sede administrativa, como veremos más abajo, y que ya constituye una obligación para el juez en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires que tiene que examinar los requisitos de admisibilidad antes de dar traslado.[27] Por precaución, conviene argumentar en la demanda cómo y por qué se dan los supuestos que configuran el ritualismo inútil que hacen innecesario el reclamo previo, aportando en su caso las pruebas conducentes a demostrar ese aserto. P. ej., que un recurso ante esa misma autoridad significaría someter a la parte actora a un ritualismo estéril, inclusive con inútil dispendio de actividad administrativa; que hay una clara conducta del Estado de no hacer lugar a lo solicitado, etc. Por lo demás, la jurisprudencia según la cual no cabía un examen de oficio de la habilitación de instancia cayó en los casos *Gorordo* y *Romero*, que a su vez debería caer por el decreto 229/00 en cuanto hace expresamente obligatorio resolver las denuncias sin condicionamiento alguno.[28] Sigue en cambio firme la solución de que la habilitación de instancia no es revisable una vez admitida, por los principios de preclusión y congruencia.[29] Está en la base del sistema de control judicial, por amparo u otra vía que, cuando los procedimientos se evidencian como inadecuados para alcanzar la debida protección judicial, son inadmisibles. Es claro que son inaptos y desembocan en una resolución judicial tardía. Importa una denegación del acceso a la tutela judicial que garantiza la Convención Americana de Derechos Humanos, con derecho a sentencia en un tiempo razonable. Si ya el tribunal no puede normalmente resolver la cuestión en un tiempo razonable, qué podrá decirse si además le carga al individuo, usuario o

3..27 Ver art. 31 ley 12.008 modif. por ley 13.101.

3.28 Ver t. 4, *op. cit.*, cap. III, § 1.2 y 18.3; cap. VIII, § 1.6, 2.3.2, 2.3.6 y nota 2.20, 14.1 y 14.2; cap. IX, § 13; nota 13.4; cap. X, § 1.3 y 9.2; cap. XI, § 5.2; CNFed. CA, Sala II, *Gorordo, LL*, 1997-D, 714, año 1996; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, "La habilitación de la instancia judicial en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación," *RDA*, 27-29: 73, año 1998; REJTMAN FARAH, "Un importante giro jurisprudencial en la revisión de oficio de la llamada «habilitación de la instancia»," *LL*, 1999-E, 185; TORANZO, ALEJO, "Declaración de «oficio» de la caducidad de la acción contencioso administrativa. La Corte Suprema se aparta de sus antecedentes menguando su autoridad vertical," *LL*, 1999-E, 757. La Cámara en plenario dividido aceptó el criterio en *Romero*, *LL*, 1999-E, 140. Ver SACRISTÁN, ESTELA B. y CAPUTI, MARÍA CLAUDIA, "La caducidad del art. 25 de la ley 19.549, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y la seguridad jurídica," *LL*, 1997-A, 70; MARCER, ERNESTO, "Demandas contra el Estado," Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, p. 106.

3.29 CSJN, *Fallos*, 313-1: 228, *Cohen*, 1990; CNFed. CA, Sala V, *Apesteguía*, 10-VI-97; *Termair*, 17-VI-97, entre muchos otros.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

litigante en ciernes agotar un supuesto trámite administrativo previo, garantizadamente inútil. Dejadle al menos esperanza en la vía judicial, la esperanza en el Estado de Derecho.

4. *Superación de la confusión entre el sistema norteamericano y el francés*

Como señala LINARES:[1] "En la justicia federal —según se organizó y subsistió por casi un siglo— rigió un sistema que era adaptación del estadounidense vigente en 1863. En las provincias el sistema en vigor es el francés, a través de la versión española. Mientras aquél estaba organizado, en su país de origen, sobre la base de un estado con constitución rígida, control judicial de constitucionalidad [...] el segundo estaba organizado sobre la base de un estado de constitución flexible, sin control judicial de constitucionalidad [...] Mientras los Estados Unidos ostentaban un sistema judicialista de gran confianza hacia los jueces, Francia y España ostentaban un sistema de justicia contenciosoadministrativa cuyo origen histórico finca precisamente en la desconfianza hacia los jueces. Por último, mientras el régimen norteamericano federal ponía a la administración en un pie de igualdad con el particular dentro de las causas judiciales, el europeo la ponía en situación de ventaja a través de la «ejecución de oficio» de los actos administrativos impugnados, los términos de caducidad de las acciones y recursos del particular, etc." "El sistema norteamericano venía impuesto, en el orden nacional argentino, por la similitud del art. 100 de nuestra Constitución, con el art. III, secc. 2, de la Constitución de Filadelfia. Ninguno de ellos distingue, dentro de las causas que nacen de la Constitución, leyes y tratados, entre las contenciosoadministrativas y las civiles."[2] Por ello decía LINARES "los jueces de estos tribunales parecerían olvidar que tal tipo de jurisdicción se implanta, no para proteger al Estado contra el individuo, sino al individuo contra el Estado." "De allí que la mentalidad de la enorme mayoría de esos magistrados, cuando juzgan causas contenciosoadministrativas, cambia en una curiosa forma."[3] Viola el derecho supranacional y los compromisos internacionales del Estado.[4]

Es el resabio del sistema francés, que nada tiene que ver con el sistema constitucional norteamericano que es el nuestro. En algunos casos los jueces, al apli-

[4.1] LINARES, "Lo contenciosoadministrativo en la Justicia Nacional federal," *LL*, 94: 919.

[4.2] LINARES, *op. loc. cit.*

[4.3] LINARES, *op. loc. cit.*

[4.4] Como lo ha dicho la CSJN *in re Arce*, *LL*, 1997-F, 697, con nota "Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado," *LL*, 1997-F, 696, recordando y aplicando la *obligatoria* jurisprudencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "los Estados [...] asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción" (cons. 6°). Por lo demás, ya lo había dicho ALBERDI en el siglo XIX, los derechos se otorgan en contra del gobierno y a favor del pueblo: "La Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano, no para refrenarse a sí mismo, ni para poner límite a su propio poder soberano, sino para refrenar y limitar a sus delegatarios, que son los tres poderes que integran el gobierno nacional;" ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Escritos póstumos*, t. X, Buenos Aires, 1899, p. 125.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

car sanciones conminatorias contra la administración, han dejado la expresa salvedad de que las fijan bajas pues al final de cuentas "la pagamos entre todos,"[5] lo cual es rigurosamente cierto, por una parte, pero no parece tampoco una solución del problema, existiendo otras alternativas. Debería sancionarse personalmente al funcionario incumplidor (y en su caso advertirle: *Viceconte*, Sala IV,[6] 1998), a las licenciatarias que incumplen, etc.

También en todo el tema de la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado se advierte una tendencia a juzgar con benevolencia al demandado, ante la claridad del hecho de que su condena pasa a rentas generales y de allí a los impuestos y eventualmente llega a las remuneraciones del sector público como lo han hecho en forma inconstitucional algunos decretos llamados de necesidad y urgencia.[7]

5. *Superación de la confusión entre el "contencioso administrativo" provincial y el derecho procesal federal*

Hasta aquí y según lo hemos visto, la confusión pudo ser doble:

a) Por un lado, no advertir que nuestro sistema constitucional organiza la división de los poderes con acento en la justicia y no en la administración tomando el modelo norteamericano, en lo que hace a los procesos. No se puede invocar el sistema francés con olvido de que el fundamento de éste es un sistema constitucional distinto con una "división de los poderes" que pone el acento en la administración hasta el extremo de no someterla a los tribunales judiciales en cuestiones de derecho administrativo y dándole en cambio "tribunales" de la propia administración.[1]

b) Por otro lado, incluso al aplicarse el sistema francés o el de los códigos provinciales, la dispersión de sistemas y fuentes lleva a favorecer al poder, no al control ni menos al individuo o la sociedad: zona de reserva de la administración, actos no justiciables, cuestiones técnicas no revisables, reglamentos autónomos, etc. En el pasado el medio empleado al efecto fue lo procesal,[2] aunque hoy cabe celebrar un progreso de significación cultural, política y jurídica: el vuelco masivo

[4.5] Dijo así la jueza MARÍA JOSÉ SARMIENTO que "si bien es cierto que corresponde graduar las «astreintes» en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas —a fin de que cumplan con la finalidad de vencer la resistencia del destinatario de un mandato judicial a cumplir lo ordenado—, no es menos cierto que en definitiva en el caso puntual de autos *dicha sanción recaerá indirectamente sobre todos y cada uno de los contribuyentes del Estado*," causa 124/96, *Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N.-PEN- s/ amparo ley 16.986, Incidente de cumplimiento de sentencia*, proveído del 12-V-97, confirmado por la Sala III. La bastardilla es nuestra.

[4.6] Sala IV, *Viceconte*, *LL*, 1998-F, 305, firme por haberse rechazado la queja.

[4.7] En lo que hace a la disminución de la responsabilidad del Estado, ver *infra*, cap. XX.

[5.1] LINARES, "Lo contenciosoadministrativo en la Justicia Nacional federal," *LL*, 94: 919.

[5.2] Ver nuestra nota en *LL*, 1998-B, 537, reproducida en *Cien notas...*, *op. cit.*, p. 175.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

de la jurisprudencia federal.[3] Es que en tanto no haya un sistema "contenciosoadministrativo,"[4] no se puede recurrir a los antiguos códigos provinciales y su doctrina, olvidando así que el derecho procesal tiene sus propias normas legales y que existe un régimen procesal aplicable —el CPCCN— que no se puede incumplir sin arbitrariedad. Existiendo un código de procedimientos judiciales ordinarios, una mera palabra deslizada en la legislación resulta insuficiente para trastocar el sistema. A pesar de que ninguna de las leyes posteriores introduce modificaciones sustanciales al procedimiento de la ley 50, o al CPCCN, hace algunas décadas la jurisprudencia había tomado en ocasiones, como base para la analogía, la palabra "contencioso administrativo" usada por algunas leyes y la débil circunstancia de que otras traten de "recurso de apelación," o más simplemente de "apelación" por ante la justicia "contencioso administrativa."

Así, con base inexistente, había reinterpretado la legislación vigente, encontrando en todas partes principios que en ninguna parte estaban, p. ej. la habilitación de instancia. Para esta tarea de modificar de hecho la legislación nacional a través de la interpretación del término "contencioso administrativo," se utilizaron en el pasado las normas o los principios de los códigos provinciales o de la doctrina francesa, e incluso española, aplicando sus "requisitos" para la procedencia del "recurso," sus "excepciones" a la competencia "contencioso administrativa," etc. Todo ello, en apartamiento de la norma positiva. El mismo fallo *Rossi* de 1951 define qué son "causas contencioso administrativas," para aplicarlo a la especie y lo hace remitiéndose a SARRÍA,[5] en que el autor se refiere al sistema provincial y al comparado, no al nacional; además de otras obras de igual contenido. Luego de citar otros principios del "contencioso administrativo" provincial, dice expresamente, a título de antecedente, que "es indispensable, en primer lugar, remitirse al «Código de Procedimiento en lo contencioso administrativo para la Provincia de Buenos Aires», promulgado por ley del 22 de diciembre de 1906 y en cuyos fundamentos, su eminente autor, el doctor LUIS V. VARELA, resume el concepto de «causas contencioso administrativas», puntualizando que son «aquellas en que la reclamación se interpone, después de agotada la vía gubernativa, contra una resolución dictada por la Administración pública, en ejercicio de sus facultades y en la cual vulnera un derecho establecido anteriormente, en favor del reclamante, por una ley, por un decreto, por un reglamento o por cualquier disposición administrativa»."[6] La remisión al viejo código "contencioso administrativo" de la provincia

[5.3] *Supra*, caps. II, III y IV.

[5.4] En 1951 la Cámara Nacional Especial confirmó un fallo de 1ª inst. en *Rossi, LL*, 66: 170 y *JA*, 1951-IV, 57, que decía: "ante la carencia de un cuerpo orgánico de sus correspondientes normas procesales, para aquellas causas de competencia federal se fueron dictando «reglas generales establecidas en la doctrina y en la jurisprudencia»." Hoy esas aseveraciones no podrían ser hechas, pero subsiste el viejo espíritu napoleónico de solidaridad con la administración y no el espíritu estadounidense de protección del individuo.

[5.5] *Teoría del recurso contenciosoadministrativo*, Córdoba, 1943.

[5.6] *LL*, 66: 170.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

de Buenos Aires era explícita, además de la remisión general a toda la doctrina del "contencioso administrativo" provincial. Este criterio fue reiterado en el caso *Diéguez*,[7] en que la antigua Cámara dijo que son causas de carácter procesal administrativo "aquellas en que la reclamación judicial se interpone después de agotada la vía gubernativa contra una resolución dictada por la Administración pública en virtud de sus facultades y en la cual se vulnera un derecho establecido anteriormente en favor del reclamante, por una ley, un decreto, un reglamento, o cualquier disposición administrativa."[8] La fuente es obvia: en la exposición de motivos del ya derogado código "contencioso administrativo" de la Provincia de Buenos Aires se leía lo mismo, con la sola diferencia de algunas comas.

Pero ya hace décadas que, frente a la precisión de la nueva doctrina de LINARES, BOSCH, FIORINI, etc., la jurisprudencia federal comenzó a cambiar y aunque mantuvo con frecuencia su carácter de parte solidaria con la administración, presenta un pronunciado cambio, que ojalá se mantenga.[9]

El Código Varela fue sustituido por el actual código procesal administrativo de la provincia de Buenos Aires, pero la "habilitación de instancia" echó raíces,[10] a tal punto que éste último mantiene esta exigencia en el art. 31. Algunas exigencias posteriores lo han empeorado más aún, deliberadamente. El poder se resiste con fiereza al control.

II. El control judicial, hoy

6. *La acción en defensa del usuario y del consumidor*

El art. 42 de la Constitución establece que "Los consumidores y usuarios [...] tienen derecho [...] a la protección de [...] [sus] intereses económicos" contra los prestadores de servicios públicos, en primer lugar. Ese precepto tiene como vías no solamente el amparo para la defensa de derechos de incidencia colectiva, que introduce el art. 43, segundo párrafo, sino también y en primer lugar la acción de la ley de defensa del consumidor 24.240,[1] aplicable tanto "a los consumidores de

[5.7] CN Especial, *Diéguez*, *LL*, 87: 339, año 1957.

[5.8] *LL*, 87: 341.

[5.9] "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia," *LL*, 1997-F, 1318; actualizado como "Los grandes fallos de la actualidad," en *Después de la Reforma del Estado, op. cit.*, 2ª ed., cap. XI. Otra visión en REJTMAN FARAH, *op. cit.*, cap. IV y ss.

[5.10] Como se desprende *supra*, nota 3.20.

[6.1] La opción entre la vía más restringida como es el amparo o un juicio de conocimiento *como es el de la ley mencionada*, corresponde al actor. En el mismo sentido se ha admitido de antaño que si corresponde la vía sumaria el actor puede optar por la ordinaria: es la doctrina de HUGO ALSINA y RAYMUNDO FERNÁNDEZ recogida de antaño por CARLOS J. COLOMBO, t. III, p. 841, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado*; la elección del proceso que acuerda más amplitud de defensa no perjudica al demandado; COLAUTTI, CARLOS, *Derechos humanos*, Buenos Aires, Universidad, 1995, p. 245, "el amparo ha dejado de ser una vía subsidiaria para convertirse en una vía alternativa cuya elección como medio mas idóneo se halla a cargo de la asistencia letrada."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

bienes como a los usuarios de cualquier servicio público."[2] Dice NATALE que "las asociaciones de consumidores podrán actuar en situaciones generales e individuales;"[3] en igual sentido expresa FOLLONI que "podrán ser titulares activos de la acción correspondiente [...] tanto los consumidores individualmente considerados como [...] las asociaciones representativas de ellos o el ministerio público."[4]

El criterio expansivo y amplio del concepto asociativo está igualmente presente en AGUIRRE LANARI[5] y todo ello ha sido interpretado judicialmente en el sentido de que comprende tanto las asociaciones civiles, como las fundaciones,[6] cooperativas, etc.,[7] teniendo en cuenta que el art. 42 de la Constitución manda a las autoridades públicas proveer "a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios," con lo que resulta claro que "En la inteligencia de la disposición constitucional no se advierte pauta limitativa [...] en lo que hace al tipo legal que deben adoptar las asociaciones."[8] El art. 65 de la ley 24.240 dispone que ella es de orden público. Ha sido reglamentada mediante el decreto 1798/94. Es un notable progreso legislativo el que ha tenido hasta el presente normal acogida jurisprudencial con las acciones en defensa del usuario y del consumidor, efectuadas por las asociaciones que prevé la ley. Dado que esta ley contempla que se utilice el proceso de conocimiento más abreviado de la jurisdicción de que se trate, la acción no tiene los óbices del amparo, que luego veremos: a veces tramitan como sumarísimos, a veces como sumarios.[9] Entre sus otras ventajas respecto de la acción de amparo se encuentra que cuando se dicta una medida cautelar, la apelación de la otra parte no tiene efecto suspensivo.

Esta ley otorga a las entidades intermedias de defensa de los consumidores un lugar destacado en la lucha por el derecho y la defensa de los usuarios, consumi-

6.2 MURATORIO, JORGE I., "La regulación constitucional de los servicios públicos en la reforma de 1994," en CASSAGNE (director), *Estudios sobre la reforma constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 122, 126 y ss.: el art. 42 amplía el ámbito de la ley 24.240. Ver VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A. y ROMERA, OSCAR E., *Protección y defensa del consumidor*, Buenos Aires, Depalma 1994, p. 5, nota 4; RIVERO YSERN, ENRIQUE, "La protección del usuario de los servicios públicos," *RAP*, 87: 205, año 1978; MURATORIO, "La Ley de Defensa del Consumidor y la protección de los usuarios de los servicios públicos," *LL Actualidad*, 9-XII-1993. La aplicación de la ley es expresa a los servicios domiciliarios: art. 25.

6.3 *LL*, año 1994, n° 1, *Ley 24.240 de Defensa del Consumidor*, p. 119, p. 86.

6.4 *LL*, *Ley 24.240 de Defensa del Consumidor*, *op. cit.*, p. 98.

6.5 *LL*, *Ley 24.240...*, *op. cit.*, p. 118.

6.6 Ello nace de la remisión al art. 33 del C.C. que efectúa el fallo citado más abajo.

6.7 Sala I, fallo del 17-VII-97, *in re Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria c/ E.N. - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (Secretaría de Comercio e Inversiones) Nota SICM 403/97 s/ amparo ley 16.986*. Posteriormente hay fallos que con mejor criterio dan por suficiente su existencia como persona jurídica, sin exigir su inscripción: *ADECUA c/ ENARGAS*, Sala IV, *LL*, 1998-F, 339, con nuestra nota "Un mínimo de actividad probatoria."

6.8 Sala I, *in re Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria c/ E.N. - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (Secretaría de Comercio e Inversiones) Nota SICM 403/97*, n° 6, § 3 *in fine*, año 1997.

6.9 En la Nación, desde la reforma procesal del 2002, sólo el sumarísimo.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

dores y derechos de incidencia colectiva, legitimándolas en el art. 52 para demandar en defensa de tales derechos.[10] "Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor y usuario [también] podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados."

El concepto de usuario actual o potencial, o afectado potencial, se ha visto reiteradamente en nuestra jurisprudencia en diversos pronunciamientos clásicos,[11] que se han reiterado y multiplicado, tanto en materia de medio ambiente (basta ser vecino de la Ciudad en sentido lato: *Gambier I*),[12] salud potencialmente amenazada (*Viceconte*),[13] usuario potencial de un servicio que se ve materialmente impedido de utilizarlo (*Labatón;*[14] *Verbrugghe*),[15] potencial pasajero vehicular o amigo o conocido de una víctima del tránsito (*Dalbon*),[16] jubilado del PAMI, potencial usuario de sus servicios (*Torello*),[17] o hasta simple ciudadano defendiendo el principio de la legalidad objetiva (*Gambier II*)[18] o titular de un interés moral (*Ángel Castro.*)[19] El concepto de usuario o afectado potencial permite también introducir el criterio de usuario futuro. El usuario actual puede preferir tarifas más bajas y poca inversión en infraestructura; el usuario futuro tiene un interés distinto, que es la expansión del servicio con las consiguientes mayores inversiones que financian con sus tarifas los usuarios actuales. Ese usuario potencial o futuro tiene un interés que también resulta tutelable; aunque no existan todavía precedentes al respecto, que conozcamos. La norma legal vigente, en todos los casos, establece que "La acción corresponderá al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público. El ministerio público cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones

6.10 En igual sentido la Constitución de Córdoba de 1987 (art. 27), la de Río Negro de 1988 (art. 30), la de San Juan de 1986 (art. 69), la de Buenos Aires de 1994 (art. 38.) En el debate legislativo dijo así NATALE (La Ley, *Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, op. cit.*, p. 86), que "*las asociaciones de consumidores podrán actuar en situaciones generales* e individuales;" en igual sentido expresó FOLLONI, *op. cit.*, p. 98, que "*podrán ser titulares activos de la acción correspondiente* [...] tanto los consumidores individualmente considerados como [...] *las asociaciones representativas de ellos* o el ministerio público."

6.11 Comenzando por el más clásico del medio ambiente, *Schroeder,* Sala III y siguiendo por *Youssefian*, Sala IV (usuario potencial telefónico), *LL*, 1997-F, 270, *Fernández*, Sala IV, *LL*, 1997-E, 535, usuario de subterráneos. Su revocación por la CSJN, *Fallos*, 322-3: 3008, el 7-XII-99 fue por el fondo, no por la legitimación.

6.12 *Gambier I*, Sala II, 18-VI-98, causa 25.841/97. Nos tomamos la licencia de numerar los fallos de igual nombre.

6.13 *Viceconte*, Sala IV, *LL*, 1998-F, 305, firme por haberse rechazado la queja.

6.14 *Labatón*, Sala V, *LL*, 1998-F, 346, año 1996.

6.15 *Verbrugghe*, Sala I, *ED*, 1985: 995, año 1999.

6.16 *Dalbón*, *LL*, 1997-F, 291.

6.17 *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, BELTRÁN, "Civismo y amparo. Derechos de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad," *LL*, 2000-B, 274.

6.18 *Gambier II*, Sala II, *LL*, 1999-E, 624.

6.19 Sala I, *Castro, Ángel*, 23-XI-99.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

legitimadas, la titularidad activa será asumida por el ministerio público." Los intereses que representa la asociación no son sólo los de los asociados, sino necesariamente los del universo de usuarios en igualdad de situación.[20] Lo contrario es pretender quitar sentido a la ley y a la reforma constitucional que la reafirma: una auténtica desinterpretación irrazonable.[21] Ello surge también del hecho que la ley legitima simultáneamente al propio Estado y al ministerio público, los cuales obviamente no actuarán para el caso particular sino para el caso general.

La ley permite demandar por la nulidad de actos, la reparación de daños y la modificación de la relación jurídica. Como dice su art. 37: "Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: [...] *b)* Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; [...] *La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.*" "En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, *simultáneamente integrará el contrato*, si ello fuera necesario." Este es el fundamento jurídico[22] para que el Poder Judicial pueda también modificar las tarifas de los servicios públicos cuando sean irrazonables (p. ej. en materia telefónica, denegando los aspectos en que la tarifa se aumenta y manteniéndolos en cuanto se disminuye). Es una manifestación más de la a veces controvertida facultad judicial de modificar o sustituir la voluntad administrativa, que a título de ejemplo también autoriza el Código de la Provincia de Buenos Aires.

7. *Los progresos y sus limitaciones*

Los progresos que vamos a analizar en este punto sufren muchos condicionamientos y limitaciones, casi siempre emanados, en la última década del siglo pasado,

6.20 Dice Ariño Ortiz, Gaspar, *Las Tarifas de los Servicios Públicos. Poder tarifario, poder de tasación y control judicial*, nº 41, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1976, pp. 3-4 del prólogo: "Coincido, pues, sustancialmente con Nieto [...] sobre la necesidad de que un moderno Derecho Administrativo arbitre nuevos cauces jurídicos para la defensa de los intereses colectivos que no se formalizan en un derecho subjetivo individual o en un interés legítimo de contenido patrimonial [...] Suscribo su tesis de la necesaria articulación y defensa de los intereses colectivos y comunitarios que están entre los individuales y los público-estatales. Y concluye: «resumiendo, la vocación del Derecho Administrativo moderno consiste en asegurar la realización de los intereses colectivos, sin ceder por ello un paso en la defensa hasta ahora montada de los intereses individuales.» Lo difícil es saber cómo se consigue esto." En nuestro derecho, la acción y la legitimación de la ley 24.240 y los arts. 42 y 18 de la C.N. constituyen la respuesta a ese interrogante.

6.21 Ver *supra*, caps. II a IV, esp. *Consumidores Libres*, Sala IV, *LL*, 1997-F, 273.

6.22 Que explicamos *supra*, caps. II, "Derechos de incidencia colectiva" y III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

por la mayoría de la CSJN. Entre los verdaderos retrocesos[1] el más importante es una insólita nueva limitación del acceso a la justicia. Ya el decreto-ley 19.549/72, muy regresivamente, fijó un plazo de 90 días hábiles para acudir a la justicia. Pero la justicia ha hecho algo peor. Dijo que ese plazo se pierde si el particular no interpone antes en término el recurso administrativo,[2] con lo cual el ya inconstitucional plazo de 90 días se traduce en otro, aberrante, de quince días. Como dicen con amargo acierto GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ para el derecho español, irse de vacaciones puede importar la pérdida irremisible de los derechos.

7.1. *Control de la discrecionalidad*

Uno de los progresos se dio en los nuevos códigos provinciales, que ahora admiten normalmente la revisión judicial plena de las facultades discrecionales de la administración: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Provincia de Buenos Aires, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, La Rioja, Mendoza, etc. Lo mismo ocurre en la jurisprudencia nacional, según vimos para los llamados actos políticos, no justiciables o de gobierno.[3]

7.2. *Control de la discrecionalidad y regulación técnica*

Lo propio sucede con la llamada discrecionalidad técnica, aunque es de lamentar que ahora es el reglamentarismo de la administración el que escapa, en una irónica vuelta del destino, a un mejor contralor judicial.[4] Pero desde luego, cuando la norma legal o reglamentaria es irrazonable, no queda a la justicia otro camino que decidir conforme a derecho, aplicando la solución justa o razonable por encima del texto que manifiestamente se aparte de ello. En esto todavía no hemos avanzado mucho y quién sabe si lo haremos.[5]

[7.1] D'ARGENIO, *La justicia administrativa en Argentina, op. cit.*, p. 66: "Sólo una ausencia de rigor científico ha conducido a la interpretación pacífica de la ley 19.549 que estatuye este sistema procesal desajustado al marco de nuestra Constitución y respecto del cual muchos comentaristas, lejos de postular su derogación, proponen proyectos alternativos que no se desprenden de los requisitos previos para demandar a las autoridades públicas, incompatibles con el principio del acceso a la Justicia y la tutela judicial efectiva."

[7.2] *Supra*, § 3.1.3, "La cuestión del agotamiento de la vía administrativa," y nota 3.21. Ver también t. 4, *op. cit.*, cap. III, "Los recursos administrativos," § 1.2, "Carga del administrado y privilegio incausado de la administración. Valladar para el acceso a la justicia" y 18.3, "El plazo del art. 25: sus problemas empiezan en sede administrativa;" cap. VIII, "El tiempo en el procedimiento," § 1.6, 2.3.2, 2.3.6 y nota 2.20, § 14.1 y 14.2; cap. IX, "Los recursos de reconsideración," § 13, "El potestativo recurso de reconsideración previo a la acción judicial," nota 13.4; cap. X, "El recurso jerárquico," § 1.3, "La tendencia propuesta (¿o real?)," y 9.2, "Es una espada de Damocles;" cap. XI, "Recurso de alzada," § 5.2, "Elección de la vía judicial."

[7.3] Ver *supra*, cap. VIII. También se pronuncia en contra de las limitaciones al control judicial con pretendidas cuestiones políticas o actos de gobierno, MARCER, *op. cit.*, p. 88.

[7.4] Ver *supra*, t. 1, caps. VI y VII.

[7.5] Ver p. ej. *Dujovne*, Sala III, *LL*, 1998-B, 560, año 1997, con nota "Cuatro muertes: trescientos pesos," *LL*, 1998-B, 559, reproducido en *Cien notas...*, *op. cit.*, p. 180. Ver también CSJN, *Santa Coloma*, *LL*, 1987-A, 442, *JA*, 1986-IV, 624, *ED*, 120: 651.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

7.3. *Acción declarativa de inconstitucionalidad*

También se advierte un progreso con la acción declarativa de inconstitucionalidad, que es un juicio de conocimiento a diferencia del amparo y no tiene los inconvenientes psicológicos —para tribunales abarrotados de trabajo— de plazos tan reducidos como éste. Ha sido utilizada con éxito en diversas materias que no requerían un análisis de hecho sino la determinación del derecho y éste se presentaba como relativamente claro;[6] aunque procede también sobre materias de hecho que requieran un pronunciamiento simple. Pero también hay casos en que ha sido rechazada *in limine litis*, como si fuera un amparo en el fuero capitalino federal,[7] observándose allí que no produce efectos constitutivos ni de condena y excluye una decisión judicial de carácter compulsivo, todo lo cual significaría que en realidad no es sino una variante tanto o más limitada que el amparo.[8] Las normas y las prácticas varían de jurisdicción en jurisdicción. La Ciudad de Buenos Aires da competencia originaria y exclusiva a su Tribunal Superior para entender en acciones declarativas contra la validez de toda norma general de la ciudad. Es no haber aprendido la trágica lección de la Provincia de Buenos Aires con su jurisdicción originaria y exclusiva que le hizo imposible atender las causas dado el número de habitantes.[9]

8. *Las vías de tutela urgente. El amparo*[1]

El amparo ha tenido suerte dispar en nuestros tribunales en el fin del milenio. Han existido importantes pronunciamientos tramitándolos en forma amplia, pro-

[7.6] CSJN, *AGUEERA, LL*, 1997-C, 322; CNFed. CA, Sala V, *Craviotto, LL*, 1997-D, 720; Sala V, *Muñoz, LL*, 1998-D, 210.

[7.7] CNFed. CA, Sala II, *Molina*, 11/VI/1996.

[7.8] Así CNCom., Sala A, *Alderete, LL*, 1997-D, 500, citando precedentes anteriores a la reforma constitucional e incluso invocando mal al fallo *Ekmekdjian*, CSJN, *Fallos*, 308: 647; *ED*, 148: 354, lo que priva al decisorio de un razonable fundamento de derecho.

[7.9] Y ya empezó a recorrer un camino restrictivo, como se advierte en *Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado de la Ciudad de Buenos Aires*, TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *LL*, 1999-E, 629, en voto dividido; *Vázquez Ferreiros, ED*, 186: 108. El primer fallo ha recibido una crítica al pronunciamiento de la mayoría: Gil Domínguez, Andrés, "La legitimación procesal de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires para promover acción directa de inconstitucionalidad," *LL*, 2000-B, 215.

[8.1] Ver Guglielmino, Osvaldo, "La Justicia Federal en la emergencia," en Miljiker (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I, op. cit.*, pp. 23-30; Ahe, "El desamparo del amparo," *op. cit.*; "La realidad del fuero en lo contencioso administrativo federal: El desamparo del amparo," *op. cit.*; Obarrio, Mauricio, "La acción de amparo en la emergencia," en Alanis, Sebastián D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 77-114; Sammartino, Patricio, *Principios constitucionales del amparo administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2004; González Campaña, Germán, "Uso y abuso del amparo en la emergencia económica,"en Scheibler, Guillermo (coord.), El derecho administrativo de la emergencia, IV, Buenos Aires, FDA, 2005, pp. 191-21; Silva Garretón, Martín, "La emergencia económica y el amparo y el uso del amparo, las medidas cautelares en la emergencia. Las previsiones adoptadas ante el caos del quiebre económico y su incidencia en los tribunales del fuero contencioso," en Scheibler (coord.), *op. cit.*, pp. 219-24.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

duciendo prueba, incluso de oficio y emitiendo sentencia en cuanto al fondo diciendo el derecho en forma oportuna;[2] pero también se ha producido una vigorosa tendencia al rechazo *in limine litis*[3] o por razones imposibles de compartir (intervención a la CNT). Creemos que ha triunfado la tendencia que afirma el derecho y la justicia antes que el favor al poder de turno.[4] También existe una importante tendencia jurisdiccional a desenfatizar el amparo pero inducir a los amparistas a utilizar los otros modos de tutela cautelar urgente que el ordenamiento pone a su disposición. [5]

La cuestión se hace más compleja cuando se incluyen las jurisdicciones provinciales, pues hay casos extraños y extremos, quizás aislados, en que el tribunal entremezcla indiferenciadamente *a)* un canto y una loa a la libertad y dignidad de la persona humana, a su eminente dignidad, al libre desenvolvimiento de su personalidad, a los derechos inviolables de la persona, etc., pero *b)* en el mismo acto realiza una sorprendente y profunda catarsis contra el amparo, contra la revisión judicial de la actividad administrativa, contra la tutela de los derechos administrativos y patrimoniales frente a la administración; tanto contra el amparo como contra la revisión contencioso administrativa, con una vehemencia y emoción que dice mucho de un peligrosísimo estado de ánimo antijurisdiccional, proveniente desde el seno mismo del propio Poder Judicial.[6] Esos extremos son recetas para la corrupción y sus delitos conexos, que como dice la CICC en su Preámbulo, llevan a la destrucción del Estado de Derecho, al crimen organizado, etc.[7]

8.2 Ver nuestro art. "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia," *LL*, 1997-F, 1318; también en "Los grandes fallos de la actualidad," en *Después de la reforma del Estado, op. cit.*, cap. XI.

8.3 Como dice la CorteIDH, el recurso judicial efectivo debe ser adecuado y eficaz y "puede volverse ineficaz si se le subordina a exigencias procesales que lo hagan inaplicable, si de hecho, carece de virtualidad;" o "cuando se demuestra que los recursos son rechazados sin llegar al examen de la validez de los mismos, o por razones fútiles." Ver FAPPIANO, OSCAR L., *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, pp. 73-4.

8.4 En cambio es más seguro el amparo contra particulares, CNFed. CA, Sala II, *Gambier I*, 18-VI-98, causa 25.841/97. Ver *supra*, nota 6.11 y el cap. VII, "La «certeza» que da el poder" de nuestra *Introducción al Derecho*, publicado como *e-book* en www.gordillo.com; *An Introduction to Law*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Londres, Esperia, 2003, cap. VII.

8.5 En tal sentido ISACCH, SIMÓN, "El fuero contencioso administrativo desde la mirada de la justicia," en *RAP Provincia de Buenos Aires*, año III, nº 36, marzo de 2006, pp. 5-12, § VI, "Algunas preguntas, algunas respuestas," p. 9. Señala este magistrado que tramitar el amparo en primera instancia puede ser peor para el interesado pues la Cámara rechazará el amparo, por no ser la vía, cuando ya "es muy dificil revertir esa situación."

8.6 *Infra*, § 8.3, "En los tribunales contencioso administrativos provinciales" y sus remisiones.

8.7 BOTASSI, "El derecho frente a la corrupción política," *JA*, 2002-I, 1029; nuestros "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091; "La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»," *JA*, 2000-IV, 1269; "La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC)," ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10. En igual sentido ver la ley 25.632, convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

8.1. *En la Capital Federal*

8.1.1. *La mala recepción judicial del amparo y las cautelares*

Dentro de esa línea visceral de reacción, totalmente contraria al art. 43 de la Constitución y a los pactos internacionales, a pesar de que los hemos suscripto, ratificado y constitucionalizado,[8] ha sido frecuente —pero no la regla— que se revivan fantasmas del pasado. Hay tribunales que han dicho que la Constitución *nada* cambió del decreto-ley 16.986/66, lo que ya es una obvia exageración, pues como mínimo ya no hace falta en caso alguno el reclamo administrativo previo.[9] Algunos no mencionan los pactos en sus normas de tutela eficaz y rápida de *todos* los derechos fundamentales. Otros disponen casi siempre que al amparo se lo rechace *in limine litis*.[10] O que si se tramita, termine en una sentencia afirmando que la cuestión requiere más debate y prueba, o que no se ha cumplido alguno de los requisitos[11] de la "Ley" de facto 16.986/66,[12] o que el acto no es manifiestamente arbitrario aunque lo sea, etc. Pero no todos los tribunales actúan igual: muchos cumplen con el sistema constitucional actualmente vigente,[13] e incluso se advierte desde 1997 un giro jurisprudencial[14] —especialmente en materia de derechos de incidencia colectiva— que se afirma a fines del siglo XX y comienzos del XXI.[15]

[8.8] Nos remitimos a nuestro art. "Un día en la justicia: los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución nacional," *LL*, 1995-E, 988, reproducido como cap. XVII del libro de GORDILLO, LOIANNO, FLAX, GORDO, LÓPEZ ALFONSÍN, FERREIRA, TAMBUSSI, RONDANINI, GONZÁLEZ CAMPAÑA, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, 5ª ed. y en ABREGÚ, MARTÍN y COURTIS, CHRISTIAN (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, Editores del Puerto S.R.L., 1997, p. 201 y ss.

[8.9] Así lo señala SAMMARTINO, *op. cit.*, p. 92, entre otros.

[8.10] Nuestras notas a fallos "Rechazo «in limine litis» del amparo," *LL*, 1996-C, 41, nota al fallo *Toscano*, CNFed. CA, Sala I, año 1995; "Amparo: nunca, jamás," *LL*, 1997-A, 82, nota al fallo *Deutz Argentina S.A.*, Sala V, *LL*, 1997-A, 83, año 1996; "El moribundo amparo," nota al caso *Méndez*, Sala I, *LL*, 1997-C, 843, año 1996. No todas las Salas han seguido en el pasado este criterio restrictivo, hoy felizmente superado. La Sala IV lideró el cambió y en diversos pronunciamientos encaró cuestiones complejas tanto en medidas cautelares como en la sentencia del amparo o en juicios sumarios. Ver al respecto nuestro art. "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia," en *LL*, 1997-F, 1318 y los fallos *Impsat S.A.*, *LL*, 1998-A, 246, año 1995, con nota de AGUIAR, HENOCH D., "Monopolio telefónico y servicios en competencia," *LL*, 1998-A, 239.

[8.11] MILJIKER, "La desnaturalización de la garantía del amparo como un medio de protección efectiva de los derechos," *LL*, 2002-A, 965. Sobre cómo se han ido modificando los márgenes que delimitan el amparo ver GONZÁLEZ CAMPAÑA, *op. loc. cit.*

[8.12] No se equivoca PADULA, PABLO FEDERICO, cuando escribe al respecto "El regreso de los muertos vivos," *LL Litoral*-1997, 847.

[8.13] Es el caso de la Sala IV, que en muchas causas ha tramitado el amparo para no frustrar los derechos de los particulares ni tornarlos abstractos, no obstante haber tenido a mano posibles excusas para no intervenir. El ejemplo más destacado es *Viceconte*, firme por haberse rechazado la queja, pero no pueden olvidarse *Youssefian*, *Fernández*, *Impsat*, etc.

[8.14] Nuestro art. "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia," *op. cit.* Ver también *supra*, caps. II y III.

[8.15] Entre los últimos casos merece especial atención, por su detonante impacto teórico, *Gambier II*, con la salvedad apuntada en 6.10, *LL*, 1999-E, 624, Sala II y por la evolución que representa, *Verbrugghe*, Sala I, *ED*, 185: 995, año 1999 y *Asociación Benghalensis*, CSJN, *LL*, 2001-B, 126, año 2000.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

8.1.2. *El amparo definido por los derechos de la libertad, no de la propiedad*

Fallos hay que le dicen al interesado que en lugar de un amparo lo que debía hacer era un juicio ordinario con cautelar cuando de lo que se trata es de una licitación pública en que en pocos días van a abrir o presentar el sobre "B"; además de recordarle una antigua y superada jurisprudencia, que parece siempre querer volver por sus fueros, de que el amparo no procede para la defensa del derecho de propiedad o los derechos contractuales o los que se refieren a licitaciones públicas o...[16] Es como si el derecho de propiedad no fuere una de las garantías constitucionales básicas y fuera tan solo aplicable a los llamados derechos de la libertad: libertad de prensa, de pensamiento, de locomoción, de entrar y salir del país, de reunión, de profesar cultos o creencias, de la privacidad, la dignidad, la no discriminación, el medio ambiente, la salud, la familia, derechos del niño, etc.

Hay sin embargo juzgados de primera instancia y tribunales de alzada que advierten que esa solución es inviable, ya que mal va alguien a pedir, o un juez ordenar, una cautelar en un juicio ordinario paralizando por una década una privatización o una obra pública: es inviable, por más que alguna Sala lo haya sugerido.[17] El amparo en tales casos es simplemente la *única* vía de tutela judicial. Negarlo es en tales casos lisa y llana denegación de justicia, que implica privar al Estado de Derecho de uno de sus tres pilares fundamentales. A veces, dar tranquera abierta a la corrupción. Desde luego no todos los jueces y tribunales actúan ni escriben igual, como ya lo hemos destacado.[18]

Entre esas excepciones cabe destacar el ya citado fallo dictado en primera instancia en la segunda causa *Servotrón* por el Juzgado del Dr. OSVALDO GUGLIELMINO, en que se expresó: "De tramitarse el juicio en el marco de un proceso ordinario, bajo el resguardo de una medida cautelar, como se sugiere curiosamente a fs. [...], se paralizaría la obra hasta la conclusión de dicho proceso —normalmente extenso, por más que no requiera prueba— lo que en sí mismo es un disvalor notable, sea cual fuera el resultado del pleito."

[8.16] *Aydin S.A.*, Sala I, *LL*, 1997-D, 694, año 1996, entre otros. En la tesis contraria aunque en 1ª instancia, ver *Servotrón S.A. c/ Consorcio Autopista del Oeste y otros*, JuzgFed. CA N° 4, *LL*, 1997-F, 297, año 1996, que refuta al anterior. Ya en este milenio, el excepcional fallo *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, admite un amparo de una jubilada para que anule una cláusula indemnizatoria absurda de los contratos celebrados por la ANSES.

[8.17] Su acertada réplica en *Servotrón S.A.*, *LL*, 1997-D, 297 año 1996.

[8.18] "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia," *LL*, 1997-F, 1318. Una variante de este criterio amplio encontramos en los casos *Impsat* de primera y segunda instancia, en *LL*, 1998-A, 246, año 1995, con nota de AGUIAR, *op. loc. cit.*, en que no se otorgaron cautelares ni se procedió a la ejecución de la sentencia, pero en cambio se tramitó y resolvió favorablemente el amparo en cuanto al fondo, pues el tema solo tenía sentido mientras duraba la exclusividad de las licenciatarias telefónicas. Ver también BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A., "Los límites de los poderes del Estado durante la emergencia: el caso de los acreedores de títulos públicos en moneda extranjera," *LL*, 2002-F, 945; asimismo, BRUNO DOS SANTOS y FERNÁNDEZ LAMELA, PABLO M., "La tutela cautelar en la emergencia frente a la problemática de los fondos comunes de inversión," *LL*, 2003-E, 286.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

"Esto quiere decir que la vía debe ser aceptada predominantemente por el interés público. La cuestión tiene su trascendencia, porque al no ser la vía excepcional del amparo una prerrogativa procesal exclusiva del actor en virtud de la inminencia del agravio de éste, se neutralizan requisitos que le son exigidos para, justamente, poder defender su derecho de modo sumarísimo. Así, el comportamiento estatal ya no debe ser manifiestamente arbitrario o ilegal para acoger la demanda, porque si éste es el único proceso apto, rechazarlo porque el agravio no es manifiestamente ilegal, importa reconocer que puede ser ilegal de modo simple. Y ello sería absurdo, porque ya hemos dicho que en estos casos, el juicio ordinario es profundamente disvalioso en sí mismo, por su natural prolongación temporal, de modo que no serviría para corregir aquella arbitrariedad o ilegalidad no manifiestas, en tanto tal corrección recién se produciría una vez afectado el interés público de modo irreparable."[19]

8.1.3. *Propiedad, derechos patrimoniales, licitaciones: las fuentes de corrupción administrativa que el amparo no siempre corrige*

Según algunos fallos, pues, el amparo no procede para la defensa de la propiedad, los contratos, los derechos violados en las licitaciones públicas, etc. Es una tesis más que insólita cuando el país ha elegido el camino que marca la reforma del Estado y propiciado el crecimiento de la actividad privada, de las inversiones externas, de la competencia, etc., todo lo cual supone medios judiciales idóneos para la defensa de los derechos conculcados, derechos que aquí se les niegan sistemáticamente. No extraña pues que el inversor extranjero se lamente del Poder Judicial argentino, pues advierte que no tiene medios idóneos para una defensa eficaz en el corto plazo, en caso de ver conculcados sus derechos por el Estado. Tiene, es cierto, el arbitraje internacional a su disposición, pero eso no es motivo para que en el derecho interno no brindemos justicia eficaz, eficiente y oportuna. El arbitraje tampoco sirve si la falta de credibilidad de la justicia puede hacer pensar que no ejecutará los fallos adversos.[20]

Si la única solución en caso de violación a sus derechos es una acción ordinaria que puede durar diez o quince años, entonces parece razonable que busque otro país o, quizás, otros medios más efectivos y conducentes. Por ello se ha dictado la convención interamericana contra la corrupción, pero es obvio que los jueces deben hacer lo suyo también. Si no protegen los derechos patrimoniales contra el Estado en la acción de amparo, están enviando al capital extranjero y al nacional a buscar, sea otras playas, sea otros brazos: los de la corrupción.

La falta de control judicial eficiente en materia de derechos administrativos y patrimoniales es como diría NIETO "La organización del descontrol." Es la versión

[8.19] Juzgado Fed. CA N° 4, *Servotrón, LL*, 1997-D, 297, año 1996.

[8.20] *Infra*, cap. XVII, "El arbitraje administrativo nacional;" ver también la necesaria referencia al cap. XVIII, "El arbitraje administrativo internacional."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

aggiornada del proceso: antes se tronchaban vidas, libertades y propiedad sin recurso jurisdiccional eficiente. En la última década del siglo XX se hicieron loas a la libertad y hasta se la protegió, pero se dejó en el camino la propiedad. No parece una solución satisfactoria ni racional. Tal vez no lo sepan quienes obran así desde la Justicia, ciertamente no lo creen, tal vez no les parece problema suyo, pero su responsabilidad objetiva —por omisión— en la corrupción administrativa, es para nosotros evidente e innegable. Son demasiados los casos de corrupción administrativa que no se pudieron detener en vía judicial porque no se trataron amparos o dieron cautelares en tiempo oportuno. Una sonora excepción es *Torello*, sala II, año 2000.[21] Las tesis limitativas de estos institutos son favorecedoras de la corrupción, lo sepan o no quienes las propugnan y practican. Y las consecuencias y fenómenos coetáneos de la corrupción están establecidos en el Preámbulo de la CICC,[22] norma supranacional vigente que cada uno podrá desconocer sólo a costa de su propia conciencia y de la opinión pública.

8.1.4. *Los amparos contra particulares, concesionarios, licenciatarios*

Fueron mejor recibidos judicialmente los amparos contra los abusos de las concesionarias y licenciatarias monopólicas del poder público. Sea que se los cite como terceros interesados, a pesar de algunas dudas sobre la admisión de terceros en el amparo, sea que se los demande en forma exclusiva, o en forma conjunta con el Estado, las chances son sensiblemente mayores: es que allí el objetivo de la acción judicial, aunque tutele la propiedad del particular en la pretensión procesal, no es en último análisis contra el Estado. La competencia, además, quedó claramente resuelta: "Respecto al amparo interpuesto contra la empresa de servicios telefónicos es competente el fuero contencioso administrativo pues la amplitud de las cláusulas de los decretos 62/90 y 1185/90 (referidos a las bases y condiciones para el llamado a la licitación internacional para la privatización del servicio público de telecomunicaciones) no autoriza a distinguir en cuanto a la prestación de los servicios entre licenciatarios y usuarios."[23]

8.2. *En los tribunales federales del interior*

Dado que la competencia en el amparo puede estar dada tanto por el domicilio del demandado, como por el lugar donde el acto impugnado produce o ha de producir sus efectos, no es infrecuente que pueda iniciarse el recurso o la acción de amparo

8.21 *Torello, LL*, 2000-B, 275.

8.22 Y en la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, ley 25.632, esp. arts. 8º y 9º.

8.23 CNFed. CA, Sala I, *Viola De Fischer, ED*, 145: 352, año 1991. Hubo antes muchos precedentes contradictorios de distintos tribunales, pero ésta nos parece la buena doctrina. Ver una recopilación de diversos antecedentes opuestos a lo que explicamos en el texto en MALJAR, DANIEL EDGARDO, "Naturaleza de la relación jurídica entre concesionario y usuario del servicio público," *LL*, 1997-F, 1245.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

en los tribunales federales del interior. Hay allí varias ventajas: primero, la mayor cortesía y tiempo, la mayor inmediación, tanto del personal de los juzgados como de su titular y secretarios.

Mientras que los jueces capitalinos no consideran falta de educación ni ofensa al letrado de la parte actora mandarlo de vuelta a su estudio como un principiante que no sabe ni siquiera redactar una acción de amparo,[24] en las provincias los juzgados federales respetan por lo menos que uno haya viajado hasta allí para impetrar la justicia que no siempre tiene en la Capital Federal. Traslado, ciertamente dan.

8.3. *En los tribunales procesal administrativo provinciales*

Es muy difícil hacer un compendio de todas las jurisdicciones, pero parece advertirse una reciente tendencia a revertir la amplitud con que algunas legislaciones o jurisprudencia admitían el amparo ante tribunales inferiores, incluyendo todos los derechos constitucionales y no una arbitraria selección de ellos que evitara el confrontamiento con la corrupción administrativa. La concentración del poder, que también opera a nivel provincial, conspira contra el funcionamiento del control judicial de la administración pública. El gobernador es demasiado poderoso, el tribunal local no lo es siempre en medida capaz de contrabalancearlo en control eficaz.

En 1996 un muy erudito fallo de la Corte Suprema de Santa Fe recopila, prolija y concienzudamente, todos los argumentos para limitar el amparo; con el efecto principal de excluir la revisión de la actividad administrativa lesiva de derechos patrimoniales o administrativos. No advierte, claro está, que la insuficiente revisión procesal administrativa, sumada a la inexistencia así creada del amparo, deja a los particulares con intereses económicos librados a cómo se las puedan arreglar con la administración.

Es no ver el espectro de lo que desde otro ángulo señala la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Menos puede en este tiempo y lugar decirse que "asumo plenamente la consiguiente responsabilidad por lo que afirmo" pues es no entender uno de los cómo y por qué hemos progresado en el concierto de las naciones al lugar destacado que lucimos en materia de corrupción.[25] Tanto no advierte

[8.24] Que le explique uno a su cliente cómo es que no sabe redactar un amparo, ellos explicarán cómo hicieron justicia. Por ello pareció una bocanada de aire fresco cuando el fallecido juez laboral de 1ª inst., Dr. GARCÍA MARTÍNEZ, admitió *in limine litis* un amparo, dictando sentencia definitiva sin traslado a la parte demandada. El fallo fue anulado, aún afirmada su razón en cuanto al fondo: pero que una ley *de facto* "autorice" el rechazo liminar de un amparo tiene menos razón que el juez admitiéndolo del mismo modo. Ver CN del Trabajo, Sala de Feria, *CGT*, *LL*, 1997-B, 332.

[8.25] CS de Santa Fe, *Bacchetta*, *LL Litoral—Juris*, mayo de 1997, p. 115 y ss., con notas de CULLEN, IVÁN JOSÉ MARÍA, "Nuevo perfil del amparo en la Provincia de Santa Fe," pp. 115-20, quien refiriéndose al nacional lo llama *desamparo*; MARTÍNEZ, HERNÁN J., "Del contenciosoadministrativo y del amparo en la Provincia de Santa Fe," revista citada, pp. 121-30.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

el fallo el contexto de la corrupción a que lleva, que incursiona en frases como "*Es en los carriles de la excepcionalidad donde nuestro recurso debe brillar por excelencia*." Afirma que el amparo es sólo para los "derechos de la libertad," no para los derechos de sustancia administrativa, pues esos casos "constituyen —y asumo plenamente la consiguiente responsabilidad por lo que afirmo— el paradigma de la arbitrariedad." Sostiene que cuando el amparo protege esos derechos de sustancia administrativa, atenta contra la seguridad jurídica, cuando es exactamente a la inversa. El desamparo judicial de los derechos administrativos es el mejor caldo de cultivo de la corrupción.

Agrega, increíblemente para un jurista, que la jurisdicción está instituida en "favor de la Administración Pública," "porque la Administración Pública goza de ciertos privilegios [...] y eso determina necesariamente un régimen de contralor jurisdiccional distinto." Rara vez hemos visto afirmaciones de tamaño disvalor en un fallo judicial que parece ser sacado del *Ancien Régime.* Ese fallo viola el texto y el espíritu de la convención interamericana contra la corrupción y todo el sistema del Estado de Derecho.

Cuando los organismos internacionales nos piden que mejoremos nuestro sistema de control judicial de la actividad administrativa para brindar seguridad jurídica, es en la corrupción que piensan. El fallo no lo advierte. Para un adecuado remate, el mismo tribunal tampoco admite la revisión judicial en la vía plena procesal administrativa. La denegación de justicia es pues total.[26]

Ese descontrol organizado y sistemático, ese disfuncionamiento judicial que deja a la administración pública absolutamente libre de resolver a su gusto y placer las cuestiones de dinero es, se lo quiera ver o no, la mejor contribución posible al crimen organizado nacional e internacional. Están allí involucradas las normas de la convención interamericana contra la corrupción,[27] la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, la convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

La Suprema Corte bonaerense ha resuelto en materia de amparo que puede entender en esta acción cualquier juez de primera instancia, sin importar la materia específica. Pero el legislador ha limitado el órgano de alzada para las acciones de amparo en materia administrativa, que ahora es la cámara de apelación competente en razón de la materia: cualquier juez puede entender en primera instancia, pero en la apelación sólo resolverá la cámara competente. Saque cada uno sus conclusiones.

8.26 Ver CS de Santa Fe, *Degrossi, LL*, 1997-F, 259, año 1996, con nota crítica de BOGLIOLI, DIEGO FERNANDO, "A propósito del ejercicio de determinadas potestades públicas, sus límites y control judicial," quien también recuerda en tal sentido a BARRAGUIRRE, JORGE A., *Derecho administrativo. Visión jurisprudencial*, Santa Fe, Juris, 1993, p. 45 y ss., p. 54 y a KAUFMAN, GUSTAVO A., "Tarifas de servicios públicos," *ED*, 127: 919.

8.27 Ver *supra*, nota 8.5.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

8.4. *El amparo por mora de la administración*[28]

En el orden nacional existe también el amparo por mora de la administración, regido por el art. 28 del decreto-ley 19.549/72, aplicable para determinar judicialmente si la administración ha excedido el plazo fijado para resolver una presentación y en su caso fijarle el plazo razonable para que lo haga.

Es un medio eficaz para la defensa de los derechos del particular frente a la administración, aunque su resultado es sólo obtener el "No" por escrito y con fundamentación que permita impugnarlo luego en sede judicial con más argumentación. Procede cuando están en juego derechos subjetivos o intereses legítimos,[29] y debe ser también admitido en materia de derechos de incidencia colectiva, cuya legitimación es constitucional. Se le ha aplicado el principio del informalismo a favor del administrado[30] y se ha admitido, en una litis iniciada mediante amparo por mora, dictar medidas cautelares.[31] La competencia es la procesal administrativa.[32] El amparo por mora puede ser transformado, a pedido de parte o de oficio, en un amparo común; y a la inversa;[33] nada impide tampoco ordinarizarlo, como lo autoriza para todos los procesos sumarios el código procesal administrativo de la provincia de Buenos Aires.[34] Sin embargo algunas cámaras provinciales ni siquiera admiten la reconducción del amparo común (mucho menos, entonces, de un amparo por mora) en acción procesal administrativa con pedido de medidas cautelares, en un rigorismo formal incompatible con la finalidad de tutela que debe animar la justicia administrativa. Cuesta introducir la cultura del control en una historia de siglos de descontrol...

[8.28] Nos remitimos al desarrollo realizado en el t. 4, " El procedimiento administrativo," cap. XIII, "Queja y amparo por mora," § 3.1, "Inacción administrativa: silencio, queja, amparo por mora," § 3.3, "Efectos en el procedimiento," § 3.4, "Innecesariedad de intimación," § 3.5, "Perjuicio," § 10, "Plazos y trámite del amparo por mora," y ss.

[8.29] Ver CNFed. CA, Sala II, *Luis Gómez S.R.L. c. Estado nacional, LL*, 1996-A, 638, con nota "El interés legítimo en el amparo por mora," *LL*, 1996-A, 637, reproducida en *Cien notas de Agustín, op. cit.*, § 23, p. 80; t. 4, cap. XIII, § 8, "Motivos de impugnación. Contra qué demoras u omisiones procede," 8.2, "Amparo por mora." En igual sentido REJTMAN FARAH, *Impugnación judicial de la actividad administrativa, op. cit.*, cap. VI, § 6, A, p. 92; LUQUI, *op. cit.*, t. 2, § 302, p. 208; comp., sin embargo, p. 210.

[8.30] Sala II, *Rodríguez Fuchs, LL*, 1997-A, 81, con nota "Informalismo y amparo por mora," reproducida en *Cien notas de Agustín, op. cit.*, § 49, p. 129.

[8.31] CNCiv., Sala M, *Kreutzer, LL*, 1997-F, 245, con nota de GAMBIER, "Audacia sí, pero no tanta: un fallo que confirma una medida cautelar dictada en una acción de amparo por mora," *LL*, 1997-F, 244. También la Suprema Corte bonaerense, causa B. 67497, *Gareis*, 25-VIII-2004, admite que el amparo por mora se puede reconducir como amparo normal. En cambio las Salas provinciales no admiten que los juzgados de primera instancia reconduzcan los amparos normales en los demás medios de impugnación del código, lo que es contradictorio con el espíritu más liberal de la Corte. El rol de proteger a la administración pareciera haber cambiado de manos.

[8.32] Comp. Sala II, *Fernández, Oscar O. c. SENASA, DJ*, 1997-2, 938, con nota "La mora administrativa es materia procesal administrativa;"*Cien notas de Agustín, op. cit.*, § 70, p. 154.

[8.33] GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, t. 2., p 791 y antecedentes que cita.

[8.34] El código admite la sumarización del ordinario y la ordinarización del sumario.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

9. *Continuación. Las diversas medidas cautelares*[1]

9.1. *Las variantes*

Existe un número interesante de alternativas que la jurisprudencia federal y local de la CABA han ido elaborando; en la provincia de Buenos Aires algunos magistrados de primera instancia se han mostrado igualmente innovadores, no así todas las cámaras.

En primer lugar, es importante destacar la creación pretoriana de la cautelar autónoma innovativa para suspender un acto hasta tanto la admisión resuelva un recurso pendiente o realice una actividad debida.[2]

A veces el amparo también sirve como cautelar autónoma, pero ello no es tan frecuente.[3] En algunos casos se admite la pretensión de amparo por mora sumada a una cautelar autónoma, o una orden de no innovar hasta tanto se resuelva el amparo por mora. Desconocida por la administración, ha dado lugar a su impugnación en la misma litis y a la suspensión del acto administrativo hasta tanto se resuelva la nulidad articulada. Con ello el amparo por mora se transforma en amparo simple, solución razonable e informal como corresponde a esta materia.[4] La tendencia es permitir la ordinarización de un proceso sumario y la sumarización de un ordinario, como en el código de la provincia de Buenos Aires dentro del criterio de la unidad de acción, pluralidad de pretensiones y modos de tramitación

9.1 VALLEFÍN, CARLOS A., *Protección cautelar frente al Estado,* Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002; "Importancia y jerarquía constitucional de las medidas cautelares," en BOTASSI (dir.), *Temas...*, *op. cit.*, pp. 503-18, esp. 516-8; GUGLIELMINO, *op. cit.*, pp. 23-30; MILANTA, "Tutela judicial en el estado de emergencia," en AHE (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II, op. cit.*, pp. 199-225, esp. § 5, "Nota sobre la tutela cautelar en la emergencia," pp. 220-3; MONTI, LAURA M., "Las resoluciones judiciales en materia de salud, en la emergencia," en ALANIS (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III, op. cit.*, pp. 67-75; OBARRIO, "La acción de amparo en la emergencia," *op. cit.*, pp. 77-114, esp. § XI, "Las medidas cautelares en la acción de amparo," pp. 100-6; BRUNO DOS SANTOS, "La llamadas «precautelares» contra la administración pública: un aporte pretoriano al debido resguardo de la tutela judicial efectiva," *LL*, 2003-D, 1225; LOGAR, ANA C., "Las medidas cautelares en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires," *LL Buenos Aires*, 1998-1151; y en BOTASSI (coord.), *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, LEP, 2004, pp. 437-513; GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, t. 2, cap. XIII, pp. 797-839; LUQUI, *op. cit.*, tomo 2, § 350 a 358, pp. 352-88. Un examen de derecho comparado en ORTIZ ÁLVAREZ, LUIS A., *Jurisprudencia de medidas cautelares*, Caracas, EJV, 1995, pp. 13-29.

9.2 Sala III, *Tienda León, LL*, 1996-D, 127, con mi nota "Cautelar autónoma." Dice COMADIRA, *Derecho administrativo, op. cit.*, p. 192 y ss., p. 210, "cuando la suspensión [...], se otorga hasta que ésta [la resolución] se dicte [...] es la propia Administración la que con su diligencia procesal determinará la duración de la cautela judicial acordada."

9.3 CNCiv., Sala C, *Ybáñez, LL*, 1996-E, 109, con nota "El amparo como cautelar autónoma innovativa."

9.4 CNCiv., Sala M, *Kreutzer, LL*, 1997-F, 245, con nota de GAMBIER, "Audacia, sí, pero no tanta: un fallo que confirma una medida cautelar dictada en una acción de amparo por mora," *LL*, 1997-F, 244. Hay precedentes acerca del informalismo en esta acción: "Informalismo y amparo por mora," *LL*, 1997-A, 81, nota al fallo *Rodríguez Fuchs*, Sala II, *LL*, 1997-A, 81, año 1996, reproducida en *Cien notas...*, *op. cit.*, p. 129; SCJBA, *Gareis*, citado en nota 8.31.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

del proceso. Otra tendencia actual es la admisión de medidas precautelares,[5] dictadas provisionalmente "antes de resolver la petición cautelar innovativa, cuando el juzgador no cuenta con elementos necesarios para pronunciarse sobre la verosimilitud del derecho invocado y debe ponderar el riesgo de un daño irreparable como consecuencia de la ejecutoriedad del acto."[6]

9.2. *Los fundamentos para concederlas y/o denegarlas. La verosimilitud del derecho vs. la presunción de legitimidad del acto administrativo*

La verosimilitud del derecho, cuando se trata de usuarios y consumidores, tiene una presunción legal, *iuris et de iure*, otorgada a su favor por una ley federal de orden público, la 24.240. Cuando no se aplica o invoca esa ley, hay quienes encuadran el tema en el art. 12 del decreto-ley 19.549/72.[7] Para la mayoría de la jurisprudencia, con todo, la piedra angular de la prohibición de no innovar es en parte el art. 230 del CPCCN pero sobre todo el conjunto de disposiciones (art. 34, inc. 5° aps. *c)* y *d)*, e inc. 6°) que disponen la vigencia de los principios de igualdad y buena fe de las partes en el desenvolvimiento del proceso, a fin de instituir el necesario equilibrio entre las partes litigantes. También se las funda en el principio de la buena fe con que deben proceder los litigantes y su fundamento último es no desvirtuar la eficacia de la sentencia a dictarse, tornándola ilusoria y que no se produzca un estado de indefensión;[8] cabe agregar el principio de la tutela judicial efectiva y la garantía misma de la defensa,[9] como también la prevención de la corrupción administrativa. Los criterios modernos[10] se van abriendo paso en la jurisprudencia. Está en juego la visión que se tenga de la justicia. En el mundo hay por doquier una "dilación escandalosa de los procesos" y es inevitable admitir con García de Enterría y Estoup que "el honor de la justicia, nada menos, está precisamente en estos juicios cautelares y rápidos"[11] pues las medidas cautelares

9.5 Bruno dos Santos, "La llamadas «precautelares» ... *op. cit.*, p. 1225.

9.6 Bruno dos Santos, *op. loc. cit.*

9.7 Barra, "Efectividad de la tutela judicial frente a la Administración; suspensión de ejecutoriedad y medida de no innovar," *ED*, 107: 419; Gambier y Zubiaur, Carlos A, "Las medidas cautelares contra la Administración (Fundamentos, presupuestos y aplicación del artículo 12 de la ley 19.549)," *LL*, 1993-D, 690; Hutchinson, "La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional," *ED*, 124: 677.

9.8 Palacio, Lino Enrique, *Teoría y práctica de la reforma procesal civil*, Buenos Aires, La Ley, 1958, p. 99; Podetti, J. Ramiro, *Tratado de las medidas cautelares*, p. 290.

9.9 Gambier y Zubiaur, *op. loc. cit.*

9.10 Como recuerda García de Enterría, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1995, 2ª ed., p. 339, quienes pierden la cautelar o un proceso sumario a veces ya desisten de proseguir el juicio ordinario, sea porque reconocen que no tienen derecho, o porque —agregamos nosotros— advierten que no se lo reconocerán en tiempo útil. Ganar o perder la cautelar equivale, en la práctica, a ganar o perder el pleito. Eso es bueno para los litigantes, que prefieren ganar o perder, rápido y en cuanto al fondo, no por la forma.

9.11 García de Enterría, *op. cit.*, pp. 338 y 344, citando a Estoup, P., *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédure d´injonction*, París, 1990, pp. 11 y 134.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

son "la tabla de salvación de la —desesperadamente lenta— justicia administrativa."[12] Hay saludables casos de medidas autosatisfactivas, o provisionalmente anticipatorias de la sentencia.[13] Hay fallos con todo que para denegar las medidas cautelares comunes se fundan en que debe aplicarse un criterio restrictivo.[14] Sin embargo, han comenzado a aparecer medidas cautelares autosatisfactivas que quedaron firmes, tal era su fuerza de convicción.[15] Otras veces se han dictado en procesos civiles relativos a la relación paciente-hospital,[16] que son necesariamente aplicables —y son aplicadas— cuando el hospital es público.[17] Hay así una muy saludable extensión de las construcciones del derecho procesal común hacia la administración pública, lo que constituye un progreso.

La misma norma que da amplia base para las cautelares en el proceso civil, no siempre se usa así en el proceso administrativo. Los presupuestos contemplados en el art. 230 del Código Procesal son 1°) que el derecho sustancial sea verosímil, 2°) que exista el peligro de que si se altera la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o en su ejecución, 3°) que la tutela cautelar no pudiera obtenerse por medio de otra medida precautoria. El fundamento de la medida cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido:[18] de allí que resulte suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor

9.12 ORTIZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 13; *La protección cautelar en el contencionso administrativo*, Caracas, Sherwood, 1999; ROJAS FRANCO, JOSÉ ENRIQUE, *La suspensión del acto administrativo en la vía administrativa y judicial*, San José, Mundo Gráfico, 4ª ed., 1998.

9.13 Ampliar *infra*, § 9.8, "La cautela autosatisfactiva o anticipatoria" y sus remisiones. Una valiosa excepción es ordenar el pago de la jubilación pendiente la decisión que se adopte: Sala IV, *Assorati*, 18-VII-97, causa 9.702/97. Otras medidas valiosas en *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, "Civismo ...," *op. cit.*; *Squaglia*, etc. Ver *supra*, caps. II a IV.

9.14 Sala III, *Herrera de Noble, LL*, 1984-A, 265, año 1983. Ver GALDÓS, JORGE MARIO, "Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva," *LL*, 1997-F, 482, nota a fallo de la CCiv. y Co. de Rosario, Sala III, *M. L. N. c. R. C.*, *LL*, 1997-F, 483.

9.15 Sala II, *Gambier II*, 2-II-2000, *supra*, cap. III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva," § 6.6, "El caso del ciudadano *Gambier*. El derecho a la vigencia del principio de legalidad. Otros derechos colectivos" y demás casos mentados en los caps. II a IV.

9.16 *P., A.E.*, Juzg.Crim. y Correc. N° 3 de Mar del Plata, *LL*, 1997-F, 602, año 1995, con nota de LORENZETTI, RICARDO, "Precisiones jurisprudenciales sobre el derecho a rechazar tratamientos médicos," *LL*, 1997-F, 601. Ver nuestra nota 6.3 al cap. "Los grandes fallos de la actualidad," en el libro *Después de la Reforma del Estado*, 2ª ed., cap. XI, p. 19.

9.17 *Squaglia*, 1º instancia firme, *LL Litoral–Juris*, octubre de 1997, p. 1007 y ss.

9.18 La verosimilitud del derecho se apreciada en forma sumaria y no es menester un análisis exhaustivo —de allí la expresión *fumus bonis iuris*— sino solamente que se haya configurado *prima facie:* Sala IV, 1-XI-84, *Ingenio Corona*; "el Tribunal no tiene la obligación de efectuar un examen jurídico riguroso, cual el necesario para resolver el pleito, siendo solo menester examinar si el derecho invocado por el peticionario tiene o no apariencia de verdadero, sin que ello implique prejuzgamiento;" Sala II, *Irurzun S.A.*, *LL*, 1982-C, 401; Sala II, *Barbarán*, del 18-VI-1985. Ello es también consecuencia del supuesto reducido marco de conocimiento de las medidas cautelares, según por ejemplo la Sala II, *Borgo*, 11-V-1989.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el juicio principal se declarará la certeza de ese derecho, sin que ello importe prejuzgar sobre la existencia o no del derecho sustancial alegado. Ahora bien, cuando la jurisprudencia se remite —para la suspensión judicial— al criterio de la suspensión en sede administrativa, se olvida de su imparcialidad y su deber de guardar la igualdad entre las partes, de asegurar el posible resultado favorable de la sentencia y no tornarla ilusoria; de evitar a la sociedad el daño de una ulterior condena en daños y perjuicios que su oportuna intervención hubiera evitado. En efecto, si se resuelve partir de la presunción de legitimidad de los actos administrativos, el primer requisito de la prohibición de innovar sólo quedaría configurado por su manifiesta arbitrariedad o ilegalidad; en lugar de partir de la verosimilitud del derecho, se lo haría desde la presunción de legitimidad y entonces sólo la manifiesta y grosera arbitrariedad justificaría la cautelar.[19] En tales casos el "peligro en la demora" se transmuta en "perjuicio irreparable."[20] Esos argumentos pueden revertirse: tanto se puede hacer o impedir justicia con la doctrina de las cautelares; así, el "ordenamiento adjetivo acuerda a medidas de esta índole carácter esencialmente provisional (art. 202) pues, reexaminadas que sean las circunstancias, nada impide enmendar, modificar y aun revocar lo que fuere menester y resultare justo,"[21] lo cual debiera hacer más fácil concederlas que denegarlas.

En otras palabras se expresó, siempre en los pronunciamientos más antiguos, que "para decretarlas no se requiere una prueba acabada de la verosimilitud del derecho debatido en el principal, extremo que sólo puede ser alcanzado al tiempo de la sentencia ni es menester un examen exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, bastando que a través de un estudio prudente —apropiado al estado del trámite— sea dado percibir un *fumus bonis iuris* en el peticionario."[22] Basta con la probabilidad o la fundada posibilidad de que el derecho exista o que tenga apariencia de verdadero.[23] Pero como dijimos, todo es reversible. Con algún matiz diferencial, se ha sostenido que "si bien en una medida cautelar debe apreciarse si el derecho del peticionante *prima facie* aparece como verosímil, ello no debe hacerse con extrema superficialidad que deje sin efecto un principio legal de tanta trascendencia como el analizado" (se refiere a la presunción de legitimidad);[24] que por la presunción de validez "se requiere que quien la solicita demues-

9.19 Es lo que, *mutatis mutandis*, dicen numerosos fallos, cuya reseña efectúa COMADIRA, *op. cit.*, p. 207, notas 62 a 64.

9.20 COMADIRA, *op. loc. cit.* y los fallos que cita en nota 65.

9.21 Son fallos ya algo antiguos: *Pesquera del Atlántico S.A.*, CNFed. CA, Sala II, 14-X-82, *ED*, 102: 558; en igual sentido Sala II, 22-VIII-1985, *Carfina*; 12-III-1991, *Laborde.*

9.22 CCiv. y Co. Fed., Sala II, *Sindicato de Luz y Fuerza de la Capital Federal c/Hoteles de Turismo S.A.*, 1983, *JA*, 1984-III, 418 y ss., esp. 419.

9.23 Cám. Fed. Apel. de Rosario, Sala B, *Cipoma S.A.*, *JA*, 1988-II, 316.

9.24 Sala IV, *Coelho*, del 14-V-1985; *Rodríguez, Roberto Jesús y otro c/Estado Nacional (Presidencia de la Nación - SIDE) s/incidente de apelación*, del 6-VIII-1985.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

tre fehacientemente —salvo que ella fuere manifiesta— y sin que esto suponga un prejuzgamiento de la situación de fondo, la ilegitimidad del acto cuestionado o la violación del orden jurídico para hacer caer dicha presunción."[25]

Pensamos que un voto en minoría ilustra la relación de fuerzas: en un fallo de la Corte Suprema uno de sus integrantes, con voto en disidencia, ha sostenido que "la naturaleza de medidas como la solicitada (prohibición de innovar), no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, antes bien, sólo resulta exigible el *fumus bonis iuris*, pues el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad."[26] Los tribunales que no advierten el perjuicio a la sociedad que una cautelar oportuna podría haber evitado, son fiscalistas del gobierno, no fiscalistas de la sociedad. No cuidan el patrimonio colectivo.[27]

9.3. *El peligro en la demora*

Junto con la verosimilitud del derecho se exige el peligro de que la tutela probable de la sentencia no pueda realizarse (*periculum in mora*); que los efectos del fallo final resulten inoperantes o devengan abstractos. Esto se vincula con la posible frustración de derechos que pueda darse como consecuencia del dictado tardío de pronunciamientos devenidos inoficiosos o de imposible cumplimiento. El peligro en la demora es obvio, pues de ejecutarse los actos administrativos atacados, una eventual sentencia favorable solamente sirve para los daños y perjuicios —que pagaremos todos—, no para la preservación del derecho que se ve amenazado.

Por supuesto también hay frases en el sentido opuesto, como p. ej. que el peligro de que el mantenimiento de la situación de hecho —ejecutoriedad de los actos administrativos— pueda generar un daño grave, otorga suficiente fundamento para hacer viable una solicitud de medida cautelar.[28] Claro está, rápidamente se agrega que daño grave es aquél que derivaría de que la ejecución de un acto sea manifiestamente mayor que el que derivaría de su suspensión,[29] pero si no se

9.25 Sala IV, *Finsur*, del 20-II-1992.

9.26 CSJN, 8-IX-1992, *Rossi Cibils*, disidencia de FAYT, *LL*, 1993-B, 333.

9.27 ROJAS FRANCO, *La suspensión del acto administrativo en la vía administrativa y judicial*, *op. cit.*, p. 32: "con ello se le evitará reparar más daños y perjuicios de los normales o quizás no reparar ninguno. Y dados los escuálidos fondos o recursos financieros que siempre tiene la administración pública, resultan evidentes los beneficios que indirectamente se le otorgan con el instituto procesal de la suspensión." Aquí la Provincia de Buenos Aires intenta dotar de efecto no suspensivo a la apelación de las medidas cautelares: OROZ, MIGUEL H. E., "Un nuevo atropello al Estado de Derecho. Algunas anotaciones en torno del Proyecto de reformas en materia de medidas cautelares en el ámbito bonaerense," *LL*, 2004-F, 1236; MAINETTI, NATALIA y ALETTI, DANIELA, "El poder Ejecutivo Provincial vs. La Justicia efectiva," *LL*, 2004-F, 414.

9.28 GAMBIER y ZUBIAUR, "Las medidas cautelares contra la Administración (Fundamentos, presupuestos y aplicación del artículo 12 de la ley 19.549)," *LL*, 1993-D,690.

9.29 MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, *op. cit.*, t. 1, p. 660-1; CASSAGNE, *La ejecutoriedad del acto administrativo*, *op. cit.*, p. 77.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

meritúa expresamente el daño a la sociedad que causa la ejecución de un acto ilegítimo, no estamos todavía dentro del nuevo sistema constitucional de los derechos de incidencia colectiva y los intereses económicos de los usuarios y habitantes que las autoridades públicas, judiciales incluidas, deben tutelar (art. 42.)

9.4. *La balanza entre el* periculum *y la verosimilitud*

Los dos requisitos para otorgar una cautelar —el *fumus* y el peligro en la demora o la gravedad o irreparabilidad del daño— funcionan en vasos comunicantes: a mayor verosimilitud del derecho cabe exigir menor peligro en la demora; a una mayor gravedad o irreparabilidad del perjuicio se corresponde una menor exigencia en la verosimilitud *prima facie* del derecho.

Dicho en otras palabras, tales requisitos se hallan relacionados en que a mayor verosimilitud del derecho cabe ser menos exigente en la gravedad e inminencia del daño y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor acerca del *fumus* se debe atenuar.[30]

9.5 *Que no se confunda con el objeto de la acción*

Este típico requisito de procedencia de la cautelar, salvo desde luego en el caso de la cautelar autónoma referida a una petición o recurso administrativo pendiente de resolución, suele dar dificultades en la práctica. Por de pronto, es bastante firme el requisito de que no puede la cautelar coincidir en un todo con el objeto de la litis. Se torna entonces indispensable concebir una demanda en la cual el objeto sea más amplio que la cautelar. En realidad con frecuencia si bien lo que más angustia al actor es la obtención de la cautelar, lo cierto es que la pretensión final, a poco que se analice la cuestión, requiere incluir la nulidad del acto y la reparación de daños y perjuicios u otras medidas adicionales, la restitución de un derecho, etc. Si esta distinción entre el objeto principal de la *litis* y el objeto de la cautelar no es satisfecho, es probable que la cautelar no sea concedida, incluso aunque se den la verosimilitud del derecho y la gravedad o irreparabilidad del daño. Una verdadera denegación sistemática de justicia con la cual el Poder Judicial se siente realmente cómodo y sin autocrítica alguna.

9.6 *La acreditación* prima facie *de los requisitos de la cautelar: información sumaria*

Conviene tener presente que la forma de acreditar que los extremos de la cautelar se hallan reunidos no nacen solamente de la prueba documental que se acompañe.

[9.30] Cám. Fed. Cont. Adm. (entonces Sala Única) *in re Gobierno Nacional c/N.N.*, del 22-XII-1966; Sala II *in re Pesquera del Atlántico S.A. c/ B.C.R.A.*, del 14-10-1982, *ED*, 102: 528; *La Nación S.A. y otras c/COMFER*, del 27-X-1983; *Gasparetti Liliana c/ Ministerio de Salud Pública s/ Amparo c/Medida cautelar)*, Setiembre 1992; Sala III *in re Gibaut Hnos. M.C.S.A. c/ B.C.R.A.*, del 18-VIII-1982; *Herrera de Noble y otros c/COMFER*, del 8-IX-1983, etc.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Suele ser útil acompañar una información sumaria con la presentación de dos o tres testigos claves que ratifican ante el tribunal manifestaciones hechas *in extenso* por escrito acerca de la causa y acompañadas a ésta, sin perjuicio del ofrecimiento de prueba adicional. Esa prueba permite al tribunal tener otro medio de acceder a la realidad que se invoca, pudiendo desde luego interrogar a los testigos a mayor abundamiento y no limitándose a la ratificación de sus firmas y lo dicho en sus escritos. También puede tener efecto acompañar una pericia privada y llevar al perito al tribunal para ratificar su firma y ofrecer ampliar la prueba que la pericia contiene. Pero ha de tenerse presente que no se trata de cuestiones de forma, sino de aportar elementos que sean de convicción para el tribunal.

9.7. *El* solve et repete

Una forma diferente de expresar que no le darán a uno la cautelar solicitada, es que se aplica la regla *solve et repete*, o sea que tratándose de impuestos o multas la regla es pagar primero y luego reclamar en juicio de repetición; tanto es ello así que procede el juicio de apremio para su cobro y entre las excepciones no se puede oponer la ilegitimidad del tributo. No obstante en el caso del revalúo inmobiliario de la Ciudad de Buenos Aires, que ya había sido declarado inconstitucional en sentencias anteriores por desconocer los efectos liberatorios de los pagos efectuados por los contribuyentes, la CSJN desestimó la ejecución fiscal por resultar manifiestamente inexistente la deuda sobre la base de lo decidido en sus propios precedentes. Es ciertamente un progreso.[31] Incluso la ley otorga a la misma administración la facultad de trabar embargos,[32] lo cual nos parece inconstitucional.[33] Con todo, el pacto de San José de Costa Rica concede una suerte de medida cautelar de pleno derecho, al establecer que no se puede exigir el previo pago como condición de cuestionar un tributo; si esto funcionara así se habría invertido la regla y por principio correspondería una medida cautelar contra la administración.

[9.31] Ver CSJN, *G.C.B.A. v. Román SA, LL*, 2001-F, 909, año 2001, con nota de CARRILLO, SANTIAGO R., "¿Últimas cuestiones relativas al revalúo inmobiliario de la Ciudad de Buenos Aires?" *LL*, 2002-A, 975.

[9.32] Un claro ejemplo es el art. 35 inc. *e)* de la ley 11.683 (t.o. 1998), por el cual permite a la autoridad administrativa de aplicación (A.F.I.P.): "Recabar por medio del Administrador Federal y demás funcionarios autorizados por la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, orden de allanamiento al juez nacional que corresponda, debiendo especificarse en la solicitud el lugar y oportunidad en que habrá de practicarse. Deberán ser despachadas por el juez, dentro de las veinticuatro (24) horas, habilitando días y horas, si fuera solicitado. En la ejecución de las mismas serán de aplicación los artículos 224, siguientes y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación."

[9.33] Especialmente si consideramos lo muy difícil que es recuperar del Estado lo que éste adeuda. En tal sentido ver ABERASTURY (H.), PEDRO, *Ejecución de sentencias contra el Estado. Consolidación de deudas del Estado Nacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, con prólogo de JORGE ALBERTO SAÉNZ; LUQUI, *op. cit.*, t. 2, § 369 a 374, pp. 415-50; GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, t. 2, cap. XIV, "Ejecución de sentencias contra el Estado nacional," pp. 843-81; HUTCHINSON, TOMÁS, "La sentencia en los juicios administrativos: efectos y ejecución," en *Revista de Derecho Público*, 2004-1, *Proceso administrativo-IV*, Buenos Aires, 2004, p. 75 y ss., esp. 97-140.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Un excelente fallo de la Sala IV *in re Frimca* declara inconstitucional el previo pago de una multa administrativa, por violación al art. 10 de la Convención Universal de Derechos Humanos. Destaca un importante fundamento empírico adicional: de pagarse la multa el dinero ingresa a rentas generales y si se ordena judicialmente su restitución puede resultar "afectada por cualquier legislación que estatuya respecto al pago de sumas de dinero por parte del Estado nacional."[34] La Sala recuerda los cons. 11 y 12 del caso *Lapiduz* de la CSJN,[35] ratificando lo resuelto en *Dumit*.[36] Cabe leer íntegramente este fallo *Frimca*. Pero esto no es cuestión automática ni mucho menos, en el resto de nuestra jurisprudencia y es a veces necesario precaverse de probar satisfactoriamente a criterio del eventual tribunal que el sorteo depare, si se dan o no en el caso los supuestos de excepción que tornarían inaplicable la antigua y quizás para siempre derogada "regla." Con lo cual volvemos al cap. I de este t. 2: es una cuestión de prueba y hay que cuidarse en salud. Por cierto, cabe formular votos porque se afirmen y extiendan los principios enunciados en *Frimca*. Ello ha comenzado a ocurrir con *Prácticos Río de la Plata, Caja de Crédito CL (E.L) y otros c. B.C.R.A.*[37] Pero es bueno no descuidarse en la prueba, pues puede repetirse un *Horvath*.[38] Hasta el presente, con la excepción de la Sala IV y el fallo *Lapiduz* de la CSJN, tal vez puede sostenerse que se mantiene el viejo principio de que no hay medidas cautelares en materia tributaria salvo los supuestos de excepción que marca la jurisprudencia. El decreto 722/96 en su art. 2° inc. *a)* parecía enrolarse en la misma tendencia, al derogar distintos procedimientos especiales pero no aquellos que exijan el cumplimiento de requisitos previos a la interposición del recurso de que se trate.[39] Si esta ocasional solución es acertada o no depende de que uno la mire desde la dogmática jurídica o la jurisprudencia de intereses.

En la segunda visión, fuerza es reconocer que el fisco tiene una gran masa de créditos no percibidos y que la movilidad de la economía provoca frecuentemente falencias privadas que tornan incobrables los créditos fiscales. Como respuesta provisional, en tanto dure la situación descripta en el cap. IV del t. 1, el mantenimiento de la regla del *solve et repete* —con sus excepciones— es por el momento frecuente. Importa mucho la cuestión de hecho, a saber, la propia verosimilitud sustancial y no meramente formal del crédito fiscal. Pues es diametralmente

9.34 CNFed. CA, Sala IV, *Frimca S.A.*, *LL*, 1999-E, 239 (1998), cons. XII, par. 9°.

9.35 *LL*, 1998-D, 580.

9.36 *Fallos*, 284: 150, *LL*, 150: 39.

9.37 *Prácticos Río de la Plata Caja de Crédito*, *LL*, 1999-F, 462, con nota de HIRIART, MARÍA CLARA, "El recurso directo ante decisiones administrativas. La suspensión de sus efectos."

9.38 Se trataba de la devolución del ahorro obligatorio. Fue planteado como de puro derecho. Con todos los juicios teminados y ganados en 2ª instancia, la CSJN cambió el eje de análisis y dijo que no se había probado su real incidencia. CSJN, *Horvath*, *LL*, 1995-D, 721, con nota "Ninguna clase de hombres...," *LL*, 1995-D, 718, reproducida en *Cien notas...*, *op. cit.*, pp. 51-6.

9.39 En todo caso, conviene recordar que el decreto 722/96 fue modificado por el 1155/97, *B.O.* 11-XI-1997. Tal es la inestabilidad normativa.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

diferente que el sistema sea exigente con un contribuyente auténticamente moroso, o que la justicia resulte cómplice de una administración burocrática que emite boletas de deuda sin sustento fáctico alguno. Ambas cosas son frecuentes en nuestra práctica tributaria e inevitablemente le toca al juez diferenciar. No es una cuestión que pueda ser manejada automáticamente, como si fuera algo que las computadoras y no los seres humanos debieran o pudieran administrar. Por supuesto, sabemos que no son las computadoras sino las organizaciones humanas de cada tribunal: la disfunción se produce cuando fallan las aptitudes de dirección, coordinación, entrenamiento y supervisión del titular del juzgado.[40] Si se atiende al derecho viviente, cabe decir que la justicia a lo sumo atiende las excepciones a la regla, pero no avanza demasiado, salvo contadas ocasiones como la CSJN en *Lapiduz* y la Sala IV en *Frimca*, u otros, en criticar el sistema.[41]

Debe haber un mínimo de actitudes judiciales que al mismo tiempo que favorezcan la percepción del crédito público, ayuden a controlar cómo se lo gasta y en la corrupción. No se trata sólo de *percibir* los créditos fiscales, sino también de controlar su honrada y eficiente *erogación* como regla, conforme la CICC. Es aquí donde falla el control judicial.

Decía BIELSA que "La regla de *solve et repete* se aplica en virtud del solo título fiscal de recaudación, incluso antes de que se haya promovido juicio, no ya ordinario, sino de apremio, pero es evidente que el título solamente [...] tiene una presunción de legitimidad y cuando su monto es importante con respecto a la hacienda o gestión patrimonial del contribuyente (industrial, comerciante, etc.) y se lo ejecuta, *puede determinar la paralización de su actividad y aun su ruina, pues aun en el caso de triunfar en el juicio de repetición, esto puede resultar tardío y el daño ser irreparable, lo que no sólo le perjudica a él, sino también a los que están vinculados económicamente a su gestión comercial o industrial y de manera indirecta puede perjudicar a la economía general*."[42] Esta doctrina proviene de antaño de una jurisprudencia exagerada de la CSJN, que requiere una irreparabilidad tan extrema del agravio que lo coloque en situación de falencia, es

9.40 Ver NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, nota 17, "El sistema, la vida, los tribunales," pp. 86-91.

9.41 No porque no haya buenos fundamentos de derecho, ni porque sea cierto el antiguo principio *fiscus semper solvens*: ver p. ej. CASSAGNE, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 6ª ed., p. 248. En verdad y tal como explicamos en el cap. XX, "La responsabilidad del Estado y sus concesionarios y licenciatarios" (por los fundamentos que resultan del cap. IV del t. 1, "Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio"), la responsabilidad disminuida o atenuada del Estado en estas décadas casi permite elaborar la presunción de insolvencia: *fiscus solvens non est*, conforme otros Estados lo fueran hace un par de siglos cuando adoptaron soluciones análogas. Nos remitimos a lo desarrollado en el cap. "Emergencia residual en la deuda pública interna," cap. V de *Después de la Reforma del Estado, op. cit.*, 1998, 2ª ed.

9.42 BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. IV, La Ley, 1965, 6ª ed., p. 599; BARRANCOS Y VEDIA, FERNANDO N., *Recurso Extraordinario y Gravedad Institucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, pp. 44-5.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

decir, un desapoderamiento total del recurrente,[43] o que le obligue a vender en ejecución la propiedad gravada,[44] en el caso de imposibilidad probada e inculpable de cumplimiento.[45] La CSJN reconoce que el art. 8° párr.1 del Pacto es operativo, pero no obstante ello afirma que hay que alegar y probar[46] las circunstancias expuestas, p. ej. que le fuera imposible su pago debido al excesivo monto. En definitiva, se trata de ver caso por caso si nos encontramos ante un contribuyente remiso en ponerse al día con las obligaciones tributarias realmente adeudadas, sin vicio alguno de ilegitimidad, o que en cambio ha sido víctima de libramientos de apremio irresponsablemente expedidos, sin causa fáctica alguna, por la burocracia tributaria. La justicia no puede transformarse en una rueda más de *otro* aparato burocrático, tan ciega como el anterior.

9.8. *La tutela autosatisfactiva o anticipatoria*

Uno de los pasos que le falta a la tutela judicial efectiva, en tiempo suficiente y razonable, es el más frecuente otorgamiento de medidas cautelares anticipatorias de la sentencia, autosatisfactivas[47] y precautelares.[48] Estas sí, desde luego, deben

9.43 *Fallos*, 188: 286, *Prov. de Santa Fe vs. Manuel J. Moure*, año 1940: "conduce al desapoderamiento total de los recurrentes;" *Fallos* 158: 78; 185: 188.

9.44 *Fallos*, 194: 286, *Modesto González*, 1942: "grave daño patrimonial para el recurrente, de difícil y tardía reparación en los juicios subsiguientes;" en *Compagno*: "importe el desapoderamiento del ejecutado y produzca por consiguiente gravamen irreparable;" Sala III, *Nuevas Cristalerías Avellaneda, Impuestos*, 1991, XLIXA: 95. La CSJN ha dicho que "la exigencia de depósitos previos como requisito para la viabilidad de recursos, no importa restricción inconstitucional a las garantías de igualdad y de defensa en juicio" *Fallos*, 55: 96; 162: 363; 235: 479; 238: 418; 261: 101; 288: 287 y 296: 55 entre otros, o sea, cuando la desproporcionalidad del monto del depósito con relación a la concreta capacidad económica del apelante torna ilusorio su derecho, en razón del desapoderamiento que significaría, *Fallos*, 247: 181; 250: 208.

9.45 *Fallos*, 256: 38, *Aaron Berzel*, 1963 y 261: 101, *S.A. Destilerías, Bodegas y Viñedos "El Globo" Ltda.*, 1965; "desproporcionada magnitud de su monto o la falta comprobada [...] [en relación a] [...] los medios necesarios para hacer frente a la erogación" (*Mussio*); *Microómnibus Barrancas de Belgrano S.A.*, 1989, *ED*, 137: 315; C. N. A. S. S., Sala I, *Petit*, n° 30.712, 1992; *Repolo*, n° 45.848, 1993; Sala II, *La Margarita Agrícola Ganadera S.C.A.*, n° 6454, 1991: "cuando la suma exigida fuese desproporcionada en relación a su concreta capacidad económica tornando por ello, ilusorio su derecho de defensa" (conf. CSJN, *Villar Hnos. y Cía. S.R.L.*, DT, 1986-A, 229), correspondiendo a la apelante acreditarlo mediante prueba fehaciente (conf. CSJN, 24/9/85, *Complejo Pesquero Marplatense*). La Sala II *in re Guglialmelli*, 4389, 1990: "desproporcionado en relación con la concreta capacidad económica del apelante, en cuyo caso cabría ignorarlo y abrir la instancia judicial pese a la falta de pago" (CSJN, *Villar Hnos. y Cía. S.R.L.*); Sala III *in re Huella*, n° 553 del 10-IV-1990 y *Boveri*, n° 9897 del 25-VII-1991.

9.46 Ver cap. I, "El método en derecho" del t. 1 y cap. I, "La prueba de los derechos" de este t. 2; CSJN, *Microómnibus Barrancas de Belgrano, ED*, 137: 615. Ver MARTÍNEZ ARAUJO, ALEJO ARTURO; VEDOYA, LUIS ALFREDO y LÓPEZ OLACIREGUI, MARTÍN, "Reflexiones sobre el principio «solve et repete.» Su inclusión en la legislación tributaria," *LL*, 1997-E, 1400.

9.47 Ver GALDÓS, "Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva," *LL*, 1997-F, 482, CCiv. y Com. de Rosario, Sala III, *M. L. N. c. R. C.*, *LL*, 1997-F, 482. Ver MORELLO, AUGUSTO MARIO, *Anticipación de la tutela*, LEP, 1996, p. 57 y ss.; PEYRANO, JORGE, *Medida cautelar innovativa*, Buenos Aires, Depalma, 1981.

9.48 Ver BRUNO DOS SANTOS, *op. cit.*, pp. 1-2.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ser excepcionales, pero no inexistentes. Algunos casos se han comenzado a presentar y parece razonable que se reiteren en materia de enfermedades terminales que requieren tratamiento inmediato,[49] imposibilidad de ejercer la profesión mientras se discute el ámbito de aplicación del título,[50] discapacidad,[51] etc. En *Gambier II* el tribunal dictó una aleccionadora medida autosatisfactiva.[52]

Una de las discusiones con que se enfrenta la jurisprudencia es si resolverlas como órdenes judiciales autónomas, sin citación de la contraparte y sin proceso principal,[53] o con citación, p. ej. telefónica y por plazos de horas o minutos; en suma,[54] en forma autónoma o como parte de una cautelar en un juicio de amparo en el cual posiblemente adelantará y agotará el objeto de acción. GALLEGOS FEDRIANI[55] enrola a GUGLIELMINO en una postura en contra de las medidas autosatisfactivas autónomas, pero esto nos parece ya semántico. El justiciable necesita justicia, no las disquisiciones jurisdiccionales bajo las cuales se la encuadre.[56] Lo importante del planteo de GUGLIELMINO no es que se "oponga" a las medidas autosatisfactivas autónomas, sino que *resuelve* la cuestión de fondo y *hace justicia en el caso*, sin escapar por ninguna tangente procesal, sólo que encuadrándola del modo que a él le parece más apropiado. Lo que ciertamente no sería adecuado sería no resolver el fondo de la petición como cautelar autónoma ni tampoco darle el tratamiento extraordinariamente instructorio que les daba GUGLIELMINO para resolver la petición. De uno u otro modo, el fondo de la cuestión urgente debe ser resuelto con la premura que ostenta, sin dejar que la forma impida la realización oportuna de la justicia material.[57]

9.49 En *Squaglia, Norberto P. c. Ministerio de Salud y Medio Ambiente*, primera instancia firme, *LL, Litoral*, 1997, 1007, se condenó a la demandada "a practicar al actor la angioplastía transluminal prescripta por el médico del hospital público, confirmando la medida cautelar despachada oportunamente" (p. 1113); TOIA, LEONARDO MARCO, "CSJN: cautelar innovativa para cambiar marcapasos," *LL*, 2003-E, 305.

9.50 En este sentido CCivil, Com. y Laboral, Rafaela, *Enrique De Tita, Daniela c. Colegio de Psicopedagogos de la Provincia de Santa Fe*, *LL Litoral* 1997, 1014.

9.51 La nueva legislación fundará más medidas de esta índole.

9.52 Sala II, *LL*, 1999-E, 624.

9.53 Cuestión ésta que evalúa, en sus pros y sus contras, GALLEGOS FEDRIANI, *op. cit*., cap. IX, "Medida autosatisfactiva," pp. 133-142.

9.54 Así lo hizo en situaciones excepcionales, con certero espíritu de justicia en cuanto al fondo y valentía, imparcialidad y creatividad en cuanto a la forma, el juez GUGLIELMINO. Todos sus decisorios quedaron firmes, muestra de su acierto y prudencia en este tipo de innovaciones. Ver GUGLIELMINO, OSVALDO, "Medidas cautelares contra la administración," *Actualidad en derecho público*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, p. 80 y ss.

9.55 GALLEGO FEDRIANI, *op. cit.*, pp. 138-140.

9.56 Y así sea de oficio. En tal sentido PEYRANO, "Las medidas cautelares en la acción de amparo. Sus relaciones con la acción principal. Los distintos despachos cautelares. Los recaudos exigibles," *ED*, 188: 914; en contra GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, t. 2, p. 807.

9.57 Lo mismo es aplicable a la exigibilidad del previo pedido en sede administrativa de la suspensión del acto antes de otorgarla judicialmente: todo depende del caso. Ver VALLEFÍN, *Protección...*, *op. cit.*, p. 128. Hay que evitar el dogma y hacer justicia en el caso. Un panorama comparativo en DE LOS SANTOS, MABEL, "Medida autosatisfactiva y medida cautelar," *Revista de Derecho Procesal. Medidas cautelares*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, pp. 31-55.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

10. *"Acción" y "recurso de apelación": evolución hacia la identidad*

Otra dificultad la constituyen leyes especiales que contra determinados actos administrativos estatuyen un "recurso de apelación" *directo* para ante las cámaras del fuero, o dicen que de tales decisiones el interesado podrá "apelar" ante los tribunales, presumiblemente entonces de primera instancia. Ninguna de estas leyes hace una clara caracterización del recurso, por lo que el problema es usualmente tratar de interpretar el sentido que a ellas debe darse.

La interpretación constitucional es obvia: dado que la administración no ejerce jurisdicción, mal puede haber recurso contra un acto suyo ante la justicia: es siempre acción.[1] Si bien la jurisprudencia no es del todo uniforme en cuanto al sentido que debe otorgarse a tales "apelaciones," ha sentado que el órgano administrativo[2] "no se encuentra en relación directa ni jerárquica con este tribunal. De sus decisiones no cabe apelación como impropiamente lo expresa el decreto 5148/55 (art. 5º), porque ésta sólo funciona entre los diversos grados que constituyen las instancias del Poder Judicial." "Algunas decisiones de los órganos no judiciales son susceptibles de recursos ante los tribunales; recursos que no son apelaciones sino medios autónomos para rever, por la vía contenciosoadministrativa, tales decisiones."[3] También la sala II de la Cámara Nacional de Trabajo se ha pronunciado en este sentido: ha sostenido que puesto que "al Presidente de la República y al personal de la Administración pública nacional le está vedado ejercer funciones judiciales [...] no es posible atribuirle la calidad de tribunal de 1ª instancia respecto de un órgano judicial que actúa por vía de apelaciones, porque entonces cabría concluir que en ese caso ha ejercido aquellas funciones, no siendo óbice la circunstancia de que sus decisiones sean recurribles, porque también lo son las de los jueces en los casos autorizados por las leyes procesales." "La naturaleza de «acción» y no de «recurso procesal» que tienen las vías que varias leyes declaran expeditas para llevar decisiones administrativas ante el Poder Judicial, ha sido también declarada por la jurisprudencia."[4] La CSJN a su vez ha dicho que

[10.1] Lo expusimos en la 2ª ed. de *Introducción al derecho administrativo*, 1966 y la 1ª del vol. 1 del tratado, 1974; está reiterada en el § 13 del cap. IX, "El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales" de las ediciones actuales. Siguió también este criterio, que ilustra la doctrina más antigua que citamos luego en este acápite, DIEZ, MANUEL MARÍA Y HUTCHINSON, TOMÁS, *Derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1996, p. 63.

[10.2] En el caso, la Junta Nacional de recuperación patrimonial.

[10.3] CNEsp., *Mariategui, LL*, 84: 185, año 1956, con nota de BOSCH, "Revisión judicial de sentencias interlocutorias dictadas por órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales," *LL*, 84: 182. Ante normas legales posteriores que hablan en algún caso de "jurisdicción administrativa," se ha dicho que ello es de interpretación restrictiva. Así CNFed. CA, Sala I, *Y.P.F. c. E.N.A.R.G.A.S., LL*, 1996-C, 36. La norma es inconstitucional, tan como quedó resuelto por la CSJN a partir del caso *Ángel Estrada*. Ver mi artículo "Ángel Estrada," en *JA*, número especial, 2005-III, fascículo n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducido en *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, número 2, mayo-agosto de 2005, México, 2005, pp. 307-311.

[10.4] Cámara Nacional de Trabajo, Sala II, *Plotnicoff Uliansky*, 1959, *LL*, 99: 287/8.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

aunque la ley usara el término "recurso," se trataba en realidad de una "acción contenciosa."[5]

La doctrina, si bien no con uniformidad, se ha pronunciado también en el sentido indicado. Sostiene así PODETTI:[6] "Sin duda, por esa especie de mimetismo que aproxima formalmente determinadas resoluciones de la administración a los fallos judiciales, algunas leyes argentinas llaman recurso a ese medio de abrir la vía judicial." "La voz recurso, multívoca, aparece usada en ambos casos en la acepción común y lata de dirigirse a alguien para obtener alguna cosa y no en la técnica y específica de medio para impugnar una resolución judicial." "El recurso, en derecho procesal, implica una nueva revisión de un pronunciamiento judicial, en la mayoría de los casos por un tribunal de mayor grado." "Dentro de la vía administrativa y por el uso extensivo o figurado del léxico procesal, podría aceptarse que el reclamo ante el ministro sea considerado como un recurso. Pero aceptar como recurso el acto de «promover» la discusión judicial de un acto administrativo resulta inadmisible. El art. 27 y otras disposiciones análogas otorgan, sea cualquiera la palabra que empleen, el derecho de poner en movimiento el poder jurisdiccional, dando andamiento a un proceso. Se trata, pues, incuestionablemente, de una acción."[7] En igual orientación expresa FIORINI: "Podrá el legislador denominar «recurso» o «apelación» a la promoción de la revisión judicial de un acto administrativo, pero éste no dejará jamás de ser acto administrativo. La calificación de «apelación» o de «recurso inmediato» por la ignorancia del legislador, a la acción revisora contra un acto administrativo que se considera ilegal o gravoso, no transforma la esencia de la función administrativa que lo dictó y la función completamente distinta que lo juzgará."[8]

Por otra parte y según ya lo adelantamos, es contradictorio admitir que el órgano administrativo cuyo acto es impugnado se defienda por sí o por representantes ante el tribunal, contestando la impugnación del particular y sea al mismo tiempo un "tribunal de primera instancia," que no puede ser condenado en costas.

Si se tratara de un tribunal de primera instancia no podría en modo alguno venir a la Cámara a defender su acto, ni podría nadie asumir su defensa, salvo tal vez el ministerio público en su estricto carácter de tal (y no como representante de

[10.5] *Fallos*, 183: 389, *Contardi, Jerónimo*, 1939; *Caviglione Hnos., JA*, 1944-III, 73.

[10.6] PODETTI, "El plazo que establece el artículo 27 de la ley 3764 (impuestos internos). Su interrupción," *JA*, 1946-I, 43.

[10.7] Agrega PODETTI: "Los tres elementos que estructuran el derecho procesal aparecen con la presentación ante el Juez: la jurisdicción, la acción y el proceso. Antes hay trámites y actos administrativos, sustanciados y dictados por uno de los sujetos en la relación jurídica o de hecho que los motiva. No hay, en ellos juez en la acepción jurisdiccional (tercero imparcial), actividad sustitutiva; ni acción en el sentido de condición para que la ley sea actuada; ni proceso, como instrumento o medio para dicha actuación," *JA*, 1946-I, 44.

[10.8] FIORINI, "Tribunales y función administrativa," *DT*, t. XVIII, 1958, p. 896 y ss., 894-5. Dice FIORINI: "La ley al disponer estas circunstancias [...] no puede, en forma alguna, transformar al administrador como juez y a los jueces como administradores jerárquicos" (p. 896).

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

los intereses fiscales del Estado). Además de tales razones, existe otra de hermenéutica legislativa para llevar a la misma solución. Si sólo existieran "recursos de apelación" contra actos administrativos para ante una Cámara de Apelaciones la confusión sería más explicable; pero cuando se toma debida cuenta de que son muchas las leyes que otorgan "apelaciones" para ante jueces de primera instancia,[9] contra cuya sentencia procederá luego el recurso de apelación ante el juez o la Cámara, no hay duda de que la *mens legis* no ha sido en modo alguno darle una naturaleza especial a tales "recursos de apelación." Lo único que la ley quiere es establecer un medio expeditivo de resolver la contienda (pues casi siempre se establece en tales casos un plazo de caducidad), pero en modo alguno asimilar el órgano administrativo a uno judicial. Si de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema admitimos que el interesado tiene derecho a tener "una instancia judicial al menos,"[10] es obvio que no podemos reconocerle carácter de primera instancia a la actuación administrativa y el limitado carácter de apelación procesal a la discusión que se realice en la instancia judicial; pues, como también lo ha dicho la Corte, la instancia judicial en cuestión debe ser "adecuada y suficiente," requisitos que a nuestro juicio no satisface una mera apelación en sentido procesal. Por ello es que debe reconocérsele a tales supuestas "apelaciones" el carácter amplio que le han otorgado algunos de los precedentes mencionados.[11] Es lo que surge, por otra parte, de *Fernández Arias*[12] y de *Giroldi.*[13] En la práctica, cabe destacar que hay Salas que tienen como norma abrir a prueba el llamado recurso directo,[14] lo cual es encomiable y supera las observaciones constitucionales al instituto. También cabe señalar que hay Salas que dan traslado al recurso que les es "elevado" por los órganos administrativos, para destacar su carácter de parte demandada y no de instancia previa apelada; a la inversa algunas no condenan en costas a la administración que pierde el recurso directo.

11. *Estado actual del control judicial*

Salvo los procedimientos especiales que dan el recurso llamado directo —antes denominados recursos de apelación— ante la Cámara Federal u otras Cámaras contra actos administrativos, la impugnación de los actos administrativos en sede

[10.9] DANIELIAN, MIGUEL, *Recursos judiciales contra decisiones administrativas*, Buenos Aires, 1964 y sucesivas ediciones, ofrece una completa enumeración de estas leyes.

[10.10] *Fallos*, 247: 646, *Fernández Arias*, 1960; posteriormente, 249: 181, *Montagna*, 1961; 253: 485, *Rosales*, 1962; C*ámara Gremial de Productores de Azúcar*, 1963, 255: 354, etc.

[10.11] Cámara Nacional del Trabajo, Sala II, *Plotnicof Uliansky*, 1959, *LL*, 99: 287; CNCiv., Sala C, *Salerno, LL*, 82: 189.

[10.12] *Fallos*, 247: 646, 1960.

[10.13] Ver nuestro art. "La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales," nota al fallo *Giroldi, RAP*, 215: 151, Buenos Aires, 1996.

[10.14] Ver CASSAGNE, "La apertura a prueba en los llamados recursos judiciales directos," nota al fallo de la Sala V de la CNFed. CA, *Banco Regional del Norte Argentino c. Banco Central de la República Argentina, LL*, 1997-D, 667.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

judicial se efectúa a través de los medios procesales comunes. Con la salvedad expuesta, pues, estamos siempre ante los conocidos procesos ordinario y sumarísimo del CPCCN y los procedimientos con particularidades especiales como el amparo, *hábeas corpus*, *hábeas data*, acción para la defensa del consumidor, acción declarativa de inconstitucionalidad, etc.

Ninguno de ellos, ni tampoco los recursos directos antes mencionados, tiene nada que ver con el contencioso administrativo francés o provincial, a pesar de que los jueces competentes en el orden nacional tengan designada su competencia procesal administrativa con la palabra derivada del idioma francés.

El tribunal que conoce de tales acciones se llama "de lo Contenciosoadministrativo," pero esta denominación carece de otras proyecciones jurídicas que definir la competencia procesal administrativa ya que tales jueces integran el poder judicial con las mismas condiciones y atribuciones que los demás jueces y están organizados de igual forma, sólo que con competencia distinta;

El procedimiento es en esencia el del derecho procesal común; existen, con todo, algunas modificaciones surgidas de leyes especiales (p. ej. la ley 3952 de demandas contra la Nación) o de interpretaciones jurisprudenciales.

Esta aparente simplicidad, sin embargo, se complica en gran medida al ir analizando los aspectos parciales del sistema y al tratar de ubicarlo en su conjunto; no debe por ello tomársela más que como una introducción al estudio del tema.

12. *Perspectivas*

La ausencia de un eficiente y oportuno control judicial de la actividad administrativa ha ido otorgando una creciente importancia al procedimiento administrativo, pues si bien tiene algunos de los defectos del control judicial (lentitud, imperfecto control de los actos administrativos), presenta en cambio ventajas comparativas: informalismo a favor del administrado, gratuidad.

Ello no ha ocurrido en materia de derechos de incidencia colectiva, en que es obvio que la adminitración parte de una posición tomada que torna superfluo acudir a ella para pedir la revisión de su acto, omisión o comportamiento. En tales casos el afectado y las asociaciones o el Defensor del Pueblo deben lógicamente acudir en forma directa al Poder Judicial.

Salvo este supuesto, que es de gran importancia, el resto importa un desplazamiento del eje del poder cuando el ciudadano quiere defender sus derechos. En lugar de defenderlos siempre en sede judicial, el particular, usuario o administrado trata de conseguir influencias en sede administrativa o al menos tentar la suerte de los recursos y del procedimiento administrativo. A la administración ello le sirve y así es como prohija la creación de tribunales arbitrales —optativos, claro está—en materia de derechos del consumidor, en los cuales la administración pero no la justicia participarán. Su comienzo parece promisorio aunque es

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

muy temprano para hacer un juicio firme al respecto. En cambio, no parece nada entusiasmada con la idea de crear tribunales administrativos imparciales e independientes que dicten el primer acto administrativo.[1]

Hay cerca de medio millar de tratados bilaterales que prevén el arbitraje internacional en materia administrativa, siendo el Estado parte demandada, sea como alternativa a la vía judicial o incluso como revisión de la decisión judicial nacional, lo que es muestra de la escasa credibilidad internacional de nuestro sistema interno de revisión judicial. A ello nos referiremos con alguna extensión,[2] dado la reciente y creciente aparición de esta normativa de los tratados.

Si la justicia no revierte sus criterios anticuados y aumenta y fortalece sus recientes pronunciamientos renovadores, será entonces el propio Poder Judicial el que tendrá la culpa de su menguada importancia en la ecuación del poder, con el consiguiente perjuicio al sistema democrático de gobierno y a la vigencia de las libertades públicas.[3]

La culpa ha de verse parte en el Congreso que no incrementa el número de jueces *pari pasu* con el incremento de causas y en el propio Poder Judicial que no introduce en sus prácticas un control preventivo más eficaz del obrar administrativo ilegal, a través de las medidas cautelares y del amparo.

A su vez, cuando los particulares recurren a la justicia porque se resisten a transar con las soluciones corruptas que tantas veces ofrece o exige la administración, un Poder Judicial sordo y ciego convence a más de uno que debe volver a la administración y "arreglar" los problemas, no buscar vanamente una justicia que no existe ni oportuna, ni efectiva, ni suficiente, ni adecuada.

Que se hayan perdido o debido transar casos en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que haya sido condenada la Argentina por la Corte de San

12.1 El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dictó la resolución 57/05 para una comisión para la creación de un Tribunal administrativo en materia de servicios públicos a tenor de lo normado en el art. 42 de la Constitución Nacional. Nos referimos a los tribunales administrativos en nuestro art. "La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, acciones de clase, tribunales judiciales, tribunales administrativos; un futuro proyecto de tribunales administrativos para los servicios públicos," *LL*, 2005-A, 818. También en "Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-62. Previamente publicado bajo el título: "El control Jurisdiccional en el mundo contemporáneo," en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, México, octubre de 2003, pp. 19-32.

12.2 *Infra*, caps. XVII y XVIII.

12.3 Dice GONZÁLEZ PÉREZ, *La nueva regulación del proceso administrativo (Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)*, Civitas, 1993, 2ª ed., p. 26, "El mal endémico de la Administración de Justicia consistente en la lentitud, ha alcanzado límites intolerables. La causa fundamental de esta situación radica en la impotencia de los órganos judiciales para impartir justicia en plazos razonables ante la avalancha de demandas que se acumulan ante ellos. Aumento que no se debe a que el ciudadano tenga una mayor confianza en la Justicia, «sino a que no le queda más remedio ante el tratamiento que recibe de la administración»," con cita de GÓMEZ DE LIAÑO.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

José de Costa Rica[4] por falencia de nuestros tribunales es mucho peor que cuando ocurre por falencia administrativa. Sin embargo hay fallos que son tan pro administración que obligan a efectuar la denuncia internacional, máxime cuando se dan en un contexto en el cual terminan prohijando la corrupción administrativa.

Les queda a los jueces la excusa del exceso de trabajo y por ello es necesario bregar por el incremento de su número, sea por ley del Congreso o por solución pretoriana, que las hay posibles pero no siempre despiertan simpatías del Poder Judicial, porque no perciben como propia la emergencia de la indefensión sistemática del justiciable.

Dijimos en ediciones anteriores que ojalá podamos cada tanto poder concluir un año como en 1997, haciendo un *Elogio a la Justicia*[5] y no tener que lamentar en cambio, como otros autores lo hacen, que reaparecen "Aquellos cadáveres putrefactos que fueran enterrados por la reforma de 1994 y que luego a pesar de su muerte vuelven al escenario para atentar contra los derechos humanos."[6] Pues bien, el nuevo milenio ha empezado bien, digan lo que digan los demás críticos del Poder Judicial. Pasó su prueba de fuego, en las instancias de grado, con la emergencia desatada con especial furia a partir del año 2002. Declinó en el año 2005, en la CSJN, en el caso *Bustos*, pero no volvió a trastabillar. Sufre embates constantes, como la ley de reforma al Consejo de la Magistratura. Pero la verdadera prueba de fuego le espera a un recodo del camino, cuando le empiecen a llegar las causas fruto de la hiper concentración actual del poder nacional.[7] En la ciudadanía tenemos la resposabilidad de brindarle nuestro más sólido respaldo en esa tan difícil como insustituíble tarea, y nuestro infatigable control social.

12.4 CorteIDH, *Cantos*, *LL*, 2003-C, 1/15, con nota de González Campaña, Germán, "Juicio Internacional a la justicia argentina (tasas, honorarios, costas y plazos en la mira de la Corte Interamericana)." También informe 105/99, caso 10.194, *Narciso Palacio* c/ *Argentina*, 29-IX-1999, sobre el cuál se puede ampliar en Loianno, Adelina," Los efectos de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno: habilitación de instancia y acceso a la juticia," en Botassi (dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En homenaje al prof. Doctor Agustín Gordillo*, La Plata, LEP, 2003, pp. 425-28.

12.5 Ver nuestra nota "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia," *LL*, 1997-F, 1318. Anteriormente "Facultades reglamentarias de la Corte Suprema y remuneración e independencia de los magistrados," *LL*, 1996-E, 90 y ss.; "Para la patria pleitera nada; a los demás, algo," *Ámbito Financiero*, 10 de julio de 1996, p. 16; "El sorteo de causas y otros dilemas forenses de hoy," *LL*, 1996-D, 96; "Los fallos repetitivos como merma de justicia: cómo evitarlos en el derecho actual," en la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 227: 5, 1997.

12.6 Padula, *op. cit.*, p. 850. Palabras tan fuertes como denegación de justicia, suma del poder público, etc.

12.7 En páginas que parecen de manual de práctica forense analiza un periodista los pros y los contra de litigar: "siempre fui remiso a realizarle juicios al Estado porque las sentencias terminan efectuándose cuando el gobernante que las originó ya no tiene que afrontar sus consecuencias;" "un juicio de esa naturaleza consume recursos económicos, tiempo y energía mientras que las posibilidades de obtener cualquier resarcimiento son más que remotas y cuanto menos a muy largo plazo, debilitando nuestro presente a cambio de un triunfo pírrico en el futuro." Fontevecchia, Jorge, "Juicio a Kirchner," *Perfil*, 23-IV-06, p. 72

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Capítulo XIV

PROBLEMAS DEL ACCESO A LA JUSTICIA[1]

1. *Cómo y por qué los tenemos*[2]

1.1. *Acceso a la justicia y vigencia del Estado de Derecho*

Hemos visto en el cap. anterior algunas de las dificultades que presenta el ejercicio efectivo del debido proceso en cuanto garantía de acceso a una justicia razonablemente pronta, efectiva y eficiente. Parecería impropio exponer muchos de los problemas que cercenan la vigencia del debido proceso. Pero, justamente, esas falencias acumuladas importan una denegación del Estado de derecho.[3]

En apenas una de tales facetas la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a la Argentina por el costo actual y potencial de iniciar juicio contra el

[1.1] Las reflexiones aquí efectuadas están en sintonía con la concepción que destacaran los autores citados al comienzo del cap. XI: BERIZONCE, ROBERTO O., "Palabras del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata," en BOTASSI, CARLOS A. (dir.), *Temas de Derecho Adminisrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, LEP, Librería Editora Platense, 2003, pp. 19-21; SÁENZ, JORGE A., "Gordillo, la función administrativa y la democracia,"en BOTASSI (dir.), *Temas ...*, *op. cit.*, pp. 69-78.

[1.2] Ver también MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, 2ts., Buenos Aires, Depalma, 1984; REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000; D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003.

[1.3] Ver VEGA, SUSANA E., "Juicios contra el Estado Nacional," en CRIVELLI, JULIO CÉSAR, *La emergencia económica permanente*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, cap. IV, p. 132 y ss., esp. pp. 170-2; MAIRAL, "La degradación del derecho público argentino," en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2005, pp.17-32; "La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas," en GORDILLO (dir.), *El Contrato Administrativo en la Actualidad. Suplemento especial*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 3-18; "Los contratos administrativos, en el marco de la emergencia pública argentina," en ALANIS, SEBASTIÁN D., *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 129-35. PRIERI BELMONTE, DANIEL, "Los decretos de necesidad y urgencia, en la emergencia," en ALANIS, *op. cit.*, pp. 213-230; ARIAS, LUIS FEDERICO, "El «descontrol» judicial de la función administrativa en la Provincia de Buenos Aires," en AHE, DAFNE SOLEDAD (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 227-253. Ver ARIAS, LUIS FEDERICO, "Derecho administrativo: ¿ciencia jurídica o ciencia ficción?" en SCHEIBLER (coord.), *op. cit.* pp. 101-9; REJTMAN FARAH, "Un país sin ley ni justicia," en SCHEIBLER (coord.), *op. cit.*, pp. 177-89.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Estado,[4] al considerar que atenta contra el acceso a la justicia y a un recurso judicial sencillo y rápido la fijación de una tasa de justicia exorbitante, aun cuando en términos aritméticos resulte proporcional al monto de la pretensión, si constituye una obstrucción a la posibilidad de reclamar ante la justicia. Es apenas una pequeña muestra de uno de los tantos efectos de una extraordinariamente escasa, por debajo de niveles racionales, y por ende mala administración de justicia, que necesitan ser subsanados para contar efectivamente con este pilar de una sociedad libre.

1.2. *Cuántos expedientes y sentencias puede estudiar y resolver una persona por día y año*

Parte principal del problema es el abarrotamiento de causas en los juzgados.[5] La respuesta racional es aumentar constantemente el número de juzgados, en la propia medida en que aumentan las causas.[6] Es lo que haría un estudio jurídico privado al que entraran cada vez más asuntos. Simplemente tomaría cada vez más abogados para atender la tarea.[7] Ese principio mínimo de eficiencia no parece formar siempre parte de los criterios de racionalidad del sector público, en materia judicial. La "racionalidad" judicial a veces es tratar de disminuir el número de causas, algunas enviándolas a otros tribunales, otras dejándolas sin justicia. La variante de disminuir las causas resolviéndolas con efecto multiplicador, al abrigo de los nuevos preceptos constitucionales de derechos de incidencia colectiva, no era aceptada genéricamente en los primeros años después de la reforma, pero la tendencia parece revertirse —con altibajos— a partir de 1997.[8] Racionalmente, es cuestión de determinar cuál es el número de asuntos —entrados y salidos— por año que puede manejar eficazmente un juzgado —en su caso las Salas— y establecer en forma rigurosa un aumento constante y proporcional, simultáneo, inmediato, del número de jueces. La alternativa es no aumentarlo y disminuir paralelamente la calidad o la forma de administrar justicia, o resolver las causas con

[1.4] González Campaña, Germán, "Juicio internacional a la justicia argentina (tasa, honorarios, costas y plazos en la mira de la Corte Interamericana)," fallo *Cantos, LL*, 2003-C, 1-15.

[1.5] Algo parecido le pasa a la AFIP, que no tiene letrados suficientes para iniciar todas las ejecuciones fiscales por algunos miles de millones de dólares que los contribuyentes adeudan.

[1.6] Ahe, "El desamparo del amparo," *LL*, 2002-C, 1226; "La realidad del fuero en lo contencioso administrativo federal: El desamparo del amparo," en Miljiker, Maria Eva (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 41-51; *RAP*, 288: 191.

[1.7] La vieja estimación que hicimos en su momento de que harían falta 208 juzgados federales de primera instancia en materia administrativa en la Capital Federal, tomando en cuenta el precedente de la Corte Europea de Derechos Humanos en *Zimmermann y Steiner* (ver nuestro libro *Derechos humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, 5ª ed., cap. XVI, pp. XVI-39/52), se ha visto confirmada recientemente por uno de los magistrados intervinientes: Guglielmino, Osvaldo, "La justicia federal en la emergencia," en Miljiker (coord.), *op. cit.*, pp. 23-30.

[1.8] Ver *supra*, caps. II a IV; nuestro art. "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia," *LL*, 1997-F, 1318; corregido y actualizado bajo el nombre "Los grandes fallos de la actualidad," como cap. XI del libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

efectos *erga omnes*, lo que finalmente se ha comenzado a hacer.[9] Es solamente en la Corte Suprema que esta lógica deja de ser aplicable.[10] La Corte Suprema debería imitar a la Corte Suprema de los Estados Unidos y constreñir el número de casos que tratará anualmente, para hacer fallos líderes y no meramente finales en el ámbito interno. Los fallos que la Corte debe hacer son los *Siri, Kot, Sejean, Ekmekdjian, Giroldi, Arce,* que orientan el derecho. Quien mucho abarca poco aprieta, todos lo saben.

1.2.1. *La capacidad física de una persona*

Si adoptamos como hipótesis que en una jornada de trabajo intenso un juez lúcido y esforzado puede estudiar todo un expediente judicial más el expediente administrativo, arribar a una conclusión y redactarla reflexivamente en forma de sentencia, mandarla imprimir, leerla y firmarla, tenemos un total de veinte sentencias por mes, doscientas cuarenta por año. Se puede hacer, aunque es un trabajo muy intenso. Redondeemos en doscientos cincuenta. Es más, para estudiar y resolver una causa diaria, el juez necesita de colaboradores que le busquen jurisprudencia e información, doctrina, etc., en los cuales apoyarse. La investigación debe hacérsela alguien. Por nuestra parte declaramos que nuestra capacidad de trabajo personal, utilizando todos los recursos de la informática y la investigación previa, no supera un asunto por día de trabajo y que ello nos produce un cierto agotamiento que impide trabajar a ese ritmo todos los días. De ninguna manera podemos trabajar *personalmente* con ese rendimiento todo el año. Sí podemos corregir el trabajo de otros. En esta primera cuenta estamos dando por supuesto que las providencias de trámite son redactadas por personal de los tribunales, sin que los jueces las miren sino que se limiten a firmarlas.

1.2.2. *La capacidad de revisar, no de hacer*

Para que un juez *firme* más de doscientas cincuenta sentencias al año ya empezamos a tener que decir *que las firme pero que no las haga*. Debemos transitar el camino de la cuasi máxima delegación no pública de justicia a funcionarios judiciales sin rango constitucional de juez, que no han pasado por los filtros constitucionales para la designación de los jueces ni están sometidos al mecanismo constitucional de remoción o al control de la opinión pública.

1.2.3. *La alternativa de revisar dos sentencias por día*

Si cambiamos la tarea de un juez y decimos que su deber *no es estudiar los expedientes y redactar las sentencias*, sino *revisar los proyectos de sentencia* que

[1.9] Ver *supra*, la remisión de la nota 1.8.

[1.10] Así, en el pasado ha revocado buena parte de las sentencias de cámara, llegando al extremo de declarar inadmisible la demanda, de oficio y en el recurso extraordinario, lo que parece franca aberración.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

le preparan funcionarios inferiores, entonces su rendimiento puede aumentar. ¿Cuántos expedientes judiciales —y el consiguiente expediente administrativo que casi siempre existe— puede leer rápidamente para *repasar*, de igual modo rápido pero consciente, un proyecto de sentencia? Digamos que dos por día. Allí estamos en quinientas sentencias por año.

1.2.4. *La alternativa de cuatro sentencias por día*

Supongamos que se resuelve aumentar la delegación de justicia y limitar la tarea constitucional del juez en su sentido prístino para dar lugar a una definición postmoderna de su función. En esa hipótesis, si le suprimimos al juez la tarea y el tiempo que le lleva leer el expediente administrativo y el judicial y le damos como *jurisdictio* únicamente analizar el proyecto de sentencia (una suerte de casación desde el vamos, en primera instancia), podremos llegar a cuatro sentencias por día, mil al año. Si estamos dispuestos a aceptar un trabajo de menor análisis por el juez, en función de la cantidad de tareas que esperamos ejerza, podremos llegar tal vez a dos o tres mil al año como máximo. Ya es el nivel de renuncia, enfermedad o muerte del magistrado que quiera revisarlas —no nos referimos a revisar la actividad administrativa del Poder Ejecutivo, sino a revisar la actividad prejurisdiccional de los funcionarios dependientes en el seno del Poder Judicial. En ese punto no tenemos revisión judicial de la actividad administrativa, tenemos revisión judicial de la actividad protojurisdiccional de los funcionarios que trabajan en el Poder Judicial.

1.3. *Cien mil decretos por año, cuatrocientos por día*

En este juego mental podemos seguir aumentando el nivel de delegación y hacer del Poder Judicial algo similar a lo que era el Poder Ejecutivo hace varias décadas. Cuando no se admitía la delegación en Ministros y Secretarios y todos lo actos eran suscritos por el Presidente, a más de cien mil decretos por año. Cuatrocientos decretos por día, ocho mil por mes. Una persona no puede *firmar* cuatrocientas veces por días. Debe encargar a alguien que *le haga la firma*. Hemos visto a autoridades ejecutivas máximas, a nivel nacional y local, firmar expedientes o decretos *sin mirar la hoja*.

El tema es recurrente y hasta la literatura lo recoge. Como recuerda DI GIOVANNI,[11] "Una secretaria con un grueso fajo de papeles entraba en la espaciosa oficina [...] y levantaba una esquina de cada página para que él pusiera sus iniciales. Por mucho papeleo que hubiera, la interrupción nunca era importante. La mayoría de las veces Borges seguía hablando conmigo mientras ponía las iniciales en los papeles;" A menudo la mujer ya estaba saliendo de la habitación cuando Borges se acordaba y, por pura formalidad, le preguntaba qué era exactamente lo que había firmado.

[1.11] DI GIOVANNI, NORMAN THOMAS, *La lección del maestro*, Buenos Aires, Sudamericana, 2002, p. 16.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

"—Sólo las cuentas habituales, señor Borges [...]

"—Ah, sí — respondía él, como si acabaran de recordarle una verdad inmutable. "Era un juego [...] hasta hoy sigo convencido de que aun después de oír la explicación, Borges jamás tenía ni la más remota idea de lo que firmaba."

Para esta época en que BORGES era director de la Biblioteca Nacional, estaba ciego; "No importa la realidad; importa la imagen;" "la ocultación [...] es una de las formas habituales de la hipocresía argentina;"[12] "mi mayor descubrimiento cuando fui a trabajar con él en Buenos Aires fue comprender que sus libros no podrían haber sido escritos por nadie que no fuera un argentino."[13]

Hoy la computadora puede imprimir la firma de una persona y el problema pasa a ser cómo se certifica la firma digital.[14] Incluso más, en algunas organizaciones se admite la firma digital sin certificación alguna, de la misma forma que el e-mail, cuando las circunstancias de tiempo y lugar hacen verosímil su carácter fidedigno.[15] Otro ejemplo de interés son las promociones en las fuerzas armadas norteamericanas, entre otras, en que una vez cumplido el largo proceso pertinente, al momento de emitirse los muy numerosos instrumentos donde constan los actos administrativos formales, estos llevan la firma digital del Presidente de los EE.UU., más la firma real de alguno de los superiores de la respectiva fuerza, la que implícitamente viene entonces a certificar la autenticidad de la firma digital: pero no se recurre a una certificación formal. No resulta en verdad necesaria en ese contexto. En cualquier caso, y este es el problema más diverso, el funcionario no tiene tiempo material de leer lo que firma o es firmado por él. La delegación es ya total. Podrá seleccionar algún tema y leerlo, tal vez mandarlo rehacer en otro sentido, pero ciertamente no puede estudiarlo ni escribirlo; al resto, no puede leerlo y ni siquiera firmarlo. Ello no significa que manden las computadoras ni los empleados, sino que la tarea del responsable de cada organización jerárquica es claramente la de coordinar, supervisar, etc., las labores del personal a su cargo. Simplemente, toda organización humana funciona de la misma manera. Ya va siendo la excepción el funcionario que, encerrado en su gabinete, produce por sí mismo, sin ayuda de nadie, el texto que finalmente suscribió con su firma, puesta de puño y letra. No es, generalmente, el modo usual de operar en las organizaciones humanas.

1.4. *¿Cuál es la realidad funcional del Poder Judicial?*

En el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, datos extraoficiales de 1997 indicaban que entraban siete mil causas por año, salían seis mil,[16] con un

[1.12] BORGES, en DI GIOVANNI, *op. cit.*, p. 54, nota.

[1.13] DI GIOVANNI, *op. cit.*, p. 54.

[1.14] Ver *infra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. X, § 8.7, "La firma electrónica digital."

[1.15] Caso típico, comunicaciones de los órganos de una misma facultad.

[1.16] En el año 1997 entraron 9.810 expedientes y salieron 36.715. Es el efecto "sello de goma" de los expedientes previsionales. Ver N. GUILLERMO MOLINELLI y otros, en *Congreso, Presidencia y Justicia en Argentina*, t. 2, Buenos Aires, Tema Grupo Editorial, 1999, p. 710, cuadro 4.4.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

atraso que llegaba en algunos casos a los cinco o seis años.[17] Seis mil dividido doscientos cuarenta daría un promedio de veinticinco causas por día votadas por cada ministro, doscientas cincuenta por semana, ciento veinticinco por acuerdo bisemanal. Si bien los números han comenzado a variar significativamente a partir del año 2006,[18] no es un fenómeno aislado. Como nos dijo hace décadas un juez provincial al que le entraban ocho mil causas por año, de las cuales sacaba siete mil: "Elijo las principales causas y las veo directamente yo. En las demás trato que los empleados de mi juzgado hagan la mejor justicia que puedan."

La alternativa de elección por nuestro Poder Judicial es entonces la delegación supervisada: *a*) unos estudian los expedientes, investigan y hacen los proyectos de sentencias: son los funcionarios y empleados del Poder Judicial; *b*) otros las revisan y las firman: son los magistrados del Poder Judicial de la Nación designados por el procedimiento constitucional.[19]

Al ya antiguo sistema de la "Corte joven," entendiendo por tal el cuerpo de letrados que en distintas categorías jerárquicas preparan sentencias o votos de los Ministros de la Corte Suprema, cabe agregar entonces un proceso similar en las Salas de la Cámara y también en Primera Instancia. Este aspecto de la dinámica forense tiene sus ventajas, como es el factor innovador que supone la menor edad relativa de estos funcionarios del Poder Judicial. También cabe computar la mayor producción que cada tribunal tiene mediante esta delegación supervisada. Pero no puede considerarse que este sistema constituya un modelo de perfección en el servicio de justicia, por la sencilla razón de que dicho servicio está concebido —constitucionalmente— sobre la base de personas concretas que ejercen ellas mismas la función jurisdiccional bajo el escrutinio de la opinión pública.

1.17 BOSCHI, SILVANA, "La Corte busca agilizar el tratamiento de causas," *Clarín*, 15-XI-97, p. 8: "Actualmente, no existe un debate sistemático de todas las causas que trata la Corte en las reuniones plenarias, sino que cada juez estudia las causas (asesorados muchas veces por sus secretarios letrados) y elabora un borrador que luego comienza a circular, recibiendo el apoyo o la oposición de los restantes miembros;" "un 85 por ciento de los casos [...] se presentan invocando la doctrina de la arbitrariedad," "Este es uno de los motivos que permiten que ingresen anualmente a la Corte unas 7 mil causas y que provoca que en algunos casos puedan pasar cinco o seis años hasta que reciban una sentencia definitiva. Según fuentes del Tribunal, la cifra de causas resueltas por año es de 6 mil, lo que hace que anualmente se acumulen mil causas sin resolver." El Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a Suiza por tardar 43 meses, *in re Zimmermann y Steiner*, 1983, reproducido en nuestro *Derechos Humanos*, 2005, 5ª ed., pp. XVI-39/52. En Córdoba se destituyó a una jueza que dictaba una sentencia cada tres años o más. Luego de ser intimada por el Superior Tribunal a revertir la situación de mora pasó a dictar un promedio de doce sentencias por día, a lo que un testigo de cargo comentó que "Merece dudarse de la capacidad de impartir justicia a semejante velocidad."

1.18 Quizás el sistema hizo su crisis máxima en el caso *Bustos*, no por delegación, sino porque obligó a repensar descarnadamente el funcionamiento del Tribunal. Expusimos el problema del sistema que evidenciaba *Bustos* en "¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?", *LL*, 2005-A, pp. 905-921.

1.19 Esto nunca fue un secreto. Hemos vuelto sobre el tema en el libro de NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, nota 17, "El sistema, la vida, los tribunales," pp. 86-91.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

1.5. *Noticias buenas y malas*

El extraordinario atraso de la justicia procesal administrativa en todas sus instancias, que se mide en años cuando no en décadas, el continuo rechazo *in limine litis* de amparos; el rechazo de medidas cautelares[20] que en definitiva eran procedentes pues la sentencia final hace lugar a la acción, cuando el daño ya está consumado y la sentencia solamente sirve para los eventuales daños y perjuicios pero no para evitar la consumación de la infracción al orden jurídico;[21] el tiempo que lleva la ejecución de la sentencia —también años—, las sentencias que ya no sirven porque la cuestión ha devenido abstracta y los tribunales no quieren dictar sentencias con efectos solamente morales, etc. Súmense los millones de habitantes que desisten *ab initio* de acudir a la justicia —esa de que hablamos en el punto anterior, no la ideal constitucional— porque la saben lenta e ineficaz, todo eso importa lisa y llana denegación de acceso a una instancia judicial pronta y eficiente. Si además quisiéramos que el juez estudie los expedientes y haga las sentencias, ya tenemos entonces que hablar de otros números de magistrados. Es una cuestión elemental de matemática. Ya señalamos que cuando la Corte de Justicia Europea en *Zimmermann y Steiner* condena a Suiza por demora de justicia, Suiza tenía una cantidad de jueces procesal administrativos que equivalía a que nosotros tuviéramos, solamente en la Ciudad de Buenos Aires, 208 jueces. Tenemos veinte veces menos jueces que los que tenía Suiza cuando la condenaron. Para no ser condenados necesitaríamos treinta veces más jueces, algo así como 350 o 400 jueces en lugar de los doce actuales.

1.6. *Una decisión política e institucional que la sociedad adopta*

Todos manifestamos querer vivir en un Estado de Derecho, en una sociedad democrática y pluralista, libre, etc. La Constitución y los pactos internacionales lo

[1.20] En materia de salud se registran los mayores avances, pero hay sensibles diferencias en cuanto a la eficacia que cada juzgado tiene en hacer efectiva la tutela: MAINETTI, NATALIA, "Cuando la justicia se pone de pie," *LL*, 2005-B, 820. Cuando buscan asegurar su eficacia, las órdenes judiciales se pronuncian bajo apercibimiento de multas diarias al funcionario, fijando ya el monto que deberá abonar a la parte actora el funcionario remiso y en caso de inobservancia se liquida el importe de la multa y se hace efectivo el apercibimiento, ordenando su descuento, y notificándolo a la tesorería de la repartición. Si el juez no procede de este modo, no está cumpliendo con el deber de hacer lo necesario para que su orden judicial se cumpla. Y ese es, en verdad, el primer y más elemental deber que tiene un juez. Dictar "mandatos" que se sabe serán incumplidos es contribuír a mantener la falacia de todo un sistema que podrían bien denominarse "justicia ficta."

[1.21] *Solá*, CSJN, *Fallos*, 320-3: 2509, año 1997, *DJ*, 1998-2, 232, en que diversos fiscales adjuntos suspendidos y luego separados de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas vieron rechazada la cautelar por una de las Salas para muchos años después ganar el juicio ordinario en la Corte, cuando ya había transcurrido todo el período de esa administración. Uno de los camaristas que rechazó la cautelar fue designado a cargo de la Fiscalía y no hubo investigación alguna sobre esa administración durante su período. La responsabilidad le corresponde a quienes en el Poder Judicial rechazaron la medida cautelar.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

dicen. Si queremos que existan leyes, debe haber un Congreso y como sociedad debemos contribuir con los impuestos a sufragarlo. Si deseamos que exista administración pública, tenemos que contribuir a sostenerla. Lo mismo para educación, salud, seguridad, etc. Si tenemos poco presupuesto y que debemos recortar los recursos, ahorrar dinero. ¿Podríamos quizás suprimir el Poder Ejecutivo? ¿Suprimir el Congreso? La respuesta negativa es obvia. Sin embargo pareciéramos dormir en paz, en la creencia de que estamos en un Estado de Derecho porque tenemos administración y legislación, cuando en verdad no tenemos Poder Judicial. Si queremos que haya Poder Judicial, debemos también sostenerlo. No es esa la decisión que adopta la sociedad argentina. Porque esto no es cuestión exclusiva de algún gobierno, ni del Poder Judicial. En la Capital Federal tuvimos durante décadas *un solo Juez Federal*. Es lo mismo un juez en los albores del siglo XX que como lo hubo durante décadas, que tres más adelante bien promediando el siglo, seis después y ahora *doce* en el nuevo XXI: es la aberrante privación sistemática de justicia que ha sido característica de toda la historia argentina.

1.7. *Las excusas*

1.7.1. *No queremos justicia*

Las "razones" para no tener justicia procesal administrativa en proporción a las causas de los justiciables son conocidas. La razón profunda, que no queremos tener justicia o no tenemos voluntad suficiente de tenerla, no aflora.

1.7.2. *No hay tantas personas que sirvan para juez*

Florecen otras respuestas. La primera, que no hay tantos jueces competentes para designar. No es cierto, todos los secretarios y prosecretarios letrados de la Corte tienen nivel de Juez o Camarista y no le van a la zaga análogos funcionarios de Cámara y Primera Instancia. En cualquier caso, si no pudiera designar jueces y camaristas a tales funcionarios por ser imprescindibles en sus actuales funciones, la función se aprende con el ejercicio: es preferible un joven profesional dedicado, que resuelva pública, personal e imparcialmente, al mejor de los magistrados que no tiene tiempo para estudiar la causa.[22] Necesitamos que quien resuelva las causas no lo haga secretamente, que sea responsable social y políticamente de sus actos, además de jurídicamente; que pueda ser removido, enjuiciado, etc.

1.7.3. *Es muy caro tener justicia*

Otra objeción es que cuesta muy caro: pero es cientos de veces más cara la administración y a nadie se le ocurre suprimir al Poder Ejecutivo. También es caro el

[1.22] También el Consejo de la Magistratura, si es independiente del poder político, impedirá grandes desaguisados en la designación de los jueces.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

parlamento, pero hace a la vigencia del Estado de Derecho. A su vez, una administración sin control eficaz deviene corrupta y es mucho más cara que una administración controlada. La corrupción, un mal de todos los tiempos, necesita de control o crece sin medida.[23] Como ha dicho LORD DENNING, "A través de todas las páginas de la historia encontrarán que los que poseen influencia o poder han recibido sobornos (*Bribes*)." "De todos los abusos de poder éste es el más difícil de descubrir o suprimir: porque tanto el sobornante como el sobornado están interesados en mantenerlo secreto. Ocurre en una escala enorme;"[24] citando a CURRAN afirma que "La condición bajo la cual Dios dio libertad al hombre es la eterna vigilancia."[25] Es la máxima según la cual el derecho protege a los que vigilan, no a los que duermen: *vigilantibus, non dormientibus, jura subveniunt.*

1.7.4. *Continuación. El costo de la corrupción y el costo de evitarla. ¿Cuál es mayor?*

No tener jueces en cantidad materialmente suficiente para controlar la corrupción del poder es mucho más caro para la sociedad: no se trata solamente de jueces penales para tratar de castigar a los corruptos que han "robado" —malversación, defraudación, cohecho, violación de los deberes de los funcionarios públicos, etc.: elíjase el tipo penal que se quiera— a nivel de escarnio público, sino en primer lugar de tener jueces procesal administrativos que puedan *impedir* que el mal se consume. No solamente buscar al grosero delincuente que lucró demasiado con los dineros de la sociedad, cuya exhibición de bienes y vida rumbosa ya no se puede ocultar. El Parlamento controla algo de la actividad administrativa pero no puede dictar actos anulando o suspendiendo las decisiones administrativas que malgastan el dinero público: no es su función ni puede materialmente hacerlo. Los asesores letrados de la administración también pueden hacer y hacen mucho para evitar que se consumen supuestos de corrupción, pero carecen de poder para evitarlo en todos los casos. Hay en esto un sofisma de costos. Cercenar al Poder Judicial, no tener jueces en proporción a las causas que existen, es lo mismo que afirmar que tener un Estado de Derecho es más caro de lo que podemos darnos el lujo de tener. Que resulta barato un sistema autoritario. *Es, en suma, sostener que la corrupción en el poder es más barata que pagar un Poder Judicial suficiente y adecuado y además eficiente.*

Sin embargo no es así. La corrupción desde el poder administrativo incontrolado se manifiesta en inversiones faraónicas sólo para cobrar retornos y es tener costos triplicados: un tercio por el costo, un tercio para el funcionariado, un tercio

[1.23] Y si la justicia no lo impide, incurre en omisión de la "diligencia exigible," como lo explica en general MOSSET ITURRASPE, JORGE, "Responsables privilegiados Los jueces," *ED*, 186: 1169.

[1.24] LORD DENNING, *Restraining the Misuses of Power*, Birmingham, University of Birmingham, 1978, p. 4.

[1.25] *Op. cit.*, p. 11.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

por el riesgo empresario de delinquir.[26] Otros se contentan con algunas decenas de millones de dólares sobre una contratación que genera miles de millones de gasto superfluo a la sociedad. Son siempre miles de millones de dólares a la sociedad, mucho más de lo que puede costar el Poder Judicial de cuatrocientos jueces contencioso administrativos que necesitamos como mínimo para evitarlo.[27] Para que no se tenga la excusa del exceso de trabajo, para que no se cierren los ojos a la realidad, para que no se tenga miedo al poder, para que —si tienen complicidad con el poder— no sea tan traumático denunciarlos y separarlos del cargo. Si, en cambio, no queremos pagar un poder judicial suficiente y adecuado en número de jueces, es como pedir que se derogue la Constitución porque no queremos o podemos pagar su sistema democrático y republicano de división en tres poderes, sino solamente dos.

1.8. *Mientras pensamos el problema, busquemos alternativas*

Mientras la sociedad se toma unas décadas o un siglo para resolver una cuestión de suma y resta y mientras no adopta la decisión de tener jueces procesal administrativos en número aritmética y materialmente proporcional a las causas que deben resolver, veamos qué medidas de emergencia, o de superación conceptual, puede encarar la Justicia misma. Pues los pocos jueces que hay tampoco pueden cerrar los ojos a la realidad y con sus decisiones de abstención jurisdiccional hacerse cómplices de la inacción que destruye la base democrática del Estado. Deben tomar como una afrenta institucional que no se designen jueces suficientes y que les llegue una avalancha de asuntos que no pueden materialmente atender. Y deben reaccionar constructiva y positivamente, con medidas de superación, en lugar de encerrarse en las viejas prácticas de denegación de justicia que la sociedad ya no tolera. No es cuestión de enfermarse ni morir por el exceso de trabajo, como ejemplos ciertamente hay en la historia del contencioso administrativo. Tampoco es cuestión de renunciar. Es cuestión de bucear dentro del alma, la inteligencia y la imaginación para encontrar salidas creativas y novedosas que al menos mejoren la situación, aunque en el camino se sacrifiquen algunos hábitos seculares: pues mucho peor es el hábito secular de no poder brindar justicia pronta ni adecuada, de no poder materialmente ser fieles al juramento constitucional en el sentido que aquí explicamos.

2. *Un Código no resuelve la cuestión: hace falta convicción social y judicial*

Nos resulta curioso verificar que el dramatismo que nosotros le vemos a la cuestión no encuentre eco social —ni siquiera entre los abogados— que se transforme

[1.26] La ley 25.188 de ética pública también los responsabiliza, desde luego.

[1.27] Otra variante es la delegación sistemática, explicada en el § 1.4, que requiere en el delegante otras aptitudes de dirección, organización, supervisión, control: la responsabilidad sigue siendo suya, indelegable.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

en acción. El C.P.A.C.F. no ha intentado siquiera, hasta ahora, una acción de clase en defensa del derecho de incidencia colectiva a tener acceso a la justicia, pidiendo que se condene al Estado a designar un número de jueces acorde a la población y a la cantidad de causas y se lo mantenga actualizado permanentemente. Algunos colegas bregan todavía por un Código Procesal Administrativo, *no por un número mínimo constante de jueces, proporcional a las causas y a la población, permanentemente reajustado en su número.* La oralidad ayudaría, una mayor actividad instructoria del tribunal también, pero todo ello insume más horas de más jueces. La sociedad se desentiende, hasta los abogados lo hacen. Es que algunos consideran aburrida la materia administrativa pues parecen no querer ver: 1°) la lucha por y desde el poder (poder estatal; poder de grandes concesionarios y licenciatarios del Estado, con privilegio o monopolio), 2°) la defensa contra el poder (defensa de los individuos, de los usuarios y administrados, de las asociaciones), 3°) el equilibrio entre autoridad y libertad, 4°) la corrupción que ha existido en todos los tiempos, desde los albores de la humanidad. Tal como está instalado el debate inter-administrativo, algunos quieren plantear una disyuntiva entre la "patria pleitera" de los grandes juicios contra el Estado y los intereses de la comunidad entera, cuya estabilidad económica se vería amenazada por los juicios a perderse en el futuro. Es un engaño. Algunas precisiones liminares son necesarias. 1°) Primero, que de ninguna manera el Estado pierde siempre los juicios: simplemente, los litigantes que pierden callan, los que no, se ufanan. 2°) Segundo, que los montos "en juego" son futuribles, imaginerías con las cuales los abogados deleitan su imaginación pero que nunca ven convertidas en realidad. 3°) Tercera, que muchos jueces cuidan el patrimonio estatal más que su propio bolsillo (un colega nos cuenta que pidió en Cámara regulación de honorarios para el Juez de Primera Instancia por la excelente defensa que hizo del Estado en su sentencia; ciertamente, lo apercibieron). 4°) En las regulaciones de honorarios, parecen una página arrancada a MOLIÈRE.[1] 5°) En los amparos, está de moda rechazarlos *sin dar traslado ni pedir los expedientes* (en flagrante arbitrariedad que la Corte no ha corregido nunca) en dos o tres carillas que veces hacen gala de ni siquiera haber leído el recurso: el juicio se rechaza sin trámite alguno, casi por el empleado de la Mesa de Entradas. 6°) La duración de los juicios: están empezando a salir, veinte años más tarde, las primeras sentencias condenando al Estado y los funcionarios por haberle matado a alguien toda su familia al mismo tiempo: padre, madre, hermano, hermana. 7°) No hay policía judicial. 8°) También hay reticencia extrema a adoptar mecanismos alternativos de solución de controversias, cuando del Estado se trata (mediación, transacción, arbitraje).[2]

[2.1] Esto es materia de constante incomprensión de la judicatura a los costos de la profesión, que a veces exaspera a los abogados. Así NEIRA, JOSÉ CARLOS, "Honorarios y desregulación," *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, año I, 3: 16, julio de 1997.

[2.2] Las razones de ello se explican en los caps. XVII, "El arbitraje administrativo nacional" y XVIII, "El arbitraje administrativo internacional."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

10°) Igual reticencia se encuentra en algunos tribunales a los juicios de legitimación ampliada, que pueden resolver muchos problemas a la vez, aunque hay progresos.[3] Están en un extremo *a*) los que temen a los justiciables y sus expedientes, a la necesidad de asumir un compromiso jurídico ante la sociedad en los problemas de fondo; a la legitimación amplia, a la vigencia de la legalidad objetiva. *b*) En el otro extremo se encuentran los que quisieran que fuera cierto y ven que no siempre lo es, lo que la Constitución dice: defensa de los derechos de incidencia colectiva (art. 43), legitimación amplia del Defensor del Pueblo en tutela de la legalidad objetiva (art. 86), medios efectivos de lucha contra la corrupción (art. 36 de la Constitución nacional; tratados internacionales como la CICC y otros),[4] acción de amparo amplia (art. 75, inc. 22), etc. *c*) muchos tribunales asumen su compromiso y se pronuncian sobre el fondo de la cuestión, sin escapar al tema. Su número va creciendo.[5] La Procuración del Tesoro de la Nación tiene de antaño explicado que cuando el Estado pierde juicios es porque no hizo caso a sus asesores jurídicos. Cuando la justicia no pide siquiera el expediente que motiva el amparo, decide ignorar incluso cómo dictaminó el organismo de asesoramiento letrado de la administración. ¿Queremos seguir teniendo gastos estatales inútiles, dispendiosos y algo más? ¿Quiere eso el Poder judicial argentino? ¿Es más costosa a la sociedad la condena al Estado por haber obrado mal, o la condena para evitar que se obre mal? Lo decían los juristas romanos, SÉNECA, NIETZSCHE: castiguemos, no porque se haya obrado mal, sino para que no se obre mal.

3. *¿Se puede hacer algo mientras se logra el consenso de tener más jueces?*

Los abogados a los que nos importa la cuestión vivimos siempre en la desesperación. Pero la justicia que tenemos, numéricamente disminuida y recargada más allá de sus posibilidades, tiene muchos caminos para transitar hacia la existencia de un control judicial eficiente. Hemos expuesto antes de ahora también algunos medios de atemperar el problema.

4. *Los fallos repetitivos como merma de justicia: cómo evitarlos en el derecho actual*

4.1. *El problema*

Revisando la jurisprudencia inédita anual de las cinco salas federales con competencia en materia administrativa[1] se observa en algunas salas una importante

[2.3] JEANNERET DE PÉREZ DE CORTÉS, MARÍA, "La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de la asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia," *LL*, 2003-B, 1333.

[2.4] Ley 24.759; ley 25.632, "Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional," art. 7: "Medidas para combatir el blanqueo de dinero."

[2.5] Ver cap. III, esp. § 6. Son un brillante y luminoso ejemplo para todo el Poder Judicial.

[4.1] Tarea que hicimos en ocasión de publicar *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999. La repetición de fallos iguales es endémica.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

repetición de fallos que tratan la misma materia. Reducción de salarios, cálculo de retiros, jubilaciones y pensiones militares o de fuerzas de seguridad en determinadas materias homogéneas, cuestionamiento de los reajustes tarifarios, etc., cálculo de salarios de magistrados del Poder Judicial.[2] El problema se repite en la CSJN, como se ha visto destacada y excepcionalmente en materia de jubilaciones, con un atascamiento superior a las cincuenta mil causas, que motivara el reclamo del Defensor del Pueblo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a fines del siglo pasado.[3] Lógicamente, las revistas jurídicas publican apenas uno de cada especie, pues no tiene sentido repetirlos en una publicación cuando solo varía la persona de un juicio a otro. Cabe entonces preguntarse aquí si el mismo criterio de economía y eficiencia que utiliza la empresa privada al *publicar* los fallos no podría extenderse a los fallos al *hacerlos* el tribunal.[4] Cuando el dinero presupuestario sobra, puede tal vez utilizarse con generosidad; cuando falta, su utilización austera y eficiente se impone más que nunca; lo manda además el art. III de medidas preventivas en la convención interamericana contra la corrupción, aplicable también a los jueces.[5]

En el derecho árabe nomádico existe la *servitude de la soif*, que es la obligación de dar de beber al viajero.[6] Quienes aspiramos a ver nuestros derechos dirimidos por la justicia, nos sentimos *sedientos de justicia* cuando vemos cómo el Poder Judicial despliega ingentes energías —que, por una simple ley física, le quita tiempo para otras tareas pendientes— en dar respuestas iguales a reclamos iguales, siendo que, como sabemos, ello no es siempre indispensable.

La cantidad de expedientes, papeleo, cédulas, firmas, cargos, notificaciones, regulaciones, horas hombre, tiempo maquinal que se pierde en la repetición de

4.2 Ver "El control judicial de la actividad administrativa del Poder Judicial y la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces," *LL*, 1996-E, 115, nota al fallo *Costa, Mario G. y otros c. Corte Suprema de Justicia de la Nación*, CNFed. CA, Sala V, 2-V-1996, *LL*, 1996-E, 116.

4.3 Ver los precedentes que relatamos *infra*, notas 4.11 y 4.6.

4.4 La distinción entre racionalidad pública y racionalidad privada ha perdido vigencia y además las normas de la CICC exigen la eficiencia como principio jurídico rector, entre otros, de la conducta estatal. En cuanto a la vieja distinción ver WHITE, EDUARDO, "Estudio sobre el régimen legal de las empresas públicas latinoamericanas y su acción internacional," *Derecho de la Integración*, INTAL, 14: 155, Buenos Aires, 1973: la "racionalidad pública" podía estar dada por la regulación del consumo, el desarrollo regional, la creación de empleo, el control de sectores estratégicos, etc., todo lo cual era de difícil o imposible medición para comparar la supuesta eficiencia pública vs. la privada, que es de simple observación pues está dada por la rentabilidad de la empresa y el análisis del costo-beneficio de cada decisión individual y su impacto global. La racionalidad pública podía terminar entonces en la irracionalidad, al no poder medirse el cumplimiento de sus objetivos y sobre todo su costo económico tanto individual como global. En el presente caso es más sencilla la comparación, pues se trata de ver si la racionalidad exige solamente no *publicar* fallos idénticos, o puede *también* evitarlos.

4.5 Ver nuestro art. "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091.

4.6 Incorporada por MARIENHOFF al Código de Agua de Corrientes. En cambio, la justicia nos da a veces "ritos perversos," como dice GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. 2, p. 1054.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

causas idénticas, conspira contra el principio de eficiencia que imponen las normas supranacionales[7] y contra un principio de justicia natural, como así también contra el principio constitucional de razonabilidad, debido proceso adjetivo, acceso a la justicia, etc. Algunos pensarán que tal vez sea muy fuerte afirmar que de esta práctica se deriva una privación sistemática de justicia, por la endémica detracción de tiempo que provoca para atender otras causas en tiempo útil; pero hay al menos, en términos de defensa del usuario o consumidor, una merma del producto. Es vender una garrafa no del todo llena. Cuando los tribunales rechazan un amparo *in limine litis* el litigante no puede dejar de fantasear que están en cambio resolviendo *in camera* uno de estos juicios en cadena. No pide que rechacen los otros, sino *que los resuelvan todos juntos así les queda tiempo también para él y sus propios reclamos de derechos de incidencia colectiva*. Que el mundo no se acaba, hoy en día, en el contexto del Estado y sus agentes y que el ciudadano y el usuario son —deben ser— hoy soberanos.[8]

4.2. *Viejas alternativas no aceptadas*

Esa preocupación que nos afecta tanto a los justiciables como a los magistrados y funcionarios del Poder Judicial es la escasez de recursos humanos —jueces— y materiales —libros, computadoras, impresoras, etc.— que este Poder del Estado padece desde siempre.

Los magistrados y funcionarios lo pagan con recargo excesivo de tareas, con salud[9] y dinero;[10] los justiciables con merma, mora y retardo en la justicia,[11] cuan-

[4.7] Ver nuestro art. "Un corte...," *op. loc. cit.*

[4.8] BENVENUTI, FELICIANO, *Il nuovo cittadino. Tra garantía e libertá attiva*, Venecia, Marsillo, 1994, p. 60 y ss.; ELIA, LEOPOLDO, "La nuova cittadinanza," en el libro de la Universidad de Venecia, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Módena, Mucchi Editore, 1966, t. II, p. 723 y ss.; GHETTI, GIULIO, "Alcune considerazione su «il nuovo cittadino»," igual obra, p. 835 y ss.; ROTELLI, ETTORE, "Il nuovo cittadino di Feliciano Benvenuti," en la misma obra, t. IV, p. 1527 y ss.

[4.9] Hay magistrados del fuero federal que han muerto, se han enfermado o han renunciado por exceso de trabajo, responsabilidad y presión política.

[4.10] Y con el empleo de recursos propios, pues no son pocos los magistrados que solventan de su peculio gastos propios del tribunal. Muchos funcionarios han comprado su propia computadora para trabajar en el Poder Judicial, ya que éste no se las provee en todos los casos. También en un momento hicieron un acuerdo para que la DGI —frecuente actora o demandada ante sus estrados—, que renovó sus impresoras viejas por otras modernas, les regalara las viejas. Es la verdadera indigencia y el sacrificio económico extremo, la penuria en verdad, del Poder Judicial. Su incidencia en el presupuesto nacional supera lo cuantitativo: de medirse cuánto gasta el país en Justicia, debiera concluirse en que cualitativamente no la tiene. En el 2001 ante el estado de emergencia general propusimos un mayor activismo judicial: "El Estado de Derecho en estado de emergencia," *LL*, 2001-F, 1050, reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64; en el 2002 todo se agravó pero el Poder Judicial salió airoso: nuestro art. "«Corralito,» Justicia Federal de Primera Instancia y contención social en estado de emergencia," *LL*, 2002-C, 1217; *supra*, cap. XIII, nota 1.1.

[4.11] MAIORANO, JORGE, "La legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación: de la Constitución a la Corte Suprema," *LL*, 1997-A, 808. Lo puntualizamos en "La lentitud de la justicia como violación de los derechos humanos," *Discrepancias*, FACA, 1: 14, Buenos Aires, 1983.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

do no lisa y llana falta de acceso a ella.[12] La sociedad lo paga con corrupción administrativa no controlada y a veces con corrupción judicial, de la cual no han faltado denuncias; nuestros acreedores nos tienen que financiar así el costo de que no haya tribunales para frenar la corrupción, ni siquiera para ejecutar los créditos fiscales sin los cuales el círculo vicioso es perfecto. Todo ello es también lesión a garantías constitucionales y supraconstitucionales sin las cuales no hay Estado de Derecho. Antes de ahora se han aportado algunas ideas obvias, más allá de la pública y notoria evidencia de que el Congreso *debe* crear al menos doscientos juzgados contencioso administrativos más en la Capital Federal, para estar al nivel de Suiza cuando la condenaron por insuficiente cantidad de jueces para cumplir con el umbral del normal acceso a una justicia eficaz;[13] cuatrocientos o quinientos, si quiere estar a nivel de no tener condena internacional. Menos de eso, estamos en el peor de los terceros mundos.

4.3. *Otras variantes no aceptadas hasta el presente*

Entre otras ideas obvias figuraron la creación de tribunales administrativos,[14] la mediación,[15] la conciliación[16] y el arbitraje, la utilización de conjueces[17] de un amplísimo espectro profesional disponible,[18] pero no han sido receptadas. En el

4.12 Un caso extremo que se dió en los últimos años fue el que comentamos en nuestro art. "La justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires (Una contrarreforma inconstitucional)," *ED*, 3-XI-01; reproducido, con modificaciones, bajo el título "Administrar sin justicia," *RAP Provincia de Buenos Aires*, 1-1: 11-25, año 2003; POLICE, ARISTIDE, *Il processo amministrativo in Argentina. Garanzie dello Stato di diritto ed emergenza economica*, Milán, Giuffrè, 2002, esp. cap. IV, pp.119-27. Actualmente el fuero procesal administrativo es un hecho en la provincia de Buenos Aires. Ver *supra* cap. 1, "La prueba de los derechos," § 6.2, "En instancia única colegiada," y su notas. En el orden nacional hubo también ejemplos graves (ver nuestro libro *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, "Rechazo «in limine litis» del amparo," p. 96, § 33; "Excepción de defecto legal y rechazo de amparo «in limine litis»," p. 124, § 45; "Amparo: nunca, jamás," p. 130, § 50) que esperamos hayan desaparecido para siempre, aunque ciertamente la demora en los juicios ordinarios resulta hoy por hoy inevitable. Además de los casos de imposibilidad normativa de acceso a la justicia, y los de imposibilidad fáctica, por carencia de recursos, exclusión social, etc., están los infinitos casos en que el juiciable, desmoralizado por todo lo que ve a su alrededor, simplemente no cree en el sistema de protección judicial de los derechos individuales y se resigna a perder sus derechos. No se crea que esto le pasa solamente a los excluídos del sistema. También le ocurre a eminentes abogados.

4.13 Nos remitimos a lo resuelto *in re Zimmerman* y *Steiner*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 13 de julio de 1983, citado en *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, 5ª ed., anexo al capítulo XVI, pp. XVI-39/52.

4.14 *Derechos Humanos*, *op. loc. cit.*

4.15 En la ley de mediación se excluyen los conflictos en materia procesal administrativa.

4.16 HENAO PÉREZ, JUAN CARLOS, *La conciliación en el derecho administrativo*, Santa Fé de Bogotá, FES–AID, 1996.

4.17 En la Provincia de Buenos Aires ha tenido intervención decisiva para administrar las acciones de clase. Ver ORTIZ, RICARDO MIGUEL, "Los abogados en la emergencia: la corte de conjueces," en AHE, *op. cit.*, pp. 187-97.

4.18 Nuestro artículo, "Facultades reglamentarias de la Corte Suprema y remuneración e independencia de los magistrados," *LL*, 1996-E, 90; "El sorteo de causas y otros dilemas forenses de hoy," *LL*, 1996-D, 96; también en *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, p. 106 y ss., § 39.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

pasado estuvo la solución de un Juez que optó, razonablemente a nuestro juicio, por hacer él mismo sentencias cortas para tener al día el juzgado, pero fue obligado por el sistema judicial a renunciar.[19] Las sentencias largas gozan de mayor preferencia tanto en los tribunales como en los medios forenses y hasta editoriales: es el estilo académico de la enseñanza universitaria tradicional trasladado a la justicia. Ello ocurre tanto en algunos eruditos tribunales provinciales como en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.[20]

Sin embargo, no es seguro que esa mayor extensión sea útil y ni siquiera conveniente, pues el tribunal incluye entonces *obiter dicta* frases irrelevantes para la decisión final, que no obstante las revistas jurídicas recogen como "sumario" y el propio tribunal más adelante invoca como "doctrina" de los fallos anteriores, pero no como "jurisprudencia" ni "precedentes," lo cual no es una razonable forma de construir el derecho. A veces los largos fundamentos de una sentencia, pues, no llevan a la conclusión que el fallo adopta. Caso típico, *Chocobar*.[21] Ninguno de sus considerandos explica lo que los diarios comentaban todos los días acerca de la verdadera discusión económica que fue el meollo de la cuestión. El fundamento real del fallo es la jurisprudencia de intereses, que no desarrolla ni explica y no la dogmática jurídica que sin congruencia invoca.[22] Esto es frecuente en nuestros tribunales y una fuente de confusión para todos aquellos que leen los fallos —o la "doctrina"— como si lo que expresan fuera su real fundamento. El problema es compaginar qué dicen los tribunales que hacen, *qué hacen o resuelven en verdad*, por qué razones inferimos o sabemos que lo hacen y por qué no siempre dicen las verdaderas razones por las que hacen lo que realmente hacen y no lo que dicen que hacen.[23] Quedan además cuestiones pendientes, como el hecho inexplicable de que trabajando la administración en enero y julio no exista al mismo tiempo el indispensable equilibrio de un amplio acceso al control de la justicia procesal ad-

4.19 OBARRIO, MAURICIO, *De cómo fui Juez*, Buenos Aires, FDA, 1988.

4.20 Lo hicimos notar en uno de tantos fallos que otrora repetían considerandos iguales para sólo diferenciarse en el final: "Ninguna clase de hombres...," *LL*, 1995-D, 718. Al menos recientemente los votos diferentes expresan coincidir en algunos considerandos, a los cuales adhieren. Es un respiro, pero la verdad es que todo fallo no necesita más que *una* explicación de lo que las partes dijeron, antes de entrar cada Magistrado al meollo de su argumentación.

4.21 CSJN, *Chocobar*, *LL*, 1997-B, 247, año 1996; ver también nuestro comentario en "Cómo leer una sentencia," *ADP*, 14: 29/53; *Revista universitaria La Ley*, III, 4: 9-21, año 2001 y cap. V de nuestra *Introducción al derecho*, publicado como *e-book* en www.gordillo.com y de *An Introduction to Law*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Londres, Esperia, 2003.

4.22 Queda así como lo que ALEJANDRO NIETO llama "El dorso metalegal de las resoluciones judiciales," en la obra colectiva en homenaje a JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *La protección jurídica del ciudadano*, t. I, Madrid, Civitas, 1993; ver también NIETO Y GORDILLO, *op. cit.* El fallo citado en el texto ignora toda la rica temática que expone brillantemente CUETO RÚA, JULIO CÉSAR, *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*, Abeledo-Perrot, 1999. Ese error del fallo no debe llevarnos al engaño de analizar o discutir sus fundamentos tan sólo *aparentes*. Los reales están en los diarios de los días domingos; a veces, incluso en los días de semana.

4.23 Comp. HERRENDORF, DANIEL E., *El poder de los jueces. Cómo piensan los jueces. Qué piensan*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ministrativa, salvo la de feria, que funciona de manera harto restrictiva.[24] Si hay actividad del controlado, debe existir contemporánea actividad del controlante, o de lo contrario se produce una denegación temporal del acceso a una tutela judicial efectiva, si se juntan demasiadas causas en los tribunales de feria y estos no pueden atenderlas. Claro que este es un problema cultural, muy emparentado con las larguísimas vacaciones en los tres niveles de la enseñanza. Todavía no se acepta que es necesario estudiar y trabajar al menos once meses al año, parece que bastara de marzo a noviembre. Se han adoptado algunos paliativos, como llamar ocasionalmente a conjueces —aunque en realidad se lo hace por excusación de magistrados, pero no por recargo de tareas— o delegar en mayor medida a los funcionarios del tribunal la preparación de los votos.[25] Es bueno pero poco; no alcanza para dar justicia a los que la piden.

4.4. *Una innovación social*

La sociedad ha intentado aunar *distintos* esfuerzos. Algunos hicieron amparos, otros accionaron por la ley de defensa del consumidor (proceso sumario o sumarísimo), otros iniciaron juicio ordinario.[26] Los juicios progresaron en 1ª y 2ª instancia, incluso una *class action* para la devolución a todos los usuarios de las ganancias excesivas.[27] La legitimación ampliada funciona desde 1997 en subterráneos, publicidad vial, derecho a audiencia pública, devolución de ganancias excesivas, etc.[28] Hay un importante y predominante progreso de las instancias de grado en todo el país.[29] También la SCJBA ha admitido, como no podía ser menos, el ampa-

[4.24] Ver "La habilitación de feria no se da en la instancia *a quo*," nota al caso *Marriott A. Argentina Airline Catering INC*, CNFed. CA, Sala de Feria, *LL*, 1997-D, 731; reproducida igualmente en nuestro libro *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, p. 152 y ss., § 69.

[4.25] Es la opción de hierro que explicó OBARRIO, *De cómo fui juez*, *op. cit*.

[4.26] Un resumen de diversos juicios en la editorial del C.P.A.C.F., *Colegio c/ Telefónica*. "Los abogados vamos ganando la pulseada," en *LL*, Suplemento del 15-XII-97, p. 2. Esta evolución culmina y se mantiene desde "Consumidores Libres," *LL*, 1997-F, 273 y *Youssefian*, Sala IV, *LL*, 1997-F, 270. Ver "La legitimación en el amparo: asociaciones, cooperativas, derechos de incidencia colectiva," *LL*, 1995-E, 516; "Sorteando el artículo 43 de la Constitución Nacional," *LL*, 1996-B, 517; "El usuario y la estrategia judicial telefónica," *LL*, 1996-B, 520; todos ellos en *Cien notas...*, *op. cit.*, p. 67 y ss., § 18; p. 88 y ss., § 28; p. 92, § 29.

[4.27] La Sala IV *in re Consumidores Libres* admitió la procedencia formal de la acción de clase iniciada con el objeto mencionado, *LL*, 1997-F, 273.

[4.28] *Supra*, caps. II, III y nuestro art. "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia," *op. cit*.

[4.29] *Supra*, cap. III, § 6. No debe preocupar que haya pocas y pequeñas asociaciones de interés público. Cada una, precisamente por su reducida dimensión, debe administrar cuidadosamente sus escasas energías y elegir algún o algunos objetivos: todos no puede. Así cuando ADELCO pidió la primera audiencia pública telefónica en 1995, nadie más intervino en la causa; cuando la Asociación por los Derechos Civiles tomó el caso *Labatón*, no fue otra a mezclarse en el juicio. Con lo cual es siempre un sólo juicio, que el tribunal puede estudiar y resolver bien, evitando el dispendio de cientos de juicios por el mismo objeto. La economía de recursos que practican los litigantes en pro del bien común, debiera tener su contrapartida en una igual economía de recursos de la justicia. Una muy interesante selección de los casos de la Asociación por los Derechos Civiles en CARRIÓ, ALEJANDRO y otros, *En defensa de los derechos civiles*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 49 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ro colectivo de la Constitución nacional[30] y en el año 2006 ha introducido incluso el *habeas copus* colectivo.[31]

4.5. *¿Una cuestión de números?*

Cuando el Defensor del Pueblo de la Nación y una asociación de usuarios impugnaban la intervención a la ex Comisión Nacional de Telecomunicaciones, p. ej., los ciudadanos pensábamos que no tenía sentido "sumar" nuestra demanda a la de la autoridad administrativa independiente y una asociación de usuarios. Cuánto dolor, entonces, cuando la sentencia de Cámara, confirmada por las Cortes rechazó el amparo por falta de un demandante individual.

Perdimos como sociedad una autoridad independiente de contralor, perdimos un trozo grande de democracia, perdimos libertad. Aprendimos una amarga lección, que no se puede confiar en el funcionamiento normal de los mecanismos procesales conocidos, que siempre hay que reforzarlos hasta lo inimaginable, para impedir o al menos dificultar las ingeniosas creaciones con que luego se quiera limitar el control. Ahora bien, lo contrario implica un dispendio jurisdiccional también para los tribunales y *su causa es una sola*. Es la renuencia de demasiados magistrados a tratar estas acciones como acciones de clase para la defensa de los derechos de incidencia colectiva previstos en el art. 43 de la Constitución nacional. Se repite así la misma multiplicación de acciones que generaran distintos reglamentos de necesidad y urgencia recortando los sueldos judiciales o administrativos. El resultado era hasta hace poco tiempo que otra vez los tribunales estaban inundados de causas iguales, que obligaban a iguales trámites, iguales sentencias, etc. Pero la responsabilidad caía en los hombros judiciales, no en los de los litigantes. Eran sus consecuencias, la merma de justicia, lo que pagaban los litigantes y contribuyentes actuales o potenciales de los sucesivos estados de emergencia pública, presupuestaria y fiscal. Y los juicios de responsabilidad del Estado los pagamos entre todos, desde el mismo presupuesto con que se pagan los sueldos judiciales: no es para rechazar demandas *in limine litis* que como sociedad sufragamos el poder judicial. Por ello cabe felicitar a la magistratura por una valiosísima jurisprudencia innovadora.[32]

4.6. *Cumplir el artículo 43 de la Constitución*

En la línea de superar desde el mismo Poder Judicial esta crisis extrema que lo aqueja, queda la alternativa suprema de cumplir fiel y lealmente con el segundo

[4.30] Ver nuestra nota "Un *leading case* provincial en que el derecho no cae en la vorágine," *LL*, 2002-B, 344, nota al fallo *Quintana* del año 2001.

[4.31] La CSJN sentencia del 03-V-2005 *in re Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus.*

[4.32] *Supra*, caps. II a IV y la ingente labor realizada a partir del año 2002: AHE, "El desamparo del amparo," *op. loc. cit.*; "La realidad del fuero...," *op. loc. cit.*

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

párrafo del art. 43 de la Constitución, que admite los derechos de incidencia colectiva. No resistirse a ellos con contraproducentes y autoinmolantes excusas procesales, pues es un modo de resolver cientos, miles o millones de casos de una sola vez.[33] El primer gran avance lo ha hecho la Sala IV in re *Consumidores Libres* del 17 de octubre de 1997, culminando un proceso evolutivo de otras Salas, que por lo demás lo han continuado y afirmado. Se ha admitido allí la *class action* o acción de clase, al amparo de la ley 24.240 de defensa del usuario y del consumidor y hay ya también numerosos fallos que admiten los efectos *erga omnes* de la sentencia. Es un gran progreso.

Lo mismo puede decirse de la Sala I al reconocer el carácter o efecto *erga omnes* de la sentencia.[34] Habrá que pensar mejor la decisión a tomar cuando un expediente resuelve muchos más,[35] pero la liberación sinérgica que producirá tener *miles de expedientes menos*, seguramente permitirá una mayor reflexión. Y pensarlo muchos años tampoco garantiza una solución, como lo prueba la CSJN en *Chocobar*: cuando no hay recursos, todo es más difícil.[36]

4.7. *Prohibamos la clonación*

¿Era acaso mejor que los cinco millones de usuarios telefónicos iniciaran cinco millones de juicios para producir cinco millones de sentencias? El Poder Judicial, incluso repitiendo con empleados todo el trámite, debería cerrar sus puertas durante un lustro para hacer ese trabajo robótico. Eso, solo para el tema telefónico; es como una prueba *iuris et de iure* de que así no funciona a satisfacción, no cumple su finalidad esencial, no hay entonces Estado de Derecho. Cada tema subsiguiente generará el mismo problema. Los casos de medio ambiente, de corrupción, etc., son claros ejemplos análogos.

Y estas antiguas sentencias repetitivas con el decreto 290 o los sueldos de los magistrados preanunciaban la innecesaria dificultad material de tramitar causas clonadas por decenas: no sigamos el camino del derecho laboral sin tener al

4.33 No reconocer los derechos de incidencia colectiva y las acciones de clase es autopunición: es decir "no quiero un sólo juicio para resolver cientos de situaciones iguales, sino miles de ellos, todos iguales, así mis funcionarios y yo mismo repetimos el trabajo, gastamos impresoras y papel, nos quedamos sin tiempo para resolver otras causas que esperan decisión." Sobre las ventajas de admitir las acciones de clase ver nuestra nota "La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, acciones de clase, tribunales judiciales y tribunales administrativos; un futuro proyecto de tribunales administrativos para los servicios públicos," *LL*, 2005-A, 818, comentario al caso JNCom. Nº 18, *Dirección General de Defensa del Consumidor c. Banca Nazionale del Lavoro*, *LL*, 2005-A, 819.

4.34 Ver "Los grandes fallos de la actualidad," cap. XI del libro *Después de la reforma del Estado*, 1998, 2ª ed.; *Verbrugghe*, *ED*, 185: 995; *Gambier*, Sala II, *LL*, 1999-E, 624; *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, BELTRÁN, "Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad," *LL*, 2000-B, 274.

4.35 Incluso si se presentaran soluciones diversas en las Salas, el plenario es la solución unificadora, a más del eventual fallo de Corte. No hay problemas insuperables por resolver, en una sola causa, múltiples causas iguales.

4.36 Ver *infra*, cap. XX, § 2.3 "La responsabilidad interna disminuída".

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

menos la misma cantidad de jueces, ni terminemos en formularios preimpresos. Si tal vez no era urgente prohibir la clonación humana en nuestro país, porque de hecho no debe haber aquí mucha posibilidad científica de hacerla, sí es urgente en cambio evitar la clonación de juicios, pero no prohibiéndolos a todos sino resumiéndolos en acciones de clase para la defensa de derechos de incidencia colectiva,[37] como el art. 43 de la Constitución lo indica en una lectura con miras al futuro y no atada al pasado.[38] O como mejor lo ha dicho ZAFFARONI, una lectura correcta y garantizadora de nuestro texto constitucional lo hace compatible con el desarrollo universal de los derechos humanos.[39] Ya que todas las demás alternativas no han sido aceptadas, no queda otra alternativa lógica, si queremos tener un Poder Judicial eficiente y sin denegación ni merma de justicia, que admitir las acciones de clase en defensa de los derechos de incidencia colectiva, tal como el art. 43 de la Constitución lo establece[40] y no solamente para juicios de amparo[41] o de la ley de defensa del consumidor, sino también para acciones declarativas de inconstitucionalidad, como lo ha admitido la Corte Suprema *in re AGUEERA*[42] y para los demás juicios actuales o potenciales susceptibles de ser resueltos todos en uno y desde luego que con efectos *erga omnes*. Los efectos *erga omnes* de la sentencia fueron expresamente admitidos por la Sala I en los casos *Barsanti*[43] y *Blas*,[44] el primero confirmado por la Corte Suprema como recta interpretación de su caso *Monges*. Se trata pues de una importante modificación del funcionamiento de la justicia, que multiplicará los efectos de la tarea de los jueces.

4.37 Ver nuestra nota "La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, acciones de clase, tribunales judiciales administrativos; un futuro proyecto de tribunales administrativos para los servicios públicos," *op. loc. cit.*

4.38 No tiene sentido citar doctrina *previa* al derecho vigente. Hay quien piensa que la Constitución no puede decir lo que dice, porque entonces no sería cierto lo que él sabía de antes: entre su certeza de toda la vida y una norma nueva, cree que la nueva norma no puede estar diciendo que lo suyo es *demodé*. Lo toma como un ataque personal y la emprende contra la Constitución en base a su viejo "saber" que quisiera mantener viviente no obstante la realidad de un nuevo texto, un nuevo contexto mundial, nuevas normas supranacionales, un nuevo orden económico, etc.

4.39 "La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el sistema penal," *R.D.P.*, 2: 61, Buenos Aires, FDA, 1987.

4.40 Ver *supra*, caps. II a IV. También ha comenzado a admitirse legitimación para la defensa del principio de la legalidad objetiva, como en *Gambier, LL*, 1999-E, 624 y otros.

4.41 En los cuales es ya hora de dejar de citar como "Ley" un decreto ley de un gobierno de facto y dejar de mistificarlo en perjuicio del art. 43 de la Constitución, como si ésta estuviera sometida al viejo gobierno de facto que el art. 36 de la Constitución ahora condena (y también, el Código de Ética del C.P.A.C.F.) y antes la doctrina de los gobiernos de facto cohonestaba. Los tiempos han cambiado, es necesario adecuarse a ellos. Ya que muchos fallos y los diarios hablan normalmente, hoy en día, de la "dictadura," sería muestra de coherencia no llamarle "Ley" a sus decretos leyes. Tiene un cierto reflejo espejado con la apología del delito.

4.42 CSJN, *AGUEERA, LL*, 1997-C, 322, con nota "Las asociaciones de usuarios y la defensa de los derechos de incidencia colectiva (Acción declarativa de inconstitucionalidad)," reproducida en *Cien Notas...*, *op. cit.*, pp. 140-1, § 61.

4.43 *LL*,1998-A, 293 año 1997.

4.44 *LL*,1998-A, 288 año 1997.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

4.8. *La legitimación internacional*

Cabe además recordar que la legitimación que se pretende restringir en el plano interno es amplia en el ámbito supranacional; el trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos abarca a "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros," quienes pueden actuar "en su propio nombre o en el de terceras personas" (art. 26 del reglamento de la Comisión; art. 44 de la Convención).[45] Esta amplia legitimación supranacional torna ociosas las dudas sobre el alcance de la legitimación interna en el art. 43.[46] Dicho en otras palabras, no esperemos a transar en Washington o perder el juicio en San José o sufrir las consecuencias del aislamiento internacional:[47] cumplamos en el derecho interno con la garantía supranacional del acceso a una instancia judicial oportuna, en tiempo razonable.[48]

4.9. *La legitimación amplia y los efectos* erga omnes *de la sentencia*[49]

Desde 1997 esta problemática quedó razonablemente encaminada hacia su solución integral, gracias a las sentencias de las distintas Salas en materia procesal administrativa de la Cámara Federal de la Capital. Tal como lo hemos explicado con detalle en otro lugar,[50] a partir de ellas se admite la legitimación con sentido amplio, incluyendo al usuario potencial de un servicio público[51] y sin necesidad que lo acredite.[52] Del mismo modo, las sentencias tienen, cada vez en mayor nú-

[45] Ver HITTERS, JUAN CARLOS, *Derecho internacional de los derechos humanos*, t. II, *Sistema Interamericano*, Buenos Aires, Ediar, 1993, p. 335; MAIORANO, "Los umbrales del siglo XXI: Crisis de identidad o evolución," *RAP*, 218: 5, Buenos Aires, 1996. También amplían la legitimación el art. 22 inc. 2º y el art. 23 del reglamento de la Corte.

[46] *Supra*, t. 1, cap. VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo;" t. 2, cap. II, "Derechos de incidencia colectiva;" cap. III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva;" cap. IV, "El interés legítimo;" GORDILLO y otros, *Derechos humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, 15ª ed., cap. XII, "El derecho a la salud y el medio ambiente."

[47] "Responsabilidad del Estado en el derecho internacional," en UA, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, CA, 2001, p. 361 y ss.; reproducido como cap. VIII del libro *Introducción al derecho*, edición como *e-book* gratuito en www.gordillo.com, también en su versión inglesa, *An Introduction to Law*, *op. cit.*, cap. VII.

[48] No cometamos el error de negar legitimación interna al Defensor del Pueblo como la CSJN, *Frías Molina*, *LL*, 1997-A, 67, año 1996, con nota de QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, "Luz del Día, Sancho Panza y el Defensor del Pueblo en la Corte Suprema," del mismo autor "El Defensor del Pueblo ante los estrados de la Justicia (Comentario de jurisprudencia)," *LL*, 1995-D, 1058; MAIORANO, JORGE LUIS, "La legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación: de la Constitución a la Corte Suprema," *LL*, 1997-A, 808.

[49] Ampliar en el excelente trabajo, ya anteriormente citado, de JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, "La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de la asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia," *op. cit.*

[50] "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia," *LL*, 1997-F, 1318; "Los grandes fallos de la actualidad," cap. XI, *Después de la reforma del Estado*, 1998, 2ª ed.; *supra*, cap. III.

[51] Sala IV, *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo nacional*, *LL*, 1997-E-535.

[52] Sala IV, *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo nacional*, *LL*, 1997-E-535, revocado por la CSJN en el fondo, pero sin objetar la legitimación, *LL*, 2000-A, 179, *Fallos*, 322-3: 3008; *Youssefian*, *LL*, 1997-F, 270.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

mero de casos, efectos *erga omnes*. Ello ocurre generalmente en forma implícita pero inequívoca.[53]

En algunos casos se ha resuelto, pensamos que con carácter definitivo, los efectos *erga omnes* en forma explícita.[54] No todo son rosas, claro está, pues hasta hay sentencias de Corte rechazando *in limine* una demanda ordinaria al resolver el recurso de queja de la demanda.[55]

5. *El costo social del rechazo de amparos* in limine litis *o sin resolver*

La práctica de algunos tribunales de rechazar amparos u otras acciones *in limine litis*, no porque no reúnan los recaudos externos de admisión formal sino porque a juicio del juzgador no les será favorable la sentencia, constituye una desvirtuación del servicio de justicia.

Esas prácticas derogan *de facto* el art. 43 de la Constitución y la remisión a los tratados de derechos humanos que hace el art. 75 inc. 22.[1] Se están violando nuestros compromisos ante la comunidad internacional.[2] Se incurre en denegación de justicia, el más grave de los pecados que puede cometer el Poder Judicial y,

[4.53] CSJN, *Ekmekdjian, Fallos*: 308: 647; *LL*, 1992-C, 543; *ED*, 148: 354; Sala V, *Labatón, LL*, 1998-F, 345 (1996), primera instancia Dr. SILVA GARRETÓN; Juzgado Nacional Civil N° 54, RICARDO LI ROSI, *Dalbon, Gregorio c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, LL*, 1997-F, 291, confirmado por la Sala B de la Cámara de Apelaciones; Sala III, *Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/ Sec. de Estado y Rel. de la Com. (Dir. Nac. de Migraciones) s/ amparo ley 16.986*, causa 6128/96, 17-IV-97; CNFed. CA, Sala III, *Centro Despachantes de Aduana*, causa 30.710, 11-IV-97; CNApelTrab., Sala de feria, 24-I-1997, *in re Confederación General del Trabajo, LL*, 1997-B, 332; CSJN, *AGUEERA, LL*, 1997-C, 322; Sala IV, *Telintar, LL*, 1995-A, 220 (firme), con nuestra nota, "La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios," *LL*, 1995-A, 217, reproducida junto al fallo en *Después de la reforma del Estado, op.cit.*; Sala IV, *IMPSAT S.A., LL*, 1998-A, 261, año 1996.

[4.54] CSJN, *Monges*, 1966, *LL*, 1997-C, 150; CNFed. CA, Sala I, *Blas, LL*, 1998-A, 288; *Barsanti, LL*-1998-A, 293; CCiv. y Com., Azul, Sala II, 22-X-96, *Municipalidad de Tandil c. Transporte Automotores La Estrella S.A. y otros, LL Buenos Aires*, año 4, n° 3, abril de 1997, p. 273 y ss., con nota de ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, "Los daños morales y colectivos y su resarcimiento dinerario," p. 283 y ss.; CNFed. CA, Sala IV, *Consumidores Libres, LL*, 1997-F-273.

[4.55] *Yustman de Quaglino*, 19-VIII-99.

[5.1] Ver nuestro art. "Un día en la justicia: los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional," *LL*, 1995-E, 988; "Los amparos de los artículos 43 y 75 inc. 22 de la Constitución," en el libro GORDILLO y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, 5ª ed., cap. XVII; reproducido en ABREGÚ, MARTÍN Y COURTIS, CHRISTIAN, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS y Editores del Puerto S.R.L., 1997, p. 201 y ss.

[5.2] Ver *supra*, t. 1, cap. VI "Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio." y *Ekmekdjian* (7-VII-92), *Fallos*, 309: 647, *Fibraca S.C.A.*, año 1993, *Fallos*, 316-2: 1669, *Hagelin*, año 1993, *Fallos*, 316-3: 3173, *Cafés La Virginia S.A., LL*, 1995-D, 277, con nuestra nota "La creciente internacionalización del derecho y sus efectos," *LL*, 1995-D, 275; *Birt, LL*, 1995-D, 294, con nuestra nota "¿Una excepción a la ley 24.447?," *LL*, 1995-D, 292; *Giroldi, Fallos*, 318: 514, *LL*, 1995-D, 462, con nuestra nota "La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales," *RAP*, 215: 151, año 1996; BUERGENTHAL, THOMAS, *International Human Rights*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1988, p. 166, etc.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

para peor, una negación de sí mismo y del propio Estado de derecho al cual debe confluir con su presencia.[3]

Cuando el poder judicial rechaza una acción *in limine* está destruyendo el Estado de derecho. Más todavía si en ello invoca y aplica una norma seudolegislativa de un gobierno de facto y la llama "ley" y pretende su ultraactividad hasta semántica luego de la reforma constitucional. Los fallos que dan fundamento hacen a veces mérito de que se trata de una cuestión "de incidencia estrictamente patrimonial," como si la Constitución o la ley en alguna parte dijeran que la propiedad no es una de las garantías fundamentales de la Constitución nacional. Es como confundir el amparo con *hábeas corpus*, un arma excepcional para defender derechos excelsos y no pretensiones ¿pedestres? como el mero derecho de propiedad. Pero hay más, cuando los jueces deniegan justicia del modo expuesto dejan al particular opciones que son todas malas: o volver a la administración y aceptar la corrupción de la que venía huyendo al pedir auxilio jurisdiccional, o sufrir el daño e iniciar el juicio ordinario o sumario[4] en búsqueda de su reparación, o caer en la lisa y llana desesperación, descreimiento en el sistema y en la justicia. Si el particular hace el juicio ordinario, lo que ha hecho el Poder Judicial que denegó el amparo *in limine litis* o no hizo lugar a la cautelar, es aumentar el déficit fiscal y el gasto público, pues la condena al Estado será inevitable. Lo que la justicia no advierte es que los daños y perjuicios los pagamos entre todos: no resolver los amparos contra la administración, o no acordar las cautelares, es aumentar directamente el déficit fiscal y las indemnizaciones que luego debe pagar el Estado, es crear trabajo improductivo, minar la fe en la justicia.

Ya lo dijo el derecho romano, mejor es impedir que el mal se consume, antes que remitir a los remedios para paliar el mal que se ha consumado. *Melius est intacta iura servare, quam vulneratae causae remedium quaerere.* Para peor, todos sabemos que cuando se rechaza la tutela en forma liminar y se remite al juicio ordinario, éste no siempre será realizado. Nos recuerda al voto de TRUEPENNY en *El caso de los exploradores de cavernas*.[5]

En este diálogo de sordos, la justicia no advierte que los abogados que intentan amparos resultan beneficiando a otros profesionales con la creación judicial de trabajo mejor remunerado —juicio ordinario— en lugar del casi gratuito amparo, con sus insignificantes costas. Dicho de otra manera, los abogados que quisieron en el amparo evitar que se consume un daño a su cliente y a la sociedad —por responsabilidad del Estado—, verán ahora surgir desde las húmedas tierras de la denegación de justicia a los abogados dispuestos a afrontar los largos juicios de

[5.3] Comp. el concepto de la "falta extrema de diligencia" que se asimila al "incumplimiento deliberado y de mala fe del deber jurídico," MOSSET ITURRASPE, JORGE, "Responsables privilegiados – Los jueces," *ED*, 186:1169.

[5.4] No en el orden nacional en el que ha sido eliminado por la ley 25.488.

[5.5] Nos remitimos a la autoexplicación de la guía de lectura del caso en *Derechos Humanos*, *op. cit.*, 5ª ed., pp. III-38/41.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

daños y perjuicios, con sus mayores costas y eventuales pactos de cuota litis, pero una infinita dosis de paciencia y perseverancia.

Denegar justicia rechazando amparos *in limite litis* es una vez más hacer funcionar la ley de GRESHAM de que la moneda mala desaloja a la moneda buena. En lugar de un juicio breve, barato y efectivo, un juicio largo y costoso para todos: justiciables, letrados, justicia, sociedad. En una época en que todo el mundo busca modos alternativos de solución de controversias, sin necesidad de acudir al juicio ordinario, la justicia desecha la alternativa del juicio sumarísimo o de amparo. Si la justicia no hace justicia rápida, empuja a que el sistema quiebre bajo su propio peso y, como Sansón, tirará sobre sí misma el palacio. Es una lástima que una aparente cuestión de interpretación cueste tanto dinero a la sociedad. Es incomprensible que casi toda la justicia y buena parte de la doctrina compartan estos criterios. Señores jueces, ahorren el dinero de la sociedad, resuelvan los amparos en cuanto al fondo; no se constituyan en una fuente coadyuvante, por omisión de proveer justicia, del dispendio público —y algo más— contrario a las normas y principios de la CICC.

5.1. *Algunas soluciones*

Entre las soluciones que la justicia federal aportó a esta cuestión cabe mencionar el amparo efectuado por una asociación por los derechos civiles, en procura de obligar al Poder Judicial a instalar rampas de acceso para discapacitados que utilicen sillas de ruedas.

El caso *Labatón*,[6] resuelto favorablemente en primera instancia y cámara (Sala V) y cumplido por la Corte Suprema, demuestra cómo puede una cuestión simple de derecho resolverse en un caso individual con efectos colectivos. No se derrumbó el sistema por hacer justicia de tal modo, tanto que la solución la repitieron otras salas del fuero,[7] con beneplácito de la sociedad.

Otro precedente de importancia es el tratamiento judicial por la Sala IV del aumento del cospel de subterráneos *in re Fernández*. El fallo fue dividido en cuanto a si el aumento era o no inválido, pero coincidente en que debía dictarse un pronunciamiento en cuanto al fondo, que desde luego tiene efectos para todos los usuarios del servicio. La Corte Suprema rechazó el amparo en cuanto al fondo pero no cuestionó la legitimación invocada. Del mismo modo un juez civil ordenó en 1997 a la Ciudad de Buenos Aires retirar los carteles ilegales sobre la Avenida Lugones.[8] Como se ve, los precedentes van en continuo aumento. Existen iguales precedentes en materia de medio ambiente, empezando por el viejo caso *Schroder*

[5.6] Ver *Labatón*, Sala V, *LL*, 1998-F, 346, año 1996; GULLCO, HERNÁN, "Rampas para discapacitados (caso «*Labatón*»)," en CARRIÓ y otros, *op. loc. cit.*

[5.7] *Viceconte*, Sala IV, *LL*, 1998-F, 305; *Verbrugghe*, Sala I, *ED*, 185: 995; *Gambier*, Sala II, *LL*, 1999-E, 623; *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, BELTRÁN, "Civismo y amparo...," *op. cit.*

[5.8] *Dalbón*, *LL*, 1997-F, 291.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

de la Sala III,[9] que deben necesariamente ser continuados luego de la vigencia del art. 41 de la Constitución nacional. La lucha por el derecho debe continuar.[10]

6. *Facultades y deberes de la Corte y las Cámaras para resolver o atemperar por reglamento de necesidad y urgencia la privación de justicia*

Desde otro ángulo, es mucho lo que además podrían hacer la Corte Suprema y las Cámaras ante la necesidad y urgencia derivada de la privación sistemática de justicia que existe en algunos fueros por exceso extraordinario de la carga de trabajo. Pero, claro, el problema está en la cabeza.[1] Se justifica que ante la emergencia apliquen en forma directa e inmediata la garantía supranacional operativa que está siendo violada por insuficiencia de medios que el Poder Legislativo otorga al Poder Judicial, más también por sentencias como las que venimos de señalar. Se necesita terminar con una de las fuentes de corrupción administrativa: la inexistencia de tutela judicial continuada, efectiva, pronta. Si el sistema es cuestionado, quedará una vez más a los conjueces resolver si es o no respuesta adecuada y proporcional a la magnitud y gravedad del problema. La Corte Suprema o las Cámaras pueden y deben, en efecto, hacer más frente a la verdadera privación de justicia que se produce en diversos ámbitos, por insuficiente provisión legislativa de fondos y de juzgados.

Antes de la reforma de 1994 fue pacífica la jurisprudencia en cuanto a que el Poder Ejecutivo podía dictar reglamentos de necesidad y urgencia ante una situación que le diera suficiente fundamento fáctico a la medida.[2] Es ésta una alternativa heroica, pero también requiere esfuerzos heroicos la pérdida del Estado de derecho por inexistencia de Poder Judicial suficiente y adecuado para que haya tutela judicial efectiva. Así debieran la Corte o las Cámaras adoptar por reglamento de necesidad y urgencia las medidas necesarias para soslayar el incumplimiento legislativo —a través de juzgados y medios para funcionar— a la garantía primaria de un sistema jurídico, la de acceso a una instancia judicial suficiente y adecuada y obtener decisión sobre el fondo en tiempo razonable.[3] Ello no es sola-

[5.9] Fallo del 8 de setiembre de 1994, origen ya lejano de *Viceconte*, *Asociación Benghalensis*, *Verbrugghe*, *Labatón*, etc.

[5.10] Y vaya si continúa: *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275; nuestro art. "«Corralito», Justicia Federal de Primera Instancia y contención social en estado de emergencia," *LL*, 2002-C, 1217; CCA y T. de la Ciudad de Buenos Aires, Sala II, *Campos Ríos*, *LL*, Sup. Adm. 2005 (diciembre,) 68, con nota de AMBROSINO, MARÍA SILVANA, "A favor del control social...," *LL*, Sup. Adm. 2005 (diciembre,) 67.

[6.1] Que ha empezado por poner su propia casa en orden, pues muchos de los más grandes problemas nacían precisamente allí. Ver nuestro art. "¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?», *LL*, 2005-A, pp. 905-921.

[6.2] A veces la urgencia y necesidad es tan obvia que ni siquiera se la invoca, como en el decreto 186/00, que modifica la ley 25.155. Sin embargo pareciera que la sociedad no considera necesario ni urgente cumplir los pactos internacionales que nos obligan a permitir un acceso expedito y rápido al control judicial.

[6.3] Como lo exige operativamente la Convención Americana de Derechos Humanos.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

mente cuestión de dinero, pues es mucho lo que se puede hacer desde el estrado judicial para morigerar la privación sistemática de justicia; tampoco se trata de trabajar más allá de límites humanos. Se trata tan sólo de encontrar soluciones creativas. En el 2002 los jueces federales de primera instancia en materia administrativa hicieron un esfuerzo personal y organizacional supremo,[4] y hasta suprimieron *per se* acertadamente las vacaciones de invierno de todos los jueces y juzgados. Eso es magnífico para la extraordinaria emergencia del 2002, pero no puede ser la tónica permanente o nos quedaremos sin jueces por razones de salud. No pidamos demasiado, como sociedad civil, el sacrificio absoluto de unos pocos como única solución a los problemas creados desde el poder político.

6.1. *La alternativa de un sistema masivo de conjueces*

En vez de censurar a los jueces que buscan ayuda externa para hacer las sentencias que *materialmente* no pueden hacer por la carga de trabajo de sus juzgados, desarrollemos pretorianamente la colaboración *amicus curiae*,[5] no sólo en presentaciones de escritos sino en la redacción y suscripción de sentencias. No aceptemos como alternativa constitucional delegar interna y reservadamente el estudio de expedientes y la redacción de proyectos de sentencias a los funcionarios y empleados judiciales, que luego son corregidos por los firmantes, pero no hechos por ellos mismos. Así como la delegación administrativa se prefiere hacerla expresa para que sea pública y republicana, así procedamos en materia judicial. Instituyamos en la emergencia[6] *un sistema masivo de conjueces*, no para actuar en caso de excusación, sino para actuar en caso de sobrecarga de trabajo de sentencias. Resérvense las Salas la unificación de la jurisprudencia a través de los plenarios.

6.2. *Convenio Facultad de Derecho-Colegio de Escribanos*

La Facultad de Derecho de la UBA tiene un convenio suscripto con el Colegio de Escribanos por el cual se designan más de un centenar de potenciales árbitros. Todos ellos pueden ser nombrados conjueces *ad hoc*, *ad honorem*, de primera o segunda instancia y por un procedimiento reglado por la Corte o por las Cámaras del fuero se puede elegir el sistema de sorteo u otro, reglado o discrecional, conforme al cual puedan dictar sentencias en las causas con alegatos ya presentados.

6.3. *Magistrados jubilados*

Lo mismo se puede hacer con todos los magistrados jubilados del Poder Judicial de la Nación y también —por qué no— de extraña jurisdicción. Es una pequeña

[6.4] AHE, "El desamparo del amparo," *op. cit.*; "La realidad del fuero...," *op. cit.*

[6.5] Ver TS CABA, *Defensora del Pueblo*, *LL*, 1999-E, 629; con nota de GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, "La legitimación procesal de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires para promover acción directa de inconstitucionalidad," *LL*, 2000-B, 215.

[6.6] Ver ORTIZ, "Los abogados..., " *op. loc. cit.*

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

carga pública gratuita por razones de necesidad y urgencia que condice, en este caso como en el anterior, con la dignidad aceptada previamente.[7]

6.4. *C.P.A.C.F.*

Puede también designarse conjueces *ad hoc*, *ad honorem*, a los jueces de los tribunales de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. También pedírsele a dicha institución que por los procedimientos que se convengan con el Poder Judicial, se constituya a su vez una lista de posible conjueces del Colegio para el Poder Judicial. Sería una parte del trabajo *pro bono público* al que todos los abogados estamos obligados y cuantos más seamos los que colaboremos en tal función menos pesada será la tarea. Y por cierto que es grato, a cualquiera, dictar bajo su firma y no como colaboración anónima, una sentencia judicial, sujeta desde luego a la revisión ulterior de las instancias judiciales propiamente dichas que sean pertinentes. Somos más de cincuenta mil abogados inscriptos en el C.P.A.C.F.: un expediente que nos den a cada uno, con un par de meses para estudiarlo, liberaría cincuenta mil causas; seis expedientes *per capita* por año son 1.250.000 causas menos. Si se quiere ser más selectivo, dígase mil jueces o cinco mil, varias sentencias cada uno podrá hacer sin detrimento de su trabajo y en la satisfacción de estar contribuyendo a la supervivencia del sistema de justicia.

6.5. *Causales de recusación y excusación*

Será cuestión de aplicar en cada caso las causales de recusación y excusación adecuándolas a las circunstancias. Pero si un abogado en ejercicio en este país puede ser juez de un tribunal internacional, no se advierte por qué motivo no lo podría ser en el derecho interno, tomando las debidas precauciones y bajo control judicial y social suficiente.

7. *Hacia la delegación legislativa al Poder Judicial*

El sistema de plenarios y acordadas de la Cámara y la Corte muestra también una faceta poco trabajada en nuestro sistema jurídico: *el dictado por los propios jueces de las normas que habrán de regir el proceso.*[1] En los tribunales administrativos internacionales[2] el criterio es distinguir entre el Estatuto del Tribunal, que fija sus reglas básicas de existencia y funcionamiento (una veintena de arts.) y las normas del procedimiento, que las dicta el propio tribunal. Ello lleva a la existencia de procesos que se adecuan a través del tiempo a las cambiantes cir-

[6.7] La ley 24.018 establece que mantendrán el estado judicial y podrán ser convocados a cubrir transitoriamente el tipo de cargo que desempeñaran.

[7.1] Y a veces el derecho sustantivo, tal como el ejercicio de función administrativa que de oficio y por Acordada 1/00 hizo la CSJN respecto de la ley de ética pública: le declaró sólo parcialmente aplicable a sí misma —sin excusarse— y a los demás jueces.

[7.2] Ver *infra*, cap. XVI, "La justicia administrativa internacional."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

cunstancias que le toca vivir a la justicia, a las peculiaridades de los magistrados, etc. Algo así debiera hacerse en nuestro medio.[3]

7.1. *La reacción instintiva*

En ese contexto podría pensarse que dejar a los jueces reglar el procedimiento y las acciones sería muy peligroso. Los memoriosos de aquellos plenarios recordarán el exabrupto *in camera* al distinguido jurista JOSÉ HÉCTOR MEEHAN. Hasta su muerte lo siguió contando, todavía perplejo del ajeno desparpajo.[4] Cada sentencia o acto procesal que declina jurisdicción es denegación de acceso a la justicia, una de la peores violaciones al sistema democrático para los ciudadanos, lo que no es percibido así por todos los miembros del Poder Judicial. Si el Poder Judicial no defiende siempre su propia función, ejerciéndola y asumiéndola con plenitud, ¿quién podrá hacerlo por él?[5] Así, jamás puede admitirse una sentencia que por aplicación de la supuesta permisión de un decreto ley preconstitucional omita dar siquiera traslado de una acción de amparo contra la administración o sus concesionarios o licenciatarios. Ello, salvo en casos verdaderamente extremos de más que manifiesta improcedencia, en que toda la ciudadanía concuerde salvo el incauteloso peticionario. No puede ser una costumbre de todos los días, para todo el que acude a impetrar justicia.[6] Por esa vía seguramente se reducirá el número de causas y de jueces: en el camino quedará, olvidada, la Justicia.

Por ello en esta propuesta, si dejamos a los jueces reglamentar el proceso, cabe en teoría el peligro de que resolvieran que todos los amparos se rechazarán siempre *in limite litis*, que el Estado puede recusar sin causa *al juez que haya concedido una cautelar* y así sucesivamente. Pero conviene recordar los versos de BERTOLD BRECHT, hoy vinieron por mí, mañana vendrán por tí. La jurisprudencia ha comenzado a reaccionar, ojalá la tendencia se afirme.[7]

[7.3] No creemos que sea óbice el que la Constitución le encargue al Congreso el dictado de los códigos sustantivos (art. 75 inc. 12), pues no se le aplican las restricciones a la delegación al Poder *Ejecutivo*.

[7.4] Le preguntaron si era o se hacía: complete el lector lo que estime podrán haberle dicho. Ni una cosa ni la otra, era un hombre de derecho.

[7.5] Seguro, no es terrorismo de Estado. ¿Pero qué es?

[7.6] Es, además, una manifiesta falta de respeto al profesional. Acostumbrados a la pleitesía, no soportan luego bien la crítica de los que han ofendido.

[7.7] Nuestro art. "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia," en *LL*-1997-F, 1318; corregido y actualizado bajo el nombre "Los grandes fallos de la actualidad," como cap. XI del libro *Después de la reforma del Estado,* 2ª ed., 1998. A pesar de un gran traspié en el fatídico caso *Bustos* que comentamos en "¿Puede la CSJN...," *op. loc. cit.*, seguimos teniendo esperanzas en la acción progresivamente correctora del Poder Judicial. Ello es tanto más necesario aún, cuando se va derrumbando *pari pasu* mucho de los que quedaba del orden social, económico, político, previo al 2002. Para los datos económicos nos remitimos a FERRERES, ORLANDO J., (dir.), *Dos siglos de economía argentina (1810-2001). Historia argentina en cifras,* El Ateneo/ Fundación Norte y Sur, Buenos Aires, 2005, pp. 13-14, gráfico 14 y tabla 3. Para los datos sociales ver MERKLEN, DENIS, *Pobres Ciudadanos. Las clases populares en la era democrática, [Argentina,1983-2001],* Buenos Aires, Gorla, 2005, pp. 66-67.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Capítulo XV

COMPARACIÓN DEL CONTROL ADMINISTRATIVO Y JUDICIAL[1]

1. *Comparación cualicuantitativa*

Desde nuestros primeros libros siempre dimos más atención y extensión de páginas al procedimiento administrativo que al judicial, a diferencia de obras extranjeras que hacían lo contrario. Cuando le pregunté a JEAN RIVERO en su visita a la Argentina en 1960 por qué en Francia no le daban importancia al procedimiento administrativo, su respuesta fue rápida: porque acudimos al control del Consejo de Estado.

En la Argentina, en cambio, no acudimos mucho a la justicia, en relación a la cantidad de conflictos existentes. Tampoco en Francia, para ser justos, donde con igual población que en Gran Bretaña resuelven diez veces menos controversias que los tribunales administrativos ingleses. Pero esto no significa que podamos compararnos con Francia, obviamente. Nuestra semejanza, si existe, es más propia del reino de la caricatura, como ya lo hemos recordado más de una vez, a partir de la aguda observación de GUY BRAIBANT que siempre recordamos.

La extrema renuencia tradicional del Poder Judicial argentino a otorgar cautelares o precautelares[2] contra la administración, o admitir amparos por cuestiones patrimoniales, deja al individuo inerme e indefenso frente a la perpetración del daño administrativo. La extremadamente limitada cantidad de tribunales a

[1.1] Ver cap. XIII, nota 1.1. Ver WOLL, PETER, *Administrative Law. The Informal Process*, Berkeley y Los Ángeles, California University Press, 1963, cap. VI, pp. 166-190. Ver también las referencias que hemos efectuado en los capítulos precedentes. Estas reflexiones continúan el enfoque metodológico que hemos utilizado a lo largo de toda la obra y destacaran otros autores recordados al comienzo del cap. XI: BERIZONCE, ROBERTO O., "Palabras del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata," en BOTASSI, CARLOS A. (dir.), *Temas de Derecho Adminisrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, LEP, Librería Editora Platense, 2003, pp. 19-21; SÁENZ, JORGE A., "Gordillo, la función administrativa y la democracia," en BOTASSI (dir.) *Temas de derecho administrativo...*, *op. cit.*, pp. 69-78.

[1.2] BRUNO DOS SANTOS, MARCELO, "La llamadas «precautelares» contra la administración pública: un aporte pretoriano al debido resguardo de la tutela judicial efectiva," *LL*, 2003-D, 1225.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

los cuales acudir frente a una hipertrofiada administración y sus concesionarias y licenciatarias, entes desentralizados, empresas, etc., hace de hecho que la justicia sea virtualmente inaccesible como una defensa común del habitante. Es un remedio excepcional, pocas veces destinado al éxito en tiempo útil dentro de la vida limitada del individuo. La justicia que llega al interesado cuando ya está moribundo o peor, muerto, realmente no sirve de consuelo para nadie. Por eso el administrado y su abogado, y el intérprete que procura explicar el sistema, quedan obligados a dedicar una atención desmesurada al trámite ante la administración, *único terreno posible donde actuar para defender sus derechos*, ya que la justicia en última instancia se desentiende de la cuestión, deserta *in limine* el campo de batalla de su obligación de tutela.

Para los menos respetuosos de la ley, de ambos bandos,[3] es una ocasión única para los actos de corrupción. Para los honestos, es aprender bien los vericuetos del actuar ante la administración, pues no habrá una chance judicial efectiva. De todas maneras, aunque acceda a la instancia judicial, es conocido que el juez toma como principal elemento de juicio el propio expediente administrativo, con lo cual el aporte de prueba y en general el comportamiento procedimental del individuo vuelve a ser fundamental tal como lo haya hecho en sede administrativa y no como pretenda hacerlo en sede judicial. Es necesario así preconstituir la prueba, hacer producción privada de ella e incorporarla al expediente, etc. Todo eso lo estamos explicando con carácter general en este volumen. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la historia argentina "no tuvo el protagonismo que hubiera sido deseable. Ello fue así o bien porque dio pasos al costado cuando no debió darlos, o bien porque recurrió a construcciones forzadas, a fin de intentar legitimar cosas no legitimables."[4] Pero la sociedad ha logrado que el resto de los tribunales fueran cada vez más ejerciendo control suficiente y adecuado.

2. *Distintas formas de procedimiento administrativo*

Se ha comenzado a postular que los entes reguladores deben ejercer alguna medida de jurisdicción administrativa, pero la CSJN ha destacado con acierto que aún les falta la indispensable independencia del poder central amén de la imparcialidad

[1.3] BIBILONI, HOMERO, "Los efectos de la Convención Interamericana contra las Corrupción (Ley 24.759) sobre los contratos administrativos y otras situaciones," en BOTASSI (dir.), *op. cit.*, p. 185, señala que "Es sabido que para que haya corrupción tiene que haber más de uno: quien pide u ofrece, y quien da o recibe. Suele trascender —tal lo dicho— mucho más la corrupción pública que la privada. Empero ésta se da aún entre los propios privados, y con la co-actuación de aquellos privados que se dedican a satisfacer necesidades públicas de manera incorrecta."

[1.4] CARRIÓ, ALEJANDRO, *La Corte Suprema y su independencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 12. Por su parte BIANCHI, ALBERTO, *Control de constitucionalidad*, t. 1, Buenos Aires, Ábaco, 2002, 2ª ed., p. 242, refiriéndose a la Corte como guardiana del proceso político, ha sostenido con acierto que ella "ha entendido a la división de poderes no como un sistema de distanciamiento del Poder Ejecutivo, sino como un elemento de útil apoyo hacia aquél. Hemos tenido una Corte Suprema con más propensión a complacer que a confrontar."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

necesaria, y en todo caso su actuación habrá de estar siempre sujeta a revisión judicial plena, nadie lo discute.[1]

Con carácter más general, hemos propuesto que *toda* la actividad administrativa de emisión de actos administrativos sea transferida, desde la emisión del primer acto, a tribunales administrativos independientes, sujetos a control judicial suficiente y adecuado.[2] También en el derecho fiscal han nacido y se han desarrollado en muchos países tribunales administrativos que tienen a su cargo —en forma optativa— la resolución de controversias de los contribuyentes con la administración activa y respecto de cuyas decisiones existe ulterior revisión judicial, suficiente y adecuada.[3] No hay razón que impida extender la experiencia.

Dejamos ahora de lado la cuestión terminológica, que por nuestra parte preferimos hacer distinguiendo tan sólo control administrativo (sin hablar de la confusa "jurisdicción administrativa sujeta a revisión judicial plena") y control judicial. Pasemos entonces a la comparación entre los dos sistemas —la revisión por órganos administrativos, incluso aquellos cuya actividad algunos llaman "jurisdiccional administrativa"—[4] y la revisión judicial *stricto sensu*, o sea la efectuada por tribunales imparciales e independientes, separados formalmente de la administración.

No volvemos aquí al tema de si los actos administrativos deben ser juzgados por tribunales judiciales y cuáles en su caso, o por tribunales administrativos:[5] el

[2.1] CSJN, *in re Angel Estrada*, año 2005, esp. cons. 12. Ver mi artículo "Ángel Estrada," *JA*, 2005-III, fascículo nº 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducido en *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, número 2, México, 2005, pp. 307-311.

[2.2] Ver nuestros artículos "Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; previamente: "El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo," en: *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, 2003, pp. 19-32; "Simplification of Administrative Procedure: The Experience of the Americas," *European Public Law Review/Revue Européenne de Droit Public*, Londres, Esperia, en prensa.

[2.3] En la Argentina, contra las decisiones del Tribunal Fiscal de la Nación procede tan sólo una "apelación limitada", art. 174 de la ley 11.683, t.o. 1978. Sin embargo, esto no presenta problemas constitucionales ni prácticos. Primero, porque es una vía optativa y más rápida que el juicio ordinario, entre otras ventajas. Segundo, porque la instancia del Tribunal Fiscal cumple plenamente con todas las reglas del debido proceso.

[2.4] Así CNFed. CA, Sala I, *Y.P.F. c. Enargas, LL*, 1996-C, 36, con nuestra nota: "Enargas: interpretación restrictiva de su «jurisdicción»," reproducida en nuestro libro *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 31, p. 95.

[2.5] Ver, p. ej., la clásica obra de BOSCH, JORGE TRISTÁN, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?*, Buenos Aires, 1951; GONZÁLEZ COSÍO, ARTURO, *El poder público y la jurisdicción en materia administrativa en México*, México, 1976, p. 60 y ss.; NAVA NEGRETE, ALFONSO, *Derecho procesal administrativo*, México, 1959; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Manual de derecho procesal administrativo*, Madrid, Civitas, 2001, 3ª ed. Como dice FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, 1980, p. 135 y ss., la administración, "debido a su desbordamiento en todos los campos, se ha transformado en la fuente esencial de las violaciones a los derechos."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

criterio tradicionalista de un país tan poco innovador como el nuestro se inclina por el juzgamiento exclusivo a cargo de tribunales judiciales,[6] sin creación de tribunales administrativos. No se crea que no se los quiere por mero capricho: Es un ejercicio deliberado del más crudo poder político, para así retener *todo* el poder en manos de la autoridad ejecutiva, más libre y más proclive al autoritarismo y a la corrupción. No es pues mero tradicionalismo folklórico. Es un juego de intereses bien consciente y deliberado en el que control deviene inexistente en materia de tribunales administrativos independientes, pues no los hay, y de tribunales judiciales, pues los hay tan pocos como para que no puedan superar el umbral de lo cualicuantitativo: su mínima expresión numérica los hace invisibles para el habitante común. Si a ello le agregamos algunos ocasionales jueces timoratos para otorgar precautelares, celebrar audiencias a las cuales citen a los funcionarios bajo la sanción de multas diarias conminatorias en caso de inasistencia, etc., entonces, ¿qué queda? casi nada, como es obvio, salvo el poder cerril e indómito de una administración cuyo poder está cada vez más concentrado a lo largo de la historia.

Tampoco es parte de este tema el debate acerca de si tales tribunales deben ser los judiciales ordinarios con competencia común, o deben ser tribunales comunes pero con competencia adicional en materia procesal administrativa, o si deben ser tribunales especiales con competencia exclusiva o principal en esta materia.[7]

3. *El nuevo control judicial de los servicios privatizados*

Ya hemos visto que el control administrativo y el judicial habían adquirido a fines del siglo XX un renovado vigor con la aparición de los servicios públicos en manos de prestadores privados, con lo que parece conveniente hacer un balance comparativo de ambos medios de control. Quizás esta comparación, más lo que hemos dicho en el cap. XIII sobre los límites que se autoimpone la justicia en la defensa de los derechos individuales, sirva de explicación para la desproporción de asuntos que terminan en sede administrativa y los que acceden a la revisión judicial. El Poder Judicial de la Nación se está de tal modo erosionando a sí mismo y con él arrastrando al Estado de derecho. La irrupción de los prestadores privados de servicios públicos, tan fuerte en las postrimerías del siglo XX y tan detenida y con fuertes indicios de reversión a comienzos del siglo XXI en la Argentina, aumentó el grado de litigiosidad de los usuarios afectados y dio lugar a una importante legitimación para actuar en justicia, acorde al art. 43 de la Constitución nacional. Permitió también extender los efectos de la cosa juzgada a toda la comunidad o

[2.6] O sea, en favor de no crear tribunales administrativos y mantener sólo el control judicial amplio, a través de la jurisdicción común o de una jurisdicción especial usualmente llamada contencioso-administrativa. Ver t. 1, cap. VII, § 7 y ss.; *supra*, cap. XIII, § 1 y ss.

[2.7] De naturaleza judicial por sus condiciones de imparcialidad e independencia, potestades, etc., sin perjuicio de que pueda ser organizado en forma autónoma de la administración, y del Poder Judicial tradicional, como el Consejo de Estado en Colombia.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

sectores de ella.[1] Pero el panorama frente a la administración nacional no ha cambiado.

4. *Algunas limitaciones comunes al procedimiento administrativo y proceso judicial*

Existen algunas limitaciones al funcionamiento de los controles, tanto administrativos como judiciales, que hasta ahora no se han podido evitar en forma sistemática. Pues el mero hecho de que sean objetivamente comparables, ya dice mucho del estado de indefensión de los habitantes.

4.1. *Lentitud*

En primer lugar, la lentitud del proceso desde que se inicia con el recurso o acción del particular hasta que se dicta sentencia definitiva. Incluso en el Consejo de Estado francés "tres o cuatro años entre la decisión y su anulación se deslizan la mayor parte del tiempo, lo que quita toda eficacia práctica a la medida tomada. Es cierto que existe la posibilidad para el Consejo de Estado de ordenar la suspensión de la ejecución [...] pero de hecho, la suspensión es una medida excepcional que el Consejo de Estado no toma sino raramente."[1] Más o menos lo mismo puede decirse en la generalidad de los países de América latina, tanto de los tribunales judiciales como de la administración.[2]

Nuestros tribunales a veces fueron adversos a los remedios judiciales rápidos. En sus fallos recomendaban acudir al juicio ordinario, que puede significar diez o quince años de pleito, como cuestión normal, pero también veinticinco o treinta sin que con ello entren en un libro Guinnes de los tribunales argentinos. Hay tantos casos de esa magnitud que difícilmente se pueda encontrar un abogado de edad avanzada que no tenga sus propios casos que agregar al anecdotario colectivo.

Estamos hablando, no se olvide, de juicios contra el Estado. Un Estado que nadie vacilará en llamar autoritario, corrupto, ineficiente, contradictorio, de constante obrar de mala fe... ¿Qué peras podían esperarse de ese olmo? Pero esa culpa no habrán de sobrellevarla y compartirla solamente todos los jueces y tribunales que, ante un caso de injusticia, opten por el clásico ¡Olé! y prefieran

3.1 Ver supra, caps. II, III y IV y sus respectivas remisiones.

4.1 CALON, JEAN PAUL, *Le Conseil d'État et la protection des libertés publiques*, París, 1980, p. 16; *supra*, cap. XIV, "Problemas del acceso a la justicia." En lo fiscal, se traduce al principio *solve et repete*.

4.2 La inquietud por la lentitud y el costo del control es generalizada y, p. ej., en Paraguay la recoge PUCHETA ORTEGA, JUSTO, *Lo contencioso-administrativo*, Asunción, 1973, p. 19, recordando iguales reflexiones del derecho anglosajón y de BOSCH, *Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública, op. cit.* También VALLEFÍN, en BOTASSI (dir.), *op.cit.*, p. 511, ha señalado: "Los grandes problemas condicionantes de la adecuada prestación de la justicia ha sido —desde siempre, y aún hoy— la *lentitud* de los procedimientos y la excesiva *onerosidad*. La experiencia en nuestro país se revela que la duración de los procesos se computa en años."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

escurrir el bulto a la embestida de la injusticia y la arbitrariedad. La culpa es también de la sociedad cuando no denuncia estos hechos, cuando tolera en silencio estas injusticias y estas privaciones de justicia. Eso somos pues todos nosotros, los justiciables. Si guardamos silencio, somos tan cómplices como el mismo poder.

4.2. *La lentitud del juicio ordinario —la elección preferida por el Poder Judicial— y la inutilización del amparo y medidas cautelares, tornan inexistente el servicio de justicia*

Veamos un caso concreto: en una licitación pública se previeron dos sobres, A y B. El sobre B no lo presentaban sino quienes hubiesen sido calificados en el sobre A. Sobre tres consorcios internacionales oferentes, dos de ellos fueron descalificados por razones formales, pues existía corrupción en el órgano administrativo. La *forma* supuestamente incumplida es la hipócrita y falsa alegación tradicional para excluir al oferente que aportaba un posible precio independiente. La justicia rechazó el amparo *in limine litis*.[3]

4.3. *Eficacia*

En segundo lugar, difícilmente en materia administrativa el órgano de control jurisdiccional se ocupará de asegurar el cumplimiento de su acto y es dudoso que tenga la potestad para hacerla efectiva en los hechos, sin una fuerte voluntad y un fuerte empeño, en contra de la voluntad del órgano administrativo.[4] No son cosas que se dan naturalmente. La administración no cumple "naturalmente" con las órdenes judiciales: necesita de toda la presión del órgano judicial para, eventualmente, doblegarse ante la sentencia. Esa es *nuestra* realidad.

En el caso de los tribunales judiciales no cabe dudar en el plano constitucional y legal que ellos tienen las más amplias facultades para ordenar a la administración el pleno e irrestricto cumplimiento de sus sentencias; pero la práctica enseña que en las cuestiones administrativas la morosidad administrativa en el cumplimiento de la sentencia judicial, o el parcial o ineficaz cumplimiento de la sentencia, o la creación de nuevas situaciones administrativas que de hecho indirectamente desconocen lo antes resuelto por la justicia, no siempre es encarado con vigor y eficacia por los tribunales.

[4.3] Salvo honrosas pero a la postre fracasadas excepciones, como es la medida cautelar dictada por el juzgado procesal administrativo Nº 1 de la ciudad de La Plata, en autos *Ecodyma Empresa Constructora S.A. c/ Fisco de la Provincia de Bs. As. s/ Medida cautelar anticipada*, aunque luego dicho pronunciamiento haya sido revocado por la Cámara del fuero y hasta generado un planteo de seudo "conflicto de poderes" ante la Suprema Corte provincial: MAINETTI, NATALIA y ALETTI, DANIELA, "El Poder Ejecutivo provincial vs. la Justicia efectiva," *LL*, 2004-F, 414. En resumen: ganó el poder, perdió la transparencia, perdió el control judicial; el aparato judicial invalidó el esfuerzo renovador del juzgado de primera instancia.

[4.4] Ver en cambio RIVERO, JEAN, "Une crise sous la Ve République: de l'arrêt Canal à l'affaire Canal," en CONSEIL D'ETAT, *Le Conseil d'État de l'an VIII à nos jours*, La Spezia, Italia, ed. Adam Biro, 1999, pp. 32-6.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

La sentencia no termina el problema, aunque brinda la base moral necesaria para luego concluirlo en la práctica con la administración. El pronunciamiento que anula un acto administrativo puede ser desoído y sobre todo la administración puede no cumplir con todas las conclusiones que son consecuencia razonada del fallo,[5] lo que hace que su autoridad sea fundamentalmente moral; ello no lo torna en modo alguno ineficaz, pero sí menos eficaz de lo que teóricamente podría esperarse. Las normas legislativas de los últimos años, entre las suspensiones de juicios contra el Estado[6] y la metodología larga y compleja de ejecución de sentencias de condena pecuniaria, no son sino otro dato de lo difícil que es ejecutar una sentencia judicial. La tentación[7] de la corrupción en sede administrativa es así mayor. Los tribunales, cuando les llega la impugnación por la suspensión de juicios, encuentran que el plazo de suspensión ya feneció y omiten así pronunciarse supuestamente "en abstracto."[8] El círculo de la privación de justicia queda cerrado para ser utilizado en la próxima ocasión. La trampa es perfecta para tornar inútil la tutela judicial.

4.4. *Reparación*

En tercer lugar, salvo en los asuntos puramente pecuniarios en los cuales exista una medida cierta del perjuicio material sufrido por un individuo, no puede esperarse demasiado de una indemnización por daño moral, puesto que "el perjuicio que causa a los ciudadanos, la privación de una libertad no es sino moral; qué indemnización sino simbólica podría reclamar el ciudadano que no ha podido asistir a una ceremonia religiosa, a una reunión política, que no ha podido comprar su periódico habitual o ver un film que la crítica le recomendaba [...] la indemnización a las víctimas de violaciones a las libertades no tiene alcance disuasivo."[9]

4.5. *Influencias subjetivas y objetivas*

En cuarto lugar, dado que tanto magistrados judiciales como funcionarios administrativos son seres humanos, es obvio e inevitable que sus respectivas creencias, sensibilidades, personalidades y orientaciones jurídico-políticas hayan de

[4.5] CALON, *op. loc. cit.*

[4.6] CNFed. CA, sala II, *Rosso, LL*, 1996-A, 643 (1995), con nota "Las suspensiones de juicios," reproducida en *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, § 24, p. 83.

[4.7] Algunos cínicos dirán, la necesidad o la provocación; a veces llega a la extorsión.

[4.8] CNFed. CA, sala II, *Rosso*, ya citado. Respecto de los casos abstractos dice BIANCHI, *op. cit.*, pp. 306-7, que "Al igual que en la jurisprudencia de los Estados Unidos, nuestra Corte Suprema ha sentado —desde siempre— el criterio de que no procede el control judicial respecto de casos abstractos. Ahora bien, es preciso señalar que no siempre el concepto sobre lo que debe entenderse por un caso abstracto ha sido coincidente. Un caso judicial no nace abstracto; se hace tal cuando luego de su planteo sobrevienen circunstancias de hecho o de derecho (v.gr., cambio en la legislación) que modifican las existentes en el momento de iniciación, tornando innecesaria e ineficaz la decisión judicial."

[4.9] CALON, *op. cit.*, p. 16.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

influir sus pronunciamientos y que ellos hayan de ser influenciados a su vez por las circunstancias y el tiempo en que les toca desarrollar su función. P. ej., quienes tengan una formación de derecho administrativo que ponga más énfasis en la autoridad, encontrarán campo más propicio para el desenvolvimiento y aplicación de sus convicciones en gobiernos autoritarios. A la inversa, quienes tengan una formación con mayor énfasis en la protección de la libertad individual frente a la administración, encontrarán ámbitos más naturales para el desarrollo de sus principios en gobiernos democráticos y les será más difícil hacerlo en gobiernos autoritarios. El medio ambiente político ayuda al control, si es democrático.

4.6. *Prerrogativas y limitaciones*

Las notas salientes para distinguir los órganos de control administrativo de los tribunales judiciales están dadas por aspectos formales y protocolares y desde luego también de fondo. Los funcionarios pueden llegar a tener mucha imparcialidad y algún grado de independencia, pero en tanto no se trate de entes reguladores creados bajo dependencia del Poder Legislativo, dotados de estabilidad o al menos una razonable permanencia en el cargo que exceda de una o dos administraciones centrales y con clara independencia del poder administrador (lo que excluye la posibilidad de avocación, alzada, intervención, remoción, etc.), su condición personal no es la de órgano imparcial e independiente que justifique hablar de jurisdicción. Los miembros de los órganos administrativos, incluso de los organizados bajo la forma de tribunales administrativos, no integran el Poder Judicial y no tienen las prerrogativas de los magistrados judiciales,[10] e incluso su *status* social y su ingreso, pueden ser comparativamente menores.

En cuanto a sus atribuciones procesales, carecen de las facultades de imperio de la justicia y no tienen la *executio* de sus actos.[11] Tienen en cambio la facultad de hacer *lobby* para lograr que sus actos se cumplan, algo que es impensable en el ámbito judicial.[12] Existen también obvias diferencias protocolares: los magistrados están obligados por normas sociales a una importante serie de limitaciones

[4.10] Según los casos y los países, éstas pueden ir desde la exención de impuesto a las ganancias, el derecho a no sufrir descuentos compulsivos de ninguna índole, la inamovilidad mientras dure su buena conducta (con la garantía de no poder ser removidos de sus cargos, sino por juicio político o Jurado de Enjuiciamiento), una cierta irresponsabilidad por los daños que ocasionen (*infra*, cap. XIX, "La responsabilidad civil de los funcionarios," notas 5.1, 12.4, 12.5 y 12.6; cap. XX, "La responsabilidad del Estado y de sus concesionarios y licenciatarios," § 11.1.)

[4.11] Como tampoco la tienen los tribunales arbitrales (*infra*, caps. XVII, "El arbitraje administrativo nacional," y XVIII, "El arbitraje administrativo internacional"); carecen de la facultad de disponer allanamientos sobre las oficinas públicas, la de llamar a deponer como testigos con posibilidad de que el testigo incurra en falso testimonio, la de disponer, en general, el auxilio de la fuerza pública, embargar y ejecutar bienes, etc.

[4.12] Aunque pueden recibir brillantes sugerencias, como la de JEAN RIVERO al Consejo de Estado de Francia: "Une crise sous la Vème République: de l'arrêt Canal à l'affaire Canal," *op. loc. cit*. Básicamente se trataba de que el tribunal se ocupara del seguimiento de la ejecución de su sentencia (*op. cit.*, pp. 35-6.)

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

que conforman su independencia, entre otras cosas, a través de su reticencia y discreción.

A su vez, los magistrados judiciales tienen normas referidas al decoro judicial, a la limitada aparición de los jueces en medios de comunicación de masas (entrevistas periodísticas, conferencias de prensa, etc., aunque algunos jueces optan por hacer docencia televisiva). A ello se agregaba antaño una limitada actividad docente; pero esto ha cambiado en nuestros días y parece, hoy al menos, una necesaria interacción con la comunidad cultural. En otro aspecto, no sería bien visto el tiempo mismo de relación y grado de frecuentación que un magistrado tenga con funcionarios administrativos; p. ej., con aquellos mismos a los cuales tiene la función de controlar. No se imagina uno a un magistrado asistiendo sino excepcionalmente a reuniones administrativas, discutiendo con funcionarios públicos en los despachos de estos, etc., salvo que se trate de medidas judiciales para mejor proveer.

5. *Potestades teóricas y prácticas*

5.1. *La reforma o sustitución del acto*

Sin perjuicio de que las potestades judiciales aparecen *prima facie* como robustecedoras de la autoridad de decisión, cada uno en su materia, de los magistrados judiciales en comparación a los funcionarios públicos, es necesario también destacar algunas peculiaridades del desempeño concreto de sus funciones. Desde el punto de vista de las facultades sustanciales de un órgano administrativo en comparación a uno judicial es frecuente encontrar, en la doctrina o en la jurisprudencia, la tesis de que el tribunal judicial está limitado en cuanto a sus potestades revisoras respecto de los actos administrativos.

Según los casos se dirá que puede anular los actos que repute inválidos, pero que no puede reformarlos o sustituirlos,[1] que no puede tampoco emitir un acto administrativo nuevo, o realizar siquiera la conversión de uno parcialmente inválido.[2] Esta limitación a la potestad judicial, que muchos autores consideran una

[5.1] Lo que no es exacto: del cap. III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva," § 6.2, nota 6.14 y 6.15; t. 3, "Introducción," notas 8.4 a 8.13 del § 8.

[5.2] En Uruguay, como señala ZOLA DÍAZ PELUFFO, *El recurso contencioso-administrativo*, Montevideo, 1960, p. 305: "Fuera de esta materia de contenido pecuniario que da lugar al denominado contencioso fiscal, nuestros jueces se han abstenido siempre de ordenar la rectificación del acto administrativo;" en Costa Rica se admite la reforma del acto como objeto del contencioso-administrativo: ORTIZ, EDUARDO, "Materia y objeto del contencioso-administrativo," en *Revista de Ciencias Jurídicas*, 5: 47, San José, 1965; igual entre nosotros en muchos casos: *supra*, cap. III, § 6.2 y nota 6.5. GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, t. 2, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 691, expresa que cuando "la solución está concretamente ordenada por la ley el juez puede y debe ordenar el dictado del acto tal como la ley manda." Es la tesis que ya adelanta hace tiempo, entre otros, FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *De la Arbitrariedad de la Administración*, ya desde la primera edición Madrid, Civitas, 1994, 1ª ed., p. 94.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

forma de garantizar a la inversa la división de los poderes, de tutelar a la administración frente a una "excesiva" injerencia judicial, opera en verdad, claramente, en contra de la eficacia de tales tribunales para brindar respuesta eficaz y justa a los individuos que recurren a ellos en busca de justicia. Pues sabido es que raramente una cuestión se presentará nítida en blanco y negro que haga fácil al tribunal optar por la validez o la invalidez, lisa y llana, del acto impugnado.

La más de la veces la cuestión aparece llena de matices y zonas grises, en las cuales el observador medio se verá con frecuencia inclinado a pensar que la solución justa es en algún modo intermedia: ni sostener el acto impugnado, tal como él está, ni tampoco invalidarlo totalmente. La solución práctica que a criterio del observador sería en tal caso justa es así intuitivamente la *reforma o sustitución* del acto. Dado que el tribunal judicial no lo suele hacer en forma normal —sí excepcionalmente— es posible entonces que opte por el rechazo de la acción inclinándose ante la presunción de legitimidad del acto administrativo, por su íntima falta de convicción de la total invalidez de la medida, aunque ello importe olvidar que tal presunción es solamente una *relevatio ad onere agendi*, no una *relevatio ad onere probandi*.[3]

Por contraste, el órgano administrativo en el desempeño de su función de control emplea una latitud mayor que aquella que utiliza el tribunal judicial: no habrá lesión que a nadie se le ocurra invocar del principio de la separación de los poderes, en perjuicio de la administración actuante, si modifica o sustituye el acto. Y si en algún caso el sistema legal no le permite a él mismo emitir el acto, ello puede no excluir que en todo caso emita una orden, o una especie de orden, o un mero consejo o dictamen, o realice una gestión informal, en el sentido de que lo que conviene hacer, lo que *debe* hacer la administración activa, es tal o cual acto y no el anterior impugnado ante sus estrados. Nada de eso puede normalmente hacer el tribunal judicial.

5.2. *El control de mérito o conveniencia*

A más de la diferencia expuesta en cuanto a potestades de los órganos administrativos y judiciales, cabe recordar aquella clásica según la cual los tribunales judiciales sólo pueden pronunciarse sobre la legitimidad de la conducta administrativa, en tanto que los órganos administrativos revisores pueden apreciar tanto la legitimidad como la oportunidad de los actos recurridos.[4]

Algunos tribunales administrativos muestran una tendencia a considerarse a su vez tribunales "de derecho"[5] y asimilarse a los tribunales judiciales en tantos

[5.3] *Supra*, cap. I, "La prueba de los derechos" e *infra*, t. 3.

[5.4] CNFed. CA, sala I, *Pérez de Aonzo, Alicia I. c. Instituto de Serv. Soc. Bancarios*, *LL*-1996-D, 129, con nota "Los límites del mérito o conveniencia," *LL*, 1996-D, 128.

[5.5] Así el Tribunal Fiscal de la Federación, en México: SERRA ROJAS, ANDRÉS, *Derecho Administrativo*, 6ª ed., t. II, México, 1974, p. 523; el Tribunal Fiscal de la Nación, en la Argentina, etc.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

aspectos como sea posible;[6] pero de todos modos tienen mayor margen de posibilidad teórica y práctica de pronunciarse sobre la conveniencia o inconveniencia de la conducta administrativa,[7] en tanto que los jueces por principio no pueden hacerlo salvo que lo encuadren dentro de principios jurídicos elásticos como la razonabilidad, el *standard*,[8] etc.

No sólo con órganos administrativos podemos corregir la falencia de controles de oportunidad o mérito; la participación ciudadana[9] es asimismo fundamental como elemento de control del poder: específicamente control de conveniencia u oportunidad.[10] También el Defensor del Pueblo lo es,[11] desde luego, aunque en nuestro país es una magistratura del Poder Legislativo y no un órgano administrativo. Hace falta, pues, un esfuerzo concertado y sistemático para lograr dar vida a un sistema de control de la conveniencia de la conducta administrativa.

5.3. *La posibilidad de aconsejar*

Si bien de hecho nada impide a un tribunal judicial en el acto de dictar sentencia hacer consideraciones sobre lo que a su juicio sería conveniente que hiciera la administración, ello sólo ocurre cuando la justicia encuentra flagrantes vicios o errores. De algún modo es normal que el Juez se limite a resolver en derecho el caso litigioso, sin pronunciarse sobre otros aspectos de política administrativa que el caso le sugiera.[12] Un organismo administrativo podría en cambio considerar más fácil efectuar reflexiones de aquella índole cuando lo crea conveniente. Inclu-

[5.6] BREWER CARÍAS, ALLAN-RANDOLPH, *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 441. Una tendencia parecida en HEDÚAN VIRUÉS, DOLORES, "Hacia un Tribunal Federal de Justicia Administrativa," en el libro de homenaje a GABINO FRAGA, *Estudios de derecho público contemporáneo*, México, 1972, p. 129 y ss.

[5.7] Comp., con todo, "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091.

[5.8] RIALS, STÉPHAN, *Le juge administratif français et la technique du standard*, París, 1980.

[5.9] FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *op. cit.*, pp. 116-17, al hablar de la sociedad norteamericana, dice: "Es, sencillamente otra cultura distinta, una cultura en la que cualquiera que sean sus posibles defectos, los ciudadanos son más y el Estado menos, porque los ciudadanos son actores y protagonistas directos del proceso social, político y jurídico todos los días y no sólo en el momento en que son llamados a las urnas; una cultura en la que el Derecho es también más porque no viene impuesto desde afuera sino que se genera cotidianamete en el seno de la sociedad..." Ampliar *supra*, cap. VIII, § 12. En relación a las nuevas formas de participación, ver la figura del *amicus curiae* en RODRIGUEZ VILLAFAÑE, MIGUEL JULIO, "La participación de la sociedad civil en la justicia y el *amici curiae*," *RAP Buenos Aires*, 20: 35-38, Buenos Aires, 2004.

[5.10] Como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 12ª ed., t. II, 9ª ed., Buenos Aires, Thomson/Civitas-La Ley, 2006, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, t II, cap. XVI, secc. VI, "La participación del administrado en las funciones administrativas," pp. 83-93, la oportunidad de la decisión se mide normalmente por su adecuación a las demandas sociales y por su aceptación por el cuerpo social a través de las técnicas participativas.

[5.11] Hemos expuesto el tema en el t. 1, cap. XII, "Los órganos del Estado," § 14.1.

[5.12] También hay una reticencia judicial a adoptar mecanismos que les evitarían la repetición inútil de juicios iguales, como explicamos en nuestro art. "Los fallos repetitivos como merma de justicia: cómo evitarlos en el derecho actual," *RAP*, 227: 5, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1997; en igual sentido GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, p. 887.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

so puede la ley asignarle en forma expresa funciones consultivas, además de las funciones decisorias que le atribuya.

En una buena cantidad de supuestos importa no sólo y no tanto la irregularidad que se haya cometido en el caso concreto sometido a decisión jurisdiccional, sino fundamentalmente detectar —y corregir— la causa por la cual dicha irregularidad haya podido ser cometida, la disfuncionalidad genérica y sistemática que ha producido el hecho concreto.

Si la causa de una irregularidad es simplemente el error o la venalidad de un funcionario concreto, ello es mucho menos grave que cuando lo es un sistema administrativo dado, una reglamentación vigente, una práctica inveterada, una creencia equivocada de la administración: pues, en todos estos casos, al no corregirse en el pronunciamiento la causa que permitió que el error o la irregularidad ocurriera, se está de hecho permitiendo la infinita repetición del vicio con el consiguiente desgaste jurisdiccional, administrativo y privado, por no destacar el grave daño a la sociedad que tales irregularidades ocasionan.

Dado que a veces la causa de que se haya emitido un acto inválido o se haya realizado una conducta reprochable no es la ignorancia o malicia del funcionario actuante, sino un procedimiento errado o inválido que se ha aplicado en el caso, es de fundamental importancia que el órgano de control pueda y, más todavía, deba sugerir o incluso disponer tantos cambios normativos como fueren necesarios en sede administrativa. Ello, como es lógico, más lo puede hacer un órgano o tribunal administrativo que uno judicial.

6. *El rol de tribunal. Imagen en la opinión pública y su efecto sobre las potestades reales*

6.1. *El rol*

Debe también mencionarse como dato de importancia que en la opinión pública de casi todos los países se identifica al tribunal judicial como el órgano por excelencia de control del gobierno y en cambio se percibe a los procedimientos y órganos administrativos como una parte integrante de ese gran cuerpo amorfo e inorgánico que es la administración pública.

Socialmente es elemento de prestigio integrar el Poder Judicial y no lo es en igual medida integrar un órgano de control administrativo: para la opinión pública no informada, la prensa, la televisión, etc., sus miembros, son, en definitiva, parte de la administración pública.

Ello significa, entre otras cosas, que al estar menos inmunes a las influencias y presiones del medio de lo que formalmente está el Poder Judicial, pueden también recibir argumentaciones y puntos de vista constantes y fluidos tanto de los propios sectores administrativos interesados como de los particulares afectados.

Los particulares acuden sin ninguna inhibición a peticionar y tratar de convencer a los funcionarios, buscar soluciones intermedias, etc. En cambio en el

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ámbito judicial, si bien existe un apreciable margen para el "alegato de oreja," no se lo puede hacer con la misma frecuencia ni intensidad y hasta libertad con que se procede ante la administración. Ciertamente hay letrados menos inhibidos que otros y magistrados de divergente actitud en la materia. La fluidez posible de las comunicaciones, sin la formalización más estricta del proceso judicial, sirve a su vez a la posible búsqueda de soluciones que en mayor medida puedan satisfacer los intereses de ambas partes. Por lo tanto, el órgano administrativo tiene un margen más cómodo para intentar informalmente averiguar la verdad material y no sólo formal de los hechos sometidos a su decisión, de informarse más adecuadamente de las políticas generales que el gobierno trata de seguir en la materia y de indagar cómo mejor se puede adecuar a tales políticas generales una decisión justa en el caso particular; de cómo se puede armonizar el interés de la administración con el derecho del particular.

Estas cuestiones también, sin duda, están presentes en el ánimo judicial, pero al no poder expresarse pública y fácilmente, al no poder de hecho tampoco traducirse en argumentos formales del fallo,[1] son más difíciles de manejar por parte del magistrado judicial. Y ciertamente que un Juez no podría sin desmedro a su decoro, recato y prestigio, andar reuniéndose con funcionarios públicos para tratar de hallar una verdadera solución al problema, ni andar preguntando a la gente qué piensa sobre tal o cual asunto sometido a su decisión. Todo eso, en mayor medida que el Juez, sí lo puede hacer el funcionario público. Y es precisamente esa mayor libertad informal de reunirse, discutir, averiguar, informarse, debatir, conciliar, lo que le permite entonces en mayor grado encontrar, o tratar de encontrar, soluciones que den respuesta al anhelo de justicia del administrado sin perturbar innecesariamente las políticas generales del Estado.[2]

6.2. *La percepción pública*

A ello cabe unir un segundo elemento de fundamental importancia práctica: para la opinión pública no informada y hasta para la informada, el tribunal judicial es cuanto menos un "adversario" de la administración y puede hasta ser su "enemigo,"[3] más a veces que el propio enemigo o adversario verdadero. Un tribunal demasiado progubernamental es rápidamente descalificado como carente de suficiente imparcialidad e independencia. El tribunal u órgano administrativo, en cambio, para

[6.1] Esto, por nuestra tradición jurídica que excluye razonamientos realistas, como lo explicamos en el t. 1, cap. I y sus remisiones.

[6.2] Los tribunales administrativos y demás órganos o autoridades administrativas independientes, tienen rasgos en común con el Ombudsman, en cuanto posibles arbitradores o conciliadores entre la administración y los administrados. Ver *supra*, t. 1, cap. XII.

[6.3] En el sentido similar GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. 2, p. 1054: "La realidad demuestra, pues, que el poder del Estado —entiéndase por ello el poder legislativo o administrativo— conciben al proceso contencioso administrativo como un enemigo que debe eliminarse o maniatarse, de modo que se transforme en un instituto inocuo."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

esa misma opinión pública no informada, es un "colaborador" de la administración, un arbitrador o componedor entre ella y el quejoso, raramente un adversario del gobierno y jamás un enemigo. No importa mucho que estos estereotipos sean ciertos o no; no importa que se puedan citar casos de tribunales judiciales complacientes y hasta serviles al poder y en cambio entes reguladores o tribunales administrativos valientes y severos con la administración o sus cómplices. Lo que importa, porque ello determina su amplitud de movimiento, es cómo los percibe la opinión pública. El tribunal judicial, que asegura su independencia a través de su distancia de la administración, no puede por ello actuar como componedor o arbitrador; el tribunal administrativo o ente regulador, por su mayor proximidad a la administración, puede buscar soluciones conciliadoras.

7. *La repercusión periodística de sus pronunciamientos. El manejo de los tiempos. La oportunidad de la publicidad*

Dado que esa opinión pública los percibe a los unos como adversarios y no así a los otros, sus respectivas sentencias o pronunciamientos son recibidos de muy distinto modo por la prensa: una sentencia judicial adversa a la administración pública necesariamente tiene repercusión periodística y constituye entonces un motivo de embarazo para ella; un pronunciamiento adverso de un tribunal administrativo u órgano administrativo de control no es digno en cambio de especial mención periodística. Por lo demás y dada la saludable vigencia judicial del principio de publicidad de los actos estatales, a nadie se le ocurriría ocultar o retacear al conocimiento del público una sentencia que ha sido dictada en materia administrativa. En cambio al tribunal administrativo u órgano o autoridad administrativa independiente, por estar en alguna medida comprendido dentro del rol aparente de integrar o ser parte de la administración, le es más fácil en los asuntos sometidos a su juzgamiento evitar la inmediata repercusión periodística. Le es más fácil disponer durante un lapso que sólo las partes tengan acceso a sus pronunciamientos, por lo menos en lo inmediato y mientras la cuestión política que exista es todavía álgida y puede, por lo tanto, provocar repercusiones de esa índole.[1]

Una vez pasado el momento álgido, lo cual nunca lleva demasiado tiempo, ya puede el pronunciamiento cómodamente conocerse, que no tendrá repercusión política ni periodística digna de mención. En cuanto a las partes, si el pronunciamiento les es favorable, no serán inteligentemente las más interesadas en dar conocimiento público a la sentencia, máxime si saben que con ello pueden todavía tener algún grado de menor eficacia del acto, por cuanto el cumplimiento último del mismo siempre estará, una vez más, en manos de la administración pública controlada.

[7.1] Desde luego, no estamos aquí aconsejando el secreto ni la reserva en materia administrativa, tema éste al cual hemos dedicado largas páginas de crítica en el t. 4, cap. IV. Ver también ROWAT, DONALD C. (comp.), *Administrative Secrecy in Developed Countries*, Nueva York, 1979.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

¿Significa todo esto que en verdad el tribunal judicial tiene más o menos atribuciones que el tribunal u órgano o agencia administrativa para resolver? Si analizamos el fondo de las potestades, en que para muchos el tribunal judicial no puede reformar o sustituir actos administrativos y si le sumamos el aspecto práctico de que más costo político para quien la emite tiene una sentencia adversa judicial que una administrativa (y, por lo tanto, hay menos margen de esa índole para el magistrado judicial que para el administrativo), en verdad cabe preguntarse si es en el conjunto más poderoso, en lo que al justiciable individual respecta, el órgano o agencia administrativa que el judicial. La respuesta tampoco aquí puede estar en blancos y negros. Probablemente la más adecuada es que el individuo necesita tanto unos como otros órganos de control de la administración, para recurrir según las circunstancias a unos u otros, o a unos y otros sucesivamente y sin perjuicio de los mecanismos de control que también complementan a éstos, como es el caso del Ombudsman.

En cuanto a la opinión pública los órganos o agencias administrativas, por la falta de publicidad de sus decisiones, tienen mayor margen real para discrepar con la administración; en los tribunales judiciales, si bien la publicidad de sus sentencias, es sana por muchos otros motivos, de hecho opera autolimitando al tribunal en su margen real y práctico de control. Pero en ambos casos, ni el magistrado judicial ni el administrativo pueden dirigirse a la opinión pública expresamente o intentar manejarla. En cambio el Ombudsman puede y de hecho lo hace, tratar de persuadir e influenciar a la administración, entre otros medios, a través del manejo de la opinión pública y la prensa en general, actuando no sólo como arbitrador, sino también como crítico y como innovador.

8. *El momento oportuno de dictar el pronunciamiento. La política temporal del control jurisdiccional*

El manejo del tiempo también es y puede ser distinto en uno y otro ámbito. En el ámbito judicial *stricto sensu*, el rigor de las normas procesales implica que, de cumplirlas, el Juez no tiene potestad alguna para merituar la oportunidad en la cual debe dictar sentencia. Simplemente, debería dictarla dentro de los plazos breves y limitados que le fija el Código, una vez cumplidos los actos procesales previos que también éste determina. A pesar de ello, el observador sagaz advierte con frecuencia cómo pronunciamientos judiciales adversos a la administración tienen una curiosa tendencia a producirse *después* que ha cesado en sus funciones el funcionario o el gobierno autor de los actos impugnados. Pero, en cualquier caso, lo cierto es que el Juez sólo con dificultad puede intentar, si lo hace, algún ejercicio prudente de discreción política en cuanto al momento o tiempo en que dicta su sentencia. En este tema de la prudencia política en cuanto al momento en que la sentencia judicial o administrativa es pronunciada, también el Consejo de Estado francés ha acuñado de hecho toda una propia política temporal de control

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

jurisdiccional. Y se ha dicho así evaluando el control del Consejo de Estado en materia, p. ej., de prohibiciones administrativas al derecho de reunión, que "El alcance de su intervención no debe ser despreciado ni exagerado [...] Sus decisiones [...] pierden una gran parte de su valor cuando ocurren varios años después de la medida de prohibición: la situación puede haber evolucionado profundamente en el ínterin y el perjuicio político y moral sufrido por los organizadores de la reunión no es en nada atenuado por la anulación platónica y tardía de una prohibición que ha surtido todos sus efectos; sólo una decisión del Juez ordenando la suspensión de la ejecución de la decisión impugnada podría reforzar eficazmente el control en esta materia. El valor de la jurisprudencia del Consejo de Estado, relativa a la libertad de reunión, vale entonces menos por sus efectos prácticos en cada caso que por las afirmaciones de principio que ella importa y recuerda."[1]

Claro está que una cosa es prudencia política en momentos especialmente tensos o agitados sobre determinado tema en la opinión pública y otra muy distinta es una general morosidad que haga que todo pronunciamiento sea necesariamente "platónico y tardío." No ha de llegarse quizá al extremo de que "el funcionario autor del acto ilegal, de hecho, no está jamás inquieto personalmente. Cuando llegue la sanción, él habrá probablemente dejado su puesto por uno más elevado. La decisión del Consejo de Estado no le alcanzará —si aun la llega a conocer—; ella no alcanzará tampoco a su sucesor, extraño a lo que ha ocurrido antes que él."[2] Sin llegar, pues, a estos extremos, cabe observar que el tribunal, órgano o agencia administrativa tiene más posibilidad que el judicial de tener prudencia política en cuanto al momento en que toma su decisión, en caso de ser ella anulatoria en asuntos de repercusión inmediata en la prensa; ello le permite entonces mayor latitud para ejercer el control.

9. *La discreción política del control jurisdiccional*

Hasta cabe pensar que tanto los administrados como la administración esperan de este tipo de control el indispensable ejercicio de un alto grado de discreción en evaluar el impacto ante la opinión pública de qué resuelven, cómo y de qué forma lo hacen. No se le pide desde el poder que dicte todas las sentencias favorables a la

[8.1] LONG, M.; WEIL, P. y BRAIBANT, G., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, Dalloz, 1978, 7ª ed., pp. 221-2. En la 14ª edición, Paris, Dalloz, 2003, a cargo de MARCEAU LONG, PROSPER WEIL, GUY BRAIBANT, PIERRE DELVOLVÉ y BRUNO GENEVOIS, cap. 48, comentario al mismo caso *Benjamin*, de 1933, § 5, se suaviza un poco el texto de la edición anterior que no obstante reproducimos y mantenemos porque, a nuestro juicio, refleja mejor el espíritu original de la obra. Observa M. SOUDET, CONSEIL D'ÉTAT, *Études et documents*, París, 1978-1979, p. 66, comentando el caso del film *La Religieuse*, que fuera prohibido en 1966 y cuya prohibición fuera anulada en 1975, que el fallo "no tiene sino valor como anécdota:" el debate que el film había ocasionado en la opinión pública en 1966 había mientras tanto desaparecido.

[8.2] CALON, *op. cit.*, p. 17. El tema viene, desde luego, de larga data, como que ya fue señalado por HAURIOU, MAURICE, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. I, París, 1929, p. 649, a quien transcribimos *infra*, cap. XIX, "La responsabilidad civil de los funcionarios," § 1.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

administración, sino que cuando las dicte desfavorables, trate de minimizarle la repercusión política. Cumplida la condición esencial de que su pronunciamiento no ocasione un revuelo político ni tenga repercusión en la opinión pública, asegurada en cuanto esté a su alcance la paz política del gobierno mediante la discreción o el silencio en el momento en que el tema tiene virtualidad política, nadie en verdad le pedirá demasiadas cuentas al tribunal, u órgano o agencia administrativa, si su decisión concreta no se consustancia con el anhelo que la administración tenía en cuanto al fondo.

Es que para los gobiernos con mucha frecuencia puede llegar a tener más importancia la repercusión de una sentencia que el fondo de la misma, pues es la primera la que puede costarle su propia estabilidad o continuidad. Jamás la segunda si pasa desapercibida. Un ministro o Jefe de Gabinete no cae por perder contiendas en sede administrativa o judicial. Sí puede caer, o perder una elección, por escándalo o vilipendio público, por escarnio, por bochorno, por traspiés políticos, por desprecio a la opinión pública. Una sentencia adversa que no ocasione un traspié político al gobierno de turno, no es asunto grave aunque contraríe su posición en un asunto sustancialmente importante.

Si para el gobierno es importante tal o cual cuestión concreta en cuanto al fondo, mucho más importante e incluso absolutamente vital es que esa cuestión de fondo (u otra cualquiera intrascendente) amenace su estabilidad. Un gobierno desestabilizado, incluso por una cuestión trivial, no tendrá ya tiempo ni posibilidad de encarar cuestiones de fondo; un gobierno que no ve amenazada su estabilidad ni su prestigio no se preocupará demasiado de que en alguna cuestión, aunque sea importante, le contraríen o de hecho le impidan la concreción de un propósito determinado.

De donde podría formularse la conclusión tentativa de que en materia de control de la administración pública por parte de órganos administrativos o tribunales judiciales, lo que incide más para limitar al órgano de control es la oportunidad política del pronunciamiento, antes que su eventual fondo adverso a la administración y favorable al particular. Va de suyo que los jueces también tiene que analizar su propia estabilidad en el cargo. Pues cuando se aproximan los cambios de gobierno saben que su desempeño estará sometido a renovado escrutinio y también cuando un gobierno está muy fuerte las presiones en su contra pueden ser poderosas.[1]

10. *El costo*

Debe igualmente evaluarse el costo de la función de control, sea ella realizada en sede judicial o ante órganos administrativos. Es un lugar común que en materia

[9.1] Nos remitimos, por su clasicismo ejemplar —pero no ejemplarizador— a la experiencia del Consejo de Estado de Francia que explicamos en el cap. VII de este t. 2, "La regulación económica y social."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

judicial existe regulación de costas, que las costas se imponen al vencido[1] y que son una proporción determinada por la ley —entre mínimos y máximos— del monto de la cuestión debatida. Quien piensa iniciar un juicio, si es prudente, debe calcular las costas que deberá pagar si pierde,[2] empezando por el impuesto o tasa de justicia nada más que para iniciar el juicio, problema que la administración no tiene.[3] Y si a esto le sumamos que lo que el particular considera es un juicio contra la administración, en el que factores políticos pueden jugarle en forma adversa sin perjuicio de las dificultades que puede tener su propio planteo de por sí, entonces su costo parece potenciarse. Iniciar un juicio en aguas más procelosas que las civiles o comerciales, con mayor riesgo, por tanto, de eventualmente perderlo con costas, puede ser y usualmente es un poderoso elemento de disuasión a su ánimo de procurar justicia. Actuar ante un órgano administrativo elimina el fantasma de las "costas a su cargo" que debe contemplar todo aquel que tiene pensado cuestionar un pronunciamiento administrativo. Siempre está la esperanza, también, del cambio de vientos políticos, un cambio de orientación administrativa, etc.

El mayor margen de actividad instructoria que el órgano administrativo puede realizar de oficio, mediante pedidos de informes a las oficinas administrativas,[4] también puede reducir y hasta eliminar las costosas pericias judiciales.

Asimismo la mayor posibilidad que el órgano administrativo tiene de no optar entre validez o invalidez del acto, sino pronunciarse por su reforma o sustitución, le da paralelamente mayor posibilidad de disponer que las costas sean en el orden causado que imponérselas a un hipotético vencido.[5]

[10.1] En el mismo sentido y en referencia al control judicial de la administración en Inglaterra, FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *op. cit.*, cap. V., pp. 202-03, dice que "La vía propiamente judicial [...], es, además, particularmente gravosa, ya que la costas procesales se rigen por el principio del vencimiento y por ello poco asequible a los simples particulares..."

[10.2] En el caso de la provincia de Buenos Aires el artículo 51 del código procesal administrativo establece el principio de costas por su orden.

[10.3] CNFed. CA, sala II, *Empresa Ferrocarriles Argentinos c. Sol Minera S.A.*, *LL*-1996-A, 630 (1995), con nota "La tasa de justicia de otras entidades descentralizadas que las autárquicas «stricto sensu»," *LL*, 1996-A, 629; CNFed. CA, sala III, *Rinaudo*, *LL*, 1995-E, 504, con nota "La implacable tasa de justicia," *LL*, 1995-E, 503.

[10.4] También la justicia puede pedir a la administración informes, documentos, etc., pero incluso ante la majestad y potestad de la justicia no cede a la inveterada tendencia al secreto y sigilo administrativo. Es frecuente, pues, el ocultamiento, la ambigüedad, manifestar desconocimiento o ignorancia, etc., de la administración ante el Juez. Todo ello se presenta en muchísimo menor grado en materia de tribunales, órganos o agencias administrativas, porque, a la inversa, es como si lo pidiera la propia administración, es parte del mismo aparato burocrático la que aparentemente pide el informe y no aparecen entonces tan automáticamente todos los mecanismos de defensa y de recelo que son habituales frente a la justicia.

[10.5] A veces la legislación intenta morigerar esta situación estableciendo que en la pretensión de anulación no haya condena en costas al actor si pierde la acción: el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Formosa. Ver HUTCHINSON, TOMÁS, *Acción Contencioso-administrativa*, Buenos Aires, FDA, 1981. La jurisprudencia pone su grano de arena y no condena en costas al ente regulador en los recursos directos.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

11. *La asertividad del pronunciamiento*

Un tribunal judicial necesariamente debe concluir su sentencia con una clara definición de qué le da a quién. Quién ganó y quién perdió; incluso la tradicional condena en costas supone que debe haber un claro vencido y un claro vencedor.

A la inversa, los dictámenes letrados de los funcionarios de la administración pública, cuando consideran que algo de razón le asiste al particular, no suelen ser ejemplos de asertividad; antes bien, suelen dejar abiertas varias alternativas a quien debe resolver, o aconsejar una línea general de conducta, pero sin determinar el camino exacto que debe escogerse para obrar conforme a derecho. El asesor usualmente no señala entonces una solución, sino que apunta al menos dos y a veces más. Por supuesto el funcionario que decide, emitiendo el acto administrativo, debe necesariamente adoptar una sóla decisión, clara y concreta.

Ese método consultivo previo a la decisión, si bien carece de la aparente virtud de la asertividad, de lo categórico, claro y concreto y adolece entonces del defecto de la vaguedad e imprecisión, tiene con todo la virtud realista de brindar posibilidades más ciertas de solución al administrado, en cuanto le permite conciliar su posición con la de la administración, jugar con alguna de las vías de solución que son posibles y que a su vez son potables políticamente para el gobierno. La flexibilidad de un pronunciamiento consultivo favorable en sus lineamientos generales al particular supone una posibilidad mayor de solución del conflicto en sede administrativa; permite también a la administración rectificar válidamente su conducta como si lo hiciera por propia iniciativa, lo cual en muchos casos ayuda a que efectivamente lo haga.

12. *La posibilidad de avenimiento*

Cuando administración y administrado han llegado a los estrados judiciales, las respectivas posiciones han quedado, por fuerza de las circunstancias, demasiado nítidamente definidas. Ya no hay retroceso, ya no hay posibilidad práctica de avenimiento amistoso, transacción o arreglo alguno.

La inercia administrativa hace que raramente funcionario alguno de la administración activa tenga interés en considerar un eventual arreglo. “Que ahora lo decida la justicia” es la actitud más corriente y más cómoda en tales casos. En cambio, cuando la cuestión está todavía en sede administrativa, deja siempre abierta la puerta de la negociación y del diálogo, con su posibilidad eventual de entendimiento. Muchos administrados no desean romper el diálogo o las negociaciones con una administración a la cual deben volver por otros temas y necesariamente seguir vinculados. La experiencia les indica que puede convenirles no iniciar acciones ante los tribunales hasta que no estén cerrados todos los caminos con la administración. La mayor posibilidad de avenimiento y el hecho de poder mantener un diálogo y una comunicación fluida a pesar del diferendo, hará que más

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

cantidad de administrados intenten la defensa de sus derechos ante órganos administrativos que los que lo harían ante tribunales judiciales. Sólo deberán tener presente que el recurso deben interponerlo en plazo, para no perder tampoco la vía judicial, como lo postula alguna jurisprudencia (*Gorordo* y *Romero*).[1]

13. *Otras diferencias*

En el control judicial se conoce por lo menos quién va a suscribir la decisión final y también puede llegar a conocerse quién la prepara; los cambios de funcionarios y magistrados son escasos en el corto plazo, aunque menos en el largo plazo. En el trámite administrativo intervienen muchos funcionarios, tanto consultivos como decisorios, de diferentes niveles jerárquicos, cuya movilidad es mayor que la que presentan los funcionarios judiciales. Un cambio ministerial, que suele ser relativamente frecuente, puede alterar todo el sentido de un procedimiento administrativo y obligar a reiniciar tratativas, con otros funcionarios o con los mismos, pero ya actuando bajo nuevas y distintas instrucciones. El cambio del juez en el curso de un juicio no altera su tramitación.

El proceso judicial tiene reglas de caducidad de instancia, como marcan los arts. 310 y ss. del CPCCN; las del procedimiento administrativo son sumamente flexibles a tenor del art. 1º inc. *e)* ap. 9. del decreto-ley 19.549/72.[1]

El desistimiento del recurrente no libera a la administración de su obligación de resolver (art. 70 del decreto reglamentario), pero en el ámbito judicial pone fin al proceso, salvo en materia de acciones ejercidas por asociaciones en virtud de la ley de defensa del usuario y del consumidor, en que el ministerio público debe seguirlas. Dispone el art. 52 que "En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas, la titularidad activa será asumida por el ministerio público."

Los menores adultos no emancipados tienen capacidad en el procedimiento administrativo, lo que no ocurre en el ámbito judicial.[2] El patrocinio letrado es obligatorio en sede judicial y puede actuar como apoderado solamente un abogado o procurador de la matrícula; en el procedimiento administrativo no es necesario el patrocinio y cualquier persona hábil puede actuar como representante, existiendo

[12.1] Ver *infra*, nota 13.1.

[13.1] *Infra*, t. 4, cap. VIII, "El tiempo en el procedimiento," § 12, "Caducidad de las actuaciones." Con todo, también explicamos allí las zozobras que producen algunos fallos recientes. Ver, en ese vol., cap. III, "Los recursos administrativos," § 1.2, "Carga del administrado y privilegio incausado de la administración. Valladar para el acceso a la justicia" y 18.2, "Caducidad de la instancia. Remisión;" en el cap. VIII, § 1.4, "La relatividad de los diferentes términos en el procedimiento," 2.3.2, "El caso del recurso fuera de término," 2.3.6, "Conclusiones," 14, "La conclusión del procedimiento administrativo;" cap. IX, "Los recursos de reconsideración," § 13, "El potestativo recurso de reconsideración previa a la acción judicial," nota 13.4; cap. X, "El recurso jerárquico," § 1, "Concepto y terminología" y 9, "Término para interponer el recurso."

[13.2] Una excepcional solución diferente *in re Gamboa*, CCAT (CADA), Sala II, *LL*, 2002-C, 1, con nuestra nota "La actualidad en Derecho Público."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

incluso casos de representación presunta, como explicamos en el t. 4.[3] También las formas de acreditar la representación son más numerosas, sencillas y flexibles ante la administración que ante la justicia.

Por fin, la legitimación es históricamente más amplia en sede administrativa,[4] aunque esta regla cambia con la admisión constitucional de los derechos de incidencia colectiva (tutela del medio ambiente, la salud, la tutela de la legalidad objetiva, etc.), como lo explicamos en el cap. III.

14. *El control de la administración pública: la causación circular en el desarrollo cultural y político*

Con todo lo expuesto nos acercamos finalmente al meollo de la cuestión. El observador de un país desarrollado podría razonablemente preguntarse qué importancia real tiene, en definitiva, que haya uno u otro medio de control de la administración, con tal que sea efectivo; y podría señalar cómo funcionan adecuadamente sistemas tan diversos como el inglés y el francés, para no tomar sino dos ejemplos clásicos. Con esa perspectiva, bien podría decirse que da exactamente lo mismo instituir tribunales al estilo francés o al estilo inglés, o en cualquiera de las otras variantes conocidas, pues todas pueden andar bien. O todas ser insuficientes.

Así como los economistas hablan de un círculo vicioso de la pobreza y de su causación circular, así también hay un círculo vicioso cultural y conceptual, una causación circular del atraso político. Puesto que no hay suficiente desarrollo político, adecuada conciencia ciudadana, significativa responsabilidad y solidaridad social, sentido profundo de identidad nacional, una democracia auténtica, fuerte y estable, etc., entonces los diferentes medios e instituciones de contralor existentes no siempre responden cabalmente al fin para el cual han sido concebidos y se transforman fácil y rápidamente, en algunos países, en mecanismos de control formales o formalizados, que a veces no pueden llegar al fondo y a la causa de los problemas que les toca enfrentar, pues a su vez no cuentan con el suficiente apoyo, conciencia, responsabilidad y solidaridad de los ciudadanos, etc., que les permita cambiar y hacer cambiar. Al no poder hacerlo, son entonces parte del círculo vicioso en el cual otros individuos que podrían querer contribuir al cambio social y político se desaniman o se tornan descreídos. Ello hace otra vez que sea más difícil lograr la conciencia ciudadana de que hay posibilidades de progreso político e institucional y que debe intentarse conseguirlo y así sucesivamente.

Ahora bien, así como los economistas no han logrado llevar a la realidad las teorías sobre el despegue económico, así también parece inútil hacerse ilusiones

[13.3] *El procedimiento administrativo*, cap. I, "Las partes," § 12.3.8, "Representación presunta. Gestiones verbales."

[13.4] *Supra*, caps. II a IV. El art. 13 del código procesal administrativo de la provincia de Buenos Aires prescribe: "Está legitimada [...] toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el orden jurídico."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

sobre un despegue cultural o político. El cambio sólo vendrá por vía de la evolución del pensamiento político y administrativo, de la creación lenta y progresiva de una conciencia colectiva de cuáles son los males de la sociedad y cuáles las vías de solución.

En materia de control de la administración pública, el tema es en el fondo el mismo en diversas manifestaciones. Hemos visto en otra parte que la falta de participación ciudadana en la administración implica inexistencia de control social sobre la vida pública;[1] vemos también que el propio aparato administrativo del Estado no puede controlarse a sí mismo y que sólo la justicia puede ponerle coto legitimando los derechos constitucionales de incidencia colectiva.[2]

La discusión sobre si efectuar la tutela de los derechos por tribunales judiciales u órganos administrativos, o por ambos a la vez, no es sino la punta del *iceberg* de la falta de controles que funcionen eficazmente a todo nivel en la vida pública. Si no caemos en la desesperanza de pensar que todo falla y nada se puede corregir, que todo andará siempre igual y nada vale la pena ser intentado, entonces cada uno de estos temas merece el sano debate que busque mejorar el estado de cosas actual.

15. *Conclusiones tentativas*

Todo lo expuesto nos lleva a sugerir la necesidad de crear entes reguladores autónomos dotados de imparcialidad e independencia que no excluyan la revisión judicial amplia. Ello, sin perjuicio de nuestra propuesta, más general y a nuestro juicio más indispensable, de establecer tribunales administrativos independientes para que, en todos los casos, dicten el *primer* acto administrativo.[1] Es una forma de reducir el Leviathan de la administración central y mantener el aparato regulatorio creado al amparo de previas delegaciones legislativas que caducaron y volvieron a caducar, invariablemente, a partir del año 2002, como explicamos en el cap. VII, aunque el Congreso haya dado a la comunidad el ejemplo de cómo violar impunemente el texto expreso de la norma constitucional. Después vienen los alzamientos colectivos. Nadie debería sorprenderse.

De hacérselo, debe dejarse bien en claro la potestad judicial plena y amplia de control, como garantía de la división de los poderes y del sistema constitucional de

[14.1] Nos remitimos a lo dicho en el cap. II, "Pasado, presente y futuro del derecho administrativo," del t. 1, § 4.2.2, "El cambio social y la administración pública" y nuestros trabajos allí citados en las notas 4.12 a 4.16.

[14.2] En particular, el derecho a la vigencia efectiva del principio de legalidad; o el derecho subjetivo y colectivo a la no corrupción, como con acierto propone CARELLO, LUIS ARMANDO, "La Convención Interamericana contra la Corrupción y el «derecho a la no corrupción»," en DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *50 años de Derechos Humanos*, Santa Fe, 1998, p. 25 y ss: *supra*, caps. II, "Derechos de incidencia colectiva," (esp. nota 4.20), III , "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva," (esp. nota 6.18) y IV, "Interés legítimo." Lo ha aplicado, con expresa referencia al primer principio, la Sala II en *Gambier II*, *LL*, 1999-E, 624.

[15.1] Ver *supra*, nota 2.2.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

garantía de los derechos individuales;[2] debe, a nuestro juicio, evitarse también la tendencia a la transformación de los entes u órganos independientes en tribunales judiciales. Pues con ello se vuelve al punto de partida y debe igualmente complementarse la creación de tales órganos[3] con otros mecanismos indispensables de la democracia moderna.[4]

[15.2] Conf. JAFFE, LOUIS L., *Judicial Control of Administrative Action*, Boston y Toronto, Little, Brown and Company, 1965, pp. 320-27.

[15.3] Por supuesto, tampoco se puede llegar al extremo opuesto de postular que los entes reguladores *no* deben defender los derechos de los usuarios. Ello viola el art. 42 de la Constitución.

[15.4] Nos referimos a la institución del Defensor del Pueblo de la Nación, ya recordada en el cap. XII, "Los órganos del Estado," § 14.1, "El Defensor del Pueblo," del t. 1, que debe ser reiterada o multiplicada con órganos específicos para las jurisdicciones locales y las administraciones especiales (fuerzas armadas y de seguridad, educación, salud, tercera edad, etc.) y para el Poder Judicial.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Capítulo XVI

LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA INTERNACIONAL

I. *Observaciones comunes*

1. *Análisis comparativo general de los tribunales internacionales e internos*[1]

En los tribunales internacionales[2] hay datos comunes de interés. Uno es que en tales tribunales no se presenta el problema de la dilación o retardo sistemático en dar justicia. Ello se debe a múltiples razones.

a) En general, no existe una carga de trabajo sustancial, salvo en el más antiguo de todos, el de la OIT, al cual se han sometido voluntariamente 48 organizaciones

[1.1] Si bien el tratamiento específico del tema lo haremos más abajo en el acápite III, § 8 a 14, creemos conveniente adelantar aquí algunos lineamientos generales para un pantallazo muy liminar de la cuestión. Respecto de los tribunales administrativos internacionales y su organización ver nuestros arts. "Frenos y contrapesos en la creación de derecho en organismos internacionales. El caso de la discriminación," *LL*, 2005-F, 1404; SÁENZ JIMÉNEZ, HERNÁN, "Una experiencia en el Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo," *LL*, 2005-B, 1452 y las múltiples colaboraciones de los principales tribunales administrativos internacionales en ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, ADMINISTRATIVE TRIBUNAL, *XXXVth*. Anniversary, Washington, 2006, en preparación: FLOGAÏTIS, SPYRIDON, Presidente del Tribunal Administrativo de la ONU; MCINTOSH, COLIN, Secretario Ejecutivo del Tribunal Administrativo de la OECD; SANSOTTA, SERGIO, Secretario Ejecutivo del Tribunal Administrativo del Consejo Europeo; SÁENZ JIMÉNEZ, HERNÁN, Secretario Ejecutivo del Tribunal Administrativo del BID; GOLDMAN, CELIA, Secretaria Ejecutiva del Tribunal Administrativo del FMI; COMTET, CATHERINE, Secretaria Ejecutiva del Tribunal Administrativo de la OIT; PANGALANGAN, RAÚL, Secretario del BAD; ZIADÉ, NASSIB, Secretario Ejecutivo del Banco Mundial; STRUYVENBERG, MARITZA, Secretaria Ejecutiva del Tribunal Administrativo de la ONU; BIONDO, SERGIO, ex Secretario Ejecutivo del Tribunal Administrativo de la OEA.

[1.2] Veremos luego que hay que considerar también el caso de los tribunales extranjeros, que es diferente al de los tribunales internacionales. En este primer punto nos referimos solamente a los segundos y como es obvio en ninguna parte intentaremos la tarea imposible de procurar generalizar nada sobre los tribunales extranjeros, salvo el hecho de que no participan necesariamente de las características de los nuestros de derecho interno. A su vez hay muchos supuestos en que el juez argentino tiene jurisdicción internacional. En otro aspecto de interés ver SALOMONI, JORGE L., "La internalización del Contencioso Administrativo en la República Argentina," en *RPA 2006-1, Res Pública Argentina*, Buenos Aires, RAP, p. 7 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

internacionales, y resuelve más de cincuenta causas en cada una de sus dos sesiones anuales.[3]

Ello se debe, en la mayor parte de los casos, a la relativamente limitada cantidad de asuntos y a que la dirección de todo el proceso está a cargo de un Secretario Ejecutivo. Todo ello permite al tribunal reunirse una o dos veces al año y sentirse tanto obligado como posibilitado a dejar todos los asuntos al día: todo juicio que está en condiciones de recibir sentencia, es resuelto en tales ocasiones.

b) El caso produce más expectativa en la opinión pública y se genera la necesidad de dar pronta respuesta a ese reclamo de justicia.

c) Los tribunales colegiados son a veces más numerosos[4] y su secretaría ejecutiva permanente puede preparar los casos a ser resueltos por el tribunal con un grado de minuciosidad mayor que el que se da en el derecho interno.

d) La composición del tribunal con magistrados de distintas nacionalidades y regiones da una riqueza de experiencias y puntos de vista que ayuda a ver rápidamente más aspectos del caso y por lo tanto a esclarecerlo más pronto.[5]

e) La presión política interna que puede existir en un país es mayor que la que puede recibir un organismo judicial internacional: los magistrados extranjeros están, por la lejanía de su residencia permanente, materialmente inmunes a tal tipo de acercamiento. El hecho de que esa magistratura sea solamente una parte y además temporal y económicamente pequeña del total de sus actividades, hace que ella sea menos importante, con la consiguiente mayor independencia que esto le da.

f) A tales magistraturas llegan personas generalmente elegidas luego de un largo proceso de selección, que si bien no necesariamente es exitoso, garantiza al menos que lleguen personas formadas y maduras,[6] con la vieja solvencia que soñaba nuestra Constitución de 1853 y de cierta personalidad: no se conocen magistrados timoratos[7] en tales funciones; han llegado, por lo menos a su propio

[1.3] Salvo el de la OIT, al cual se han sometido 48 organizaciones internacionales y resuelve más de cincuenta causas en cada una de sus dos sesiones anuales. Sus fallos pueden consultarse en www.ilo.org/dyn/triblex/triblex_browse.home.

[1.4] Primero, para asegurar la representación geográfica; segundo, por cuanto su reunión muy ocasional dificulta hacer coincidir las agendas de cada miembro, siendo posible que alguno no pueda asistir: ello da mayor variación a la composición efectiva del tribunal, más enriquecimiento e independencia del total.

[1.5] SÁENZ, HERNÁN, *O Direito em sua Magnitude*, conferencia pronunciada en Cuiabà, 14 de agosto de 1997, inédita; se sigue en esto la tradición norteamericana de integrar la Corte Suprema con un equilibrio de magistrados provenientes de distintas regiones, que recuerda CARRIÓ, ALEJANDRO, *La Corte Suprema y su independencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, p. 17.

[1.6] Y por qué no decirlo, frecuentemente en la tercera edad.

[1.7] Sin duda la gran mayoría y los mejores tienen una elevadísima dosis de experiencia y habilidad diplomática: pero no ha de cometerse el error de confundir cortesía y tacto, finura y buenas maneras, con personalidades complacientes.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

juicio, suficientemente lejos para dejarse influir por pedidos políticos realizados fuera del marco del alegato procesal.

g) El hecho de que el proceso sea generalmente oral y público permite un control social muy importante a su desempeño, algo que falta en la casi totalidad de los tribunales nacionales nuestros.[8]

h) Este tipo de casos suelen generar mayor interés en los abogados del foro local, que usualmente es una capital importante del mundo y de los organismos no gubernamentales; el trabajo profesional es así más cuidadoso en la preparación de los casos que llegan a decisión del tribunal.

i) Ayuda a su independencia y falta de morosidad el hecho de que por lo general el reglamento procesal de los juicios ante el tribunal lo dicta éste. Las normas de creación prevén lo básico sobre jurisdicción del tribunal, pero le dejan elegir el procedimiento que más se ajuste a los deseos de sus miembros: oralidad total o parcial, o ninguna; organización y funciones y personas a desempeñarse, en la secretaría ejecutiva. Una buena elección de Secretario Ejecutivo garantiza el éxito del 85% del trabajo del tribunal. Si tuviéramos que destacar de todo ello qué es lo más importante para el buen funcionamiento del tribunal internacional, no tendríamos ninguna duda en señalar que es la diversidad de países y regiones de origen de sus miembros, lo que conlleva no solamente lo obvio de diversas lenguas —y lo no tan obvio de distintos subtextos y significados en cada lengua— como de cultura y formación jurídica, de valores básicos, de cosmovisión o *Weltanschauung*, de grados de desarrollo económico, social, político y tecnológico del medio originario de cada uno. Muchas veces el provenir de un medio más desarrollado no garantiza un mejor magistrado; otras veces, cuando sus cualidades personales se corresponden al país del cual el magistrado proviene, puede moldear al tribunal en el mejor de los sentidos, compartiendo con sus pares su visión de independencia de la magistratura, su sentido de progreso, su tacto y visión política que no le impida sino que le ayude a hacer justicia, etc.

j) La negociación interna se da tanto en los tribunales nacionales como en los internacionales.

II. *La defensa extranjera e internacional de los derechos humanos. Remisión*

2. *Introducción*

Hay básicamente dos tipos de justicia administrativa internacional, o dicho en otras palabras, dos maneras de acceder a la tutela jurisdiccional internacional en

[1.8] En el caso de la OIT el procedimiento es escrito, pero el escrutinio por la opinión pública es intenso: Cada año se publican en revistas internacionales análisis exhaustivos de sus pronunciamientos.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

materia de derechos e intereses de los individuos y usuarios. Una es la reparación de los daños y perjuicios debidos a la responsabilidad del Estado por violaciones propias a la Convención Americana de Derechos Humanos o a otros tratados internacionales. El tema de la responsabilidad en cuanto derecho de fondo corresponde a la temática prevista en el cap. XX; lo que aquí consideramos es la cuestión del acceso a la justicia, que no lo es solamente ante la justicia nacional sino también ante la extranjera e internacional, que desde luego son supuestos diferentes.[1]

3. *La responsabilidad del Estado por la violación a la Convención Americana de Derechos Humanos*

3.1. *El fundamento*

Estas lesiones son ocasionadas, en casi todos los casos, por el propio Estado en forma directa o al menos indirecta (sea por grupos paraestatales, sea por omisión de proveer la tutela efectiva a que está obligado). En todos los supuestos es una víctima de daños y perjuicios del Estado que busca entre otras cosas la reparación pecuniaria de su perjuicio: es un caso más, en suma, de responsabilidad del Estado, que en lugar de ejercerse en los tribunales nacionales se ejercita ante los estrados internacionales debido al fracaso de los nacionales en satisfacer el acceso a una tutela judicial efectiva. En su manifestación más cruenta y sistemática es el terrorismo de Estado,[1] en otras formas son los casos de gatillo fácil, abusos en prisiones, etc., por los cuales la Argentina viene siendo condenada o por los que llega a soluciones amistosas.[2]

La Corte Interamericana ha dicho que "en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable

[2.1] Ver y comparar ZUPPI, ALBERTO LUIS, "La jurisdicción universal para el juzgamiento de crímenes contra el derecho internacional," *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, año 5, 9: 389-414, Buenos Aires, 2000.

[3.1] Ver PÉREZ SOLLA, MARÍA FERNANDA, *Enforced Disappearances in International Human Rights*, McFarland, Jefferson, North Carolina, 2006.

[3.2] Cuando la Argentina es llevada ante la Corte por la Comisión Interamericana, a veces prefiere reconocer su responsabilidad internacional, para evitar la sentencia condenatoria: *Garrido y Baigorria*; *Bulacio*. No lo hizo en el caso *Cantos*, sentencia del 28 de noviembre de 2002, *LL*, 2003-C, 1-15, con nota de GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, "Juicio internacional a la justicia argentina (tasas, honorarios, costas y plazos en la mira de la Corte Interamericana)," donde nuestro país fue finalmente condenado por obstruir el acceso a la justicia. Es un principio general el deber de reparar todo acto u omisión estatal violatorio de derechos: CorteIDH, *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros c/ Guatemala)*, sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C: nº 63, párr. 220.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención."[3] También ha dicho que "según el principio de Derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los derechos humanos aunque, desde un punto de vista ético o político, la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el gobierno en la época en la que las violaciones se produjeron."[4]

También ha sostenido que "en lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención [Americana], la competencia de los órganos establecidos por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos," por lo que "la Corte concluye que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que lo ejecutaron."[5]

3.2. *El procedimiento*

Cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental reconocida por cualquiera de los Estados parte, puede efectuar denuncias en favor de quienes ven lesionados sus derechos humanos. El interesado directo puede tanto acudir por sí o por terceros que lo hagan en su nombre, incluso sin mandato u otra forma de representación, por ante la ComisiónIDH. En el procedimiento ante la Comisión, para el cual recibe ayuda de organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro en Washington, ofrece y produce prueba y en su caso, si la Comisión así lo propone y el gobierno acepta, puede arribar a una solución amistosa que es de obligatorio cumplimiento para el país. De no conseguirla y obtener un dictamen favorable de la Comisión, éste se publica —con lo cual queda implícitamente abierto un plazo suplementario para que el gobierno ajuste sus normas internas a lo resuelto por la Comisión— y luego la Comisión puede interponer, si así lo resuelve,[6] la formal demanda contra el país mediante acción ante la CorteIDH, en defensa de los derechos humanos vulnerados.

[3.3] CorteIDH, *Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C: nº 4, párr. 172.

[3.4] Ver nota anterior, párr. 184.

[3.5] CorteIDH, OC-14/94, del 9 de diciembre de 1994, serie A: nº 14, parrs. 56-7 sobre "Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención."

[3.6] La poca cantidad de sentencias dictadas por la CorteIDH y muchos informes de la Comisión es un buen indicio de las pocas demandas interpuestas por ésta.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

3.3. *Continuación. Algo más sobre la legitimación*

La legitimación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es amplísima, como que abarca a "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros," quienes pueden actuar "en su propio nombre *o en el de terceras personas*."[7] Esta amplia legitimación supranacional torna ociosas y casi absurdas las dudas que existieron anteriormente sobre el alcance de la legitimación interna en el art. 43.[8] La denuncia se puede enviar por cualquier medio o mejor aún, presentar por intermedio de cualquiera de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, del país o del exterior; también se puede presentar en las oficinas locales de la OEA, que las recibe y les da el trámite correspondiente. Del trámite en la Comisión generalmente se ocupan estas organizaciones, *pro bono público.*

4. *Otras convenciones con tutela supranacional*

4.1. *Tratados internacionales y supranacionales*

Existen otras convenciones con competencia internacional en materia de tutela de los derechos, como el protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,[1] que lleva el mismo sistema de defensa que la Convención Americana. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha juzgado la violación de otros tratados internacionales que habilitan a entender sobre su cumplimiento. Es el caso de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura[2] y de otros tratados interpretados a la luz de las disposiciones del Pacto de Costa Rica, como son la Convención sobre los Derechos del Niño,[3] la Convención de Viena sobre las

[3.7] Arts. 26 del reglamento de la Comisión; 44 de la Convención: "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta convención por un Estado parte;" HITTERS, JUAN CARLOS, *Derecho internacional de los derechos humanos*, t. II, *Sistema Interamericano*, Buenos Aires, Ediar, 1993, p. 335; MAIORANO, *RAP*, 218: 60; reglamento de la Corte, arts. 22 inc. 2° y 23.

[3.8] *Supra*, caps. II y III.

[4.1] Protocolo del Salvador, ley 24.658, art. 19, inc. 6°: "En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo *a)* del artículo 8 [derechos sindicales] y en el artículo 13 [derecho a la educación] fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado Parte del presente protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y cuando proceda de la CorteIDH, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulados por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos."

[4.2] CorteIDH, *Paniagua Morales y otros c/ Guatemala*, 8-III-98, serie C: nº 37, párr. 133-6; *Villagrán Morales y otros c/ Guatemala (caso de los Niños de la Calle)*,19-XI-99, serie C: nº 63, párr. 239-52; *Cantoral Benavides c/ Perú*, 18-VIII-00, serie C: n° 69, párr. 98-106 y 180-91; *Bámaca Velásquez c/ Guatemala*, 25-XI-00, serie C: nº 70, párrs. 156-7 y 215-23.

[4.3] CorteIDH, *Villagrán Morales y otros c/ Guatemala (caso de los Niños de la Calle)*, 19-XI-99, serie C: nº 63, párrs. 195-96 y en la Opinión Consultiva sobre "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño," OC-17/02, 28-VIII-02, serie A: nº 17.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Relaciones Consulares[4] y los convenios de Ginebra de 1949 sobre derecho internacional humanitario.[5]

4.2. *Tratados bilaterales de tutela de la inversión extranjera*

También es importante destacar que el país ha suscripto tratados bilaterales por los cuales, con el objetivo de promover la inversión extranjera en el país, se contempla el sometimiento de las cuestiones litigiosas que se planteen entre el inversor y el Estado a la decisión arbitral internacional.[6]

5. *La responsabilidad del Estado por crímenes previstos en otros tratados*

También se extiende este tipo de justicia a la que corresponde sobre la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio a la Corte Internacional de Justicia; cabe asimismo computar la expresa admisión por nuestro país de la jurisdicción extranjera en dos convenciones fundamentales: la Convención contra la Tortura (art. 5°) y la Convención Interamericana contra la Corrupción (arts. IV y V), con lo cual la tutela jurisdiccional aparece allí también internacionalizada, aunque en forma por lo general puntual y limitada.[1]

5.1. *Tortura. Genocidio*

Si bien no es una tutela accesible a todos los argentinos, cuando un extranjero ha sido víctima de tortura en nuestro país, se abre la jurisdicción extranjera de los países de la nacionalidad de la víctima. Dado que nuestros criterios para otorgar la extradición divergen de los que tienen esos países, con lo cual se termina en la *impasse* de una condena en el extranjero, dada por un país soberano en base a un tratado internacional expreso, que algún país se niega a honrar pero otros aceptan. Es difícil apostar a que este estado de cosas pueda mantenerse *ad infinitum* y continuar nuestro país sentado a la mesa de la comunidad internacional. No se trata de un modo de tutela actualmente efectivo, pero al menos tiene un cierto valor moral reparador al cual los familiares de las víctimas no suelen ser adversos. También limita a su propio país, en la práctica, la libertad de locomoción de presuntos torturadores. Desde luego, lo mismo vale para el genocidio.

[4.4] CorteIDH, *Castillo Petruzzi y otros c/ Perú*, 30-V-99 y la Opinión Consultiva sobre "El derecho a la información sobre asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso," OC-16/98, serie A: nº 16.

[4.5] CorteIDH, *Bámaca Velásquez c/ Guatemala*, 25-XI-00, serie C: nº 70, párr. 203-14. En *Las Palmeras* (Colombia), sentencia de excepciones preliminares, 4-II-00, párr. 33, distinguió la facultad de aplicar y la de interpretar, concluyendo que la convención americana sólo ha atribuido competencia a la Corte para determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los Estados con la propia Convención, y no con los convenios de Ginebra de 1949, los que sólo pueden ser interpretados a la luz de lo normado en ellos.

[4.6] *Infra*, cap. XVIII, "El arbitraje administrativo internacional."

[5.1] PANGRAZIO, MIGUEL ÁNGEL, *Derecho administrativo*, t. II, Paraguay, Asunción, Intercontinental Editora, 1997, "El derecho administrativo internacional," pp. 623-4.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

5.2. *Corrupción*

En materia de corrupción la admisión de la jurisdicción extranjera comporta a su vez la tutela del individuo que haya sido eventualmente lesionado por esa conducta. En el caso de la corrupción debe tenerse presente que la Convención es expresa en su Preámbulo en ligar determinados delitos en forma terminante: corrupción, narcotráfico, crimen organizado, lavado de dólares, desestabilización del sistema democrático, detrimento del desarrollo económico y social. No solamente eso: la Convención es clara en cuanto a que se aplica "siempre que el presunto acto de corrupción se haya cometido o produzca sus efectos en un Estado parte" (art. IV), "otorgando jurisdicción para su juzgamiento y sanción no sólo al país donde el delito es cometido [...] sin exigir que el delito se cometa en el Estado autorizado a ejercer su jurisdicción."[2] La redacción de los arts. IV y V no recibiría en nuestro país una aplicación extensiva, porque no se trata de delitos que conmuevan al gobierno como lo hacen otros; pero hay que colocarse en la mente judicial de los países que motorizan estas iniciativas y es posible imaginar que allí sí consideren, p. ej., que es suficiente con que el tipo penal esté tipificado en su país para hacer procedente su propia jurisdicción sobre delitos cometidos aquí y que tienen sus efectos allá, a través del lavado de dinero o el narcotráfico.

No va a ser la primera vez que nuestros juristas discrepan con las decisiones de tribunales extranjeros, lo cual no impide que tales tribunales se pronuncien y sus sentencias se cumplan.[3] Tampoco va a cambiar por el momento la actitud de tales Cortes o gobiernos el hecho de que nuestros jueces y gobiernos piensen que es un problema de ellos, por no ser capaces de impedir el acceso y consumo de estupefacientes: pues eso es manifestación periodística,[4] pero no está reflejado en los tratados que firmamos, cuyos específicos preámbulos dicen otra cosa que lo que algunos de nosotros afirmamos fuera de ellos. Todo esto tiene especial importancia cuando el país en cuestión tiene previsiones legales harto severas en toda la gama de delitos en cuestión, que incluyen la confiscación de los bienes, el *male captus, bene detentus*, etc. Ello, sin olvidarnos que nuestra propia legislación es igualmente severa en materia de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos *lato sensu*. Por último, no estará de más referirse a una duda implícita del lector argentino: ¿En qué defiende mis derechos lesionados por la corrupción que ésta sea castigada en el extranjero? En varios aspectos. Primero, que si alguien perdió la licitación pública por un acto de corrupción,[5] puede en la acción penal reclamar los daños y

[5.2] BARRA, RODOLFO, "Enfrentar la corrupción es egoísmo positivo," *Clarín*, 23-VII-97, p. 16.

[5.3] Los casos *Álvarez Machaín* y *Weltover* referenciados en el t. 1, *Parte General*, cap. VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo," § 1.4.2.1 y notas 1.52, 1.53 y 1.54.

[5.4] El art. de BARRA citado refleja en general el pensamiento latinoamericano en este punto.

[5.5] Téngase presente que las violaciones a la CICC en un procedimiento de contratación pública pueden ser múltiples, como explicamos *supra*, cap. XII, "La licitación pública" de este t. 2 y antes en "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

perjuicios. Segundo, que puede intentarse una acción *qui tam* en el derecho norteamericano, o aquí una acción de clase fundada en los derechos del usuario y consumidor que se vio perjudicado por el acto de corrupción,[6] o incluso fundada en el art. 36 de la Constitución nacional, norma constitucional operativa. Tercero, que siempre hay personas que tienen la mera satisfacción moral de ver castigados a quienes violan la ley, aunque no obtengan un beneficio personal de ese castigo.

6. *Remisión*

Su estudio detallado se encuentra en las obras de Derechos Humanos y Derecho Internacional. A ellas nos remitimos, pero remarcando aquí que la protección y el control judicial de los derechos de los individuos no es una mera cuestión de derecho interno nacional, es también una cuestión de jurisdicción y derecho extranjero, de jurisdicción y derecho internacional. Tal es el estado de cosas en el mundo de hoy y no parece previsible que la tendencia se revierta.

En todo caso recordamos la importancia práctica que está adquiriendo para nosotros el sistema de soluciones amistosas, al cual hemos recurrido en varios casos con beneficio público indubitable,[1] y al cual hemos ignorado solamente a costa de nuestro bochorno,[2] incompatible con la pretendida inserción en el mundo contemporáneo globalizado.[3]

7. *Aplicación interna*

La existencia de jurisdicciones extranjeras e internacionales no debe ser menospreciada como cuestión futura y mediata, pues funcionan en igual medida que el resto del derecho mismo: más como amenaza de sanción que como sanción misma. Por lo tanto son efectivos, máxime si se tiene presente el funcionamiento real de los mecanismos de coerción, que explicamos en otro lugar.[1] Es lo mismo que

[5.6] *Supra*, cap. IV, "El interés legítimo."

[6.1] *Supra*, t. 1, cap. VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo," § 1.2, "Resumen de la evolución a fines del siglo XX y comienzos del XXI," *in fine*.

[6.2] Ver *Garrido* y *Baigorria*, en CURIEL, ALICIA y GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, "Corte Interamericana de Derechos Humanos: el primer fallo contra el Estado argentino," *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes*, 8: 36 y ss., año 1996; CURIEL, ALICIA, "Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso «Guillermo José Maqueda c. República Argentina»," *LL*, 1997-E, 515. Ver también *el caso de la Señora X y su hija Y*, Informe N° 38/96, caso 10.506, Argentina, 15 de octubre de 1996, en OEA, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 1996*, Washington, 1997, p. 52 y ss.

[6.3] La globalización tiene así efectos no solamente financieros y económicos, sino también jurídicos. Ver el t. 1, el cap. IV, "Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio" y en el mismo vol. la primera parte del cap. VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo."

[7.1] "Responsabilidad del Estado en el derecho internacional," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, p. 361 y ss.; reproducido como cap. IX del libro *Introducción al derecho*, edición como *e-book* gratuito en www.gordillo.com; cap. IX de *An Introduction to Law*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Londres, Esperia, 2003.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

para cualquier otra manifestación del derecho: el simple hecho de que está allí cambia el modo de pensar sobre todo.[2] La CSJN en el caso *Giroldi* de 1995[3] ha reconocido la obligatoriedad de las decisiones de los órganos de aplicación de tales tratados;[4] lo que ha reiterado en *Arce* (1997), y otros.[5] Tenemos así no solamente un sistema de justicia supranacional sino también un sistema jurídico supranacional de aplicación directa en el derecho interno.[6] Reconocida su aplicabilidad por los jueces locales, no es mucho lo que pueden hacer en violación de los derechos cuando saben que el bochorno será no ya nacional sino internacional y además con costo económico de riesgo país, tasas de interés mayores, fuga de capitales, etc. Es cuestión de ver quién tiene más perseverancia: si la ocasional autoridad en la violación de los derechos o alguna instancia local en el intento de legitimarlo con su intervención no reparadora, o la sociedad, sus individuos y grupos sociales en la defensa de sus derechos individuales y colectivos. El segundo tipo de órganos de justicia administrativa internacional puede parecer *prima facie* de menor trascendencia, por cuanto la materia de que trata es solamente los derechos e intereses de los funcionarios y ex funcionarios de los organismos internacionales. Pero, han ido formando a través de los años un *corpus* doctrinario de principios generales del derecho administrativo nacional e internacional que ha vuelto a validar, lo que no es poco, toda la tradición jurídica occidental en materia administrativa.

III. *La defensa internacional de los derechos de agentes y ex agentes públicos internacionales*[7]

El lector podrá pensar, quizás con toda razón, que existe un abismo entre los problemas que comprende la tutela internacional descripta en el primer punto de

[7.2] WOOD, ROBERT C. (editor), *Remedial Law. When Courts Become Administrators*, Amherst, University of Massachusetts Press, 1990, p. 29.

[7.3] CSJN, *Fallos*, 318: 514, *Giroldi*, *LL*, 1995-D-462, y nota: PALACIO, LINO ENRIQUE, "Las limitaciones legales del recurso de casación en el proceso penal y el derecho acordado por el «Pacto de San José de Costa Rica» a la persona inculpada de delito," *LL*, 1995-D, 461; nuestra nota "La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales," *RAP*, 215: 151 y ss.; *Bramajo*, *Fallos*, 319-2: 1846, *DJ*, 1996-196, cons. 8º; *Arce*, CSJN, *LL*, 1997-F, 697, con nota "Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado," *LL*, 1997-F, 696.

[7.4] Ese fallo fue la culminación de todo un proceso de progresiva adaptación, en diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Podemos enumerar así *Ekmekdjian*, *Fallos*, 308: 647, *ED*, 148: 354; *LL*, 1992-C, 543; *Hagelin*, *Fallos*, 316-3: 3176, 22-XII-93, *LL*, 1995-A, 68; *Cafés La Virginia*, *LL*, 1995-D, 277, año 1994, con nuestra nota, "La creciente internacionalización del derecho y sus efectos," *LL*, 1995-D, 275.

[7.5] CSJN, *LL*, 1997-F, 697, con nota "Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado," *LL*, 1997-F, 696.

[7.6] Nos remitimos al t. 1, cap. VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo."

[7.7] Ampliar, en lo pertinente, en AMERASINGHE, C.F., *The Law of the International Civil Service (as Applied by International Administrative Tribunals)*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 2ª ed. y sus referencias; *Case-Law of the World Bank Administrative Tribunal. An Analytical Digest*, Oxford, Clarendon Press, 1992 y sus referencias; SÁENZ, *op. loc. cit.*

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

este cap. y los que ahora se mentan, relativos al funcionariado internacional en actividad y pasividad. Ello sería un error de perspectiva, porque es ese funcionariado, precisamente, el que aplica los mecanismos antes referidos. Hay así una suerte de círculo que se cierra, porque los que de algún modo contribuyen a la existencia y funcionamiento del sistema internacional, exceptuados los magistrados *stricto sensu*, tienen a su vez un sistema de derechos personales a los cuales solamente les es aplicable la tutela internacional.[8] Los agentes públicos y particulares en el derecho interno de cada país tienen acceso a sus propios tribunales nacionales y luego a los internacionales. A los funcionarios y ex funcionarios internacionales está vedado, por las normas de todos los organismos y el sentido común, el acceso a la justicia de un país determinado. Por ello se han ido creando tribunales internacionales en materia administrativa para atender este tipo de reclamos y resolverlos conforme a los principios generales del derecho administrativo internacional. En lo que resta del presente cap. nos referiremos solamente a esta experiencia en materia procesal administrativa de tutela internacional de los derechos de los agentes y ex agentes internacionales.[9]

8. *Los justiciables. La materia administrativa*

Quienes acuden como actores a la justicia administrativa internacional son los funcionarios en actividad –o retirados– de los múltiples organismos internacionales, para la discusión de sus derechos subjetivos y a veces intereses legítimos en la carrera administrativa y en el sistema de pensiones. Las discusiones versan pues sobre estabilidad, ascensos, remuneraciones, problemas laborales de diversa índole, etc. En algunos organismos internacionales es posible cuestionar las normas generales dictadas por el ente para regir sus agentes, excepto desde luego las fundacionales del organismo o tribunal. En otros solamente es posible cuestionar la aplicación al caso particular de la norma general preestablecida. De todos modos, lo más frecuente en la práctica no es tanto la alegación de que se haya violado una norma concreta en forma expresa, sino más bien que se han transgredido principios generales del derecho tales como la razonabilidad, buena fe, proporcionalidad, igualdad, no discriminación,[1] etc. Incluso cuando pueda resultar claro el

[7.8] Y ya señaló BIELSA hace décadas que el trato que el funcionario recibe de su administración es el trato que luego dispensa a usuarios y administrados. Ya lo recordamos en el cap. X, "El procedimiento administrativo en la práctica," de este t. 2, § 10, "La desmitificación," nota 10.6 y su remisión.

[7.9] Ampliar en nuestros artículos "Restricciones normativas de los tribunales administrativos internacionales," en *LL*, 2002-F, 1540-8; "International Organization's Accountability in Shared Public Governance," exposición realizada en el Seminario del International Institute of Administrative Sciences sobre *Shared Governance*, Yaoundé, Camerún, 18 de julio de 2003, traducido y corregido como "La futura responsabilidad de las organizaciones internacionales en un gobierno compartido," *LL*, 2003-E, 1195.

[8.1] Como comentamos en nuestro art. "Frenos y contrapesos en la creación de derecho en organismos internacionales. El caso de la discriminación," *LL*, 2005-F, 1404.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

principio o la norma concreta de cuya aplicación se trata, existe casi siempre, en cambio, la controversia acerca de si la situación de hecho invocada encuadra o no el tipo o principio legal. Son muy pocas, si las hay, las cuestiones de puro derecho.

9. *La composición y organización del tribunal administrativo internacional*

9.1. *Composición*

Las normas suelen establecer el número de miembros y el modo de designación, pero la práctica agrega otros elementos muy importantes a la hora de determinar la composición concreta del órgano jurisdiccional.

En la OEA, por ejemplo, se requiere expresamente lo que es práctica generalizada: que haya jueces provenientes del *common law* y de los sistemas de tipo continental europeo, sea o no que se los denomine de ese modo.

Otro criterio muy generalizado es que se respeten algunas pautas geográficas: en organismos de nivel mundial, que haya p. ej. un representante por América Latina, Asia, Estados Unidos, Europa, Medio Oriente y Africa. En organismos regionales, que exista una cierta proporcionalidad y rotación espacial: uno por México o Venezuela, uno por el Brasil, uno de los países del cono Sur, uno de los países del Caribe, uno de los países centroamericanos y así sucesivamente. Dada su fuerte presencia y contribución internacional, es habitual que un lugar en el tribunal siempre pertenezca a los Estados Unidos, lo cual casi siempre es una eficaz colaboración a la marcha del tribunal.

Es frecuente que la nacionalidad del presidente del organismo no se vea representada en el tribunal, o por lo menos no a nivel de la presidencia del tribunal. En algunos casos ni siquiera se exige normativamente la pertenencia a alguno de los países que componen el ente, para poder integrar el tribunal: tal el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En la medida que se trata de principios no escritos, se encuentran sujetos a variación o adecuación al caso particular, pero lo cierto es que normalmente se procura una cierta pluralidad y representatividad informal en la participación de los países o regiones dentro del tribunal. No se entiende, por supuesto, que los miembros del tribunal "representan" estrictamente a su país o región. Se establece a veces expresamente y en todo caso se da por sobreentendido que **no** deben aplicar el derecho de su propio país sino las normas del organismo cuyo tribunal integran y los principios generales del derecho administrativo internacional, o de la jurisprudencia administrativa internacional. Lo mismo ocurre en los casos en que parte de los miembros del tribunal son designados por el consejo directivo del ente a propuesta de la asociación de empleados o funcionarios. Incluso cuando ello ocurre, no existe absolutamente ninguna diferenciación teórica o práctica entre los miembros del tribunal que provienen de la iniciativa del cuerpo directivo o de la propuesta de la asociación del personal.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

9.2. *Efectos prácticos de la composición*

Todo ello lleva objetivamente a dar un panorama representativo y amplio de los distintos tipos de cultura administrativa y cultura jurídica *lato sensu* que se hallan representados en el personal, también multinacional, de dichos organismos internacionales. Si bien la norma es desde luego la no discriminación y el trato igualitario para los funcionarios de cualquier nacionalidad, lo cierto es que distintas culturas en sentido lato dan lugar al planteo de diferentes problemas ante el tribunal, en lo cual la presencia enriquecida y enriquecedora de distintas nacionalidades y distintos sistemas jurídicos y experiencias jurisprudenciales le permite también una apreciación más justa y equitativa de cada problema o situación de hecho que le toca resolver.

9.3. *Perfil de los magistrados*

La selección del listado de personas que van a integrar el tribunal no se hace en base a criterios predeterminados, pero suele ser relevante en los resultados la experiencia en la carrera judicial en la más altas judicaturas nacionales, o formación equivalente. En cuanto a la materia, ello es bastante amplio, pudiendo los candidatos provenir de alguna de las materias más vinculadas a la función pública, desde el derecho administrativo al laboral, o derechos humanos, pasando por el derecho internacional, administrativo o no. Llegan a ocupar tales posiciones tanto magistrados o ex magistrados de los países nacionales, como profesores universitarios, o ex magistrados de otros tribunales internacionales. Todo ello lleva a la gran variedad y diversidad de opiniones que se recogen en tales tribunales, lo que ayuda a su enriquecimiento.

9.4. *Organización*

Dado que el tribunal se reúne una o dos veces al año, según la cantidad de asuntos, es obvio que sus integrantes no residen en la sede del tribunal y no pueden por ende participar en la actividad instructoria del proceso. Esa actividad instructoria es pues realizada por el Secretario Ejecutivo del Tribunal, que es entonces un funcionario designado a propuesta del tribunal, con residencia en la ciudad sede del tribunal. Su dependencia funcional es exclusivamente del tribunal, por intermedio del Presidente de éste. Corresponde al Secretario Ejecutivo supervisar las etapas formativas del proceso —demanda, contestación, réplica, dúplica, excepciones—, realizar las medidas probatorias —generalmente testigos, en menor medida informes—, todo ello bajo la supervisión y/o dirección del Presidente del tribunal, que puede hacerlo *per se* o en consulta con el tribunal según los casos. No se suele convocar al tribunal para dirimir cuestiones procesales, pero si el tribunal se reúne por otros motivos aquéllas también son tratadas en esa oportunidad.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

9.5. *La Presidencia*

En las deliberaciones suele ser de buena práctica que el presidente del tribunal se limite a dirigir u ordenar el debate y requerir las opiniones de los magistrados, hasta considerar que existe consenso, momento en el cual es el propio presidente quien toma la palabra para expresar lo que entiende ser el consenso del cuerpo colegiado. Ello le permite cumplir una función integradora del cuerpo, fundada en la colegialidad y no en la dirección o inspiración. Ese consenso, de confirmarse que existe, da lugar posteriormente a la redacción colegiada o unipersonal de la sentencia como se acaba de expresar más arriba. El presidente del tribunal tiene siempre facultades y atribuciones adicionales en su condición de tal, como es ante todo representar el cuerpo ante el organismo internacional que lo ha creado, a los efectos administrativos y presupuestarios pertinentes. En algunas ocasiones puede tocarle al presidente realizar funciones de índole protocolar, según las modalidades de la sede y del tribunal.

10. *La delegación de la creación de las normas del procedimiento*

Tal vez el dato más significativo de todos estos tribunales es que el organismo internacional se limita a dictar unas pocas normas básicas de creación y funcionamiento del tribunal, dejando librado a éste el dictado del reglamento que ha de regir su procedimiento.[1] Ello permite al tribunal a través de sus diferentes composiciones y criterios, ajustar el procedimiento a sus preferencias. En razón de que la residencia de los miembros del tribunal no coincide en su mayor parte con la sede del tribunal, suele ser inevitable que el carácter escrito predomine en todas las etapas del procedimiento, hasta los alegatos finales. En esta oportunidad, en algún caso se contempla la realización de una audiencia pública en la cual el tribunal colegiado escucha los alegatos orales de cada una de las partes (p. ej., media hora cada uno), luego réplicas y dúplicas (p. ej., diez minutos cada uno) y luego preguntas libres por los miembros del tribunal. Esta combinación entre carácter escrito y oralidad suele ser fructífera, en cuanto facilita una mayor inmediación dentro de lo que las circunstancias permiten, como asimismo un debate más enriquecedor del tribunal en pleno.

11. *Agotamiento de la vía administrativa*

En todos los organismos es normal que exista un tribunal de conciliación, integrado tanto por la administración como por representantes del personal, al cual es necesario acudir antes de iniciar la causa por ante el tribunal administrativo. En estos mecanismos usualmente se produce una parte sustancial de la prueba a

[10.1] No, claro está, la jurisdicción. Pero ella plantea también aspectos interesantes, que explicamos en "Restricciones normativas de los tribunales administrativos internacionales," en *LL*, 2002-F, 1540-8.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

tener en cuenta para la solución del asunto y depende ya del tribunal el criterio más o menos amplio que tenga para recibir prueba adicional ante sus propios estrados. En ningún caso se trata, con todo, de una suerte de instancia previa, ni de una apelación limitada de alguna manera. El tribunal tiene siempre jurisdicción originaria y plena, en primera y única instancia, con amplias facultades procedimentales y de fondo.

12. *Reuniones* ex parte[1]

El derecho anglosajón es muy estricto en cuanto a la inadmisibilidad de que el tribunal o sus miembros reciban a alguna de las partes en ausencia de la contraparte. "El juez debe acordar a toda persona [...] no iniciar ni considerar comunicaciones sin la presencia de la parte contraria (*ex parte communications*) que versen sobre los méritos de la causa, o los procedimientos que afectan tales méritos, en un proceso pendiente."[2] Ello lleva a que no se admita, sea a texto expreso o por la práctica del tribunal, que el reclamante o la administración tengan contactos o sean oídos por el tribunal sin la presencia de la contraparte. Cuando se hacen reuniones de carácter social, como puede ser un almuerzo ofrecido por el Departamento Legal al Tribunal, suele estimarse correcto que también se invite a dicho acto a la parte actora y su letrado.

13. *La sentencia*

Es de práctica que el Secretario Ejecutivo prepare los considerandos de la sentencia, con el relato de los hechos, pero sean los propios miembros del tribunal quienes redacten la parte dispositiva. De todas maneras, el Secretario Ejecutivo se encuentra siempre presente en las deliberaciones del Tribunal, sea para prestar asistencia en el conocimiento de la causa o incluso —más limitadamente— para expresar su opinión en alguna cuestión que los miembros del tribunal deseen someterle o que él mismo solicite manifestar. Obviamente carece de voto.

A su vez, en la parte resolutiva de la sentencia puede producirse tanto el acuerdo verbal del tribunal, con constancia de la Secretaría Ejecutiva y la delegación del dictado de la sentencia a uno de los miembros del tribunal, como la búsqueda de una redacción común entre los miembros del tribunal mientras se hallan en sesión en la sede del organismo. En el segundo caso, la práctica puede tanto ser que cada uno prepare un borrador y se busque un consenso entre los diversos proyectos, lo que no siempre resulta eficaz, o encomendar el primer borrador a uno de los magistrados y luego corregirlo *in camera* hasta llegar a su versión final. A veces el borrador se encomienda previamente a la sesión, cuando todo el

[12.1] Ver también *supra*, cap. I, "La prueba de los derechos," § 4.2, "El alegato informal."

[12.2] El *Model Code of Judicial Conduct* de la *American Bar Association*, estableció el criterio, luego adoptado en el *Code of Conduct for United States Judges*, 3 (A) (4), *Federal Rule Decisions*, 175: 367 (1998); SPROVIERI, LUIS EDUARDO, "El alegato informal," *ED*, 185: 1440.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

procedimiento es escrito, o se le delega efectuarlo *a posteriori* de la sesión, lo que puede provocar dificultades de adecuación entre lo acordado y lo escrito, dada la gran variedad de formas o estilos y hasta filosofías jurídicas que pueden animar a los diferentes magistrados. También varía, según las prácticas de cada tribunal, que la sentencia sea suscripta por todos los miembros presentes o solo por el presidente y el Secretario Ejecutivo.

14. *Principios jurídicos generales. Remisión*

La Corte Europea de Justicia[1] y los demás tribunales internacionales se han encontrado con la necesidad de aplicar principios jurídicos tan antiguos como el derecho mismo. La justicia administrativa internacional no ha sido así *cualitativamente* importante en la formación de los principios jurídicos que existen en la cultura de la humanidad, pero tal vez ha tenido una oportunidad témporo-espacial única de reafirmarlos, lo que ha hecho sin hesitación alguna. Por ello tal vez quepa recordar las fuentes de ese pensamiento, en la bibliografía más reciente, antes que los fallos que, para su virtud, los reiteran y aplican. Desfilan pues por los fallos de la jurisprudencia de los distintos tribunales administrativos internacionales principios tan caros a la tradición jurídica[2] como el de la buena fe,[3] o el debido proceso legal,[4] otros más contemporáneos al derecho público (proporcionalidad, razonabilidad, desviación de poder, confianza legítima, transparencia, etc.), algunos provenientes del campo de los derechos humanos (no discriminación, acoso sexual, etc.), otros nacidos del creciente derecho comunitario europeo.[5] Ello no hace sino confirmar la tradición milenaria de los principios generales del derecho, más allá y por encima de las normas de cada ordenamiento positivo. Fue lo que revivió RADBRUCH,[6] lo que juristas de todos los tiempos han

14.1 Ver CHITI, MARIO P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Milán, Giuffré, 1999; SCHWARZE, JÜRGEN, *European Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1995, coedición con la *Office for Official Publications of the European Communities*, Luxemburgo, 1995; *Europäisches Verwaltungssrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988. Hay versión francesa. En igual sentido KAKOURIS, C.N., "The Judicial Protection of Individual Rights in the European Communities," en *Perspectives. Droit Communautaire Européen. Théorie générale du droit. Domaine méta-juridique*, Atenas, Sakkoulas, 1998, p.522.

14.2 Esta tendencia es universal, aunque no todos la destacan. Uno de los que lo hace, desde siempre, es GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, p.ej. en *El administrado*, Madrid, Abella, 1966, cap. III, "Principios generales," pp. 27 y ss., esp. pp. 28-9 y sus referencias.

14.3 GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983; WIEACKER, FRANZ, *El principio general de buena fe*, Madrid, Civitas, 1977; PICOT, F., *La bonne foi en droit public*, Basilea, 1977.

14.4 LORD DENNING, *The Due Process of Law*, Londres, Butterworths, 1980 y del mismo autor, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979.

14.5 Ver PESCATORE, PIERRE, "Aspectos judiciales del «acervo comunitario»," en la *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981, p. 331 y ss.; FAPPIANO, OSCAR L., *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ábaco,1997, p. 44 y sus referencias.

14.6 RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, trad. MARÍA ISABEL AZARETTO de *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

señalado antes y después. Desde luego, son también aplicables los principios generales del derecho[7] —esto no tiene nada nuevo, como que ya fue dicho por SAVIGNY—[8] y del derecho público en particular, algunos de los cuales se derivan igualmente de la justicia natural, tales como el debido proceso legal.[9] Debe tenerse presente que algunos de ellos son de naturaleza constitucional (razonabilidad, igualdad) y muchos de carácter universal: derecho anglosajón, continental europeo, derecho comunitario europeo (el *substantive due process of law* y sus derivados), su origen inglés de la *natural justice*[10] y su equivalente de la razonabilidad, proporcionalidad,[11] en los derechos continentales europeos.[12] Lo mismo ocurre en el derecho argentino,[13] brasileño[14] y también en el derecho supranacional latinoamericano.[15]

14.7 Ver *Supra*, t.1, cap X, "Clasificación jurídica de la función administrativa," § 15, "Los límites a la actividad discrecional."

14.8 *System des heutigen römischen Rechts*, Berlín, 1840, p. 10 y ss.; ATALIBA, GERALDO, *Constituição e República*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 14; BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Curso de Direito Administrativo*, San Pablo, Malheiros, 2004, 17 ed., cap. II, p. 86 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, pp. 97-103.

14.9 Para este conjunto de principios en el derecho comparado ver NOWAK, JOHN E.; ROTUNDA, RONALD D. y YOUNG, J. NELSON, *Constitutional Law*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1986, 3ª ed., caps. 11, "Substantive Due Process," p. 331 y ss. y 13, "Procedural Due Process. The Requirement of Fair Adjudicative Procedures," p. 451 y ss. y el mayor desarrollo de su *Treatise on Constitutional Law: Substance and Procedure*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1986, 3ª ed.; SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, Boston y Toronto, Little Brown and Company, 1984, 2ª ed., caps. 6, "Fair Hearing Requirements," p. 271 y ss. y 7, "Processes of Proof and Decision," p. 343 y ss. Puede también verse LETOURNEUR, "El control de los hechos por el Consejo de Estado Francés," *RAP*, 7: 221 y ss. (Madrid); GOLDENBERG, LÉO, *Le Conseil d'État juge du fait*, París, Dalloz, 1932, p. 192.

14.10 Ver p. ej. WADE, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 7ª ed., p. 353 y ss., "The Principle of Reasonableness," cap. 13, "Natural Justice and Legal Justice," p. 413 y ss., "Judicial and Administrative Impartiality," p. 421 y ss., etc.

14.11 Para el derecho francés ver BRAIBANT, GUY, "Le principe de proportionnalité," en *Mélanges Waline*, París, 1974, p. 297 y ss., etc.

14.12 Para un análisis comparativo del derecho francés y del *common law* en materia de debido proceso sustantivo ver SCHWARTZ, *French Administrative Law and the Common-Law World*, New York, New York University Press, 1954, p. 211 y ss. Para el derecho belga PERELMAN, CHAÏM, *Le raisonnable et le déraisonnable en Droit. Au-delà du positivisme juridique*, París, L.G.D.J., 1984.

14.13 La obra clásica en la materia es la de JUAN FRANCISCO LINARES, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1970, 2ª ed. La proporcionalidad es también un principio general de derecho internacional privado, como señala ZUPPI, ALBERTO L., "La interpretación en la Convención de Viena de 1980 (CISG.) (Compraventa internacional de mercaderías)," *LL*, 1997-F, 1290, § III, 3, *d.)*

14.14 Ver p. ej. ATALIBA, GERALDO, "Eficacia dos princípios constitucionais," *Revista de Direito Público*, 55/6-167 (San Pablo, 1980), Ed. Revista dos Tribunais; "Poder regulamentar do Executivo," *RDP*, 57/8: 199-200 (San Pablo); BANDEIRA DE MELLO, *Ato administrativo*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 85, etc.

14.15 Tales principios se hallan recogidos en el Pacto de San José de Costa Rica: GORDILLO y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, 5ª ed.; FAPPIANO, *El derecho de los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 117-20.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

En suma, quien se aproxime a la jurisprudencia concreta de los tribunales administrativos internacionales encontrará en ellos los mismos principios jurídicos que los distintos sistemas jurídicos nacionales y supranacionales ya han consagrado. Lo cual, por cierto, es un homenaje a ella.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Capítulo XVII

EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO NACIONAL

1. *La influencia jurídico-cultural en la materia*

Existen temas de derecho en los cuales la cultura jurídica tradicional ejerce gran influencia y sobrevive a los cambios normativos. En la cuestión analizada en este cap. y el siguiente existen, por un lado, muchos tratados que admiten el arbitraje internacional en los conflictos con la administración,[1] pero hay una tradición normativa local, muy arraigada, contraria al arbitraje.[2] En todo el mundo y también entre nosotros se declama acerca de la necesidad de promover medios alternativos de resolución de conflictos, el principal de los cuales es el arbitraje: pero cuando llega el momento de utilizarlo, la sociedad reacciona con inusitada prevención o timidez, y subsisten impertérritos los mecanismos tradicionales con sus conocidos defectos.[3] Pero esta contradicción interna no puede ser llevada exitosamente al plano internacional, como es obvio.

Todo esto es, como se advierte fácilmente, una fuente de problemas que ingenuamente podremos creer encontrarnos en condiciones de superar en el plano interno por el mero voluntarismo estatal de otro cambio más de normas o de jurisprudencia, pero que nos resultarán insuperables en el plano internacional. Hemos quedado pues al descubierto ante el contexto de naciones con esta flagrante autocontradicción, al pretender p. ej. argüir su posible revisión ante la justicia local.[4] Pero

[1.1] *Infra*, cap. XVIII, "El arbitraje administrativo internacional."

[1.2] El fenómeno no es sólo local. Ver p. ej. DALLARI, ADILSON ABREU, "Arbitragem na concessão de serviço público," *Rev. Jurídica Administração Municipal*, 6: 17, Salvador, 1997; FIGUEIREDO MOREIRA NETO, DIOGO DE, "Arbitragen nos contratos administrativos," *en Mutações do direito administrativo*, Río de Janeiro, Renovar, 2001, 2ª ed., pp. 221-35; PACTEAU, BERNARD, *Contentieux administratif*, París, PUF, 1985, pp. 350-1; TORNOS MAS, JOAQUÍN, "Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos," *RAP*, 136: 149, Madrid, 1995.

[1.3] Ver la excelente obra de MORENO, JUAN ROSA, *El arbitraje administrativo*, con prólogo de RAMÓN MARTÍN MATEO, Madrid, McGraw-Hill, 1998, esp. p. 18.

[1.4] En el caso *Cartellone, LL*, 2004-E, 266, la CSJN pareció abrir la puerta para la revisión de estos laudos: MORA, ROBERTO, "¿Aval judicial al incumplimiento internacional?," *LL*, 2004-F, 433; GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, "El control constitucional y el arbitraje," *LL*, 2004-E, 392.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

aquella tradición no debería impedir el funcionamiento de estos nuevos mecanismos institucionales de rango normativo superior. Por ello es necesario explicar primero la tradición nacional, lo que hacemos en el presente cap.: ello explica, aunque de ninguna manera justifica, nuestra autocontradiccción nacional.[5] Haremos también, al pasar, algunas menciones anticipadas al arbitraje internacional, que es el ámbito donde más álgidamente se plantea hoy la cuestión y que desarrollaremos con más detalle en el capítulo siguiente.[6]

2. *El contexto de nuestra legislación clásica*

El resto de esa legislación "superada" sigue formalmente vigente (sólo porque no ha sido expresamente derogada), a través de objeciones u obstáculos internos

[1.5] Ver las palabras liminares a la presente edición y el libro *The Future of Latin América: Can the EU Help?*, Londres, Esperia, 2003, cap. II, § 6, "Some Indigenous Groups and Us," pp. 38-44; § 7, "Is There More than a Casual Connection?," pp. 44-7; § 8, "The Notion of Time," pp. 47-50; § 9, "The Notion of Contract," pp. 50-1; § 10, "The Exemplary Center," pp. 51-3; § 11, "The Notion of Authority," p. 54; § 12, "The Emphasis on «Our» Presidential Style," pp. 54-5; cap. III, § 1 "A History of Law Avoidance", pp. 57-8; § 2, "Some Instances of Mass Murder," pp. 58-60; § 3, "Five Hundred Years of the Same Kind of Governance. A Few Bubbles of «Wealth»," p. 60; § 4, "A History of Chronic Indebtedness," pp. 60-1; § 5, "An Empty Country," pp. 61-2; § 6, "Imagination and Reality," pp. 62-7; § 7, "A Few More Words about Ourselves and Our Origins," pp. 67-70.

[1.6] Ver, en todo caso, PELLETIER, PERRINE, "La posición de los países emergentes ante los tribunales internacionales. El caso de Argentina," *LL*, 2005-C, 1203; SAAVEDRA, CECILIA, "Armando el rompecabezas: La estrategia Argentina ante el CIADI," *LL*, 2005-E, 1114; BIANCHI, ALBERTO, "El estado nacional ante el arbitraje," *LL*, 2005-B, 1405; GONZÁLEZ ELÍAS, HUGO, "Los aspectos medulares del arbitraje administrativo internacional en Argentina. El reciente laudo en «CMC»," *LL*, 2005-D, 1201; ARAZI, RONALD, "Arbitraje nacional e internacional," *LL*, 19/08/05, 1; MORELLO, AUGUSTO MARIO, "Tres puntos claves sobre el arbitraje," en *Estudios de Derecho Procesal*, Platense y Abeledo–Perrot, 1998, t. 2, pp. 871-81; "Arbitraje internacional. Superar puntos críticos y contribuir a su difusión," *ED*, 185: 1171, punto I *b)*, segundo párrafo; CAIVANO, ROQUE J., "El compromiso arbitral: una institución inconveniente," *LL*, 1997-F, 1177; GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA, "Acuerdos para la promoción de inversiones extranjeras. Sistemas de solución de controversias," en *Los convenios colectivos para la promoción y protección recíproca de inversiones*, Buenos Aires, Academia Nac. de Der. y Cs. Sociales de Bs. As./Instituto del Der. Int. y la Nav., 1993, pp. 7-19; "Un intere-sante caso en el que se planteó la aplicación del acuerdo de garantía de inversiones concluido con el Reino de España," *LL*, 2001-F, 507; TAWIL, GUIDO SANTIAGO, "Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional," *LL*, 2002-D, 1106; YMAZ VIDELA, ESTEBAN M., *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*, Buenos Aires, La Ley, 1999; BERNARDO, MARÍA, *Panorámica española del arbitraje comercial internacional*, Madrid, Marcial Pons, 1975; TORNO MAS, JOAQUÍN, "Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos," *RAP*, 136: 149, Madrid, 1995; DREYZIN DE KLOR, ADRIANA, "El derecho internacional privado en las relaciones Mercosur-Unión Europea," *LL*, 1997-F, 1302, 1310; AGUILAR VALDEZ, GUILLERMO, "Le régime juridique de l'exécution des sentences arbitrales étrangères en Amérique Latine," en CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *L'exécution des sentences arbitrales*, París, 1989, p. 105 y ss.; BRITO, MARIANO, "Solución de controversias en el Mercosur," en GROS ESPIEL, HÉCTOR y otros, *El derecho de la integración del Mercosur*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 1999, p. 161 y ss., p. 166; FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA LIDIA, "El arbitraje en Brasil. Un paso hacia adelante," en *Plenario, Revista de la Asociación de Abogados de Buenos Aires*, 40: 5-10, mayo de 1998; GRIGERA NAÓN, HORACIO A., "La autonomía del acuerdo arbitral," *LL*, 1989-D, 1107.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

inaplicables, que forman parte de la cultura aunque no necesariamente del derecho vigente.

a) Así p. ej. para hacer un juicio es suficiente con un poder general judicial; *para comprometer en árbitros es necesario poder especial* (CC, art. 1881, inc. 3°; CSJN, *Fallos*, 194: 155, *Simonini v. Nación Argentina*, 1942.)

b) El poder especial para transar no comprende el poder para comprometer en árbitros (CC, art. 1882.)

c) A veces se pone en pie de igualdad resolver algo "*por la suerte o por árbitros*" (CC, art. 2706.)

d) Igualmente se equiparan a otros efectos *la transacción con someter el diferendo a árbitros*, como si ésto último importara renuncia a una decisión justa y hacer en cambio un mero arreglo transaccional (CC, art. 3383, 3390.) Concretamente, no se puede someter a árbitros lo que no se puede transar.[1]

e) El art. 3390 equipara el arbitraje a la disposición de derechos, como una hipoteca o un usufructo: "No puede constituir hipotecas y otros derechos reales sobre los bienes hereditarios, *ni hacer transacciones sobre ellos, ni someter en árbitros* los negocios de la testamentaría, sin ser autorizado para estos actos por el juez de la sucesión."

f) En el art. 182 de la ley 24.552[2] —como en el anterior art. 175 del decreto-ley 19.551/72— se pone en igual nivel el compromiso arbitral con otorgar quitas, esperas, etc., nuevamente la disposición de derechos. No existe semejante limitación para iniciar un juicio. "Se requiere autorización del juez para *transigir, otorgar quitas, esperas, novaciones o comprometer en árbitros*."

g) En este estigma no le va en zaga el CPCCN, que no obstante su art. primero modificado, todavía en su art. 737 expresa que "*No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción*." En forma coherente dispone a renglón seguido el art. 738 que "*Las personas que no pueden transigir no podrán comprometer en árbitros.* Cuando la ley exija autorización judicial para realizar actos de disposición, también aquella será necesaria para celebrar el compromiso."

Otra vez, transar le parece al legislador lo mismo que someter algo a arbitraje. Con ese bagaje de antecedentes, ¿quién puede sorprenderse de la actitud reticente de los funcionarios involucrados? Por ello es muy escaso el número de transacciones judiciales o extrajudiciales en la administración pública. Cuando a resultas de conversaciones informales se acuerda algo, la forma tradicional de instrumentarlo es que el particular proponga renunciar a algo a cambio de que le den otra cosa, y que luego la administración, en acto unilateral y previos los informes y dictámenes

[2.1] CNCiv., Sala E, *Banco de Galicia y Buenos Aires c. Montes, José M.*, 1976, *ED*, 68: 242.
[2.2] Modificada por las leyes 25.563 y 25.589.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

del caso, resuelva lo segundo y acepte lo primero. Es material pero no formalmente una transacción.

h) A veces *se prohibe lisa y llanamente el sometimiento a árbitros*, como en la hipótesis prevista en el art. 339 de la ley de la navegación. Ya no es el antiguo Código Civil, es la ley de la navegación. Otro ejemplo terminante lo constituye el Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza, que en su artículo 295 prohibe expresamente a las reparticiones públicas pactar el arbitraje.

i) En materia de quiebras nada ha cambiado en la ley 24.552, en virtud de cuyo art. 134 —antes 138 del decreto-ley 19.551/72— el compromiso arbitral no solamente cae en el período de sospecha, cae del todo. Súmase pues al virtual reproche del código civil, el de la legislación comercial.

j) Asimismo en materia de concursos, se equipara en requerir al síndico autorización del juez el "*transigir, otorgar quitas, esperas, novaciones o comprometer en árbitros*" (art. 182), lo cual indica que no se ve al arbitraje como un modo objetivo y normal de resolver controversias, sino tan sólo de negociar.

k) El art. 15 del decreto-ley 19.724/72.

l) El decreto-ley 22.840/83, convenio constitutivo del "fondo común para los productos básicos," dispone en el art. 2º hacer *reserva en contra de la cláusula arbitral*. Hay tratados posteriores que aceptan la cláusula arbitral, pero también hay ratificaciones como ésta que expresamente la excluyen.

ll) Lo mismo ocurre con el decreto-ley 22.509/81, convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, en que el país *objeta la cláusula arbitral* del párrafo 1) del art. 13.

m) Hay casos en que el Estado celebra tratados en que se admite el arbitraje, "si las partes así lo acordaren," o "Si los dos primeros árbitros no se ponen de acuerdo sobre el tercer árbitro, *éste será designado en la forma que convengan las partes* en la controversia,"[3] o sea que sin acuerdo no hay arbitraje. En suma, la tradición jurídica argentina no es internamente proclive al arbitraje, como forma de resolución de conflictos.

3. *La multivocidad del término "arbitraje"*

La palabra "arbitraje" es multívoca: por las partes que concurren, el lugar de celebración, las leyes que rigen, la jurisdicción aplicable para su ejecución.

Cabe también distinguir según si el árbitro es una persona física o un tribunal colegiado.

I.– En el caso del árbitro tercero como persona única, física o jurídica, designada *ad hoc* para un caso, cabe distinguir distintos supuestos:

[2.3] Decretos-leyes 22.358/80 y 22.446/81.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

a) los arbitrajes libremente pactados entre particulares,[1]

b) los dispuestos imperativamente por el Estado reservándose él, el rol de árbitro,

c) los mecanismos especiales de resolución de cuestiones por el mismo juez dentro del proceso judicial,

d) cuestiones de arbitraje internacional en que son partes dos Estados,

e) asuntos en que el Estado y un nacional son parte ante un árbitro nacional,

f) casos en que el Estado es parte y se recurre al arbitraje internacional porque se trata de un inversor extranjero, etc.

II.– Un tribunal colegiado, *ad hoc* o permanente.

4. *El Estado como árbitro o como parte en un arbitraje*

El Estado no tiene objeciones cuando *él* es el árbitro,[1] sea esto para usuarios y consumidores,[2] en materia tributaria,[3] laboral, etc. Es en esto último, lo laboral,

[3.1] Con antecedentes en PLATÓN, *Las leyes*: "el más sagrado de todos los tribunales debe ser el que las partes mismas hayan creado y hayan elegido de común acuerdo;" ese debe ser el primer modo de resolución de conflictos, y si las partes por desacuerdo deben recurrir a la justicia, "la pena será mayor para el que pierda." La historia tiene más declamaciones que realidades, aunque algunos autores distingan la época primitiva, la grecorromana, la medieval (de las *Siete Partidas* en el siglo XIII de ALFONSO X EL SABIO, vienen nuestras vigentes distinciones entre árbitros y arbitradores) y la llamada "Edad Moderna" que se iniciará con el Congreso de Montevideo de 1889: MONROY, MARCO G., *Arbitraje comercial*, Bogotá, Temis, 1982, "Arbitraje comercial internacional," p. 51 y ss.

[4.1] La posibilidad que reciben los funcionarios públicos de actuar como árbitros en conflictos entre particulares pareciera ser particular fuente de deleite normativo, y las decisiones judiciales se refieren a tales actos de la administración con el nombre de "laudo arbitral." La doctrina solamente puede observar que el árbitro "Puede ser un particular o un funcionario del Estado. Con frecuencia se recurre a una persona que inviste este último carácter. La confección de listas de mediadores o árbitros por parte de instituciones privadas, académicas o no, no ha penetrado dentro de nuestras prácticas, a diferencia de lo que ocurre en los EE.UU., en donde, por lo común, se recurre a profesores universitarios para ejercer esas funciones:" VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, "El ámbito de validez de un laudo arbitral frente a las disposiciones del convenio colectivo de trabajo en el que se dispuso su realización," nota al fallo *Carrocerías San Miguel c. Ministerio de Trabajo y seguridad social*, 1996, CSJN, *LL*, 1997-E, 72. Sin embargo, últimamente se han comenzado a incorporar mediadores al proceso judicial, así en el orden nacional (ley 24.573 y su decreto reglamentario 91/98) y en algunas provincias (p. ej. Entre Ríos, instituído por acordada de su Superior Tribunal); también sucede en conflictos extrajudiciales, con la creación de centros de mediación municipales o comunales, firme tendencia que alienta a pensar que en un futuro pueda extenderse al instituto del arbitraje. Así está sucediendo en algunas instituciones privadas como la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, que tienen lista de árbitros.

[4.2] Ley 24.240, art. 59; decr. 276/98, *B.O.* 13-III-98, reglamentado por la resolución SICyM 212/98, modificada por la 314/98, *B.O.* 14-V-989. Ver SANTARELLI, FULVIO GERMÁN, "El sistema nacional de arbitraje de consumo," *LL*, 1998-D, 1115. Al no ser obligatorio para las empresas, poco se ha avanzado en ese camino. Algunas empresas, citadas por el "tribunal," manifiestan no aceptar su jurisdicción para fijar indemnizaciones, con lo que el "Tribunal" sólo puede, como máximo, disponer el reintegro de lo pagado...

[4.3] CSJN, *M. de Morón c. Deca*, *Fallos*, 300-2: 1002 (1978); SCJBA, *Aristón*, *DJBA*, 119: 626.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

donde los intentos del Estado han sido más persistentes.[4] En esta materia el Estado no se opone a que sus propios jueces sean también "árbitros": de tales contiendas entre particulares reconoce que el clásico juicio puede no ser adecuado para dirimir contiendas... pero postula que el juez —*su* juez— lo es.[5]

Dentro de esa ilogicidad, el Estado no cuestiona el arbitraje si se trata de partidos de fútbol,[6] o que otros lo hagan en cuestiones privadas,[7] o el arbitraje de monedas.[8] Mucho menos habrá de tener resistencias cuando un decreto-ley[9] o los interesados[10] le atribuyen al Poder Ejecutivo facultad de resolver una controversia entre partes.

Pero, claro está, la cuestión no está en proponerse amablemente o hasta obligatoriamente como árbitro: el tema que aquí nos interesa es la posibilidad de resolver mediante arbitraje las cuestiones en que *él* es parte.

5. *La función del árbitro tercero*

5.1. *La distinción entre árbitro y arbitrador*

Siempre ha sido postulada en nuestro derecho una tajante diferencia entre el árbitro y el arbitrador, también llamado amigable componedor: el primero debe

[4.4] Leyes 24.557, 24.938, 24.635. Ver CAIVANO, ROQUE J., "El arbitraje laboral en la ley 24.365: una oportunidad desperdiciada," *LL*, 1997-C, 1341; leyes 24.013 y 14.786, sobre conciliación y arbitraje en conflictos laborales en situaciones de crisis; art. 19 de la ley 12981, referida a los encargados de casas de renta y propiedad horizontal; 16.936, sobre arbitraje obligatorio, texto modificado por la ley 20.638, art. 3º; el art. 106 del texto ordenado de la ley de contrato de trabajo y sus innúmeros casos de aplicación, p. ej. e*n LL*, 1985-D, 427, *DT*, 958-B, 1435; CSJN, *Hilanderías Olmos S.A.*, 1979, *LL*, 1980-A, 47; *DT*, 980: 475*; JA*, 1980-II-337*; ED*, 86: 297. Los convenios colectivos de trabajo tienen también un frecuente recurso al arbitraje, como se puede ver en los casos reseñados en CNTrab., en pleno, 1985, *Aiello, Aurelio c. Transportes Automotores Chevalier S.A.*, *DT*, 19-B, 1435, *LL*, 1985-D, 427. CAIVANO, "El arbitraje en conflictos colectivos de trabajo y los honorarios de los árbitros," *JA*, 1997-I, 296.

[4.5] El juez o el secretario en el decreto-ley 18.345 y ley 24.946, t.o. por decr. 106/98, VII, arts. 149 al 154. Ese decreto-ley 18.345 derogó otro mecanismo de arbitraje laboral (decreto-ley 32.347/44), por no haber funcionado; él tampoco funcionó; en su lugar se ha creado otro que tampoco ha funcionado, el de la ley 24.635. Ver CAIVANO, "El arbitraje laboral en la ley 24.635: una oportunidad desperdiciada," *LL*, 1997-C, 1341, 1345.

[4.6] CSJN, *Fallos*, 301: 581, *Grafa Grandes Fábricas Argentinas S.A.*, 1979.

[4.7] El Consejo Profesional de Ingeniería en materia de honorarios, C2°CC La Plata, Sala II, *DJ*, 1979-2-32, 1978; el Colegio de Escribanos en controversias de titular y adscripto, ley 14054, art. 1°; el art. 144 la ley 20.094 de la navegación por conflictos laborales a bordo. A su vez la ley 11723 de propiedad intelectual dispone en su art. 6° que serán fijadas por árbitros las relaciones entre los derechohabientes y los terceros que editen, diez años después de su muerte, una obra del causante no reeditada por aquéllos.

[4.8] CNFed. CA, Sala IV, *Maxinta S.A.*, *LL*, 1991-A, 22 (1990.) Sin embargo, hay fallos antiguos no admitiendo el arbitraje para la desvalorización monetaria, CSJN, *Fallos*, 225: 135, *Pacheco Santamarina de Bustillo*, 1953.

[4.9] Alguna doctrina califica así la facultad del P. E. de resolver conflictos interadministrativos por el decreto-ley 19.983/72: EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL, "El arbitraje del Poder Ejecutivo en los conflictos interadministrativos (ley 19.983)," *LL*, 1997-F, 242, nota al fallo *Municipalidad de Buenos Aires c. Entel*, CSJN, *LL*, 1997-F, 243.

[4.10] El famoso laudo ALVEAR, en materia azucarera.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ajustarse a derecho, el segundo no necesariamente.[1] Pero hay quienes sostienen que la figura del árbitro de algún modo comprende la función de mediador o amigable componedor,[2] o que el arbitrador también debe aplicar el derecho, presumiblemente utilizando en tal expresión el concepto de la dogmática jurídica acerca de qué es el derecho. Además se ha dicho que en el arbitraje forzoso el tribunal arbitral actúa como amigable componedor, fundándose en razones de equidad y concordia, por lo que no cabe apelación ante un tribunal *de juris*.[3]

5.2. *El pronunciamiento del árbitro tercero*

Los tratados que prevén un tribunal arbitral internacional[4] en el cual las partes designan un árbitro tercero (o prevén, más complicado, alguien que designe a quien lo será), se remiten a sus propias normas procedimentales. Al tener que aplicarse el derecho local del lugar de la inversión,[5] salvo lo que sea materia expresa de tratamiento en el propio tratado bilateral o algún otro tratado al cual él se remita,[6] puedan reaparecer en la etapa de ejecución de sentencia eventuales cuestionamientos derivados de cuál es, para el derecho local, la función del árbitro tercero, especialmente en cuanto puede vinculárselo a si ha habido debido proceso adjetivo y sustantivo.

Así p. ej. existen precedentes locales, respecto de arbitrajes nacionales, en el sentido de que si las partes han resuelto que el tercero sólo actuará para dirimir la discordia entre los otros árbitros, el árbitro tercero excede su función si no se circunscribe a elegir entre las discordias existentes entre los dos árbitros y en cambio trae soluciones no auspiciadas por aquéllos. En igual tesitura, se ha entendido también en el derecho interno que el amigable componedor, aunque debe estar designado de antemano para el caso de desacuerdo entre los árbitros de

[5.1] CSJN, *Fallos*, 265: 227, *Yacimientos petrolíferos Fiscales*, 1966. Ver entre otros ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, "El arbitraje: solución eficiente de conflictos de intereses," *LL*, 1986-E, 1005; *La conciliación, Doctrina Tributaria*, Buenos Aires, La Ley, 1985, p. 1160; comp. TORNOS MAS, *op. cit.*, pp. 171-2. Ver CCivil y Com. de Formosa, *Telecom Arg. S.A. s./Acción autónoma de nulidad de laudo arbitral*, año 2005, *LL Litoral*, 2005 (septiembre), 899.

[5.2] BOGGIANO, ANTONIO, "El arbitraje y la amigable composición," *ED*, 135: 893; NAVARRINE, SUSANA CAMILA y ASOREY, RUBÉN O., *Arbitraje*, Buenos Aires, La Ley, 1992, p.15.

[5.3] CCivil y Com. Villa María, 1984, *López Monsalve, LL Córdoba*, 1985-568.

[5.4] *Infra*, cap. XVIII, "El arbitraje administrativo internacional."

[5.5] Todo lleva a esa conclusión: la ley del lugar de la situación, *lex rei stae* (tratados de Montevideo de 1889 y 1940, Código de Bustamante, *Restatement of the Law on the Conflict of Laws*), con más la ley del lugar de celebración del acto (*locus regit actum*) y la ley del lugar de ejecución del contrato (*lex loci executionis*), que también proviene de los tratados de Montevideo. Ver MONROY, *op. cit.*, p. 85 y ss.

[5.6] Tal como lo explicamos en el t. 1, cap. VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo," los tratados se encuentran a nuestro juicio por encima del orden jurídico interno, incluso del constitucional. Ahora bien, los tratados de inversiones extranjeras tienen normas de mucho impacto, p. ej. la cláusula de nación más favorecida. Esas normas deben aplicarse en el laudo, lo que provoca no pocas zozobras en la doctrina nacional. Comp. ROSATTI, HORACIO D., "Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino," en *LL*, 2003-F, 1283.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

parte, no integra sin embargo el tribunal arbitral y no forma parte de las deliberaciones y las actuaciones de los otros dos árbitros.[7]

Si el árbitro tercero no ha sido designado de la forma expuesta, entonces en nuestro derecho local se resuelve que integra el tribunal, interviene en todas las cuestiones y vota entonces respecto de cada una de ellas como los otros árbitros, pudiendo en cada cuestión sumar su voto a uno u otro de los dos árbitros de parte. En cualquier caso, esta es la cuestión fundamental, máxime que el caso que más requerirá de arbitraje, posiblemente sean todas las concesiones de servicios y sus múltiples problemas,[8] de los cuales no siempre nuestra justicia va a tener interés o posibilidad material de ocuparse, dada su complejidad técnica.

6. *El trasfondo de la resistencia local al arbitraje*

Estos tratados de protección de inversiones extranjeras son válidos en cuanto al sometimiento a un tribunal arbitral internacional, pero algunos están pues sujetos tanto a las posibles interpretaciones de renunciamiento a la vía arbitral (*electa una vía*, etc.), como a las perennes resistencias de los funcionarios locales a escribir ellos mismos, a la inversa, tal renuncia expresa a la jurisdicción nacional, por ejemplo en los pliegos de las licitaciones públicas. A ello cabe agregar los problemas que se suscitan cuando un inversor somete un reclamo contractual en sede local y, a su vez, un reclamo por violación del tratado (que tiene por base, en definitiva, a ese mismo contrato y hechos similares) ante un tribunal arbitral. Los funcionarios opondrán dificultades empíricas la constitución del tribunal arbitral, caso por caso, con infatigable persistencia, y por fin a la ejecución del laudo arbitral. Todo lo cual obliga a una pareja diligencia de los abogados de la parte actora. También las jurisdicciones locales se han pronunciado en el pasado con obvio desagrado frente a los pronunciamientos arbitrales, no solamente porque ven en ellos una amenaza o un desafío virtual a su propia jurisdicción, sino porque no siempre satisfacen sus propios requisitos de lo que a su juicio constituye un pronunciamiento jurisdiccional válido. Hemos escuchado de boca de un distinguidísimo miembro de un superior tribunal federal extranjero que "todas" las sentencias arbitrales son arbitrarias. El que uno pueda discrepar con su juicio no invalida el hecho: él piensa lo que dice y expresa también el pensamiento del tribunal que integra. Y no creemos que sea un caso aislado.

Ciertamente, no por ser arbitral o incluso arbitrador el tribunal puede actuar como el "buen juez MAGNEAU," o como "juez de chacra" como con sentido peyorativo se escucha en nuestros tribunales a ciertos magistrados en irreverente referencia algunos de nuestros *mejores jueces* de antaño y hogaño. Este es un problema grave. La creatividad, el buen sentido, la búsqueda de la solución justa y adecuada

[5.7] CApel CC Junín, 1983, *El Retiro c. Noir de Casariego, LL*, 1984-B, 159.
[5.8] Ver, en el derecho brasileño, DALLARI, *Arbitragem na conceção de serviço público, op. cit.*

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

a los hechos, la pertinaz búsqueda de la verdad material en el proceso, todo eso no siempre prestigia al magistrado ante sus pares. Y cabe dejar constancia que ese sentido peyorativo es la buena noticia, pues la mala es que además puedan así arrojar dudas sobre la honorabilidad del magistrado. En un momento de la historia argentina en que alguna parte de la magistratura pasa posiblemente por una de sus horas más aciagas, no cabe apresurarse a concluir que todo el mundo pensará que el tribunal arbitral será la pócima milagrosa. Pueden temerle más de lo que ya desconfían de los propios jueces de la Nación. La función de un tribunal arbitral no es tan sólo resolver en forma imparcial e independiente, conforme a su conciencia. Su función es además convencer a las eventuales jurisdicciones de ejecución o revisión que se hallan ante una pieza jurisdiccional sólida. Conforme a todos los parámetros que a su vez deben soportar, airosas, las sentencias judiciales propiamente dichas en el ámbito interno.

Parafraseando al axioma sobre la mujer del CÉSAR, debe ser y parecer razonable, más allá de toda sospecha, indubitable en su seriedad. La elección del árbitro tercero no debe pues tan sólo satisfacer a los árbitros de parte y a las propias partes, a veces demasiado interesadas en tan sólo ganar *ese* arbitraje. Debe satisfacer también el *test* de la opinión pública y de las jurisdicciones a las cuales haya luego que pedir su ejecución, pues de lo contrario se ganará un arbitraje pero no un sistema arbitral, y hasta se puede perder en los hechos lo que se ganó en la sentencia arbitral. El árbitro *de parte* tiene así una doble tarea: tratar de convencer al árbitro tercero del fondo *y de la forma* de su sentencia. Debe trabajar mucho acercando materiales y borradores *amicus curiae* o directamente supliendo, con un excelente desarrollo previo, las eventuales asincronías futuras del árbitro tercero o tribunal arbitral tercero con la *percepción* que del caso y el derecho tendrán los tribunales locales ante los cuales se pida o cuestione la *executio*.

Si acaso, la sentencia arbitral internacional tiene entonces mayores recaudos y dificultades que la sentencia interna. Ofrece más garantías de éxito material solamente si se tienen presentes todas sus dificultades y todos sus óbices, y se resuelven adecuadamente. Para ser eficaz plenamente en la *executio* interna, es bueno que la sentencia arbitral internacional sea como nuestro recurso extraordinario, autosuficiente. No debe necesitar de otras piezas de convicción que no estén incorporadas,[1] ni de otras argumentaciones que no estén dichas, ni de alegatos verbales que las suplan, ni de comunicaciones *ex parte*, inadmisibles estas últimas

[6.1] El buen árbitro armará un expediente en el cual incorporará y foliará las presentaciones de las partes, hará su laudo preferentemente por escritura pública, citando simultáneamente a las partes a notificarse por ante el escribano público, hará dejar constancia de su conformidad al fallo si ella existe, pedirá al escribano la incorporación del expediente a su protocolo, en originales o copia certificada por el Notario, etc. Es quizás la falta de estas y otras precauciones y cuidados obvios lo que después provoca incertidumbres judiciales. Ver GAMBOA SERRANO, RAFAEL H., *El proceso arbitral en Colombia*, Santa Fé de Bogotá, Pontificia Universidad Naveriana, 1992, cap. VII, "Actuación en el proceso," pp. 117 a 126 y caps. VIII a XV.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

en muchos ordenamientos. Si el tribunal ha de hablar solamente por su sentencia, ésta debe ser una buena pieza argumental. Si requiere ser defendida, ya dejó de ser una sentencia eficaz para su *executio*. Si puede fácilmente ser atacada, es una sentencia ineficiente. El problema es todavía más complejo, pues son diferentes los patrones conceptuales con los cuales ello será evaluado. No es lo mismo la lectura internacional que la lectura interna de la sentencia arbitral: las culturas son diferentes. Idealmente, el fallo debiera poder superar con éxito las dos lecturas, internacional y nacional.

6.1. *El temor a las regulaciones excesivas de honorarios*

Existe también el temor de que los tribunales arbitrales podrían otorgar regulaciones de honorarios desproporcionados, excesivos.[2] Esto no es una preocupación teórica, pues ha habido casos de arbitraje donde los honorarios fueron tan millonarios como para dar lugar a toda clase de pleitos, cesiones, etc. Concebido así el sistema, ¿quién podría sorprenderse de que *no* sea un modo habitual de resolver controversias? Es algo que corresponde encarrilar, pues, si se desea tener un mecanismo viable y realista de solución de controversias.

6.2. *Filosofías jurídicas en juego*

Pero también es una razón teorética o filosófica la que hace que el Estado y sus agentes tengan siempre la más grande de las renuencias a someterse efectivamente a un tribunal arbitral o arbitrador, sea éste nacional o internacional. Es el apego a los conceptos de doctrina y a la exégesis normativa. En sentido contrario a esa tradición decía IHERING "Mi obra *El fin en el derecho* tiene por única finalidad poner de relieve la concepción práctica del derecho frente a la jurídica formal y la filosófica—apriorística; para ello, se fijó el objetivo de poner al descubierto por doquier los motivos prácticos de las instituciones y reglas jurídicas."[3] Esto es anatema para los discípulos a veces inconscientes pero sin duda innúmeros, por centenares y por doquier, de ARISTÓTELES y SAVIGNY. Esa vieja polémica con SAVIGNY, éste como heredero directo de ARISTÓTELES y sus "definiciones" y "esencias," que lleva a formular "conceptos" y a partir de allí deducir "conclusiones," no sirve ni se usa en los tribunales internacionales, ni los utilizará un árbitro tercero.[4] Y ese puede ser su error, no incluir los elementos con los cuales un tribunal nacional se siente más cómodo: el campo de la doctrina, las citas de autores, las frases. Sin embargo, tampoco se le puede pedir a un árbitro tercero, presumiblemente elegido

[6.2] La CSJN *in re Blanco, LL*, 1997-E, p. 767, confirmó la decisión por la cual los honorarios fueron ajustados a los que resultarían del Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional; ver, a su vez, *in re Cassagne, ED*, 152: 333.

[6.3] *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, traducido como *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, subtitulado *Ridendo dicere verum*, Madrid, Civitas, 1987, p. 43.

[6.4] Este tema requiere más desarrollo, que en parte hemos efectuado en el cap. I, "El método en derecho" del t. 1 y *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1998, cuarta reimpresión 2001.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

por su prestigio internacional, que cambie su concepción del derecho para que el laudo satisfaga los gustos o hábitos forenses locales de un país emergente. Así visto el problema, pareciera de difícil solución. Pero hay variantes: muchos países latinoamericanos, ya que estamos en el área, tienen al menos un jurista de primer nivel internacional en el cual poder *ambas* partes confiar un diferendo arbitral. Para no salirnos de la lengua materna, españoles hay muchos más; hispanoparlantes con residencia o nacionalidad norteamericana, también. Todos ellos pueden hacer una sentencia justa y que también satisfaga los cánones locales del país. Se puede confeccionar rápidamente una lista de más de veinte juristas de nivel internacional que tengan esa doble *expertise* y la seriedad y demás cualidades necesarias para actuar como árbitro tercero. Cuando en las Facultades locales se hacen los concursos para profesor titular regular, siempre se puede conseguir un buen jurado internacional, dispuesto a venir una semana al país para realizar bien una tarea casi *pro bono público.* Esto es parte del problema. Pareciera casi un absurdo, pero el inconsciente colectivo argentino imputa a Inglaterra, como Estado, la pérdida de viejos arbitrajes de límites confiados a la corona británica; y anota que uno de los últimos problemas limítrofes, dado a un grupo de juristas latinoamericanos, fue ganado. Sin embargo, esto no es ciertamente un descubrimiento a nivel de indagación de la *psyche* colectiva. Debe haber algo más detrás de la cortina de humo que nubla el arbitraje.

6.3. *El temor a un tribunal de equidad, justicia*

A ese trasfondo múltiplemente adverso que vimos en los acápites precedentes hay que darle un sentido: es que no son bien vistas en nuestra cultura jurídica aquellas soluciones, como las que puede receptar un tribunal arbitral y/o arbitrador, que puedan apartarse de la supuesta letra de la ley: el arbitrador es un juez de conciencia, que debe resolver el asunto equitativa y honradamente, según su leal saber y entender. Los tratados de protección de inversiones extranjeras por lo general enfatizan el derecho del inversor extranjero a un trato "justo y equitativo,"[5] no "arbitrario" ni "discriminatorio,"[6] con entera "protección y seguridad,"[7] todo ello al amparo de normas "eficaces."[8] En materia de personas físicas inversoras rige el principio de la "benevolencia" en materia de permisos de trabajo, inmigración y residencia.[9] Se desconfía del juez, que tiene un procedimiento reglado de selección y de actuación, ¡cómo no desconfiar de quien no tiene lo uno ni lo otro! Es como si la persona seria, independiente, sin partido tomado, sin preferencias, no

[6.5] Así Alemania, art. 2.1, Bélgica y Luxemburgo, 3.1, Dinamarca, 2.1, España, 4.1, Estados Unidos, 2.2.a, Francia, 3 y 5.1, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 2.2, Suiza, 2.2, etc.

[6.6] Dinamarca, 2.3, España, 4.1, Estados Unidos, 2.2.b, Suiza, 2.3, etc.

[6.7] Alemania, 2.2, Bélgica y Luxemburgo, 3.2, Dinamarca, 2.2 y 4.1, Estados Unidos, 2.2.a, Francia, 5.1, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 2.2, etc.

[6.8] Estados Unidos, 2.6.

[6.9] Alemania, Anexo B, 2.c; Francia, Anexo B, 3.a; Túnez, 2.2.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

influenciable, estuviera desde el Martín Fierro fuera de las expectativas normales. El inversor extranjero tiene desconfianza de que el gobierno sea amigo del juez; el gobierno tiene a su vez desconfianza de que el árbitro tercero sea amigo del inversor extranjero.

Hay aseveraciones tan afirmadas que las podemos recoger de cualquier CD-Rom jurídico. Para muestra, veamos una: la facultad de los *arbitradores* para decidir la cuestión sin sujeción a las formas legales y según su leal saber y entender, determina clásicamente una de las diferencias básicas con el juicio de *árbitros*, los cuales tienen que observar los trámites de derecho y sentenciar con arreglo a las prescripciones de la ley.[10] En un país en que la dogmática jurídica, o como diría BIELSA la pura exégesis mal utilizada, da buenos resultados para "fundar" en "normas" lo que no puede fundarse en equidad, justicia ni buen derecho, ciertamente es motivo de preocupación cuando se piensa en un tribunal que pueda dictar simplemente sentencias justas y que éstas sean definitivas y ejecutorias; *ex æquo et bono*.[11]

6.4. *La ejecutoriedad de la sentencia arbitral*

Sobre el tema de este acápite hay bastante legislado y escrito en forma adversa a la fácil ejecutoriedad de la sentencia arbitral, como es el caso de la ley 23.619, particularmente cuando la sentencia arbitral se dicta fuera del territorio nacional (arts. 2°, 11, 21). También en el actual sistema económico, la ley 23.982 referida a los bonos de consolidación del Estado, es limitativa en su art. 18 en cuanto a las modalidades del compromiso arbitral que admite. Todas estas normas son de indudable carácter inferior en la escala normativa, por tanto claramente inoponibles a tratados especiales posteriores, pero constituyen un contexto y un trasfondo del que resulta difícil que todos los intérpretes del sistema jurídico se desprendan.[12]

La primera opción, en consecuencia, es si se constituyen tribunales arbitrales en el país, para evitar la cuestión de la "ejecución de sentencia extranjera." En tal hipótesis, una dificultad es que, según los tratados, el árbitro tercero debe ser de un tercer país, con lo cual la búsqueda debe orientarse hacia un extranjero residente en el país, o hacia un extranjero dispuesto a viajar al país para la redacción y firma del laudo arbitral y en su caso la audiencia oral que pueda precederlo. Una segunda variante a contemplar si el tribunal se constituye en el exterior, es qué medios de ejecutoriedad de la sentencia arbitral en el exterior se pueden concebir, medios que no dependan de los órganos internos del Estado argentino. En

6.10 Del fallo del Tribunal Arbitral: CCivil y Com. Villa María,1984, *López Monsalve, LL Córdoba*, 1985-568; Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, *Caja de Valores S.A. c. Lanzillotta, Gustavo, ED*, 136: 226, año 1989.

6.11 CApel. CCRosario, Sala II, 1967, *Bunge y Born, LL*, 127: 115.

6.12 Reiteramos que a partir de lo dispuesto en el art.75, inc.22, C.N., luego de su reforma de 1994, los tratados internacionales –en el caso de los tratados bilaterales de inversión– suscriptos por nuestro país, tienen jerarquía superior a las leyes.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

realidad, para un caso que habrá de ejecutarse acá es difícil imaginar medios externos de *executio* salvo el antiguo sucedáneo incierto pero tradicional de la gestión diplomática, bancaria, etc. La opción no es de dogmática jurídica ni de iusnaturalismo, es de jurisprudencia de intereses: ¿cuál es el modo más eficiente para hacer cumplir una sentencia arbitral?

7. *El poco éxito de los intentos privados*

La mediación ha podido ser impuesta por el Estado a los particulares,[1] el arbitraje no. Los esfuerzos de los particulares, personas estatales y públicas no estatales, para constituir tribunales de arbitraje, han logrado normas y personas, pero no muchas partes.[2] Un proyecto de ley general de arbitraje preparado por una comisión convocada por el propio Poder Ejecutivo de la Nación, no tuvo tratamiento legislativo favorable en lo que hace al arbitraje.[3] Ese es el contexto clásico de nuestra sociedad.

8. *El Estado como parte en un arbitraje interno*

El Estado admite el arbitraje, siendo él parte y no juez, en cuestiones de hecho o técnicas, no de derecho:[1] hidrocarburos,[2] u otros temas conexos.[3] No son demasiados, como se advierte. Las normas lo facultan, pero la realidad es adversa. En estos ejemplos aparece ya lo que será nuestro hilo conductor del tema: arbitrajes individuales, caso por caso, o un tribunal permanente de arbitraje y en caso afirmativo cuál, dónde, cómo, etc. Cuando hace falta elegir el árbitro tercero en cada ocasión o materia, el arbitraje con el Estado como parte constituye más la excepción que la regla y no ha logrado generalizarse. Por cierto, cuando el Estado quiere actuar él mismo como arbitrador de conflictos entre intereses privados (laborales, de consumidores, etc., como vimos anteriormente), la cuestión ya cambia de óptica. Es una alternativa en tal caso a la justicia como modo de dirimir contien-

7.1 La ley 24.573 (decr. reglamentario 91/98) estableció en el ámbito federal un régimen obligatorio de mediación extrajudicial para los procesos fundamentalmente patrimoniales.

7.2 Además del clásico de la Bolsa de Comercio existen, sin muchos clientes que conozcamos, el Tribunal de Arbitraje General y Mediación, creado por convenio entre la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, UBATEC S.A. y el Colegio de Escribanos de la Capital Federal (desde 1992); un Régimen de Conciliación y Arbitraje del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (desde 1991); del Consejo Profesional de Ciencias Económicas. etc.

7.3 Proyecto creado por la comisión convocada por el decr. 958/91, que integramos. De la nota anterior y ésta surge que entusiasmo no nos falta; es solamente el éxito que no nos acompaña.

8.1 CFed. Civil y Com. Córdoba, 4ª Circunscripción, *Tosello, ED*, 89: 426, año 1979.

8.2 Así el DL 17.319/67, art. 86, siempre que el P.E. haya considerado "pertinente" (¡!) incluir la cláusula arbitral en el convenio; concepto que reitera el decreto 1443, que al referirse a las cláusulas fundamentales del contrato tipo, expresa en el 18.3.1. "las Partes de común acuerdo," etc. CFed. Córdoba, Sala Civil y Comercial, *Tosello, JA*, 1980-IV, 350.

8.3 En los viejos fallos de la CSJN era frecuente la salvedad *obiter dicta* de que no lo afecten como poder público, ni comprometan su soberanía: *Fallos*, 65: 212; 68: 193; 75: 100; 128: 402; 133: 61; 133: 413; 178: 293; 225: 135; 237: 292; 265: 227; 283: 403, etc.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

das entre particulares, pero no es una alternativa a la justicia para dirimir las contiendas contra el Estado.

9. *La interpretación restrictiva del arbitraje, como principio local*

Continuemos así primero con las dificultades de nuestro derecho interno, en el mismo enfoque que expusiéramos. No creemos estar ante una realidad inmutable —sobre todo por la tendencia globalizante en que el país se halla inmerso—, pero no podemos dejar de señalar las dificultades a superar. La primera es que siempre el arbitraje se ha considerado, explicable o inexplicablemente, como de excepción y de interpretación restrictiva.[1]

9.1. *El contexto y los casos puntuales*

La idea de partida era un derecho a la jurisdicción nacional, de orden público, no renunciable; claro que eso era antes de todos los tratados que estamos refiriendo. No se supera fácil este modo de razonar, a pesar de tantos tratados internacionales y la modificación al CPCCN.

Aunque la resistencia viene de lejos, las reservas que habíamos expresado respecto de la oposición interna en nuestro país a las decisiones de los árbitros en causas donde la Nación Argentina se encuentra sometida a dicha jurisdicción, lejos de haberse disipado, relucen en su máximo esplendor. Nos sometimos muy ampliamente a tales jurisdicciones y sin embargo ahora nos vamos inclinando, como país, a desconocerla invocando las más variadas argumentaciones. Sea nuestro orden público, o las eternas "situaciones excepcionales" contenidas en las "leyes de emergencia," etc. Es así como, fruto de la globalización "a la argentina", pareciera que vamos camino a declarar la emergencia de los tratados que hemos suscrito con innumerables países y así, universalizar nuestra inveterada cultura resistente a cumplir con los compromisos asumidos. El problema, entre otros, es que ahora no es frente a "súbditos" sino frente a países "iguales" y en algunos casos, países de mayor envergadura.

De todas formas y como hemos manifestado, tal postura se encuentra desactualizada a partir de la reforma del art.75, inc.22 y del inc.24 que autoriza la delegación de "competencias y jurisdicciones a organizaciones supraestatales," si bien los tribunales arbitrales no constituyen organizaciones supraestatales, es evidente que es constitucionalmente válida dicha prórroga de jurisdicción.

Por último, si se trata de interpretaciones de tratados internacionales, se debe considerar el objeto y el fin del tratado (dimensión teleológica) que conducen a una exégesis de sus términos que busque satisfacer el fin querido por las partes, y asegure la mayor efectividad posible (regla del efecto útil) y compatible con el

[9.1] CSJN, *Fallos*, 257: 136, *Asociación de Viajantes de Comercio de la República Argentina v. S.A. Bromberg y Cía*, 1963; 267: 199, *Bussio*, 1938; 181: 306, *Schmidt*, 1938. CNCiv, Sala A, *Brave de Schausppe*, 1976, *ED*, 69: 394.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

sentido ordinario de aquellos en el contexto del tratado.[2] En el informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, sobre la labor realizada en su 18º período de sesiones, se afirmó que "si un tratado da pie a dos interpretaciones, de las cuales una permite que el tratado surta los efectos adecuados y la otra no, la buena fe y el objeto y el fin del tratado requieren que se adopte la primera interpretación."[3]

¿Podemos, desde nuestra antigua, coherente y firme óptica interna, alzarnos impunemente contra la red de tratados internacionales que hemos celebrado adoptando un sistema que implicaba necesariamente abandonar todos nuestros viejos principios? ¿Podemos impunemente dar en el mundo tantas marchas y contramarchas? La respuesta de la doctrina de los actos propios y del principio milenario de la buena fe es que no.

9.2. *La interpretación restrictiva a cuestiones técnicas*

Algunos precedentes limitaban el arbitraje a cuestiones técnicas,[4] p. ej. en materia de hidrocarburos.[5] Es como decir que un árbitro no puede decir el derecho. Como si la *jurisdictio* fuera una potestad sólo de los jueces, nunca una atribución de los árbitros. Es cierto que la administración carece de jurisdicción y allí hay que respetar el derecho y la obligación de los jueces de controlar su actividad; pero el juicio arbitral es uno de los modos previstos para resolver con fuerza de verdad legal un conflicto entre partes.

9.3. *Jurisdicción originaria en causas de las Provincias*

Pueden recordarse las viejas conclusiones sobre la expresión "exclusiva" con que la Constitución califica a la competencia originaria cuando es parte una Provincia. Se ha resuelto que ello significa solamente que tal jurisdicción no es prorrogable a los restantes tribunales federales, pero no excluye a los tribunales provinciales ni eventualmente a los arbitrales, de conocer del litigio.[6] La fraseología, como se lo advierte, no es demasiado enfática para admitir la sumisión a árbitros, pero en todo caso no la rechaza. Tan sólo la recuerda como condicionada y excepcional. Esas son cuestiones del pasado, que a veces se mantienen inconscientemente a pesar de estar interpretándose tratados contemporáneos hechos con diferente impronta y en un mundo distinto.

9.2 DIEZ-HOCHLEITNER, JAVIER e IZQUIERDO, CRISTINA, "*Las inversiones a través de las Sociedades Locales en los APPRIS celebrados por España con países de Latinoamérica,*" en www.reei.org.

9.3 Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 18º período de sesiones, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, II, p. 240, cit. por DIEZ-HOTCHLEITNER e IZQUIERDO.

9.4 CSJN, *Fallos*, 119: 31, *The Metropolitan Railway of Buenos Aires Ltda.*, 1914; 129: 243, *Fisco Nacional c. Compañía Dock Sud de Buenos Aires*, 1919; 133: 413, *Benedicto Serpe*, 1921.

9.5 Decr. 1443, reglamentario del *DL* 17.319/67, cláusulas del contrato tipo, 18.3.1.

9.6 CSJN, *Fallos*, 178: 293; 167; 169; 290; 458; *ED*, 131: 293. Se ha admitido que una Provincia pueda renunciar a esa jurisdicción primaria y ocurrir primero ante tribunales inferiores.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

9.4. *Las dificultades del CPCCN*

El CPCCN, aunque de inferior jerarquía a los tratados, opone dificultades para la constitución del tribunal arbitral nacional, con la exigencia del compromiso arbitral, sus cláusulas obligatorias bajo pena de nulidad, etc. Es una primera muestra de cómo la comunidad jurídica argentina recibe la idea del arbitraje en que cualquiera, cuanto más la Nación o una Provincia, sea parte. Ello, sin llegar a todo lo escrito desde hace más de un siglo, oponiéndose por razones entonces esbozadas como constitucionales y de principios, al sometimiento de tales causas a estos tribunales.[7]

9.5. *El círculo vicioso*

Todo lo cual nos deja en el perfecto círculo vicioso de siempre: habernos opuesto como país, en toda la legislación y práctica del derecho interno, al arbitraje, círculo que ahora intentamos, también como país retomar como si nada hubiera pasado en el ínterin: Pero durante una década el Estado argentino suscribió sin cesar medio centenar de tratados bilaterales de protección de inversiones extranjeras con cláusula arbitral internacional, cumpliendo con todos los recaudos de su sistema constitucional al celebrar, ratificar y comunicar tales tratados.

Por nuestra parte, en su momento objetamos algunas falencias del nuevo sistema de los tribunales arbitrales que se contemplaban en esos tratados internacionales y propusimos altenativas de mejoramiento, mirando al futuro. No contemplábamos como razonable ni posible el regreso al pasado. Sobre ello volveremos en el capítulo siguiente. Pero mientras tanto, a comienzos del siglo XXI, como país nos debatimos nuevamente en un contorsionismo en el cual objetamos y cuestionamos por doquier el sistema internacional que suscribimos en la década del 90, sin que los contribuyentes que deberemos afrontar los resultados de tales contramarchas o *voltefaces* sepamos a ciencia cierta qué está ocurriendo en las altas esferas del gobierno donde nuestro patrimonio está nuevamente en juego.[8] Se está repitiendo, de alguna manera, el proceso que el país ya vivió y en verdad sigue viviendo con el endeudamiento externo,[9] ahora repotenciado a las resultas de los juicios internacionales que se afrontan.

[9.7] Claro está que todo eso es historia antigua cuando se habla de tratados internacionales de jerarquía superior a la legislación interna, pero las ideas tradicionales no mueren demasiado fácilmente. Su supervivencia es a veces asombrosa, como ocurre hasta en el tipo de razonamiento aristotélico acerca de la "naturaleza" o "esencia" de las cosas, que todavía los juristas utilizan no obstante haberse demostrado hasta el cansancio su insuperable vicio lógico y la inutilidad de todo esfuerzo por superarlo, en lugar de lisa y llanamente desecharlo. Nos remitimos al cap. I del t. 1. La importancia práctica de esta disquisición, aplicada al tema que estamos tratando en el presente cap., fue expuesta en el § 6.2, "Filosofías en juego," y § 6.3, "El temor a un tribunal de equidad, justicia."

[9.8] Es, nuevamente, materia propia del cap. XIX.

[9.9] Lo que hemos explicado en el t. 1, cap. I, § 5.3 y sus remisiones a nuestros primeros trabajos de 1982 sobre esa materia.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Capítulo XVIII

EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL*

1. *Antecedentes del arbitraje administrativo internacional*

1.1. *Los albores del derecho internacional*

1.1.1. *Los internacionalistas*

Para los optimistas y los internacionalistas, la época moderna en materia de arbitraje comercial internacional tiene en verdad larga data, tanto que habría comenzado y se habría desarrollado en la secuencia que sigue:[1]

1°) El tratado de derecho procesal internacional de Montevideo en 1889.

2°) La convención sobre ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de Ginebra en 1927.

3°) El llamado "Código Bustamante."

* Ver también GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA, "Acuerdos para la promoción de inversiones extranjeras. Sistemas de solución de controversias," en *Los convenios colectivos para la promoción y protección recíproca de inversiones*, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires/Instituto del Derecho Internacional y la Navegación, 1993, pp. 7-19; "Un interesante caso en el que se planteó la aplicación del acuerdo de garantía de inversiones concluido con el Reino de España," *LL*, 2001-F, 507; TAWIL, GUIDO SANTIAGO, "Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional," *LL*, 2002-D, 1106; YMAZ VIDELA, ESTEBAN M., *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*, Buenos Aires, La Ley, 1999.

1.1 MONROY CABRA, MARCO G., *Arbitraje comercial*, Bogotá, Temis, 1982, pp. 52-72, 76-7, notas; AYLWIN AZÓCAR, PATRICIO, *El juicio arbitral*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1958; BRICEÑO SIERRA, HUMBERTO, *El arbitraje en derecho privado*, México, Cremades, 1963; BERNARDO, MARÍA, *Panorámica española del arbitraje comercial internacional*, Madrid, Marcial Pons, 1975; TORNO MAS, JOAQUÍN, "Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos," *RAP*, Madrid, 1995, 136: 149; ROBERT, JEAN, *L' Arbitrage, droit interne, droit international privé*, Dalloz, 1993, p. 225 y ss. En el Mercosur, se ha puesto en vigencia la convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros y la convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional: DREYZIN DE KLOR, ADRIANA, "El derecho internacional privado en las relaciones Mercosur-Unión Europea," *LL*, 1997-F, 1302, 1310.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

4°) La séptima conferencia internacional americana de 1933.

5°) El tratado de derecho procesal internacional de Montevideo de 1940.

6°) La convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York de 1958.

7°) La convención europea sobre arbitraje comercial internacional de Ginebra en 1961.

8°) El convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, de Washington, 1965.

9°) La convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de Panamá de 1975, etc.

1.1.2. *La visión de un abogado litigante*

Para los escépticos, este es el viejo derecho internacional público o privado que vimos hace décadas en la Facultad. Pero incluso entre los internacionalistas clásicos y contemporáneos no puede dejar de advertirse algunos rasgos no precisamente alentadores para un abogado litigante, como p. ej. la reflexión de un abogado español refiriéndose a la Cámara de Comercio Internacional y la Corte de Arbitraje de París. Según este letrado su reglamento, en vigor desde 1975, "no posee respaldo ni sanción jurídica de Estado alguno, radicando su valor jurídico única y exclusivamente en la remisión contractual que las partes realizan en la cláusula arbitral; siendo así, la principal función de la Corte es la de administrar el reglamento, por lo cual puede decirse que como organismo administrativo y mientras se constituye el respectivo tribunal de arbitramento, sirve de intermediario entre las partes y entre éstas y las personas que se han designado como árbitros, recibiendo la demanda, enviándola a la parte demandada para su información y recibiendo de ésta la contestación de la demanda o la reconvención si fuere el caso."[2] También hay, desde luego, visiones optimistas,[3] pero son visiones del problema desde la óptica de cada derecho local, antes que de una construcción universalizada de derecho internacional.

1.1.3. *El arbitraje internacional como "excepción"*

En el ámbito interno la renuencia es la regla, en todos los frentes, aunque existan avances normativos importantes. El primer progreso normativo que parece de significación está todavía teñido de excepción. Es el propio CPCCN, cuyo art. 1° dispone que "La competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable. Sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales y por el artículo 12, inc. 4º, de la ley 48, exceptúase la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de partes. Si

[1.2] Transcripción efectuada en MONROY CABRA, *op. cit.*, pp. 76-7.
[1.3] ROBERT, *L' Arbitrage, droit interne, droit international privé, op. cit.*, p. 225 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

estos asuntos son de índole internacional, la prórroga podrá admitirse aun a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la república,[4] salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por ley." El CPCCN reconoce expresamente la preeminencia de las normas puntuales de los tratados bilaterales de inversión por las cuales el Estado presta consentimiento por anticipado a someter cualquier controversia con un inversor extranjero (que califique como tal de conformidad con las disposiciones del tratado aplicable) relativa a una inversión protegida.

1.2. *Algunas primeras señales de cambio*

De todas maneras, algunas luces positivas existen más recientemente, p. ej. la ley 24.488 sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos, que por el principio de reciprocidad, resulta aplicable al propio Estado argentino. El art. 2°, inc. *h*), dispone que no se puede invocar dicha supuesta inmunidad de jurisdicción "Cuando, habiendo acordado por escrito someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, pretendiere invocar la inmunidad de jurisdicción de los tribunales argentinos en un procedimiento relativo a la validez o la interpretación del convenio arbitral, del procedimiento arbitral o referida a la anulación del laudo, a menos que el convenio arbitral disponga lo contrario."

En una misma tónica optimista puede recordarse la ley 23.619, de 1988, aprobando la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras; la ley 24.322, de aprobación de la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional; el decreto-ley 22.921/83, aprobatorio de la "Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales:"[5] la ley 24.353 aprobatoria del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. De todas maneras, es esa continuada actividad legiferante del Estado en su actuación bilateral internacional lo que está sentando las bases para que se produzca finalmente, tal vez, un cambio empírico cierto.[6]

[1.4] La excepcionalidad del arbitraje está reconocida antes de esta reforma legislativa que admite el arbitraje: CNCom., Sala A, *Jatar*, 1965, *LL*, 120: 68.

[1.5] Otros tratados de arbitraje no suscriptos por la Argentina hacia 1993, en CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, estudio de la *Section du rapport et des études*, aprobado por la Asamblea General del Consejo de Estado del 4 de febrero de 1993, París, La documentation française, 1993, p. 112 y ss. Si bien de la misma fecha, tiene información *prima facie* más actualizada ROBERT, *op. cit.*, p. 226 y ss.

[1.6] Para colmo, en algunos casos, nuestro comportamiento en la materia ha sido negligente. En el juicio arbitral abierto en Washington por más de 200 millones de dólares, con motivo de la concesión de Tucumán a *Aguas del Aconquija*, cuyo laudo fue dictado en el año 2000 y luego anulado por un Comité de Anulación del CIADI ni siquiera designamos árbitro de parte y nos fue desinsaculado. Tuvimos suerte: nos tocó un jurista de altísima reputación internacional, absolutamente probo y responsable, como es THOMAS BUERGENTHAL. Luego de la anulación, el caso ha sido replanteado habiendo superado ya la etapa de jurisdicción.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Dicho en otras palabras, hay renovados fundamentos normativos nuevos, pero falta la inclinación y la voluntad de los funcionarios. Hasta ahora no parece que las nuevas normas hayan podido modificar la vieja situación. CROISET decía de la administración que "no se cambia la realidad por decreto." A lo cual cabría agregar "y tampoco por tratado internacional."

1.3. *La Argentina en el proceso de globalización*

Por un lado, existe lo que parece ser una tendencia crecientemente favorable a la sumisión del Estado argentino, por voluntad propia, a mecanismos internacionales de resolución de controversias. En efecto, el camino que recorre el derecho argentino es la progresiva sumisión a los tribunales tanto internacionales como extranjeros, sean ellos judiciales, administrativos o arbitrales.

Pero donde se presenta más débil en la práctica es en lo arbitral, a pesar de existir muchos tratados que autorizan claramente esta vía. Se ha manifestado recientemente, a comienzos del siglo XXI, un fuerte discurso oficial contrario al arbitraje por parte un cierto sector de la doctrina argentina y de la Procuración del Tesoro de la Nación actuando como abogado del Estado en tales juicios.

Todo ello se ha visto reflejado de alguna manera en un fallo reciente de la Corte Suprema, *in re Cartellone*,[7] que si bien referido al derecho interno parece sentar "doctrina" aplicable a arbitrajes internacionales.

Tal reacción encuentra su origen aparente en las innumerables demandas por violación de los tratados bilaterales de inversión que la Argentina tuvo que afrontar en los inicios del siglo XXI ante tribunales arbitrales internacionales, a raíz principalmente de las medidas adoptadas en el marco de la emergencia declarada en el año 2002. Sin embargo, ello no ha revertido la tendencia arriba indicada. Pese a las voces contestatarias oficiales y privadas, el Estado no ha denunciado ninguno de los tratados bilaterales de inversión suscriptos con naciones extranjeras. Pero la contradicción es aún más profunda, como lo adelantamos en el capítulo anterior.

El tema del arbitraje administrativo internacional presenta así especiales dificultades de análisis, pues no se trata tan sólo de relatar las normas de los tratados sino también de comprender el contexto evolutivo en el cual se insertan, con más las razones de esa debilidad empírica, antecedentes normativos y las posibilidades de una eventual superación. No se explicaría la cuestión con una mera referencia normativa. No existen tampoco experiencias concretas que tengan generalidad suficiente como para mostrar un procedimiento en la práctica, como en cambio, puede hacerse con otros temas (audiencia pública, justicia administrativa internacional.)[8] Deberemos pues recorrer un camino circular, de aproximaciones

[1.7] *LL*, 2004-E, 266. Ver *supra*, cap. XVII, nota 1.4.

[1.8] Temas que desarrollamos en este t. 2, *supra*, caps. XI, "El procedimiento de audiencia pública," y XVI, "La justicia administrativa internacional" y sus referencias, a los que ahora nos remitimos para su análisis.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

sucesivas: reseñar primero la tendencia internacionalista en que se insertan esos numerosos tratados de arbitraje administrativo internacional. Luego, mostrar cómo se ha dado en nuestro país la tendencia histórica específicamente contraria al arbitraje en todas sus formas, para mejor entender las dificultades del tema.

1.4. *El contexto internacionalista argentino*

Si nos atenemos primero tan sólo a la tendencia general internacionalista, que parece atravesar actualmente el país, resulta difícil pero no imposible entender que en este aspecto la realidad no haya acompañado a los tratados. En efecto, es posible que en algunos de los demás campos hayan operado fuerzas sociales y políticas más fuertes que las que han actuado aquí, pero ellas mismas han sido disímiles en cada campo y disímiles han sido por ende las consecuencias en cada tema.[8] Esto se puede comenzar a verificar con el precedente más antiguo y permanente de sometimiento a la jurisdicción extranjera, que es el caso de la deuda pública externa,[9] y quién puede tomar decisiones al respecto.[10] No es del caso volver a explicarlo aquí,[11] pero ha de resultar fácil comprender que el interés de los acreedores ha sido múltiple, organizado y fuerte. En algunos contratos de crédito externo se prevé, junto a la aplicación del derecho extranjero,[12] el arbitraje internacional.[13]

En una materia bien diversa puede recordarse los principios del *jus gentium*, reconocidos desde el siglo pasado por el art. 118 de la Constitución nacional, conforme a los cuales la jurisdicción nacional no excluye otras jurisdicciones extranjeras o internacionales.[14] Aquellos principios constitucionales comienzan a ser derecho viviente, con su reconocimiento adicional en algunos tratados internacionales con expresa inclusión constitucional (tortura, genocidio.)[15]

[1.8] La convicción extranjera por el arbitraje internacional no es tampoco todo lo fuerte que uno podría ingenuamente imaginar.

[1.9] A cuyo efecto nos remitimos al cap. IV, "El contrato de crédito externo," en el libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed.

[1.10] La cuestión se ha vuelto tan normal que las discusiones actuales giran en torno a si es una atribución presidencial o del Jefe de Gabinete de Ministros, pues algunas leyes de presupuesto han dado la atribución al segundo: ver RODRÍGUEZ GALÁN, ALEJANDRA y GIRARDI GUTIÉRREZ, EUGENIA M., "Operaciones de crédito público externo, atribución presidencial," *LL*, 1997-C, 1268.

[1.11] Ya lo hicimos en el cap. IV, "Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio" del t.1.

[1.12] Que excluye la aplicación de leyes locales posteriores como la 24.264, como explica LÓPEZ OLACIREGUI, MARTÍN, "Aplicación de una nueva ley argentina a los convenios económico-financieros internacionales que se están cumpliendo," *RDA*, 30/1: 95-9, Buenos Aires, 1999.

[1.13] Ver CHASE PLATE, LUIS ENRIQUE, *Los contratos públicos*, Asunción, Intercontinental Editora, 1998, pp. 226-7.

[1.14] COLAUTTI, CARLOS E., "El artículo 118 de la Constitución y la jurisdicción extraterritorial," *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, 11: 31, Buenos Aires, 1998.

[1.15] GORDILLO y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1999, 4ª ed. Ver la ley 23.338, convención sobre la tortura.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

En el mismo nivel cabe ubicar la convención interamericana contra la corrupción[16] y el tratado internacional contra la corrupción,[17] cuyo art. 7° señala que el delito de lavado de dinero será tipificado como tal por las partes independientemente del lugar en que el acto de corrupción haya ocurrido.[18] Los Estados admiten así, una vez más, la jurisdicción extranjera para el juzgamiento de hechos ocurridos en su territorio. Nuestro país ha adherido a este criterio en el art. 258 *bis* del C.P. para el soborno transnacional.[19]

Está claro que, en esta materia, al igual que en las anteriores nosotros no estamos haciendo mucho para que las normas sean operativas nacional o internacionalmente, pero al menos hemos habilitado normativamente la vía internacional y ella ha comenzado a funcionar. Ha ocurrido lo mismo en materias muy dispares, como el transporte marítimo o aéreo:[20] ¿cómo es entonces posible que una cuestión que pudiera parecer más sencilla, como el arbitraje administrativo internacional, tenga tanta dificultad de concretarse, siendo las normas de los tratados abundantes y sencillas, a más de tener mayor jerarquía normativa?

1.5. *Los múltiples tratados de arbitraje*

Aquel progreso tiene una connotación propia en materia de arbitraje. Allí se presenta otra variante de la lucha entre dos concepciones: una antigua, adversa al arbitraje incluso nacional y otra más reciente, favorable —pero de lento y casi imperceptible avance empírico— al arbitraje internacional. No es un paso fácil de acelerar ni una armonización sencilla de lograr, habida cuenta que es unánime la observación de que el tribunal arbitral carece de *imperium*, precondición de la *executio*.[21] La *executio* del laudo arbitral internacional habrá de ser efectuada por los tribunales locales herederos de la concepción adversa.[22]

[1.16] Ver en nuestro art. "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091.

[1.17] *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, 20-XI-97, www.oecd.org.

[1.18] *"Without regard to the place where the bribery occurred."*

[1.19] En efecto, según la reforma al Código Penal efectuada por la ley de ética pública, penamos aquí el soborno transnacional que nuestros agentes realicen en el exterior, como ya lo hacía el derecho norteamericano; ver también "La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC)," en Asesoría General de Gobierno, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10.

[1.20] El decreto-ley 22.718/83 admite la jurisdicción extranjera para el "Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar."

[1.21] Ver Caivano, Roque J., *Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de solución de conflictos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993. El problema no es sólo argentino: ver Caivano, "Bolivia sancionó una nueva ley de arbitraje," *LL*, 1998-A, 999; Cantuarias S., Fernando, "Nueva ley de arbitraje peruana, Ley 26.572," *JA*, 1996-III, 673.

[1.22] Aguilar Valdez, Guillermo, "Le régime juridique de l'exécution des sentences arbitrales étrangeres en Amérique Latine," en Chambre de Commerce Internationale, *L'exécution des sentences arbitrales*, París, 1989, p. 105 y ss.; Morello, Augusto Mario, "Arbitraje internacional. Superar puntos críticos y contribuir a su difusión," *ED*, 185: 1171, punto I *b)*, segundo párrafo.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

El inversor extranjero que ganó un arbitraje internacional, por su parte, si no obtiene éxito local en la ejecución del laudo, lo único que puede hacer es blandir el fallo incumplido ante los foros políticos y financieros internacionales, arrimar la gestión diplomática de sus embajadores, etc., todo lo cual no es despreciable pero resulta siempre un sucedáneo del cumplimiento liso y llano de la sentencia. A través de estos medios alternativos, no siempre eficaces, el inversor puede finalmente obtener el cumplimiento de la sentencia, pero llegado a ese punto la reticencia del Estado incumplidor ha afectado gravemente la seguridad y previsibilidad jurídicas, que debiera incluir el acatamiento y cumplimiento a las sentencias de tribunales arbitrales internacionales.

1.6. *El arbitraje internacional entre Estados*

En los conflictos entre Estados u organismos internacionales[23] la regla ha sido la constitución puntual de árbitros para el caso[24], o la creación de tribunales permanentes; la Corte Internacional de Justicia de la Haya en cuanto tribunal judicial y no arbitral no se percibe tampoco como satisfactoria.

Cuando se trata de casos en que el Estado es parte, hay una sensación básica de inseguridad para el funcionario público nacional que debe llevar adelante esta parte del procedimiento. Si el tratado prevé la aplicación del reglamento de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, encontrará que en la versión de 1977, la elección del árbitro tercero es de resultado no previsible. Según la resolución 31/98, en ese caso, es el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya quien designa una "autoridad nominadora," salvo que las partes hayan resuelto elegirla ellas mismas. Esta llamada "autoridad nominadora" designa a su vez sea *a)* el árbitro *tercero* si no hay acuerdo de partes a su respecto, sea *b)* el árbitro *único* si así se ha convenido. Es, como se advierte, un procedimiento de etapas múltiples, quizás un poco complicado y/o confuso. La autoridad nominadora puede designar directamente el árbitro tercero, o someter a las partes una lista de por lo menos tres árbitros posibles. Esta lista es devuelta por las partes suprimiendo el nombre de las personas que objeta y enumerando los restantes en el orden de su preferencia. Si existe acuerdo en la selección de las partes, el árbitro tercero es designado de tal modo por la autoridad nominadora; si no existe acuerdo, la autoridad nominadora ejercerá su criterio discrecional para nombrar al árbitro tercero (arts. 6º a 8º.) El árbitro así designado puede ser recusado y en tal caso la autoridad nominadora resolverá sobre la procedencia de la recusación (arts. 9º a 12); también se

[1.23] En los conflictos limítrofes, su resolución ha sido sometida a árbitros y el Estado no ha escatimado recursos para ejercer su defensa ante el tribunal arbitral internacional. Ver decreto 2456/91, *B.O.* 26-XI-91, para el diferendo con Chile, ley 23.172, *B.O.* 30-IV-85, de aprobación del tratado de paz y amistad con Chile, de 1864.

[1.24] La lista es inagotable; leyes 23.782, 24.216, 24.615, 24.936, 24.420, 24.869, 24.848, 24.722, 24.701, 24.295, 24.370, 24.375, 24.649, 24.072, 24.646, 24.860, etc.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

pueden sustituir los árbitros en caso de muerte o renuncia, por el mismo procedimiento (art. 13.) Este mecanismo hace recordar al codificador cuando en una misma frase equipara la decisión "*por la suerte o por árbitros*" (CC, art. 2706.) Parecidos problemas aquejan al Régimen Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, previsto en los arts. 57 a 77 del Estatuto de la Bolsa. De acuerdo al reglamento, los gobiernos extranjeros pueden ser partes (art. 6°) y el tribunal está integrado por tres árbitros permanentes y cada año el Consejo de la Bolsa confecciona tres listas de quince árbitros suplentes cada una, para sustituir por sorteo a algún árbitro recusado, excusado, impedido o ausente (art. 12.) No hay muchos casos en el tribunal. Son frecuentes los juicios derivados de cuestiones previas, como el compromiso arbitral. También por la constitución del tribunal arbitral, cuando no se ha recurrido a la Bolsa y desde luego por la ejecución, los honorarios, etc.; pareciera que nunca el sometimiento al arbitraje evita tener que tramitar juicios de todas maneras, por uno u otro motivo; este es el talón de Aquiles del sistema arbitral: terminar de todas maneras en una justicia que no verá con buenos ojos lo allí actuado. No obstante las salvedades expuestas, las partes que se someten a su decisión arbitral suelen estar satisfechas con los resultados del procedimiento y de la decisión arbitral.

1.7. *La "internacionalidad" del arbitraje*

Como ocurre en toda materia de derecho, hay precedentes para todos los gustos: desde quienes han considerado que el arbitraje era internacional cuando resultaba aplicable la ley internacional y no local, siguiendo por el criterio de que el contrato se ejecutara en el extranjero, o que pusiera en juego los intereses del comercio internacional, etc.[25]

1.7.1. *¿El lugar del arbitraje, las partes y el procedimiento?*

"Internacional," en cualquier caso, es una palabra ambigua por excelencia, tanto como lo es la palabra arbitraje según ya vimos. Con lo cual tenemos dos ambigüedades sumadas en esta materia. No hay dudas de la internacionalidad de un arbitraje[26]

[1.25] ROBERT, *L' Arbitrage, droit interne, droit international privé, op. cit.*, pp. 226-7 y p. 228, nota 14 *in fine.* Desde el punto de vista de este autor, que refleja la jurisprudencia interna francesa, es intrascendente para calificar de internacional el arbitraje tanto la nacionalidad de las partes, como la ley aplicable al contrato o al arbitraje, o el lugar en que se celebra el arbitraje. En nuestros tratados bilaterales de protección de inversiones extranjeras el carácter internacional lo dan dos elementos: la nacionalidad extranjera de una de las partes frente al Estado y la sede del arbitraje.

[1.26] Para SANTOS BELANDRO, RUBÉN B., *Seis lecciones sobre arbitraje privado e internacional,* Asociación de Escribanos del Uruguay, 2002, p. 33 citado por AGUILAR, FERNANDO, "¿Para qué sirve una ley nacional de arbitraje?," *LL,* 19-I-2005 y 20-I-2005: "el arbitraje es internacional cuando contenga algún elemento objetivo de extranjería, ya sea la nacionalidad de las partes, o la sede del arbitraje, o la naturaleza internacional del contrato o negocio que da origen a la controversia, a lo que agrega el autor que la relación jurídica de la que dimane la controversia afecte a intereses del comercio internacional (Ley de Arbitraje de España.)"

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

cuyo tribunal está constituido en el exterior,[27] con árbitros terceros extranjeros,[28] en el cual el Estado argentino no participa como órgano decisorio sino como parte, siendo parte actora un inversor extranjero que no es residente de la Argentina y en que la decisión se pronuncia en el exterior, sin aplicar normas nacionales de procedimiento arbitral. Tampoco la hay, si el lugar de celebración y ejecución del contrato al cual el arbitraje se aplica se encuentra en el exterior.[29]

1.7.2. *¿El inversor extranjero?*

Pero caben variantes considerables, comenzando por la naturaleza extranjera del inversor, ya que puede ser que sean capitales extranjeros que hayan constituido en el país una filial conforme a la legislación local, lo cual la tornaría en principio y formalmente como una inversora local.

En estos casos, el inversor extranjero protegido por un tratado bilateral de inversión mantiene la legitimación para accionar por violación de sus derechos bajo el tratado como consecuencia de los perjuicios sufridos directamente por la sociedad local e indirectamente por él.[30] Asimismo, por aplicación de ciertas cláusulas dispuestas en algunos tratados, se le otorga también a la sociedad local controlada por un inversor extranjero, legitimación para recurrir al arbitraje internacional mediante la ficción de considerarla inversora extranjera a esos efectos. El tratado con Francia,[31] art. 1°, inc. 2º), ap. *c)*, señala que quedan comprendidas en la calidad de inversor extranjero "las personas jurídicas efectivamente controladas directa o indirectamente por los nacionales de una de las partes contratantes o por personas jurídicas que tengan su sede social en el territorio de una de las partes contratantes y constituidas de conformidad a la legislación de la misma." Tal posibilidad se encuentra expresamente prevista en el art. 25 (2) 86) del Convenio CIADI.

1.7.3. *¿La residencia de las partes?*

El criterio de la residencia de las partes como fundante del carácter internacional de un arbitraje ha sido criticado por la jurisprudencia francesa, que prefiere en su lugar utilizar el criterio del comercio internacional;[32] ello es adecuado para el caso

[1.27] Es la regla desde el convenio de Nueva York de 1958, como señala MORELLO, *op. cit.*, punto I, *c)*. A veces ellos es suficiente, como en el acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur, ley 25.223, art. 2º inc. *h)*. Ver también DURÁN MARTÍNEZ, AUGUSTO, *Estudios jurídicos a propósito del Mercosur*, Montevideo, Ingranusi, 1999, p. 17 y ss., p. 96 y ss.

[1.28] Ha perdido relevancia la nacionalidad o domicilio de los árbitros: MORELLO, *op. loc. cit.*

[1.29] Es, invirtiéndolo, prácticamente el mismo criterio de que el país sede del tribunal sea otro que aquél donde se pedirá la ejecución del fallo. Ver la enumeración de criterios alternativos en la ley modelo de 1985, UNCITRAL, que enuncia MORELLO, *op. loc. cit.*

[1.30] La legitimación del accionista, aún minoritario, ha sido reconocida en numerosos casos: *LANCO v. Argentina, CMS v. Argentina, Enron v. Argentina, LG&E v. Argentina, Azurix v. Argentina, Camuzzi v. Argentina*, etc. La Argentina cuestiona duramente estos precedentes.

[1.31] Ley 24.100.

[1.32] ROBERT, *op. cit.*, p. 228, nota 12, adonde nos remitimos al efecto.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

del inversor extranjero en el país, tal como los tratados lo señalan, pues sería contradecir la letra del tratado concluir que entonces el arbitraje *no* es internacional. Dicho en otras palabras, por el hecho de que ambas partes residan en el país no puede considerarse excluida la jurisdicción arbitral administrativa internacional que éstos tratados contemplan a título expreso.

1.7.4. *¿El lugar del arbitraje es determinante?*

También se señala críticamente que se tome el lugar del arbitraje como determinante,[33] lo cual dejaría abierta la puerta para que en el contexto de estos tratados se utilice el arbitraje *internacional* pero *con sede en el país*, lo que tiene tanto aspectos positivos como negativos. Esta es una variante de interés que merece una cuidadosa ponderación de todos los intereses en juego.

1.7.5. *¿La sola nacionalidad del árbitro tercero es determinante?*

Los tratados de inversiones extranjeras garantizan acudir al arbitraje y, generalmente, se concede al inversor el derecho de optar entre un tribunal constituído bajo las reglas de CIADI o CNUDMI, o bien, un tribunal ad-hoc conforme a las reglas que las partes establezcan[34]. Sea el tribunal unipersonal o sea colegiado, los árbitros no pueden tener la nacionalidad ni del inversor extranjero ni del Estado parte. Ello parece dirigirse más a asegurar la imparcialidad del procedimiento que a conferirle carácter internacional al arbitraje, y requieren que el árbitro tercero no sea de la nacionalidad de ninguna de las partes en el conflicto, pero no es obligatorio que el tribunal se reúna en el exterior, ni es categórico que deba tratarse de una sola persona física en lugar de un órgano colegiado, ni está dicho cuál es la característica que debe reunir el inversor extranjero para estar comprendido en el marco del tratado.

1.7.6. *Algunas primeras reflexiones*

a) ¿Debe un tribunal internacional trabajar solamente en idioma inglés o francés, o puede hacerlo en idioma castellano? Es obvio, al menos en esta pregunta, que la internacionalidad no puede estar dada por la lengua.

b) ¿Tiene sentido un tribunal internacional de lengua hispana, o hispano lusitana, o de integración pluricultural? Adelantamos una opinión favorable siempre que sea materialmente posible encontrar un mecanismo operativo a satisfacción de ambas partes; si no se lo encuentra, deben tomarse algunos recaudos empíricos adicionales para no tener problemas ulteriores en la ejecución del laudo arbitral,

[1.33] ROBERT, *op. loc. cit.*

[1.34] Sin embargo, cabe notar que si bien las cláusulas de resolución de disputas de los tratados bilaterales de inversión permiten efectuar generalizaciones, debe estarse siempre a las previsiones específicas que cada uno de ellos establezca.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

según explicaremos. Cabe así explorar la constitución de un tribunal permanente de arbitraje que se reúna en el propio país u otro donde pueda utilizarse la misma lengua, por la notoria restricción que le impone a la defensa del Estado el no contar con suficientes letrados expertos en cada materia y además fluidos en el idioma del tribunal, como para ejercer una defensa útil.

O al menos un tribunal con traducción simultánea que incluya la posibilidad de actuar una o ambas partes en castellano y la otra y el árbitro tercero en inglés, como efectivamente ocurre en el caso de los arbitrajes regidos bajo las reglas del CIADI, donde ello es prácticamente extendido y cada parte puede optar entre dirigirse al tribunal en castellano, inglés o francés. Y nada impide agregar más lenguas, p. ej. la lengua nativa del árbitro tercero. Caro, sin duda, pero cuando se van agotando las alternativas sencillas y baratas *que funcionen*, no hay más remedio que pensar también en otras variantes para ver si ellas resultan operativas. Ello puede ser una causa que lleve a los funcionarios administrativos a actuar con extrema reticencia en toda propuesta de acudir a un arbitraje internacional.

c) Tomando las críticas —sólo las atendibles— efectuadas al arbitraje internacional adoptadas como defensas o argumentos en contra expresados por la Procuración del Tesoro de la Nación en las causas que ha sido demandado nuestro país ante los tribunales arbitrales internacionales (fundamentalmente ante el CIADI), pensamos que la integración del tribunal con árbitros permanentes (no eternos ni inamovibles) no sólo despejaría los —ya muy oscuros— nubarrones que sobrevuelan a la viabilidad del arbitraje como solución de controversias, al tener la posibilidad de conocer —previo al conflicto— quiénes son lo que fallarán en el laudo (indudablemente deberán ser personas de indiscutible prestigio internacional), pudiendo además importar la no despreciable generación de líneas doctrinarias propias que irían sentando criterios. Al no alterarse la composición personal del tribunal arbitral, brindarían cierta seguridad jurídica respecto de los planteos más generales o cruciales, así por ejemplo y como luego veremos, qué sería razonable entender por cuestiones de "orden público local" en un contexto determinado, para saber de antemano los contornos de tan sinuoso concepto.

2. *La materia arbitral en algunos tratados recientes*

2.1. *Introducción*

En ese contexto adverso los sucesivos tratados no han sido suficientes para hacer del arbitraje un modo normal de resolver conflictos entre administración y administrados, o inversores extranjeros. Primero se fueron dictando leyes aisladas, luego se modificó —como ya vimos— el CPCCN. Ahora se ha intensificado la permisión a través de tratados internacionales, que contemplan a su vez el arbitraje internacional para los conflictos de los inversores externos con el Estado argentino. No hay dificultades jurídicas para impedir concretar tales arbitrajes

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

internacionales, pero sería ingenuo suponer que será fácil transformar el conjunto de nuevas normas en una realidad dotada de un mínimo de previsibilidad y permanencia, que revierta toda la tradición adversa que acabamos de comentar. Analizaremos aquí algunos de los tratados bajo estudio, sin olvidar que a partir de la Constitución de 1994 todos tienen rango supralegal como mínimo. En cualquier caso, no puede desconocerse que se trata de una reversión de la corriente histórica de las décadas precedentes, por lo cual no está exenta de dificultades para su concreción empírica; no es fácil pasar de *normas* nuevas a una nueva *realidad*. Dado que los distintos tratados son bilaterales, sus soluciones no son siempre susceptibles de ser organizadas institucionalmente de manera uniforme, ni tampoco reorganizadas. Ahí está su primera gran debilidad. Una reflexión inicial que esto sugiere, unida a los comentarios que más adelante agregaremos, es la de intentar crear un tratado general de inversiones extranjeras al cual los países vayan adhiriendo y que prevea un sistema uniforme y estable de arbitraje internacional y un tribunal permanente de arbitraje. Bajando las aspiraciones, sería al menos deseable crear al menos un tribunal estable al cual las partes puedan ocurrir confiablemente, en el sentido de tribunal conocido y cercano, sin necesidad de tener que enfrentar soluciones y dificultades prácticas de diversa índole, que luego mencionaremos, en tribunales donde existe menos familiaridad con su *modus operandi*. Dentro de esa línea se encuentra el tratado celebrado con los países del Mercosur[1] que puede ser ejecutado internamente por cada país dictando una ley en materia de arbitraje internacional. Brasil lo ha hecho con la ley 9.307/96.[2]

2.2. *La protección a los inversores de Estados no partes del Mercosur*

Podemos mencionar muchos casos y lo haremos, pero el que merece destacarse por sus particularidades y alcances es el de la ley 24.554, que se refiere a la promoción y protección de inversiones provenientes de Estados no partes del Mercosur. El tratado, si bien suscripto con los miembros del Mercosur, establece en su art. 1° que "Los Estados Partes se comprometen a otorgar a las inversiones realizadas por inversores de Terceros Estados un tratamiento no más favorable que el que se establece en el presente Protocolo." En el art. 2° establece a su vez que "A los efectos indicados precedentemente, el tratamiento general a convenir por cada Estados Partes con Terceros Estados no reconocerá a estos beneficios y derechos mayores que los reconocidos al inversor en las siguientes bases normativas."

Dado que en lo que nos interesa éste es más amplio que los tratados bilaterales de protección de inversiones extranjeras mediante el sistema de arbitraje interna-

[2.1] Ver BRITO, MARIANO, "Solución de controversias en el Mercosur," en GROS ESPIEL, HÉCTOR y otros, *El derecho de la integración del Mercosur*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 1999, p. 161 y ss., p. 166.

[2.2] Ver FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA LIDIA, "El arbitraje en Brasil. Un paso hacia adelante," en *Plenario, Revista de la Asociación de Abogados de Buenos Aires*, 40: 5-10 (mayo de 1998). Ver también nuestra ley 24.102, "protocolo para solución de controversias en el marco del Mercosur."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

cional, se torna crucial la interpretación que se asigne a sus arts. 1° y 2°: ¿constituyen una mera relación interna entre los Estados contratantes, cuyas cláusulas no pueden ser invocadas por inversores de terceros Estados? ¿Son, entonces, para repetir la historia argentina, "programáticos"? ¿Incurrirán nuestros tribunales en el mismo error que cometieron inicialmente con el Pacto de San José de Costa Rica en *E., F. E.*,[3] para corregirlo tardíamente en *Ekmekdjian*, mantenido en *Petric*?[4] ¿Mantendrán la línea "internacionalista" de otros pronunciamientos, apoyando la permisión de ocurrir a un tribunal permanente antes que a tribunales *ad hoc* caso por caso? Si tomamos una interpretación que proteja la solución justa del caso, que tutele la buena fe internacional y que asegure el flujo de inversiones extranjeras, pareciera jurídico y conveniente interpretar que el tratado garantiza a *todos* los inversores de terceros Estados, específicamente no partes del Mercosur, el derecho que enseguida comentamos. Si prevalece en cambio la interpretación exegética o dogmática de la ley, privilegiando la letra pequeña de una parte del texto por sobre los principios del sistema jurídico, entonces no se puede invocar este tratado sino que será necesario invocar los tratados bilaterales existentes. En todo caso, no estará demás recordar que tales estos deben leerse en el contexto del resto del sistema internacional, como ha resuelto la CSJN en *Arce*, del año 1997,[5] con lo cual no debería tal vez olvidarse del todo lo aquí contemplado.

Concretamente, el tratado reconoce al particular el derecho de ocurrir ante la jurisdicción nacional u optar por el arbitraje internacional (art. 2°, inc. H), pero con la particularidad prevista en su apartado 3.) Se trata del derecho del inversor a que "En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser sometida, a elección del inversor, a un tribunal de arbitraje «ad hoc» *o a una institución internacional de arbitraje*."

Creemos que esta es la línea que debe seguirse y debe procurarse enfatizar el sistema de una institución internacional de arbitraje, no necesariamente una de las existentes por los motivos que luego veremos, para de este modo también dar cumplimiento fiel a un tratado de integración, como ya lo adelantó la CSJN en *Cafés La Virginia S.A.*,[6] especialmente en el voto de BOGGIANO y luego en *Dotti*,[7] amparado especialmente por la Constitución en su art. 75, cuando autoriza o al menos prevé *urbis et orbis* un mecanismo más apto, *prima facie*, para la constitución de un tribunal internacional.

[2.3] Ampliar en nuestro *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, 5ª ed., cap. IV, "Filosofías y técnicas de interpretación," sección I, "Caso *E., F. E.*," pp. 1-15.

[2.4] CSJN, *Petric*, *Fallos*, 321: 885, *LL*, 1998-C, 284, con nota de BARRANCOS Y VEDIA, FERNANDO, "El derecho de rectificación o respuesta, la Constitución nacional y la libertad de prensa en un fallo de la Corte Suprema," *LL*, 1998-D, 330; *Ekmekdjian*, 1992, *Fallos*, 308: 647; *LL*, 1992-C, 543; *ED*, 134: 354.

[2.5] *LL*, 1997-F, 697 y *LL*, 1998-A, 326.

[2.6] *LL*, 1995-D, 277, con nuestra nota "La creciente internacionalización del derecho y sus efectos," reproducida en GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 1, p. 31.

[2.7] *Fallos*, 321-1: 1226, *DJ*, 1998-3, 233.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

2.3. *Tratados bilaterales con elección excluyente de vías*

En el grupo más numeroso de tratados, la jurisdicción nacional y el arbitraje internacional son alternativos y mutuamente excluyentes: *electa una via non datur recursus ad alteram*. En los pliegos de licitaciones que convoca el Estado nacional se incluye la cláusula de jurisdicción nacional exclusiva, lo cual es práctica constante y persistente. Analizaremos posteriormente la validez y eficacia de esta renuncia a la jurisdicción arbitral internacional. Sin perjuicio de ello, es conveniente realizar dos aclaraciones preliminares. Una línea prácticamente pacífica de precedentes internacionales tiene dicho que las cláusulas contractuales contenidas en pliegos que supuestamente obliguen a la jurisdicción nacional *exclusiva*, no obstan a que el inversor extranjero recurra al arbitraje internacional invocando los derechos atribuidos en el tratado bilateral de inversión, pues tales cláusulas debe entenderse que rigen únicamente para reclamos por incumplimientos contractuales.[8] En segundo lugar, para tener por precluída la vía arbitral por haberse interpuesto una demanda ante los tribunales locales, o viceversa, la interpretación mayoritaria de los laudos internacionales sostiene que la controversia sometida en sede local, para excluir la internacional debe ser idéntica a aquella que pretende interponerse ante el tribunal arbitral: identidad de partes, objeto y pretensión.[9] La mera coincidencia del sustrato fáctico no alcanza.[10]

Existen tratados que prevén el arbitraje internacional como alternativa *excluyente* de la jurisdicción nacional: Se trata de una multiplicidad de tratados suscriptos y aprobados en poco tiempo, aunque no siempre ratificados con el depósito internacional del instrumento, que tienen además cláusulas similares. Es obvio que no hemos estado imponiendo un patrón al resto del mundo, sino que se trata de una corriente internacional que goza de general aceptación entre los Estados.

En este grupo encontramos los tratados con *Armenia*, ley 24.395, art. 9° inc. 2); *Australia*, ley 24.728, art. XIII, párr. 3); *Bolivia*, ley 24.458, art. 9° incs. 2) y 4); *Bulgaria*, ley 24.946, art. 10 inc. 2); *Colombia*, ley 24.891, art. 9° inc. 4); *Costa Rica*, ley 25.139, art. 12 inc. 4); *Cuba*, ley 24.770, art. 9° incs. 2) y 3); *Croacia*, ley 24.563, art. 9° inc. 2); *Chile*, art. 9° inc. 2) de la ley 24.342; *China*, art. 8° de la ley 24.325; *Dinamarca*, ley 24.397, art. 9° inc. 2); *Ecuador*, ley 24.459, art. IX inc. 2); *Egipto*, art. X inc. 2) de la ley 24.248; *El Salvador*, ley 25.023, art. 10 inc. 2); *Estados Unidos de Norteamérica*, ley 24.124; *Filipinas*, ley 25.481, art. 11 inc. 2); *Finlandia*, ley 24.614, art. 9° inc. 2); *Francia*, leyes 24.100 y 24.107; *Guatemala*, ley 25.350, art. 9º inc. 3); *Hungría*, ley 24.335, art. 10 inc. 2); *India*, ley 25.540, art. 9º inc. 3); *Indonesia*, ley 24.814; *Israel*, ley 24.771, art. 8° incs. 2) y 4); *Jamaica*, art. 9° inc. 2) de la ley 24.549; *Lituania*, ley 24.984, art. 9º incs. 2) y 3); *Malasia*, ley 24.613, art. 7 inc. 2); *Marruecos*, ley 24.890, art. 9° inc. *b)*;

[2.8] *CMS v. Argentina, Azurix v. Argentina, Siemens v. Argentina, Enron v. Argentina,* entre otros. Es la forma elegante de no declarar *nula* sino *inaplicable* la cláusula local que pretende excluir la revisión arbitral internacional.

[2.9] *CMS v. Argentina, Genix v. Estonia, Enron v. Argentina, Azurix v. Argentina,* entre muchos otros.

[2.10] Nuevamente, es una forma elegante de dejar sin efecto por inaplicable, en lugar de inválida, la cláusula local que pretende excluir la revisión internacional.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

México, ley 24.972, art. 10 inc. 3); *Nicaragua*, ley 25.531, art. 11 inc. 2); *Nueva Zelandia*, ley 25.539, art. 12 inc. 2); *Panamá*, ley 24.971, art. 9° inc. 2, *b)*; *Perú*, ley 24.680, art. 10 inc. 2); *Polonia*, ley 24.101, art. 10 inc. 2; *Portugal*, art. 8° inc. 2) de la ley 24.593; *Argelia*, ley 25.538, art. 8º inc. 2); *República Checa*, ley 24.983, art. 8º incs. 2) y 3); *Rumania*, ley 24.456, art. 10 inc. 2); *Rusia*, ley 25.353, art. 10 inc. 3); *Senegal*, ley 24.396, art. 9° inc. 2); *Sudáfrica*, ley 25.352, art. 9º inc. 2); *Suecia*, art. 8° inc. 2) de la ley 24.117; *Tailandia*, ley 25.532, art. 9º inc. 4); *Túnez*, ley 24.394, art. 8° inc. 2); *Turquía*, ley 24.340, art. 8° inc. 2); *Ucrania*, ley 24.681, art. 8° inc. 2); *Venezuela*, ley 24.457, art. 11 inc. 2); *Vietnam*, ley 24.778, art. 8° incs. 2) y 3).

2.4. *Tratados que exigen el sometimiento previo de la controversia a los tribunales locales por un plazo limitado*

Según este grupo de tratados, pasados generalmente 18 meses de iniciada la vía judicial, o en caso de disconformidad con el pronunciamiento judicial, se puede acudir al arbitraje internacional. En algún caso la parte actora ha sostenido que este pretendido agotamiento de la vía interna es un ritualismo inútil, pues es manifiestamente imposible que los tribunales locales resuelvan en dicho plazo la controversia *con carácter definitivo* en las tres instancias nacionales, e incluso si se ha pactado o corresponde una única instancia, lo cual acarrea un dispendio jurisdiccional y económico en tasa de justicia, y costas de la contraparte que se deben oblar. Más que un virtualismo inútil es un verdadero valladar carente de la más mínima racionalidad práctica.

Tal es el caso del tratado con *Alemania*, ley 24.098; *Austria*, art. 8° inc. 3) de la ley 24.328; *Bélgica* y *Luxemburgo*, ley 24.123, art. 12, inc. 3); *Canadá*, ley 24.125, art. 10 inc. 2); *Corea*, ley 24.682, art. 8°, inc. 3); *España*, ley 24.118, art. 10, inc. 3); *Italia*, ley 24.122, art. 8°, inc. 3); *Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, ley 24.184; *Suiza*, ley 24.099, art. 9°, inc. 3); *Países Bajos*, ley 24.352, art. 10, inc. 3).

2.5. *La experiencia en el derecho comparado*

El recelo hacia el arbitraje no es sólo un mal argentino. Muchos países requieren una ley del Congreso para que el Estado pueda someterse al arbitraje. Bélgica tiene, en palabras del Consejo de Estado de Francia, "la posición más radical:" requiere un tratado al efecto, no una simple ley.[11] La observación no es para nosotros trivial. Muestra tanto el esfuerzo que el país formalmente realiza a nivel de acuerdos internacionales para introducir el arbitraje como modo de resolución de sus controversias, como también el extraordinario nivel de resistencias y objeciones que dentro de su propio seno debe procurar salvar y superar. No es una cuestión exclusivamente local o de países emergentes. Similares reservas y resistencias se advierten en países desarrollados de Europa y su práctica se la describe como casi

[2.11] Ver CONSEIL D´ETAT, *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, op. cit.*, pp. 108-9. Mendoza en su art. 295 del CPC dispone que "el Estado provincial y sus dependencias no pueden someter sus cuestiones al arbitraje voluntario."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

inexistente o directamente inexistente,[12] con la particularidad, otra vez para *Bélgica* —dicho por el Consejo de Estado de Francia— que pueden recurrir a un "arbitraje clandestino." Dan ese nombre a pedir dictamen a un jurisconsulto independiente, cuyas conclusiones se toman como base para una transacción.[13] De todos modos, parecía bastante frecuente en el pasado reciente que se considerara que no podía someterse al arbitraje cualquier cuestión administrativa. Según el análisis concluido en 1993 por el Consejo de Estado de Francia estarían en esa categoría entre otros *Alemania*, *Canadá*, *Gran Bretaña*, *Italia*, *Japón*, los *Países Bajos*, *Portugal*, *Suecia* y demás países nórdicos, etc.[14] Algunos *obiter dicta* en nuestra jurisprudencia no admitiendo el arbitraje cuando el Estado actúa como "poder público" (noción anticuada si las hay)[15] o carece de ley previa que lo autorice, parecen en ésto superados por la marejada de tratados bilaterales de protección de inversiones extranjeras (2.3 y 2.4), que en forma análoga y sistemática limitan o regulan incluso el poder de expropiación, nacionalización, etc., además de admitir de manera expresa, especial e inequívoca, el sometimiento al arbitraje internacional, sin condicionamiento ni limitación alguna. Los tratados bilaterales que hemos celebrado con ellos son aproximadamente de igual fecha o posteriores, lo cual indica que se trata en todo caso de una mutación tan reciente entre ellos como entre nosotros mismos. Seguramente será necesario explorar todavía mucho más la cuestión para determinar en los diversos países involucrados, el nuestro inclusive, cuál es el origen del aluvión[16] de tratados bilaterales de protección de inversiones extranjeras que se celebraron con tantos países, en un contexto internacional como el expuesto. Quizás se lo ha hecho como algo que pareció natural dentro del proceso de globalización de la economía y el derecho. Ciertamente apuntan en esa dirección.

3. *Los problemas pendientes*

3.1. *La paradojal comparación al viejo "contencioso administrativo"*

En los casos regidos por los tratados mencionados, en que la inversión fue realizada en el país la jurisdicción será pues arbitral internacional, de optar el inversor

[2.12] CONSEIL D'ÉTAT, *op. cit.*, p. 113. Se dan como ejemplo de ello, en 1993, *Alemania* y *Japón*. Tenemos tratado bilateral de arbitraje con *Alemania* pero no con *Japón*. En España tampoco parece haberse utilizado la ley para permitir el arbitraje (*op. cit.*, p. 111), aunque tenemos tratado bilateral con dicho país; en *Grecia* una ley que autoriza el arbitraje en materia administrativa ha sido declarada inconstitucional en 1991, esperándose la modificación de dicho criterio. *Grecia* es uno de los países con los cuales no tenemos convenio internacional de arbitraje para inversiones extranjeras.

[2.13] CONSEIL D'ÉTAT, *op. loc. cit.*

[2.14] CONSEIL D'ÉTAT, *op. cit.*, p. 109 y ss. Ver las notas precedentes.

[2.15] CSJN, *Fallos*, 178: 293, *Cía. Italo Argentina de Electricidad c. Nación Argentina*, 1937; la salvedad es *obiter dictum*, pues en el caso se admitió el arbitraje.

[2.16] Imitamos a CAZZOLA, FRANCO y MORISI, MASSIMO, *L'alluvione dei decreti*, Milán, Giuffrè, 1980: nos ha sorprendido la cantidad simultánea de tratados que no han logrado cambiar la realidad.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

por ella. Existe una intrigante similitud con centenario problema del viejo contencioso administrativo: la ejecución de la sentencia.

Supongamos que el inversor extrajero triunfa y regresa con el fallo favorable que quiere ejecutar. Al respecto, razonemos ahora brevemente como un abogado de la administración al que le encomiendan objetar la ejecución de un laudo internacional en materia administrativa, aunque más no sea para demorar su cumplimiento. Las costas de perder el debate, por de pronto, sabe que no serán su problema. Un primer interrogante que puede así resolver introducir en esta hora tardía es si hizo falta cumplir con la norma local del compromiso arbitral, cuyo incumplimiento tiene pena de nulidad: CPCC, art. 740.[1] Ya sabemos que el contexto del tratado para nada exige el compromiso arbitral, pero la introducción local del tema difícilmente reciba un rechazo *in limine litis* en nuestros tribunales. Las fundadas críticas formuladas a la institución del compromiso arbitral han quedado por ahora de *lege ferenda*.[2]

O supongamos, más simplemente, que tan sólo se atiene al texto del art. 519 *bis*, con total desconocimiento de las previsiones específicas contenidas en tratados internacionales como el convenio CIADI según el cual "Los laudos pronunciados por tribunales arbitrales extranjeros podrán ser ejecutados por el procedimiento establecido en los artículos anteriores, siempre que: 1) se cumplieren los recaudos del artículo 517, en lo pertinente y, en su caso, la prórroga de jurisdicción hubiese sido admisible en los términos del artículo 1; 2) las cuestiones que hayan constituido el objeto del compromiso no se encuentren excluidas del arbitraje conforme a lo establecido por el artículo 737." Es pues, nuevamente, una *executio sub conditione*.

No tenemos duda que esta norma resulta inaplicable a un compromiso arbitral internacional amparado por un tratado como los que estamos viendo, pero también pensamos que un abogado local que deba oponerse a la ejecución de una sentencia arbitral difícilmente resistirá a la tentación de alegar la nulidad que postula el art. 740. Hasta es posible que considere estar actuando correctamente, por esa no muerta tradición que "obliga" a agotar los recursos y defensas. Lo mismo en cuanto al lugar de celebración del laudo, que conforme al art. 741 es el del lugar de celebración del compromiso arbitral si no se fija uno distinto. Es cierto que el argumento se puede replicar con cierta facilidad, pero no lo es menos

3.1 "El compromiso deberá contener, bajo pena de nulidad: 1) fecha, nombre y domicilio de los otorgantes; 2) fecha, nombre y domicilio de los árbitros, excepto en el caso del art. 743; 3) las cuestiones que se sometan al juicio arbitral, con expresión de sus circunstancias; 4) la estipulación de una multa que deberá pagar, a la otra parte, la que dejare de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso."

3.2 Ver CAIVANO, "El compromiso arbitral: una institución inconveniente," *LL*, 1997-F, 1177; GRIGERA NAÓN, HORACIO A., "La autonomía del acuerdo arbitral," *LL*, 1989-D, 1107, etc. En los pliegos de la privatización de YPF se incluyó el compromiso arbitral mismo, cumpliendo ambas partes con los recaudos de la norma procesal. Pero a decir verdad resulta una norma cuanto menos engorrosa para satisfacer *ex ante*. El legislador claramente no ha favorecido ni favorece el arbitraje, por más que diga en infinitas normas lo contrario.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

que difícilmente un juez local rechazará *in limine litis* el planteo. Y queda además por discutir lo referente al cumplimiento de las normas sobre ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.[3] Aquí es donde aparece un aspecto bien poco "internacional" del laudo "internacional:" su ejecución depende del derecho y los tribunales nacionales, los cuales pueden sentirse tentados de revisar la juridicidad intrínseca del laudo arbitral, p. ej. para determinar si cumple con los recaudos nacionales e internacionales del debido proceso en sentido adjetivo y sustantivo,[4] u otros del derecho interno aún cuando su reconocimiento como sentencia definitiva y ejecutable sin más esté dado por un tratado internacional, como expresamente dispone el Convenio CIADI. Esto implica que habrá que seguir litigando, luego de ganado el juicio arbitral, para defender la validez del laudo frente a los más diversos argumentos que la creatividad de la parte perdedora pueda imaginar, sin correr el riesgo, por ser la administración, de que sus abogados sean condenados por temeridad o malicia procesal. El gran problema es que ese análisis se hará en este país, con la cultura jurídica que hemos heredado, adversa a los tribunales arbitrales. La Corte ya ha abierto la puerta de doctrina a la revisión de los laudos internacionales, aún aquellos que resultan irrevisables, en un *obiter* del caso *Cartellone*.[5] Surge, a nuestro juicio, la necesidad de tener presente al menos las objeciones de nuestro sistema interno a fin de cuidar que tan poco de ello como sea posible se transvase con efecto dilatorio a una impugnación al laudo internacional. Por ello, para entender bien la cuestión del arbitraje internacional, hablemos otra vez —paradójicamente— del arbitraje nacional. *Da capo*.[6]

Recuerda MORELLO[7] "La reciente vivencia argentina del arbitraje enseña que, recurrida (ante los jueces del Estado) una acta de misión (compromiso) de un arbitraje administrado por la CCI de París en el que se habían determinado los puntos que a tenor de lo propuesto por las partes, quedaban sometidas al laudo, la disconformidad de una de las partes abrió la vía judicial *interna* (Argentina) de control con la consecuencia de que

[3.3] La ley 23.619, sobre ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, permite excluir cuestiones que no sean de derecho comercial, o en que no haya reciprocidad suficiente, etc. De acuerdo al art. 1º 2. "La expresión «sentencia arbitral» no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido."

[3.4] Sobre ese doble carácter nos remitimos al t. 1, *op. cit.*, cap. VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo," § 8, "El principio de razonabilidad. Introducción" y ss.

[3.5] CSJN, *Cartellone, Construcciones Civiles S.A. c. Hidronor S.A.*, 01-VI-2004, *LL*, 2004-E, 266, con notas de GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, "El control constitucional y el arbitraje," *LL*, 2004-E, 392; MORA, ROBERTO, "¿Aval judicial al incumplimiento internacional?," *LL*, 2004-F, 433, entre muchas otras. Ya lo advertimos en nuestro art. "¿Puede la Corte Suprema de Justicia restituír la seguridad jurídica al país?," *LL*, 2005-A, 905.

[3.6] Como en la cita del film felliniano que utilizamos como cabezal de conclusión en la edición italiana de *L' amministrazione parallela. Il "parasistema giuridico-amministrativo,"* Milán, Giuffrè, 1987.

[3.7] MORELLO, *op. cit.*, punto V, *f)*; "Arbitrajes: Ideologías, dificultades, realidades del arbitraje interno e internacional," en *Contrato y proceso*, Platense y Abeledo–Perrot, 1990, pp. 203-24 y "Tres puntos claves sobre el arbitraje," en *Estudios de Derecho Procesal*, Platense y Abeledo–Perrot, 1998, t. 2, pp. 871-81.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

el consumo de la doble instancia ordinaria con más el ulterior recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y luego de más de *cuatro* años de tramite, el contenido y la delimitación del objeto *arbitral* en controversia no fue el que originariamente fijaron los árbitros, *si no el que terminaron de fijar los jueces del Estado*. Que suplantaron con su *interpretación la de aquellos* de forma tal que las ventajas que a los interesados directos los llevaron a optar por el arbitraje privado comercial (que administra un Tribunal arbitral internacional) quedaron severamente menoscabadas habida cuenta de que las proclamadas ventajas comparativas (tiempo, confiabilidad, costo y comprensión funcional acorde con las particularidades del negocio en debate y una mayor *especialización* de los operadores arbitrales) se vieron totalmente desvirtuadas en lo real de la fenomenología de esa alternativa jurisprudencial."

3.2. *¿El arbitraje internacional es cuestión de derecho nacional?*

En base a lo expuesto se comprende una conclusión que puede parecer más que sorprendente, una verdadera autocontradicción. Es el hecho que se verifica en todo el derecho comparado, que el arbitraje internacional es en definitiva una cuestión que se rige en muchos casos por el derecho nacional.[8] Y no se trata de que las normas procesales nacionales le sean aplicables —que no lo son, salvo en la garantía nacional y universal del debido proceso en sentido adjetivo y sustantivo—; tampoco es que la constitución del tribunal deba hacerse conforme a normas internas. No debe. Se trata, pura y simplemente, de que al carecer el laudo arbitral de *imperium*, todo regresa al punto de partida. Quizás con un ahorro importante de tiempo, seguramente con un análisis más detallado y pormenorizado que se debe a la dedicación integral de un grupo de personas a la resolución de una sola causa, con recursos humanos y materiales suficientes y adecuados para ello. Por ende con una mejor sentencia arbitral, en menor tiempo procesal que el sistema judicial local. Pensamos que es una alternativa valiosa a la cual recurrir para salvar del colapso un poder judicial interno superado por la cantidad de causas, una Corte Suprema no siempre creíble por las partes, la carencia de equipamiento y recursos adecuados para el funcionamiento eficaz del proceso, etc.

Si el Poder Judicial funcionara como debiera, ninguna parte recurriría entonces "innecesariamente" al arbitraje internacional. Y tal vez ninguna parte lo haría con la frecuencia que cabría esperar de las demandas de justicia de la sociedad, porque en el fondo sabe que es un sucedáneo parcial, no una solución integral del problema. Pero dada la virtual falencia del sistema judicial, no puede menospreciarse ningún sistema alternativo de resolución de controversias que pueda demostrarse como eficaz. Este, a nuestro juicio, lo es; con las precauciones del caso, que aquí tratamos.[9]

[3.8] Esta conclusión resulta con total claridad de una de las mejores exposiciones sobre el arbitraje internacional, en ROBERT, *op. cit.*, p. 230 y ss.

[3.9] Es uno de los precios que pagamos, como país, por carecer tribunales en un número razonablemente vinculado a la cantidad de causas, que permita entonces obtener justicia en un plazo igualmente razonable: *infra*, cap. XIV.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

3.3. *La renuncia forzada a la jurisdicción arbitral*

Un problema especial lo constituye el hecho de que se pueda tratar de una inversión realizada a resultas de una licitación pública entre cuyas bases haya figurado el sometimiento exclusivo a la jurisdicción judicial nacional, con exclusión de cualquier otra. Hasta el momento, ello no ha significado escollo para el acceso al arbitraje por el inversor extranjero, conforme lo expuesto más arriba en el § 2.3. Sin embargo, no extrañaría que a causa de las demandas ante tribunales del CIADI que enfrenta actualmente, la Argentina disponga en futuras licitaciones la renuncia expresa por parte del inversor extranjero a tal jurisdicción arbitral que pretenda invocar como base los tratados bilaterales de inversión. No creemos que sea una salida elegante ni mucho menos válida al problema.

Al respecto podría intentar aplicarse, es cierto, la vieja teoría según la cual el voluntario sometimiento a un régimen general excluye la posibilidad de cuestionarlo después; o sea, se habría renunciado válidamente a la jurisdicción arbitral internacional,[10] con la salvedad del caso *Video Club Dreams*, en el sentido que *no* hay voluntario acatamiento cuando la única posibilidad de no perder el negocio es someterse —*ergo*, involuntariamente— a la regla.[11] En ese precedente, la interesada se había inscripto en el registro creado por la norma impugnada y había oblado el tributo ilegal, pero la CSJN en el cons. 6° de su sentencia reconoce el hecho manifiesto de que actos tales como la inscripción de la interesada no "traducen una clara voluntad de someterse a las normas impugnadas en el *sub lite*. Por el contrario, dichos actos revelan —más bien— la intención de no quedar marginada del circuito de comercialización." Con lo cual subsiste la posibilidad de acudir a un tribunal arbitral internacional inclusive habiendo "admitido" la exclusiva jurisdicción nacional a todos los efectos.

No es prudente, desde luego, renunciar *ex ante* y jugarse a que ésta habrá de ser necesariamente la interpretación que se imponga de manera estable en nuestro derecho. Pero claro está que si el caso se presenta ante nuestros tribunales, los árbitros internacionales deberán tener en cuenta el hecho cierto de que en licitaciones públicas internacionales en que se incluya la forzada renuncia a un derecho que acuerdan los tratados que el país celebra, el ente licitante no se encuentra obrando conforme a los requerimientos milenarios del principio de la buena fe.[12] No es el cumplimiento de buena fe de los tratados internacionales que el tratado

[3.10] Pues el derecho a acudir a la jurisdicción arbitral es renunciable, tanto expresa como implícitamente, CNCiv, Sala C, 1966, *Garde, LL*, 122: 370; C1ª CC Córdoba, 1967, *Perin Quiroga, LL*, 129: 112; ST Entre Ríos, Sala Civ. y Com., 1968, *Rourici, LL*, XXX, 1031-31, sum. 1º.

[3.11] *Video Club Dreams*, año 1995, *Fallos*, 318-2: 1154, *LL*, 1995-D, 247, con nota de GELLI, MARÍA ANGÉLICA, "Amparo, legalidad tributaria y derechos de necesidad y urgencia (El caso «Video Club Dreams»)," *LL*, 1995-D, 243; *Colegio de Escribanos de la Capital*, 1998, *Fallos*, 311-2: 1132, *LL*, 1999-E, 22, cons. 4°.

[3.12] Conf. GUIRIDLIAN LAROSA, JAVIER, *Contratación pública y desarrollo de infraestructuras*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2004, p. 157, nota 425.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

de Viena requiere. A nuestro juicio, una cláusula de esa naturaleza, privando a un inversor extranjero de un expreso derecho que un sistema armónico y múltiple de tratados le confieren, es absolutamente nula y la renuncia debe tenerse por no hecha.[13]

Dado que la tendencia de la Corte Suprema es "universalista," en palabras de OYHANARTE,[14] se justifica intentar de todos modos el procedimiento y el sistema arbitral, aun en esa hipótesis *prima facie* difícil de una forzada renuncia expresa *ex ante* a la jurisdicción arbitral internacional.

3.4. *La oportuna introducción de la cuestión arbitral*

Dadas las múltiples restricciones que existen a la admisión del arbitraje, habrá que prestar atención no solamente a que en caso de elección de vías, *electa una via non datur recursus al alteram*, sino también que puede ser necesario adoptar algunos recaudos adicionales.

No se trata solamente de que a pesar de existir compromiso arbitral, si una de las partes inicia el proceso ante la justicia y la parte contraria no opone la excepción, la jurisdicción del juez ordinario "queda inalterable y perpetuada."[15] La cuestión es, en cambio, que puede ser conveniente hacer preventivamente una mímica del recurso extraordinario y su recaudo de la oportuna introducción de la cuestión —en tal caso— federal. En otras palabras, proponemos, como mera cuestión de salvaguarda profesional, que se introduzca oportunamente la voluntad de someter el diferendo al arbitraje internacional en la medida que ello sea ciertamente así.

3.13 En relación con el tema de la renuncia a la jurisdicción arbitral, el caso más relevante es *Azurix Coop. v. La República Argentina*, caso CIADI Nº ARB/01/12, decisión sobre jurisdicción, 8-XII-2003. La doctrina que surge de la decisión sobre jurisdicción en ese caso es la siguiente: para que la cláusula de renuncia pueda tener algún efecto, de modo tal que impida al inversor extranjero someter reclamos por violación de un BIT, debe hallarse suscripto por el inversor extranjero frente al Estado Nacional y debe haber sido redactada en términos que abarquen no sólo reclamos por violación de contrato sino también reclamos por violación de tratado. De lo contrario, tal tipo de cláusulas no impide que el inversor extranjero interponga su reclamo bajo el tratado ante un tribunal arbitral internacional. Mención aparte merece el artículo 1116 del NAFTA que admite el arbitraje internacional para la presentación de reclamos por violación de ciertas disposiciones de ese tratado únicamente, entre otros, trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, trato no discriminatorio, expropiación, etc. Por ello, un reclamo contractual que no importa, a su vez, un reclamo por violación del NAFTA queda fuera de la jurisdicción de un tribunal arbitral constituido bajo ese tratado.

3.14 OYHANARTE, JULIO, "La visión universalista de la Corte Suprema," *La Nación*, 25 de junio de 1995, secc. 7, p. 3. En igual sentido "La creciente internacionalización del derecho y sus efectos," nuestra nota al fallo de la CSJN, *Cafés La Virginia S.A., LL*, 1995-D-277; en esa tendencia se encuentran *Ekmekdjian, LL*, 1992-C, 543, y su complementario *Petric, Fallos*, 321-1: 885, *LL*, 1998-C, 284 y 1998-D, 335, con nota de BARRANCOS Y VEDIA, *Fibraca, Fallos*, 316: 1668, *Hagelin, LL*, 1995-A, 68, *Giroldi, LL*, 1995-D, 462; *Arce, LL*, 1997-F, 697.

3.15 GAMBOA SERRANO, RAFAEL H., *El proceso arbitral en Colombia*, Santafé de Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1992, p. 79: "pues la no oposición de la excepción ha de entenderse como una renuncia del mismo, que habilita para pensar que hubo un mutuo acuerdo tácito para modificar el pacto."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Existe jurisprudencia internacional que, *mutatis mutandis*, requiere en determinados supuestos una oportuna advertencia a la parte contraria del curso de acción que se propone seguir. En los pliegos de obras públicas de la FIDIC se exige que ciertos reclamos se efectúen *en la primera oportunidad posible*: en la versión inglesa de la FIDIC, *as soon* [...] *as it is practicable.*

Ello significa que si bien no es necesario formular efectivamente el reclamo cuando todavía se carece de la totalidad de los elementos de juicio necesarios para interponerlo en debida forma y resolverlo satisfactoriamente, sí en cambio es necesario advertir respecto a la intención de reclamar.

De ese modo ambas partes habrán de prestar diligencia a la producción de todos los elementos de juicio necesarios al efecto, con intersección de la contraparte.[16] No tendría sentido alguno que se "inundara" a la administración con reclamos cuando todavía es necesario que transcurra más tiempo para resolver una demanda y por ende también para plantearla.[17]

Se trata de evitar contramarchas (voltefaces) por las cuales una de las partes sorprenda a la otra con reclamos que antes no tenía.[18] Creemos que la idea de aviso oportuno es procedente y por ello incluiríamos en toda oportunidad necesaria la reserva de acudir a la instancia arbitral internacional. Es una reflexión que debiera hacerse en los escritos presentados en sede administrativa o en su caso judicial. Además de hacer y mantener la reserva del caso federal, cabe considerar reservar también expresamente el derecho de acudir a la instancia arbitral prevista en el tratado respectivo, una vez transcurridos los términos en cada caso aplicables. Mejor repetirse que arrepentirse.

3.5. *La ulterior intervención forzosa del tribunal nacional*

Todavía existe siempre un valladar al final del camino, aun

a) tratándose de arbitraje internacional,

b) no sosteniéndose una dependencia del árbitro respecto de los órganos jurisdiccionales estatales,

c) reconociéndose la naturaleza jurisdiccional del arbitraje,[19]

d) aceptándose el ejercicio de "*imperium*" del órgano arbitral dotado de facultades jurisdiccionales.[20]

3.16 *In re Tersons Ltd, Stevenage Dev. Corp.*, 1965, citado en JONES, GLYN P., *A New Approach to the International Civil Engineering Contracts*, Londres, 1979, cap. 4, *Claims*, p. 184; M.W. ABRAHAMSON, *Engineering Law and the ICE Contract*, Londres, 1975; I. N. DUNCAN WALLACE, *The International Civil, Engineering Contracts*, Londres, Sweet and Maxwell Ltd., 1974.

3.17 JONES, *op. cit.*, p. 184.

3.18 JONES, *op. cit.*, p. 185.

3.19 Art. 5º, Tratados de Der. Proc. Int. de Montevideo, ADLA, 1889-1919, 303; XVI-A, 340. Según MONROY CABRA, *op. cit.*, p. 53, "El tratado de derecho procesal internacional de Montevideo de 1889 puede considerarse el origen del arbitraje comercial internacional," *LL*, 1989-E, 302.

3.20 CNCom., Sala E, *Welbers S.A.*, *LL*, 1989-E, 304 (1988), con nota de BOGGIANO, ANTONIO, "Autonomía y eficacia de la cláusula arbitral para el derecho internacional de las privatizaciones."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Es que los tribunales judiciales locales también retienen la *executio*. Terminado el juicio arbitral internacional, volvemos al tribunal nacional. Y cabe imaginar, ¡ay de aquellos que deban ocurrir al efecto ante el mismo tribunal nacional que antes denegó la pretensión, o cuyos estrados se abandonaron por la mora con respecto a los plazos del tratado: Alemania, Gran Bretaña, Irlanda del Norte. Casi está mejor el que tuvo que optar de entrada por la vía arbitral: Francia, EE.UU. y la mayor parte de los países, según hemos visto. Nuestro país a veces no reconoce y por ende incumple sentencias extranjeras,[21] pedidos de captura, etc. Pero demasiados incumplimientos pueden implicar un cambio de la calificación de "riesgo–país" que hacen los evaluadores internacionales, lo que aumenta las tasas de interés que el país debe pagar por el dinero tomado en el mercado internacional.[22] Y por ende el monto anual del servicio de la deuda. Literalmente, no sale gratis. Y el país no se encuentra tan solvente como alguna prensa quisiera hacernos creer.[23]

4. *Aspectos comunes a resolver*

4.1. *Cuidar que la administración tenga una* Fair Chance

Hay que darle tiempo a la administración a organizar sus recursos y sus métodos para poder asumir con algún grado de normalidad su defensa en un juicio arbitral, o de lo contrario su indefensión material, aunque producto de su propia negligencia, será su fortaleza, no su debilidad. Esa es la historia del Estado argentino en juicio, desde sus albores.

Por eso decimos que es en el propio interés de los posibles litigantes colaborar a la actuación objetiva y eficiente del Estado. Que los juicios, si se ganan, no se deban a la imposibilidad fáctica de defenderse bien la administración (caso en el cual la victoria será pírrica), sino a que el tribunal arbitral ha visto mejores razones o mejor derecho en la posición de la parte actora, luego de un juicio justo en que haya tenido amplia oportunidad de defensa y prueba. Este es un costo que, en un país emergente, deben contribuir a soportar los actores; si fuera un país desarrollado no habría necesidad de recurrir al arbitraje porque sería suficiente con los tribunales. En un país emergente pensamos que los actores en los tribunales arbitrales internacionales debieran extremar los esfuerzos para dar la mejor colaboración procesal posible a la parte procesalmente más débil en el litigio. Ello no será magnanimidad dispendiosa, sino iluminado cuidado y protección del propio

3.21 *Weltover S.A.*, *LL*, 1992-D, 1124, con nota de ZUPPI, ALBERTO LUIS, "La inmunidad soberana de los Estados y la emisión de deuda pública," *LL*, 1992-D, 1118; *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. VI, § 1.4.2.2, nota 1.58 y cap. XI, § 8.3; nuestro trabajo "El contrato de crédito externo," en *Después de la reforma del Estado, op. cit.*, cap. IV.

3.22 REBOSSIO, ALEJANDRO, "La Argentina, riesgosa para la inversión," Suplemento Política *La Nación On Line*, 3-IV-2005.

3.23 FERRERES, ORLANDO J., Director, *Dos siglos de economía argentina (1810-2001). Historia argentina en cifras*, El Ateneo/Fundación Norte y Sur, Buenos Aires, 2005, pp. 13-14, gráfico 14 y tabla 3.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

interés que se lleva a juicio. Las bases y puntos de partida son pues sumamente diversos y hay que tomar nota de ellos y actuar en consecuencia.

Se debe asegurar la materialidad de una buena defensa sistemática de los derechos e intereses del Estado en estos juicios[1], o éste será un mal perdedor, con el poder de obstaculizar la ejecución de la sentencia adversa. Puede ser un mal perdedor de todas maneras; pero si tiene causa creíble para ser mal perdedor, peor.

4.2. *El temor al proceso desconocido*

Además es necesario que las partes, especialmente los funcionarios de la administración que habrán de defenderla en el juicio arbitral, hayan tenido oportunidad de concurrir y ver el proceso desde cerca. El que ha concurrido alguna vez a un tribunal arbitral o administrativo internacional o extranjero aprende con su experiencia que es una labor profesional más grata que el litigar en tribunales locales, pues ya que está en el exterior puede dedicar todo su tiempo a la cuestión, atenderla bien, de paso distenderse algo de las excesivas preocupaciones cotidianas locales, todo ello en el cumplimiento del deber. Litigar en un ámbito físico digno, con instrumentos y equipamientos dignos, con tribunales igualmente dignos, serios, imparciales, independientes. Esa experiencia no puede sino ser agradable si no se le agrega el estigma de estar jugándose demasiado de los intereses del país o sin que amenacen dificultades para atender materialmente bien la defensa del Estado. Que la defensa del Estado sea eficaz es una precondición de que haya luego menos óbices internos al resultado del laudo arbitral; que haya una sentencia arbitral ejecutable interesa también al inversor extranjero. Ha existido asimismo una tendencia en la administración nacional a aceptar la jurisdicción de tribunales y árbitros extranjeros, designando abogados o estudios jurídicos *in situ* para la defensa del Estado y también enviando abogados locales para hacer de nexo y colaborar con el estudio extranjero en la sede del tribunal arbitral y asimis-

[4.1] Hace falta que intervengan en la defensa del Estado no solamente la Procuración del Tesoro de la Nación, notoriamente insuficiente en cantidad de recursos humanos y materiales, sino también la cancillería, que tiene una embajada ante la OEA en Washington. La CSJN debiera también contribuir con una decena o veintena de los 200 profesionales que ha seleccionado y que puede destacar en misión oficial al exterior para esta tarea. En aproximación a esta sugerencia se ha dictado el decreto 965/03, por el cual se crea la unidad de asistencia para la defensa arbitral (UN.A.D.AR) que "tendrá por misión elaborar estrategias y lineamientos a instrumentar en la etapa de negociación amistosa como en los procesos arbitrales que se planteen, con fundamento en los tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones," art. 1º. Se dispone que la misma funcionará en el ámbito de la Procuración del Tesoro de la Nación y se conformará con su titular, con el responsable del área de Asuntos Internacionales de dicho organismo con representantes del Ministerio de Economía y con representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, pudiendo intervenir en la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación con más funcionarios provinciales o municipales designados por sus propias jurisdicciones en los casos de interés de los mismos. Nuestro conocido escepticismo nos siembra dudas acerca de su eficaz funcionamiento, pues se nos genera el juicio -ya incorporado en la cultura nacional- de la constitución de "comisiones" que naufragan desde el inicio en sus objetivos.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

mo supervisar el proceso, etc.[2] Antiguamente la posición del Estado era no presentarse, no aceptar la jurisdicción, cuestionarla por vía diplomática, etc. No parece una conducta viable en el actual contexto internacional: incide sobre el riesgo país y la tasa de interés por la deuda externa.

Puede ser necesario un paso por diversos procedimientos, desde las sesiones públicas del Tribunal Administrativo del BID, donde encontrará castellano como lengua dominante, pero el uso simultáneo del inglés, o la *American Arbitration Association*, www.adr.org, que si bien inapta para dirimir conflictos entre un inversor extranjero y el Estado argentino, en todo caso muestra modos alternativos de resolución de conflictos. Hemos encontrado utilidad también en las normas y en la actuación del tribunal arbitral de la *Sugar, Cocoa and Coffee Exchange* de Nueva York. Hay a su vez tribunales administrativos internacionales cuyos estatutos contemplan la posibilidad de que su jurisdicción se extienda a otras materias y partes litigantes. No es una variante despreciable considerando que tales tribunales se encuentran bajo el control social de los demás tribunales de igual rango. Hay frecuentes intercambios y en mayo del año 2000 se realizó una reunión mundial de tales magistrados. En rigor todo contacto con experiencias diversas a la argentina serán útiles para abrir la mente hacia otros mecanismos semejantes al arbitraje y a la justicia, en el doble aspecto de permitir una resolución justa o razonable, un procedimiento que tutela la defensa de las partes, pero un trámite que dista mucho del proceso judicial normal y sus tiempos en nuestro país.

En cualquier caso y como conclusión parcial, no podemos partir de la posible ingenuidad de suponer que la administración ignora que una de sus principales ventajas son las artimañas de un proceso lento y largo. Que a veces gana con artilugios procesales lo que no hubiera ganado con el fondo de la cuestión. Y que, por lo tanto, puesta a ganar el pleito, prefiera siempre la jurisdicción local. Es así una cuestión que debe resolverse *ex ante* a niveles de gobierno que supuestamente compartan los criterios de los tratados bilaterales y estimen que ellos son beneficiosos al país en cuanto otorgan garantías para la llegada de capitales.

4.3. *La sede del tribunal*

Según las habilidades lingüísticas de las partes, tal vez deban evitarse los destinos de Nueva York o París (tienen el prerrequisito del manejo fluido del idioma,

[4.2] *Susana Siderman de Blake, et al., v. la República de Argentina et al*, transado en virtud del decreto 996/96, cons. 2, 7 y 8, tramitado ante los tribunales de California; *Weltover*, perdido ante la CS de EEUU en 1992, *LL*, 1992-D, 1124 y ss, con nota de Zuppi, *op. cit.* No mejor suerte hemos tenido en materia de derechos humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque allí la sumisión jurisdiccional es expresa por el Pacto de San José y el art. 75 inc. 22 de la Constitución. Ver, entre otros casos, Curiel, Alicia, "Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso «Guillermo José Maqueda c. República Argentina»," *LL*, 1997-E, 515, CIDH, 17-I-1995; Curiel y Gil Domínguez, Andrés, "Corte Interamericana de Derechos Humanos: el primer fallo contra el Estado argentino," *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes*, 8: 36, Buenos Aires, 1996.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

no muy frecuente entre nuestros profesionales) y buscar por el lado de Florida, Puerto Rico, España, Costa Rica, Santo Domingo, Uruguay. En cada caso será necesario que se pueda organizar, o contar con una organización, de medios humanos y materiales, equipamiento, apoyo secretarial, secretaría ejecutiva del tribunal, etc., para asegurar un funcionamiento que se pueda percibir fácilmente como digno y serio, público y transparente, interesante para participar, confiable. Evitar desde lo formal la posibilidad de que un tribunal arbitral internacional pueda ser visto como un tribunal arbitral nacional, en el sentido de los que conocemos y vemos funcionar aquí.

4.4. *Conclusiones tentativas*

En el juicio arbitral internacional confluyen a su favor una plétora de tratados recientes y una rémora de múltiples normas internas que conforman una cultura interna adversa. Para llevar los tratados a una realidad operativa, puede explorarse distintas vías, no necesariamente excluyentes: *a)* aumentar el número de casos que se llevan a tales estrados, *b)* ayudar a la preparación de los cuadros del Estado al efecto, *c)* pensar en árbitros terceros de cultura latina que puedan comprender el doble rol que culturalmente tendrá su pronunciamiento, *d)* darle una ubicación geográfica también latina y no las clásicas de París, Londres, Nueva York; *e)* proveerle de suficientes medios humanos y materiales para un óptimo funcionamiento, incluyendo un secretario ejecutivo que maneje tanto la experiencia anglosajona o preferentemente con experiencia en tribunales arbitrales internacionales, como la visión del derecho dominante en los países de América Latina; *f) last but not least*, cabe organizar un óptimo cuerpo de letrados argentinos en el exterior para defender estas causas, en un esfuerzo compartido de la Cancillería, la CSJN con parte de su cuerpo de 200 letrados de altísimo rango profesional, y la Procuración del Tesoro de la Nación, que ha de ser el líder natural de la defensa.

5. *Los caminos del arbitraje*

Todo lo antes expuesto es lo que un observador externo sugeriría para que este arbitraje administrativo internacional funcione.

5.1. *Una organización internacional de arbitraje*

Existen pronunciamientos favorables a los tribunales arbitrales que dan una pista adicional y distinta, p. ej. cuando se resolvió que al no impugnarse constitucionalmente el tratado constitutivo ni el Acuerdo Sede, la inmunidad de jurisdicción de que goza la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande impide la revisión del laudo arbitral por la Corte Suprema.[1] En ese fallo se resolvió también que no correspondía aplicar la doctrina de la Corte en *Fallos*, 305-2: 2150, en que se

[5.1] CSJN, *Fibraca Constructora S.C.A., ED*, 154: 164 (1993.)

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

declaró la inconstitucionalidad de la ley 21.756 por considerar que vulneraba el derecho a la jurisdicción amparado por nuestra Constitución; ello, en razón de que, según se argumentó, la organización internacional no contaba con *procedimientos apropiados* para dirimir los conflictos. Esa condición se consideró cumplida con la creación del Tribunal Arbitral Internacional de Salto Grande.[2] Como se dijo en el mismo caso, no puede en el caso alegarse válidamente privación de justicia ya que existe una jurisdicción internacional aceptada por nuestro país y a la que las partes voluntariamente se sometieron; ni pretender que la Corte Suprema revise la decisión de un tribunal arbitral, pues ello entra en contradicción con el espíritu de la norma internacional que ambas partes acordaron.[3]

Si damos algo de crédito a la veracidad de esta afirmación se trata pues de asegurarse que exista una *organización o tribunal arbitral internacional preconstituido*, uniforme, que objetivamente asegure el debido proceso legal aunque su estilo no sea el de los tribunales nacionales. Que tenga su propio estilo siempre, pero congruente a través del tiempo, pues ello también será elemento computable en el análisis de su cumplimiento de la garantía supranacional[4] de razonabilidad.

Tenemos así dos primeras sugerencias que pensamos vale la pena indagar:

I) *a)* un árbitro tercero o grupo de árbitros terceros internacionales, hispanoparlantes y con versación en ambos sistemas jurídicos,

b) un órgano colegiado, tribunal permanente de arbitraje, constituido del modo estable y con vencimientos escalonados de los nombramientos de sus integrantes, al estilo de los tribunales administrativos de algunos organismos internacionales.

II) En ambos supuestos, queda la cuestión de la radicación del tribunal: en el país o en el exterior y en tal caso dónde, cómo, en qué lengua, etc. Por ello, sin perjuicio de que en cada caso la parte interesada intente hacer valer sus derechos en los plazos que el respectivo tratado determine, nos parece altamente conveniente y positivo buscar una acción concertada que establezca, más que un mecanismo *puntual* de resolución de controversias, un verdadero *sistema*, permanente, orgánico, de fácil e inmediato acceso. El estado actual de desarrollo del derecho público internacional y argentino está maduro para ese paso siguiente.

5.2. *Un tribunal permanente, no agónico ni de crisis*

Una mirada a largo plazo lleva pues a la conveniencia de intentar constituir, entre todos los países o al menos principales inversores involucrados y el Estado

[5.2] En el caso *Cabrera*, 1983, la CSJN señalaba la inexistencia de un procedimiento apropiado para la dilucidación de controversias, lo cual se resolvió con la constitución posterior del Tribunal Arbitral Internacional de Salto Grande: *LL*, 1984-B, 206; *ED*, 107: 616.

[5.3] CSJN, *Fibraca Constructora S.C.A.*, *ED*, 154: 164, año 1993.

[5.4] Hemos desarrollado el carácter supranacional de la garantía de razonabilidad en el t. 1, *op. cit.*, cap. VI, § 8 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

nacional, un tribunal arbitral *permanente* o estable (con jueces de períodos que vencen escalonadamente) que no esté en sesión ininterrumpida sino que, estando previamente constituido, sea convocado para intervenir en cada causa y pueda ir formando precedentes sobre cuestiones de esta naturaleza.

Puede ser para múltiples países de habla hispana; puede ser sólo para este país; puede ser de competencia genérica o de competencia específica para determinada materia o determinados inversores. Si es solamente para este país, hasta podría tener su sede en la misma jurisdicción, con lo cual no habría que ejecutar un arbitraje estrictamente extranjero, sino un arbitraje nacional cuyo tribunal no pertenece a la nacionalidad de las partes pero se ha reunido aquí. Es lo mismo que cuando concurre al país un conjunto de profesores extranjeros para actuar de jurado. Nadie ha sostenido hasta ahora que el dictamen sea por ello extranjero.

Debe ser colegiado y permanente, aunque se lo convoque solamente cuando existan cuestiones a resolver. Debe estar sometido a reglas claras en cuanto a la mayor o menor amplitud de la responsabilidad de los árbitros por mal desempeño, error, corrupción, etc. Por lo pronto debiera considerarse –con coherencia de criterio– la similación o no, total o parcial, al reconocimiento de la inmunidades propias de los jueces estatales. En cualquier caso, es obvio que son múltiples las posibilidades que se pueden explorar alrededor de estas ideas básicas y que ellas dependen de la voluntad e interés de las partes, de la receptividad del gobierno, de los costos, etc. No pueden postularse axiomas, sino solamente líneas de acción para contrastar con los detalles de la realidad que en cada caso correspondan.

5.3. *El camino colectivo del Mercosur*

Pareciera evidente que nuestra propuesta de organizar un tribunal arbitral estable y permanente es de muy difícil organización, no ya con todos los países con que tenemos tratados bilaterales, sino incluso con los principales.

Lo propio puede ocurrir con el Mercosur, al cual vamos a referirnos ahora, pues tiene la misma historia de fracaso de los mecanismos arbitrales contemplados en sus normas para dirimir conflictos entre los Estados y no tiene mecanismos arbitrales para los reclamos de las empresas privadas contra los Estados.[5] Sin embargo, pensamos que el camino del Mercosur puede ser recorrido no solamente por sus pares sino también por terceros países que acudan a sus tribunales arbitrales. Puede así apoyarse la creación en el Mercosur de un tribunal arbitral de los países miembros que sirva *a)* para la resolución voluntaria o forzosa de los conflictos de derecho internacional privado entre empresas de los propios países y *b)* al que puedan también acudir voluntariamente, a su sola elección, los inversores en la región provenientes de países con tratados bilaterales de protección de inversiones extranjeras. *c)* Se advertirá que no incluimos aquí solucionar también los conflic-

[5.5] Ver HITTERS, JUAN CARLOS, "Solución de controversias en el ámbito del Mercosur (hacia un derecho comunitario)," *LL*, 1997-C, 1406.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

tos entre los Estados partes, pues ello es garantía segura de que el proyecto naufragará tempranamente.[6]

El carácter pluricultural del tribunal —con más de una lengua oficial: castellano y portugués, en su caso también inglés— podría hacerse como parte del lento proceso de integración del Mercosur, que por supuesto carece de tribunales del mercado común. Un tribunal de arbitraje creado para las cuestiones comerciales de derecho internacional privado de las empresas de los países del Mercosur gozaría quizás de apoyo gubernamental, al no incluir a los gobiernos como sometidos al tribunal. Una de sus cláusulas fundacionales podría atribuirle también competencia para resolver como tribunal arbitral las cuestiones relativas a las inversiones extranjeras en los países que tengan tales tratados bilaterales, como una opción más que se confiere al inversor extranjero.

Hay ya tribunales internacionales creados con la posibilidad de expandir su competencia, de modo tal que ninguna objeción puede hacerse a que los países del área constituyan un tribunal internacional arbitral para sus empresas y para los inversores de fuera del área que quieran llevar allí sus conflictos con alguno de los Estados parte, al amparo de los tratados bilaterales existentes de inversiones extranjeras. Tales tratados se verían de este modo extendidos sin perjuicio alguno de los inversores a quienes se otorga a su elección una nueva vía para hacer valer sus derechos y serviría a los propios países en el problema tan agudo, para atraer inversiones, de proporcionar también medios rápidos y eficientes de resolver conflictos.

Si se hace un mecanismo sensato, en que no haya costas extravagantes, con procedimientos flexibles, con prohibición absoluta de contactos *ex parte*, con magistrados conocidos y respetados, de la región o de fuera de ella (no se olvide que el Tribunal Europeo de Justicia puede estar integrado por nacionales que no sean de los países miembros de la Unión Europea), pensamos que se habrá dado un paso

[5.6] La competencia de los tribunales del CIADI, por ejemplo, fue deliberadamente circunscripta a "controversia de naturaleza jurídica," dado que en los trabajos preparatorios del convenio se hizo hincapié en el hecho de que éste no podría incluir diferencias meramente políticas o comerciales, y que se entendía que esta expresión requería de la existencia de un derecho o una obligación jurídicos. Ver al respecto, el informe de los directores ejecutivos acerca del convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados del 18 de marzo de 1965, disponible en www.worldbank.org/icsid/basicdoc–spa/partB.htm, en su párrafo 26 dice: "El Artículo 25 (1) exige que la diferencia sea una «diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión.» La expresión «diferencia de naturaleza jurídica» se ha utilizado para dejar aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal." Ver también MARZORATI, OSVALDO J., "Arbitrajes ante el CIADI: algunas consideraciones sobre el alcance de la protección a las inversiones," en *El Derecho Administrativo en Argentina: Situación y Tendencias Actuales (I)*, Documentación Administrativa 267-268 Set. 2003–Abril 2004, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 267-8.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

práctico hacia la efectiva solución de los problemas que presenta el arbitraje internacional para nuestros países.

Dicho tratado, a pesar de no haber sido suscripto por los países de los diferentes inversores de fuera de la región, podría dar a las empresas inversoras una posibilidad adicional de resolver sus conflictos y a los eventuales países demandados la relativa tranquilidad de que no se trata de un tribunal exótico en un país no familiar, con lengua que no se maneja fácilmente, etc. Puede sin duda parecer una propuesta no ortodoxa de encarar el problema que plantea la dificultad de hacer realidad los tratados bilaterales de protección de inversiones extranjeras, pero al menos nos parece la menos difícil de todas las que estamos analizando, en tanto no pone demasiado en tela de juicio la autoridad, las prevenciones y los prejuicios de cada Estado parte. Si ofrece o no garantías a los terceros, ello habrá de demostrarlo como el movimiento, a través de su accionar. Conocidos los nombres de los magistrados se podrá saber, desde el inicio y con buen grado de certeza, si se ha logrado el objetivo o no.

Pero seamos, por hipótesis popperiana, autocríticos y críticos de la autocrítica. Digamos que también parece pedirles mucho a las partes interesadas que se ocupen de que sus gobiernos gestionen ante los países del Mercosur la creación de un tribunal arbitral del Mercosur. Busquemos una hipótesis menor.

5.4. *El camino nacional solitario*

En esta forma de aproximarnos a las dificultades, también puede hacer un tribunal uno sólo de los países[7] —éste—, si le interesa adquirir frente a los demás la ventaja competitiva de conferir un mecanismo creíble de resolución de controversias. Pedirle que reforme y fortalezca su poder judicial independiente tal vez sea demasiado; a lo mejor es más potable pedirle que haga un tribunal arbitral internacional para que resuelva a opción de los inversores las cuestiones que él mismo ha suscripto en los tratados bilaterales y deje en todo caso abierta su integración a la participación de los demás países que se quieran adherir a él. Alguien tiene que comenzar. ¿Quizás nosotros mismos? Pero la conclusión se mantiene: el laudo caso por caso no parece funcionar, debe crearse un tribunal permanente más próximo para aproximarnos a la chance de que funcione eficazmente. Supongamos por fin, que tampoco esto es posible, que no se puede lograr que ni el conjunto de los países, ni una mayoría de ellos, ni los del Mercosur, ni uno sólo de ellos, tiene todavía vocación de crear un tribunal arbitral internacional, de someterse realmente a otra jurisdicción internacional. Vayamos, pues, a la

[5.7] Brevemente se habló en círculos oficiales de un proyecto de ley de creación de un tribunal administrativo de los servicios públicos: res. 57/05 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del 20-I-2005, B.O. 27-I-05. Ver nuestro art. “La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, acciones de clase, tribunales judiciales y tribunales administrativos para los servicios públicos,” *LL*, 2005-A, 818.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

hipótesis de mínima total, pero todavía en la búsqueda de soluciones duraderas y que sirvan. Pues lo que dicen los tratados basta leerlo, como también es fácil comprobar que ocurre con ellos lo mismo que con todos los decretos—leyes y leyes de arbitraje laboral en la historia del país: siempre sólo papel escrito, nunca realidad.

5.5. *La participación de todos los actores*

Por último, debería tenerse en cuenta en todo proceso, que la organización federal de nuestro país impone –necesariamente– considerar y dar participación a los sujetos potenciales que se verán beneficiados o involucrados en eventuales contiendas ante dichos tribunales, es decir, que debería darse activa participación a las provincias y a municipios.

Si bien es cierto que el Estado Nacional representa internacionalmente al país como un todo y a sus componentes autónomos como son las provincias y sus municipios, no menos importante resulta que tanto las provincias como los municipios pueden comprometer al país todo, en litigios internacionales.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Capítulo XIX

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS[1]

1. *Importancia práctica, jurídica y política del problema*

Es decisivo que el funcionario público que perjudica a los usuarios, administrados y consumidores (y por ende genera no solamente responsabilidad económica, sino también social) sufra las consecuencias de su hecho dañoso.[2] No hay nada peor para una democracia que la impunidad de los agentes públicos. Esto constituye un elemento fundamental para poner freno a la negligencia y arbitrariedad de las autoridades públicas, o que ejercen funciones administrativas públicas. Como dice con acierto HAURIOU: "No hay apenas materias de derecho público más importantes que éstas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios. Ellas no tienen solamente un interés de orden constitucional. Ni se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizada más o menos seguramente; hay también, y sobre todo una cuestión de garantía constitucional de la libertad; si, desde un punto de vista administrativo, puede parecer

[1.1] Vimos en el t. 1, cap. XIII, "Agentes Públicos," que no hay diferencias jurídicas entre funcionario o empleado. Cabe recordar lo explicado para la Fiscalía y el Defensor, aplicable aquí, en nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1982, cap. V: su preocupación principal no debiera ser buscar el rastro del enriquecimiento personal sino la causa de las decisiones que no cuidan del erario público. En otras palabras, si bien es importante perseguir civil y penalmente a los ex agentes públicos que se han enriquecido merced al erario público, o que han causado daños a los particulares o a la colectividad toda, mucho más importante es que se instituyan los mecanismos por los cuales tales hechos no se repitan. Allí debe estar puesto todo el énfasis y todo el cuidado de los órganos de control: en el presente inmediato. A su vez, el control social de la ciudadanía sobre los órganos de control debe vigilar que se cumpla, con esta obligación de control presente, actual. No es que sea fácil sancionar ni siquiera civilmente los hechos del pasado, como veremos en este capítulo, pero tampoco debemos olvidarnos de los más graves hechos del presente, que al menos estamos a tiempo de frenarlos si logramos concitar la suficiente fuerza social.

[1.2] Lo tiene claro la ley 4.816 de Chubut, cuyo art. 32 dispone: "Cuando por el hecho, acto u omisión del funcionario se ha visto lesionado el patrimonio del erario público, el Estado por medio de la autoridad competente, está obligado a promover las acciones de responsabilidad contra el presunto responsable;" en igual sentido Brasil, ley 4.619/65, art. 1.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ventajoso que la víctima del daño sea incitada a perseguir a la Administración más bien que al funcionario, desde un punto de vista constitucional, se debe desear que la costumbre de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es todavía el mejor medio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios."[3]

En el pasado este problema se circunscribía a cómo responsabilizar conjuntamente al Estado y al funcionario. Ante el fracaso sistemático de lograrlo,[4] aún a pesar de invertirse la carga de la prueba en materia penal por enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos,[5] la Constitución de 1994 en su art. 36 incluye una responsabilidad penal constitucional extendida también a los particulares que se enriquecen en forma ilegítima a expensas del erario público o de la sociedad de usuarios y consumidores y por supuesto pagamos todos, en impuestos directos y sobre todo indirectos, inflación, etc. Dado que tampoco con esto pasó nada,[6] ahora es la convención interamericana contra la corrupción que agrega algunos elementos de jurisdicción extranjera que pueden servir en la lucha que debiera ser constante contra la corrupción: pues ahora se reconoce que la corrupción tiene como primer cara visible la dilapidación de fondos públicos, la generación de responsabilidades estatales que serán sociales y el enriquecimiento injustificado, entre otras lacras más.[7]

Si como dice LINARES la responsabilidad del funcionario no es un proyecto-programa de la sociedad argentina,[8] al menos ayudará en algo que lo sea de la comunidad internacional o de algún país extranjero. En consecuencia, en este cap.

[1.3] HAURIOU, MAURICE, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. I, París, Sirey, 1929, p. 649. En contra LINARES, JUAN FRANCISCO, "En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público," *LL*, 153: 601.

[1.4] Como dice LINARES, *op. cit.*, en "el derecho viviente en la Argentina, por la razón que se quiera, no se da como práctica en el sentido de hacer responsable directa y conjuntamente a la Nación y sus agentes, o sólo a éstos, por falta personal. La tesis de la responsabilidad conjunta [...] no es, hasta ahora, un proyecto-programa de la comunidad argentina a través de la opinión pública." Hemos fracasado en "El desafío de la disciplina del ilícito: generar el proceso económico-psicológico idóneo para la evitación de los daños," como lo expresara STIGLITZ, GABRIEL A., *La responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 1984, pp. 94-5.

[1.5] No obstante la gravedad de la pena legal nada había pasado en la práctica. Como dice JOSÉ SEVERO CABALLERO, por eso "La reforma mencionada [de 1994] y las circunstancias sociales actuales llevan la atención pública hacia los llamados «delitos de corrupción» contra el Estado:" "El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos. (Después de la Reforma Constitucional de 1994)," *LL*, 1997-A, 793, 794; MORELLO, AUGUSTO MARIO, "El derecho a probar; su perfil constitucional," *ED*, 159: 259.

[1.6] Más aun, el segundo párrafo del art. 268 fue derogado por la ley 25.188. Ver DE LUCA, JAVIER AUGUSTO y LÓPEZ CASARIEGO, JULIO E., "Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional," *LL*, 2000-A, 249, quien recuerda a SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos — art. 268,2, Cód. Penal*, Buenos Aires, Ad–Hoc, 1994.

[1.7] Tratamos el tema en nuestro art. "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091.

[1.8] LINARES, *op. loc. cit.*, quien además postula la irresponsabilidad del funcionario público, salvo casos de excepción.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

hablaremos de las responsabilidades personales e individuales de todos los que generan la responsabilidad del Estado y no solamente de las responsabilidades de los agentes públicos. Porque ocurre que los agentes de los concesionarios o licenciatarios utilizan frecuentemente a los funcionarios públicos como instrumento de sus políticas comerciales, y observan desde la platea cómo se desarrolla la batalla usuario-administración-empresa, sabiendo que la cuestión difícilmente les alcance a ellos personalmente: son la versión contemporánea de la irresponsabilidad de los funcionarios públicos del pasado y del presente. No ha de llegarse al extremo de que "el funcionario autor (o gestor) del acto ilegal, de hecho, no está jamás inquieto personalmente. Cuando llegue la sanción, él habrá probablemente dejado su puesto por uno más elevado. La decisión del Consejo de Estado no le alcanzará tampoco a su sucesor, extraño a lo que ha ocurrido antes que él."[9]

2. *El fracaso previo*

2.1. *La responsabilidad civil*

La responsabilidad de los agentes del Estado está establecida en el art. 1112 del Código Civil. Pero en ninguna colección de jurisprudencia se encuentran sino pocos casos de efectiva responsabilización de un servidor público.[1]

No se crea que esto es un problema de ineficiencia administrativa en promover los juicios; la propia doctrina jurídica argentina, como veremos, con frecuencia trata de desalentar que este tipo de responsabilidad se efectivice a pesar de haberse podido instituir un sistema que contemplara tanto la responsabilidad del Estado como la del funcionario, de modo que el damnificado sea indemnizado, pero que el culpable autor del daño no resulte irresponsable —como se hace en todos los países civilizados— en la Argentina se previó pero no existe de hecho, responsabilidad del agente estatal.[2]

La doctrina ha contribuido sensiblemente a esa criticable situación —cuyos efectos en materia de corrupción administrativa, empobrecimiento y desaliento social están a la vista en los últimos decenios de vida nacional— por no haber insistido lo suficiente y a veces ni siquiera mínimamente en la necesidad social y republicana, además de jurídica, de por lo menos, sincronizar la responsabilidad

[1.9] CALON, JEAN PAUL, *Le Conseil d'État et la protection des libertés publiques*, París, mimeo, 1980, p. 17.

[2.1] LINARES, *op. loc. cit.* Hay excepciones, desde las dramáticas como *Tarnopolsky*, CNFed. CA, Sala III, *LL*, 1996-C, 439, hasta las mundanas como *Amiano*, CNFed. CA, Sala IV, *DJ*, 2000-1, 644; *LL*, 1999-F, 497. Otras veces el tribunal señala *ex ante* las responsabilidades personales de quienes incumplan su sentencia: Sala IV, *Viceconte*, *LL*, 1998-F, 305. Por fin, hay casos en que se concluye estableciendo de hecho la responsabilidad exclusiva del funcionario: *Frabia S.A.*, CNCom, Sala D, *LL*, 1999-F, 17.

[2.2] Al igual que en Brasil, donde la prohibición de que los particulares persigan directamente al agente público deriva, en la práctica, en su irresponsabilidad por inacción del Estado para reclamarle mediante acción de regreso: GARCÍA, MÔNICA NICIDA, *Responsabilidade do Agente Público*, Belo Horizonte, Fórum, 2004, pp. 223.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

del funcionario público con la responsabilidad del Estado.[3] Pero hay más, como se verá en el § 2.4:[4] "[...] Un pase de magia para olvidar el artículo 1112."

2.2. *La responsabilidad constitucional*

La Constitución de 1994 en su cap. de nuevos derechos y garantías incluye primero el art. 36, que establece un fundamental punto de partida democrático, aunque desgraciadamente conspira contra él la fortísima concentración de poder económico y político que el país experimenta sin cesar, en froma creciente, a manos de un presidencialismo que en los hechos niega ese punto de partida constitucional. Nos encontramos así, una vez más en nuestra historia, con la más fuerte dicotomía entre lo que el sistema normativo proclama y lo que la realidad nos muestra. Esa es la materia que constitutye el nervio central de un país subdesarrollado.

a) "Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos."

b) "Sus autores [los del primer párrafo] serán pasibles de la sanción prevista en el art. 29 ["Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria."] inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas" [la inhabilitación y demás penas les son aplicables aun si no era funcionario público antes.]

c) "Tendrán las mismas sanciones [los incursos en el primer y segundo párrafo] quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente por sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles" [modifica el C.P. y el C.C. en forma expresa. No requiere legislación, es operativa e inmediatamente aplicable.]

d) "Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este art." [los de los párrafos primero, segundo y tercero.]

e) "Atentará asimismo [igual que los del primero, segundo, tercer y cuarto párrafo] contra el sistema democrático quien [funcionario público o no] incurriere

[2.3] Puede parecer una discusión secundaria, casi una mera orfebrería académica, pero en verdad nos parece riesgoso en grado sumo encuadrar la responsabilidad del agente público por daños y perjuicios como propia del derecho público, pues éste es siempre más proclive a proteger la irresponsabilidad. Comp., en el sentido indicado, IVANEGA, MIRIAM MABEL, *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, pp. 253-4.

[2.4] También son los autores que señala RUSCONI en la obra que recordamos *infra*, nota 2.6, primera parte.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento [el enriquecimiento ilícito del funcionario público ya está penado en el C.P., e invierte la carga de la prueba en su contra], quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos." [Y además, conforme la remisión a los primeros párrafos y de éstos al 29, "Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria." Si tomamos en serio esta remisión al primer párrafo, quedan en realidad "inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas".]

f) "El Congreso sancionará una ley sobre ética pública [se ha dictado en 1999, con el número 25.188] para el ejercicio de la función" [Esto no dice que lo anterior de los primeros cuatro párrafos no sea operativo. Puede requerir tipificación el enriquecimiento del particular a expensas del Estado, pero no su complicidad en el enriquecimiento del funcionario público, y si hubo cohecho, etc., también está prevista la figura penal.]

2.3. *Ahora, la responsabilidad internacional*[5]

Debe advertirse que el lavado de dinero es a veces la exteriorización del enriquecimiento ilícito y la corrupción. A su vez, el lavado de dinero también suscita la jurisdicción extranjera. Todo ello puede importar probables responsabilidades del Estado y juzgamientos en el exterior de sus funcionarios y ex funcionarios. La investigación de estos fenómenos por jurisdicciones extranjeras puede arrojar mucha luz sobre hechos más cercanos. Ella está autorizada por los arts. IV y V de la CICC, de rango constitucional y supraconstitucional, como así también por otros cuerpos normativos que hemos mentado en el cap. XVI y algunos más que se siguen gestando a nivel internacional, a los cuales difícilmente nuestro país pueda sustraerse de firmar y ratificar en plena forma.

Nos encontramos así por una primera parte, más arriba expuesta, con un régimen formal constitucional que se halla desmentido por la estructura real del poder político, económico y social del país real, y al mismo tiempo, contradictoriamente, que ese poder concentrado de apariencia hegemónica en verdad encuentra claros límites en el ordenamiento y en la realidad internacional. Los juegos normativos y fácticos, tanto internos como internacionales, son pues polifacéticos, cambiantes, y pueden inducir fácilmente a espejismos. Los cambios y adaptaciones a su vez, no se producirán sino lentamente, como el impacto climático, pero son tan inexorables como éste. Muchos de nuestros ex gobernantes

[2.5] MOSSET ITURRASPE, JORGE, "Vision privatista de la responsabilidad del Estado," en STIGLITZ, GABRIEL (dir.), *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos,* Buenos Aires, Rubinzal–Culzoni, 2003, pp. 17-33, recuerda en la p. 26, nota 30, esta triple responsabilidad del agente que señalamos.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

latinoamericanos no imaginaron en su momento que estarían hoy sometidos a proceso; muchos gobernantes de hoy harían bien en echar una mirada al pasado cercano para intentar avizorar cómo puede ser el futuro, quizás no tan lejano. La sociedad, en todo caso, *debe* hacerlo.

2.4. *¿O la negación total? Un pase de magia para olvidar el art. 1112*

En el camino, la fuerte tendencia a negar la responsabilidad civil del funcionario público nos ha llevado como sociedad a dejar de ver lo que está evidente en el art. 1112, y leer en cambio lo que allí no se expresa. Es así como aparece por doquier en la doctrina y jurisprudencia argentina que se recurre, sin necesidad alguna, a fundar la responsabilidad *del Estado,* no la del funcionario, en el art. 1112,[6] con lo cual se logra por un pase de magia hacer desaparecer de la vista el molesto art. 1112 en cuanto quería recordarnos que debíamos responsabilizar también al agente, y dedicar en cambio todas las fuerzas colectivas a responsabilizar solamente al Estado, o sea a nadie, olvidando mientras tanto, muy convenientemente, a esos gigantes de irresponsabilidad que nos gobiernan y administran día a día. Que el Estado responda, está bien; que nos hagamos los distraídos de quiénes son los verdaderos causantes del daño es un acto de suicidio colectivo.

3. *Los caracteres de la responsabilidad civil de los agentes públicos. La norma civil*

Si bien la responsabilidad del agente público emerge de la Constitución conforme al art. 36, también es de importancia el art. 1112 del Código Civil: "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de este Título."[1]

Esta disposición protege a todos los sujetos que puedan resultar dañados por la comisión del hecho u omisión antijurídica; el contenido de la protección reside en reprimir la comisión de daños jurídicos realizada mediante el irregular cumplimiento de las obligaciones legales que rigen la función pública.

Los sujetos de derecho que resultan obligados por este art. a realizar la conducta debida, son todos los agentes estatales, sin distinción alguna en cuanto a emplea-

[2.6] Ver RUSCONI, DANTE D., "Responsabilidad del Estado y del Banco Central de la República Argentina," en STIGLITZ (dir.), *op. cit.*, pp. 115-165, quien remonta el origen de esta idea a los dos autores que más bregaron en contra de la responsabilidad de los agentes públicos, p. 126, nota 29, LINARES y CASSAGNE. El panorama general del desarrollo de esta evolución de la doctrina y jurisprudencia argentina es expuesto por MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema,* Buenos Aires, Ábaco, 2001, pp. 31-36 y sus referencias.

[3.1] El proyecto de 1998 se refiere al "ejercicio irregular de sus cargos," art. 1677; la jurisprudencia, a desempeñar "de manera irregular sus funciones," *in re Amiano, LL,* 1999-F, 497 y primer voto de GALLI, p. 499, cons. 8, cuarto párr.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

dos o funcionarios, rentados u honorarios; de la rama ejecutiva, legislativa, juridiccional[2] o judicial.[3] Veremos ahora estos distintos aspectos.

4. *Quiénes tienen derecho a exigir el regular cumplimiento de las obligaciones legales por parte del funcionario*

4.1. *Los particulares*

El primer aspecto —a quiénes protege el art. 1112— debiera ser indiscutido, dado que la ley civil no ofrece indicio alguno que permita fundamentar la exclusión de esta responsabilidad frente a determinado damnificado; pero existen dos posiciones restrictivas, a pesar de ello. La primera, que no ha sido expuesta expresamente, plantea el interrogante de que aquélla existiera con referencia al Estado, pero no en relación a los particulares;[1] mas nada indica, ni en la redacción del art. 1112, ni en su ubicación, que él tienda a proteger única y exclusivamente al Estado. Por el contrario, la amplitud de los términos del art. y su ubicación dentro de un título que protege a todos los individuos de la sociedad contra los daños que les hagan sus semejantes, señala, con el sustento de la sana lógica, que si a alguien protege el art., es en primer lugar al particular. Mientras que el Estado tiene muchos medios para protegerse contra los perjuicios de sus dependientes, no los tienen en cambio los particulares, quienes en virtud de que los agentes estatales tienen el uso del poder público, o realizan una función o prestan un servicio indispensable a tales particulares, se encuentran siempre en una posición de inferioridad fáctica frente a aquéllos.

A nadie le parecerá extraño afirmar que el administrado necesita protección frente a los administradores; no puede parecer por lo tanto raro que el Código Civil trate de proporcionar esa protección. Que el art. que lo hace proteja también al

[3.2] P. ej., un síndico concursal: CNFed. Ca, Sala IV, *Amiano, LL*, 1999-F, 497, *DJ*, 2000-1, 644. Allí la Cámara entendió que la actuación del síndico quedaba encuadrada en la previsión del art. 1112 del Código Civil y responsabilizó al Estado por la actuación de su órgano judicial. Sin embargo, la CSJN revocó la sentencia de Cámara, entendiendo que el síndico no está comprendido en la categoría de funcionario público, siendo sólo un sujeto auxiliar de la justicia, *in re Amiano, LL*, 2004-B, 825, con nota de MERTEHIKIAN, EDUARDO, "La reponsabilidad del Estado por la irregular actuación del síndico en el concurso es un fallo de la Corte Suprema (El caso Amiano)," *LL*, 2004-E, 667. La posición limitativa de la responsabilidad del agente, que lo haría responsable no frente al particular sino sólo frente al Estado por perjuicio fiscal parece inferirse de IVANEGA, *op.cit.*, p. 263, aunque también es posible interpretar su texto en el sentido que limitó su análisis solamente a los supuestos de "control público," pero aún así, estaría dejando de lado los casos de responsabilidad conjunta. No nos parece una puntualización oportuna.

[3.3] No es fácil efectivizar la responsabilidad personal de los jueces. Eso llevó a las reflexiones que formula MOSSET ITURRASPE, JORGE, "Responsables privilegiados – Los jueces," *ED*, 186: 1169.

[4.1] Como es el caso de Brasil, donde (con sustento legislativo en la ley 8.112/90 art. 122) se interpreta el art. 37.6 de la Constitución en el sentido de que la reparación de los daños causados a terceros por agentes públicos *sólo puede ser reclamada al Estado*, correspondiendo exclusivamente a éste perseguir al funcionario mediante acción de regreso: GARCÍA, *op. cit*, pp. 215-24. Es la misma lógica de nuestro sistema: allá normativa, aquí empírica pero que por imperio de la doctrina y la jurisprudencia, en pase mágico ha devenido también seudo normativa.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Estado, es perfectamente aceptable, pero no lo es en cambio cualquier solución que pretenda invertir los términos e interpretar el art. 1112 de forma que éste no cumpla su fin primordial de proteger a los individuos contra el Estado y sus agentes.[2]

4.2. *Los demás funcionarios públicos*

La segunda posición sostiene que el art. 1112 no se aplica a las relaciones de los funcionarios o empleados entre sí, y ha sido expuesta por DÍAZ DE GUIJARRO,[3] quien se basa en que el Anteproyecto de Reformas de BIBILONI, el Proyecto de la Comisión Reformadora, la ley alemana y doctrina correspondiente, emplean el vocablo "tercero;" de donde surgiría la tesis de que el art. 1112 no sea aplicable a los funcionarios y empleados entre sí. Un problema que esta teoría no puede superar es que el art. 1112 no emplea el vocablo "tercero," lo que resulta excluyente y definitivo. De cualquier manera, aunque la ley dijera expresamente "tercero," como lo hace la ley alemana, no se obtendría tampoco aquel resultado. El art. 839 del Código Civil Alemán dice:[4] "Si un agente público viola dolosa o culposamente la obligación del cargo debida a un tercero, debe reparar a éste el daño ocasionado." Esa aclaración que hace la ley alemana —obligación legal del cargo debida a un tercero— podría tal vez fundar el que se excluyera al Estado de esa responsabilidad directa,[5] pero no a los funcionarios restantes, ya que ellos también son "terceros" para el caso.[6] La jurisprudencia alemana ha extendido no sólo el concepto de "tercero,"[7] sino aun el de "obligación legal debida a un "tercero" en forma

[4.2] Otra curiosa controversia ha sido generada por quienes leen en el art. 1112 lo que la norma no dice y fundan en ella la responsabilidad del Estado. Han logrado olvidar el castigo al menos pecuniario a todos los que nos sumen en los abismos que transitamos. Ver un completo panorama de opiniones en PERRINO, PABLO ESTEBAN, "La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio," *ED*, 185: 781, puntos II y III, notas 45, 46 y 26 a 34. Hemos sostenido desde 1959, en nuestra tesis doctoral (inédita), que la responsabilidad estatal por los hechos de sus agentes es directa, idea que siguieron LINARES, CASSAGNE, PERRINO y otros; *esa* idea puede invocar el art. 1112 por oposición al 1113. Pero no se pretenda extraer de allí el olvido de la responsabilidad civil de los agentes públicos que nos gobiernan que es el resultado, querido o no, pero ciertamente inevitable, de plantear la responsabilidad del Estado a partir de la norma en cuestión y no hacer salvedad alguna respecto a la responsabilidad civil de los autores reales del daño.

[4.3] DÍAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE, "Inaplicabilidad del art. 1112 C. C. a las relaciones, entre sí, de los funcionarios públicos," en *JA*, 61: 531.

[4.4] GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO, lo traduce así: "El funcionario que intencionalmente o por negligencia viole el deber profesional que le corresponde respecto de un tercero, deberá reparar el daño causado a éste;" MILÓN INFANTE, de la siguiente manera: "Si un funcionario infringe dolosa o culposamente el deber profesional que le incumbe frente a un tercero, ha de indemnizar a dicho tercero el daño causado por esto." El texto alemán es: "*Verletz ein Beamter vorzätzlich oder fahrlässig die ihm einen Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Drittem den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.*"

[4.5] Nunca, a todo evento, de la de *in rem verso*. Conf. GIESE, FRIEDRICH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1952, p.125.

[4.6] Conf. GIESE, *op. cit.*, p. 124, ap. *c)*.

[4.7] Ver BENDER, BERND, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg im Bresgau, 1956, p. 160; GIESE, *op. loc. cit.*

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

amplísima,[8] por lo que no es del caso establecer restricciones en el derecho argentino sin tener siquiera el término de marras en la ley. Si los administrados necesitan protección contra los administradores, también los funcionarios y empleados públicos necesitan protección contra una administración que, la experiencia lo enseña, tiene frecuentes despuntes de espíritu faccioso o vocaciones dictatoriales. Agregar a eso una especie de *capitis deminutio* para cada agente del Estado, es cerrar una posible vía de prevención.[9]

4.3. *El Estado*

La restricción que nadie ha establecido es frente al Estado; pero precisamente, es ese aspecto el que pudiera ser proclive a discusiones.[10] No cabe duda de que el funcionario es responsable frente al Estado,[11] por el art. 1112, pero su funcionamiento no es muy claro. Si esta responsabilidad es cuasi delictual, como lo indicaría el título en que se halla ubicada, ¿dónde queda la naturaleza contractual de la relación de empleo público? Inversamente, si la relación del funcionario frente a la administración es contractual, como sus elementos intrínsecos parecen indicarlo, ¿cómo juegan en ella este art. 1112 y el 1107?[12] Pues si existe un contrato según el cual el funcionario está obligado a cumplir sus funciones, va de suyo que está obligado —contractualmente— a cumplirlas regularmente, y que el ejercicio irregular de la función será una violación del contrato. La importancia del punto se traduce en la prescripción, respecto a la cual caben dos posibilidades en el caso del daño cometido por el funcionario en forma directa a la administración: *a)* si se tratara de una responsabilidad cuasidelictual, la prescripción es de dos años (art. 4037 del Código Civil); *b)* si se tratara de una responsabilidad contractual, la prescripción es de diez años, según el art. 4023 del Código Civil.

[4.8] FORSTHOFF, ERNST, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, Múnich-Berlin, 1958, 7ª ed., p. 283; BENDER, *op. cit.*, p. 161.

[4.9] Recordamos que mientras que la ley alemana establece responsabilidad por la violación de una obligación del cargo debida a un tercero, la ley argentina establece responsabilidad por la violación de las obligaciones del cargo, sean o no debidas al tercero que es perjudicado. La jurisprudencia alemana ha extendido su disposición hacia un concepto casi tan amplio como el de nuestra ley; pero esa dificultad no existe en el art. 1112 de nuestro Código Civil y todo lo que hace falta es aplicarlo.

[4.10] Que la materia es delicada ya lo indica el Proyecto de 1987, que contemplaba "acciones subrogatorias o de regreso," luego eliminadas.

[4.11] En Brasil, la responsabilidad de los agentes públicos frente al Estado incluye un tipo especial de responsabilidad, además de las clásicas civil, penal, administrativa y política: la "responsabilidad por actos de improbidad adminstrativa," de base constitucional, art. 37.4 de la Constitución de 1988, reglamentado por la *Lei de Improbidade Administrativa* 8.429/92. Ver GARCÍA, *op. cit.*, p. 310, para quien este instituto reviste una gran originalidad en el ámbito latinoamericano y merece ser divulgado, como norma destinada a implementar la convención interamericana contra la corrupción.

[4.12] Dicha norma expresa: "Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de este título, si no degeneran en delitos de derecho criminal."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

En el caso de daño cometido al Estado, cuando el ejercicio irregular daña a un particular a quien el Estado se ve obligado a indemnizar, sea espontáneamente (por ejemplo, los mecanismos de subsidio a la pobreza e indigencia creada por el mismo gobierno) o por aplicación de la jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado, la acción del Estado contra el funcionario ¿es la de *in rem verso* del art. 1123, o es la directa del art. 1112? ¿Y si fuera la del 1123, la acción prescribe a los dos años, o a los diez años?

La ley de administración financiera del Estado 24.156 aborda el tema en varios arts. pero no aporta demasiadas soluciones. El art. 131 establece que la acción del Estado contra sus agentes estará sujeta a los plazos de prescripción del Código Civil "desde el momento de la comisión del hecho generador del daño o de producido éste si es posterior." Ahora bien, existen daños que son de efectos continuos, como haber producido un endeudamiento masivo e irresponsable del Estado, haber cerrado las exportaciones, haber devaluado la moneda en beneficio de unos sectores y en perjuicio de otros creando masiva exclusión social, etc.: el cómputo de la prescripción no se inicia mientras los efectos continúen produciéndose.

Dado que el funcionario se halla ligado al Estado mediante una relación contractual,[13] toda irregular prestación es incumplimiento del contrato. Esa responsabilidad contractual asume las características fijadas en el art. 1112. Este artículo, funcionaría en este caso como elemento legal del contrato. El regular cumplimiento de las obligaciones legales es una de las obligaciones impuestas al funcionario por su aceptación de la relación contractual que lo liga al Estado: su violación, en consecuencia, origina responsabilidad contractual, y por ello la prescripción aplicable es la del art. 4023: 10 años.

La solución no varía aunque se considere, con la jurisprudencia, que la relación entre el Estado y sus funcionarios es la relación entre principal y dependiente de que habla el art. 1112 del Código Civil;[14] pues como lo hace notar MAZEAUD, cuando la relación entre principal y dependiente es contractual (como en el caso del Estado y el funcionario), la responsabilidad del dependiente (el funcionario) hacia su principal (el Estado) por las indemnizaciones que éste hubiera debido pagar por responsabilidad indirecta debidas a la culpa del dependiente, es responsabilidad contractual,[15] razón por la cual la prescripción de la acción resarcitoria

[4.13] Lo que surgiría del hecho de haber una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos, de acuerdo al art. 1137 del Código Civil. Es el criterio que postulamos en 1959, y que fuera receptado por la Procuración del Tesoro de la Nación. Coincide en que se trata de un vínculo contractual cuya prescripción es la decenal del Código Civil IVANEGA, *op. cit.*, pp. 272-3, recordando igualmente la jurisprudencia citada.

[4.14] Solución ésta errada, pues la responsabilidad indirecta se aplica cuando hay dos sujetos de derecho diferenciados y un hecho atribuible a uno solo de ellos, el dependiente. En el caso del funcionario éste actúa como órgano del Estado y por lo tanto, cuando actúa dentro del ejercicio de sus funciones, sus actos y hechos le son atribuibles directamente al Estado. La responsabilidad del Estado habrá de ser en tal caso, necesariamente, directa.

[4.15] MAZEAUD, H. y L., *Traité Théorique et Pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, París, 1947, 4ª ed., p. 901.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

del art. 1123 es también diez años conforme al art. 4023. Tal principio fue recogido en la vieja ley de contabilidad,[16] cuyo art. 142, segunda parte, establecía: "La acción del Estado tendiente a hacer efectiva la reparación civil de los daños e intereses ocasionados por actos u omisiones imputables a los agentes de la administración nacional, incluidos los de entidades descentralizadas, empresas del Estado y haciendas para estatales, prescribirá a los diez años de cometido el hecho que imponga tal responsabilidad." En definitiva, es la misma solución que se impone por el vínculo contractual que une al agente con el Estado.

5. *Quiénes son responsables*

Está sujeto a la responsabilidad del art. 1112 todo el que permanente o accidentalmente, en forma gratuita o remunerada, ejerce una función o empleo estatal, lo que incluye a los magistrados judiciales.[1] Esta responsabilidad es para el funcionario en cuanto actúa como órgano del Estado, "en el ejercicio de sus funciones;" no basta una mera relación de tiempo y lugar.[2] Hay dos criterios: *a)* uno subjetivo, de acuerdo con el cual habría que analizar la voluntad o la intención del agente, a fin de averiguar si éste actuó con motivo de la función, o con la finalidad de cumplir la función y *b)* uno objetivo, según el cual hay que analizar la reconocibilidad externa del acto o hecho. Se sigue generalmente el criterio objetivo, pero si en alguna situación el acto o hecho no es externamente reconocible como propio de la función, pero se acredita que el agente actuó subjetivamente en carácter de tal, se ha resuelto que ha sido realizado en ejercicio de la función pública.[3]

6. *Problemas que presenta el art. 1112*

El primer problema de interpretación que presenta el art. 1112 es si él tiene razón de ser,[1] dada la existencia del art. 1109.[2] MACHADO parece sostener que la existencia del art. 1112 se justifica por el hecho de que en él se contempla a individuos no

[4.16] Decreto-ley 23.354/56, según el decreto-ley 3453/58.

[5.1] Ver TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993, 2ª ed., p. 186; ANDRADA, ALEJANDRO DALMACIO, "Responsabilidad civil de los magistrados judiciales. Derecho argentino. Doctrina y jurisprudencia norteamericana," *LL*, 1998-D, 1157; MOSSET ITURRASPE, *op. loc. cit.*

[5.2] FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 283.

[5.3] CSJN, *Fallos*, 232: 582, *Zanini Pechieu de Ybarra*, 1955.

[6.1] La cuestión es similar en el Proyecto de 1998, en que el art. 1677 propone que los "agentes públicos" "tienen responsabilidad directa por los daños producidos mediante acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de sus cargos. Para requerírsela no son necesarios ni la determinación previa de su responsabilidad ni, en su caso, su desafuero." Se ha dicho, con acierto, que "Es el actual artículo 1112, mejorado en cuanto explicita la innecesariedad del sumario administrativo y del levantamiento de las inmunidades:" MOSSET ITURRASPE, *op. loc. cit.*

[6.2] Art. 1109: "Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

comprendidos en el art. 1109,[3] pero tal afirmación es errónea en virtud de que este último artículo, por su naturaleza genérica y omnicomprensiva, abarca absolutamente a todo ser humano que cometa un daño por su culpa. Si no existiera el art. 1112, la responsabilidad de los funcionarios públicos se regiría por el art. 1109.

AUBRY ET RAU mismos, fuente directa del art. 1112, explicaban que la responsabilidad del funcionario está comprendida en la responsabilidad cuasidelictual y por ello el art. 1109 no excluye a los funcionarios y empleados públicos. ¿A qué puede deberse en consecuencia que VÉLEZ SARSFIELD haya tomado ese concepto meramente explicativo y si se quiere innecesario en nuestro país? ¿Por qué se mantiene en los proyectos actuales?

En Francia dicha explicación era conveniente, pues anteriormente, por el art. 75 de la Constitución del año VIII, los funcionarios eran expresamente declarados irresponsables; pero como ese antecedente no existía aquí, no había por qué pensar que pudieran existir dificultades en la aplicación de la norma del art. 1109.

¿Se trata simplemente de "afirmar categóricamente esa responsabilidad,"[4] o advirtió VÉLEZ SARSFIELD en ese concepto de AUBRY ET RAU,[5] un significado especial, y que por ello creyó necesario convertirlo en nuevo art. dotado de contenido y efectos propios? ¿No ha sido acaso el mismo pensamiento el que lleva a los proyectos actuales, al menos objetivamente?

Puesto que los funcionarios y empleados públicos ya están comprendidos en el art. 1109, como lo explica la fuente, no puede en consecuencia justificarse al art. 1112 como una supuesta traslación de lo que ya dispone el art. 1109 a los funcionarios, como una ampliación del número de los sujetos alcanzados por la responsabilidad cuasidelictual. Debe entonces haberse referido al contenido de la responsabilidad misma, al hecho ilícito que la origina.

¿Cuál es la diferencia entre el hecho ilícito contemplado en el art. 1109 y el contemplado en el 1112? Esa diferencia sólo puede consistir en que el hecho que origina la responsabilidad del servidor público es distinto a un cuasidelito. "Por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales"[6] ¿es más o menos

[6.3] MACHADO, JOSÉ OLEGARIO, *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, t. II, Buenos Aires, 1899, p. 404, nota al art. 1112, *in fine*.

[6.4] Lo dice VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, TEA, 1951, p. 544.

[6.5] Que estos tomaron del derecho alemán, pues el art. 839 del Código Civil alemán es reproducción de ese derecho alemán anterior a 1900: MAYER, OTTO, *Derecho administrativo alemán*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 304 y como lo hacen notar acertadamente BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 1956, 5ª ed., p. 273 y DÍAZ DE GUIJARRO, *op. cit.*, p. 530, la similitud entre nuestro art. 1112 y el 839 alemán es notable. Existe entre nosotros de todos modos una controversia que resulta francamente inexplicable, pues hay autores que dicen que AUBRY ET RAU nada dice y el resto lo que se ha afirmado en el texto. El lector hará bien en consultar por sí mismo la fuente. Un recuento de opiniones en PERRINO, "La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio," *ED*, 185: 781, notas 32, 33 y 34.

[6.6] O, en el proyecto de 1998, por producir daños "mediante acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de sus cargos," art. 1677.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

que un cuasidelito?: *a)* ¿es un hecho igual o distinto? *b)* ¿es un daño mayor o menor? ¿Es un daño jurídico en el sentido común? *c)* ¿es un hecho producido con más o con menos culpa? Y además ¿hay en ese artículo relaciones con otras disposiciones, además de las ulteriores de la convención interamericana contra la corrupción?

7. *La omisión como causal de responsabilidad*

El primer contenido especial del artículo, que difiere con el del art. 1109, se refiere al hecho que causa el perjuicio. Mientras que en el art. 1109 se habla de "todo el que ejecuta un hecho" que ocasiona un daño a otro, y con ello se remite a las disposiciones generales del título de los actos ilícitos, el art. 1112 se refiere en cambio a "los hechos y las omisiones,"[1] con lo que surge la primera diferencia entre la responsabilidad que sancionan uno y otro art. El art. 1109 prevé la realización de un cuasidelito, y una simple omisión no puede constituirlo sino cuando está expresamente prohibida por la ley (*lato sensu*.)[2] Para los funcionarios rige el principio opuesto de que tienen la obligación de actuar, aunque el reglamento o la ley no lo determine específicamente, si ello entra dentro del ejercicio regular de sus funciones, y del cumplimiento, como resultado, de las obligaciones a ellos impuestas. El hecho de que el funcionario sea responsable por omisiones que no harían responsable a un particular, proviene de la especial situación en que se encuentra y de que el reglamento o la ley le manden a menudo más deberes que a un particular, pero sobre todo del art. 1112. Ante cualquier duda respecto a si un reglamento o una ley ordena o no específicamente la realización de un hecho omitido, la regla del art. 1112 lo soluciona afirmativamente; aunque las normas no dispongan la comisión del hecho, si la omisión supone un irregular ejercicio, hay responsabilidad. Así la omisión que genera responsabilidad del funcionario no existe con referencia a una "obligación de cumplir el hecho omitido" (art. 1074), sino a una "regular ejecución de las obligaciones legales" o "el ejercicio irregular de sus cargos" (art. 1677, Proyecto de 1998), lo que puede darse aunque no haya habido omisión de un hecho expresamente ordenado, o sea, aunque el hecho omitido, que así configure irregular ejercicio de la función, no estuviera expresamente ordenado por una norma jurídica. Así p. ej., si un reglamento o ley no prevén la obligación de un funcionario de recibir las denuncias que le sean presentadas en forma documentada y personal, y ese funcionario omite recibir una denuncia relativa a las funciones de que se trate, en esas condiciones, hay un irregular ejercicio de las obligaciones legales impuestas al funcionario, aunque la omisión no lo sea de un

[7.1] Respecto de la responsabilidad por omisión véase, con particular referencia a la jurisprudencia mendocina, CORREA, JOSÉ LUIS, "Responsabilidad por omisión en la jurisprudencia de la Suprema Corte Mendocina," *LL*, 2004-C, 156.

[7.2] Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, en BELLUSCIO, A. C. (dir.), ZANNONI, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 5, Buenos Aires, Astrea, 1984, comentario al art. 1108, p. 317.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

hecho expresamente ordenado. El regular ejercicio de las obligaciones legales no resulta de la casuística de algún reglamento, sino de una responsabilidad de tipo profesional como la de un médico o un abogado. Por ello la omisión origina responsabilidad, no por haber sido el hecho expresamente ordenado (art. 1074), sino por constituir un irregular ejercicio de las obligaciones legales (art. 1112.) En un centenario caso[3] el tribunal de primera instancia, cuyo fallo fue confirmado por la Corte, analizó primero si el funcionario había violado con su conducta ley o reglamento alguno, concluyendo en que no (cons. 1º.) Pero a pesar de que ese elemento es suficiente, según el art. 1074, para desechar la responsabilidad cuasidelictual por omisión, consideró que era necesario analizar además si había habido con esa omisión "irregularidad en su conducta" (cons. 2º.) Recién una vez que estuvo aclarado que no había habido irregularidad en su conducta, y que la aprobación del superior había significado el cumplimiento adecuado de "la obligación que le imponía su empleo" (cons. 3º), se concluyó que no había responsabilidad. A estos argumentos agregó el Procurador General que no encontraba "nada de irregular" en la conducta del funcionario, y que la segunda omisión de que se reclamaba, consistente en no presentar dentro de cierto término el despacho (las ordenanzas no fijaban término, razón por la cual la omisión no lo era de un acto ordenado por la ley), no era irregular, pues "el tiempo empleado en la revisación [...] no es excesivo." Todo ello señala que el criterio para juzgar la omisión de un funcionario no es, desde los antecedentes más lejanos, el del art. 1074 —obligación legal de hacerlo—, sino el del art. 1112: cumplir regularmente la función. Es la solución explícita del art. 1677 del Proyecto de 1998. En ambos casos se trata de obligaciones legales, pero en el primer caso la obligación debe serlo del hecho concreto que se ha omitido, mientras que en el segundo se trata de la omisión de un hecho no especificado ni previsto expresamente por la ley, pero que resulta necesario para llenar correctamente la función asignada. La responsabilidad del agente público es como mínimo una responsabilidad profesional, como la del médico, del abogado, con estándares más altos de exigencia normativa. Por esta primera razón no es posible pretender que el presupuesto sancionado en el art. 1112 sea igual al del 1109. En el art. 1112 tanto el hecho como la omisión son causa suficiente para originar dicha responsabilidad, cosa que no sucede en el 1074, donde la omisión no basta sino cuando una disposición legal le impone la obligación de cumplir el hecho omitido. Tanto el positivo hacer como los negativos "no dar," "no hacer" y "permitir"[4] están comprendidos en el 1112.

[7.3] CSJN, *Fallos*, 20: 436, *Ebbinghaus*, año 1878.

[7.4] Categoría ésta en boga en Alemania: BENDER, *op. cit.*, p. 160; GIESE, *op. cit.*, p. 122. La doctrina argentina también ha analizado, tanto a la responsabilidad del funcionario como del Estado por omisión, llegando a las mismas conclusiones. Ver en tal sentido COMADIRA, JULIO RODOLFO y CANDA, FABIÁN OMAR, "Responsabilidad del Estado por omisión (Actos interorgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contenciosoadministrativa," *LL*, 1996-A, 600; GAMBIER, BELTRÁN, "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia," *LL*, 1990-E, 617; TAWIL, "Omisión, guerra y responsabilidad del Estado," *LL*, 1991-D, 362; BERÇAITZ DE BOGGIANO, ANA L., "La discrecionalidad administrativa y la arbitrariedad por omisión," *ED*, 187: 860.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

8. *El daño como elemento de la responsabilidad*

8.1. *El problema de las relaciones entre particulares*

El art. 1109 prevé un daño resultante de un cuasidelito y en consecuencia, sólo es daño "algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria" (art. 1068.) Por lo tanto, los daños que no son susceptibles de apreciación pecuniaria, no son indemnizables. Así, p. ej., una restricción a la libertad de prensa, una violación de la libertad de enseñar y aprender, o de la libertad de conciencia, o de transitar y salir del país, de peticionar a las autoridades, etc., son transgresiones al orden normativo y violaciones de la esfera jurídica de los habitantes que por lo general no se traducen en un perjuicio económico. Es decir, no son daños en el sentido del Código Civil, y no pueden ser materia de cuasidelitos. Son, sin embargo, violaciones de los derechos de los individuos; son daños no autorizados por el orden jurídico, en un planteo lógico. Estas infracciones antijurídicas no dan lugar a indemnización, cuando son cometidas por un particular contra otro, porque no habiendo perjuicio económico ni positivo dolo (delito, que da lugar a la reparación del "daño moral") es desaconsejable sancionarlos, al no entrañar un serio perjuicio social; ello, precisamente por tratarse de cuestiones entre individuos de iguales derechos y condiciones.

8.2. *La concatenación o la alternativa de daño material y daño moral. Modos alternativos de reparación*

Ahora bien, lo que ocurre sin embargo es que todos esos daños no son generalmente cometidos por particulares, salvo principalmente el caso de las bases de datos,[1] sino por las autoridades públicas. Por ello la cuestión adquiere una importancia fundamental, ya que está en juego la libertad del individuo y el respeto de la persona humana, frente a los abusos y las negligencias de los servidores públicos. Allí entra en juego el sistema del Código Civil, que con este art. protege la libertad y el libre ejercicio de los derechos constitucionales, al establecer un régimen diferente en materia de daños e infracciones antijurídicas cometidas por agentes públicos.[2] La cuestión es igual en materia de responsabilidad del Estado, y veremos en este acápite algunos casos de responsabilidad compartida, o sólo del Estado. Son escasos los juicios por responsabilidad conjunta. Ello, claro está, sin perjuicio de todo el sistema preventivo y reparatorio de la violación de los derechos que explicamos en el presente volumen.

En efecto, el art. 1112 dice que "los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas" son el presupuesto de

[8.1] *Supra*, cap. III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva," § 6.5, "El caso de los bancos de datos y la privacidad."

[8.2] Excluidos, en el Proyecto de 1998, los jueces: MOSSET ITURRASPE, *op. loc. cit.*

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

su disposición ("son comprendidas en las disposiciones de este Título.") Ello significa que lo que determina la aplicación del art. es la reunión de los dos elementos allí mencionados; *a)* el hecho o la omisión en el ejercicio de la función; *b)* que ese hecho u omisión consista en un irregular cumplimiento de las obligaciones legales (o el "ejercicio irregular de sus cargos," según el art.1677 del Proyecto de 1998.)

Desde el momento que toda irregular prestación constituirá ya un hecho, ya una omisión, podemos subsumir el primer requisito en el segundo, y concluir en que lo fundamental del art. es sólo, y precisamente, ese cumplimiento irregular. Al decir la ley entonces que "son comprendidos en las disposiciones de este Título" determina que son daños generadores de responsabilidad. Mientras que el art. 1109 dice que el que comete un daño es responsable del mismo, lo dice allí con referencia a la noción de daño dada en el 1068: perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria. Al decir que el irregular cumplimiento de las obligaciones de la función está comprendido en las disposiciones del Título —que son disposiciones que establecen responsabilidad por daños causados por culpa— determina que ello también es un daño, a pesar de que las reglas generales no lo contemplan en todos los casos en esa forma. Las normas generales requieren daño económico y el irregular cumplimiento no siempre genera un daño económico. Allí está la razón de esta disposición especial. Puede haber:

a) al mismo tiempo daño material y moral, como en *Tarnopolsky* y demás casos de terrorismo de Estado o violencia policial: *Birt*, *Garrido* y *Baigorria*, etc., los casos de los *Testigos de Jehová*, perseguidos de todos los tiempos (y, si llegaran a juicio de responsabilidad, los casos que incluyen personas físicas aunque el actor no sea aun titular de reparaciones, como *Asociación Benghalensis, Viceconte, Defensora de Menores nº 3, Verbrugghe, Torello*); o

b) sólo daño material y no moral, como en *Amiano*,[3] *Assorati*,[4] *Militello*[5] y todos los casos de personas jurídicas, en lo que a ellas respecta, aunque pueden llegar a tenerlo sus miembros;

c) daño moral únicamente, como suele ser "en los derechos extrapatrimoniales de una persona, como son el honor [...], sus íntimos afectos [...] los sentimientos, las afecciones, la tranquilidad anímica, el honor del damnificado," "o se ha perturbado su ritmo de vida," "dolores o padecimientos íntimos," "una verdadera lesión de orden psíquico," como dice GALLI *in re Amiano*.[6] El daño moral puede ser —o según aquellos exigentes *standards*— reducido pero no inexistente, y encontrar otras formas creativas de reparación. (*Ekmekdjian, Gambier I, Gambier II, Ángel Castro, Dalbón, Labatón, Bella, Enrique de Tita, Verbrugghe, Verbitsky c.*

[8.3] *Amiano*, Sala IV, *LL*, 1999-F, 497; *DJ*, 2000-1, 644.
[8.4] CNFed. CA, Sala IV, *Assorati*, causa 9.702/97, 18 de julio de 1997.
[8.5] CNCiv., Sala C, *Militello*, *LL*, 1999-E, 740.
[8.6] Sala IV, *DJ*, 2000-1, 644, p. 648, que recuerda *Mingari*, *LLBA*, 1998-1086 y *Rosa*, *DJ*, 990-2, 575, ambos de tribunales civiles.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Belluscio, los casos de medio ambiente y salud —*Schroder, Squaglia, P., A. E.* y tantos otros—, etc.)

d) otra categoría creada por la jurisprudencia es el daño moral colectivo, que se indemniza de la misma forma, como *Municipalidad de Tandil.*[7]

En consecuencia, si del art. 1112 se interpretara que no todo irregular cumplimiento de las obligaciones de la función generaría responsabilidad, sino sólo aquel que causare un daño económico, estaríamos entonces en las reglas generales sobre la materia. En tal hipótesis, los hechos y las omisiones que mencionamos al comienzo de este apartado (restricciones a la libertad de prensa, de tránsito, de reunión, etc.) no estarían comprendidos en las disposiciones del título no podrían originar responsabilidad de los funcionarios públicos. El art. 1112 dispone lo contrario de la regla general: que están comprendidos en el título. Es decir que también los hechos y las omisiones que constituyen irregular ejecución de las obligaciones legales de la función son, sin distinción en cuanto al tipo material del daño causado, daño generador de responsabilidad.

8.3. *El daño económicamente apreciable*

A nuestro criterio la norma autoriza la responsabilidad aún por daños económicamente indeterminados.[8] El problema es por supuesto delicado, ya que el art. 1068 que define el daño es aplicable "a los actos ilícitos;" además, VÉLEZ SARSFIELD, cuando quiso derogar el 1068 para un caso particular, lo hizo expresamente con el art. 1078, el cual por otra parte es inaplicable al título de los cuasidelitos (ver art. 1108.)[9] Pero ello no alcanza a configurar, a nuestro criterio, más que una crítica metodológica, o a hacer aconsejable la subdivisión del art. 1112 en una o más disposiciones; pues, entendemos, él ya contiene una expresa excepción al principio general. El que tal excepción no resalte ante una mera lectura informal de la norma, no quita que ella de todos modos exista y aparezca con un análisis más detenido. Si el art. 1112 dice que lo que él prevé está comprendido en el título, ello no significa que eso es un hecho ilícito generador de responsabilidad según el título y por lo tanto del 1068, sino pura y simplemente, como lo expresa su texto, que el hecho en él previsto, y no el hecho ilícito del 1109 con su referencia conceptual al 1068, es el que origina responsabilidad.

[8.7] *LL*, 1997-E, 1640, con nota de ZAVALA DE GONZALEZ, MATILDE, "Los daños morales colectivos y su resarcimiento dinerario."

[8.8] Comp. *Amiano*, CNFed. CA, Sala IV, *LL*, 1999-F, 497; *DJ*, 2000-1, 644; CAPUTI, M. CLAUDIA, "Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales (el caso «Amiano»)" en *LL*, 2000-D, 274. Decía antaño la Cámara Civil de la Capital (26: 379): "La calificación de jugador de garito hecha a una persona que, demás de comprobar su honorabilidad, justifica la falsedad del hecho imputado, importa extralimitación de facultades en el empleo y una ofensa ilícita al ciudadano, que debe ser indemnizada, según criterio del Tribunal;" AGUIAR, HENOCH D., *Hechos y actos jurídicos*, t. II, Buenos Aires, 1950, p. 458, nota 35.

[8.9] Ver notas 7.1 y 7.2.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Repetimos, el art. 1112 no se refiere al hecho previsto en el art. 1109, sino que dispone que el hecho que él mismo prevé —o sea, el hecho previsto en el art. 1112—[10] es causa eficiente y suficiente generadora de responsabilidad. Allí reside la derogación, en el caso especial, a la regla general. Supongamos que un nuevo artículo introducido después del 1112 dijera: "El insultar a una persona está comprendido en las disposiciones de este título," ¿no significaría ello acaso que el insulto es un hecho ilícito generador de responsabilidad, y que debe indemnizarse el daño moral ocasionado, ya que daño económico no hay? ¿No sería eso una derogación del art. 1068? Supongamos que el nuevo art. dijera: "El violar la libertad de culto, de expresión de las ideas, etc., está comprendido en las disposiciones de este Título;" ¿no habría, nuevamente aquí, una derogación al principio del art. 1068 en cuanto se estaría creando responsabilidad para un hecho que no acarrea daño económico? Y bien, eso es exactamente lo que dice el art. 1112, en cuanto hace responsable al funcionario por el irregular cumplimiento de las obligaciones legales que le están impuestas, entre las que figura, desde luego, el respeto a todos los derechos individuales contemplados en la Constitución, independientemente de que tengan o no contenido económico. De esta forma el derecho de reunión, de asociación, de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, de transitar y salir del país, de profesar libremente su culto, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, de los papeles privados, y todos los derechos individuales establecidos en la Constitución pero frecuentemente desmentidos en la realidad, originan en el Código Civil responsabilidad del agente público que los viola, aunque el perjuicio no sea susceptible de apreciación pecuniaria.[11] Una de las obligaciones legales impuestas al funcionario es respetar la Constitución, lo que incluye los derechos individuales allí establecidos y los derechos humanos. El funcionario que viola un derecho establecido en la Constitución y los tratados viola con ello la Constitución y los pactos. Cumple de esa manera en forma irregular sus obligaciones legales (ejerce irregularmente su cargo), debe por lo tanto ser responsable y así lo dispone el art. 1112 (1677 del Proyecto de 1998.) La indemnización será en tales casos ya por el daño moral cometido, ya por el perjuicio económico, cuando exista;[12] y puede también considerarse pertinente —*de lege ferenda*— los *exemplary damages*,[13] es decir, un aumento de la indemnización a título de castigo civil, de acuerdo a la importancia del bien jurídico protegido o a la negligencia o malicia demostrada en la producción del daño jurídico.

8.10 A saber: "irregular ejercicio de las obligaciones legales," ("ejercicio irregular de sus cargos," en el Proyecto de 1998) en lugar de "hecho que causa un daño (económico) a otro."

8.11 Conf. GIESE, *op. cit.*, p. 125: "Están comprendidos allí no solamente los daños patrimoniales, sino también los menoscabos ideales."

8.12 Ver, para los múltiples supuestos posibles, el completísimo libro de IRIBARNE, HÉCTOR PEDRO, *De los daños a la persona*, Ediar, 1995.

8.13 Para algunos sería una demanda improponible. Una revisión del estado actual de la cuestión en ÁLVAREZ LARRONDO, FEDERICO M., "Los daños punitivos," *LL*, 2000-A, 1111.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

9. *La culpa como elemento de la responsabilidad*

9.1. *La necesidad de que haya culpa*

En cuanto a la culpa, a falta de mención expresa en el art. 1112 deben aplicarse los principios generales, requiriéndose en consecuencia la existencia de dolo, culpa o negligencia en la realización del daño; es decir, que el irregular cumplimiento de las obligaciones legales impuestas al funcionario para el ejercicio de su función se haya debido al dolo, la culpa o la negligencia de su autor.[1] La obediencia debida juega en este aspecto un rol importante, porque la ejecución de una orden inválida cuya legalidad el funcionario no tenga derecho a examinar,[2] o de una orden negligente o culposa, pero válida en su origen, o de una ley inconstitucional —que el funcionario no esté en situación de desobedecer—,[3] no puede dar lugar a responsabilidad. Por otra parte, toda vez que el servidor público cumple regularmente sus obligaciones legales, existe prácticamente una eximente de culpa. En tales casos el hecho es atribuido a la función o servicio mismo, es decir al Estado y corresponde por lo tanto aplicar la responsabilidad directa de éste, si es pertinente, en forma exclusiva. Así el cumplimiento regular de las obligaciones legales impuestas al funcionario excluye su responsabilidad, pero el cumplimiento irregular no origina responsabilidad personal del agente público a menos que esa irregularidad sea culpable.

9.2. *El caso del error*

En cuanto al error, sólo puede ser causal de responsabilidad si con él el funcionario ha cumplido culposa e irregularmente sus obligaciones legales. El error no culpable o que no es ejecución irregular de las obligaciones legales no provoca la responsabilidad del art. 1112. Pero el error no culpable, no es el "error excusable" del derecho civil, pues éste existe cuando puede darse en un hombre normal, mientras que el funcionario tiene obligaciones especiales que un hombre normal no tiene por qué cumplir. En el caso del agente estatal, todo depende del cumplimiento irregular de las obligaciones legales,[4] o el ejercicio irregular de su cargo.

9.1 BIELSA, *op. cit.*, p. 275; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 546; DÍAZ DE GUIJARRO, "La irresponsabilidad personal del funcionario público que obra por error," *JA*, 61: 528, etc.; como señala MOSSET ITURRASPE, "Visión privatista de la responsabilidad del Estado," en STIGLITZ (dir.), *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, *op. cit.*, pp. 17-33, esp. p. 26, la tesis subjetiva en materia de responsabilidad civil de los agentes públicos es mayoritaria.

9.2 Ver BIELSA, *op. cit.*, p. 282.

9.3 Así CSJN, *Fallos*, 16: 461; en igual sentido MACHADO, *op. cit.*, p. 404, nota y DÍAZ DE GUIJARRO, *op. cit.* La ejecución de una ordenanza ilegal o inconstitucional, en cambio, sí genera responsabilidad para el funcionario: CSJN, *Fallos*, 49: 344, *Unzué*, 1892, en que se dijo que el presidente de una Municipalidad es personalmente responsable por los actos irregulares que cometa en el desempeño de sus funciones y no puede hacer valer lo dispuesto por ordenanzas municipales, cuando es contrario a las prescripciones de leyes vigentes; en igual sentido MACHADO, *op. loc. cit.*

9.4 Conf. MAYER, *Derecho administrativo alemán*, *op. cit.*, p. 309; comparar el resto del texto de MAYER y BIELSA, *op. cit.*, p. 283.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Inversamente, cuando el error es un irregular cumplimiento de las obligaciones legales, el funcionario es responsable si lo ha cometido por negligencia. Por lo que, en la práctica, el error se subsume en la culpa.[5]

10. *El irregular cumplimiento de las obligaciones legales*

De lo dicho hasta ahora surge que el irregular cumplimiento de las obligaciones legales que les están impuestas a los funcionarios públicos, es el elemento determinante de la aplicación de la responsabilidad civil a ellos —además de la culpa, se sobreentiende. En algunos casos, esto implicará una situación de privilegio para el funcionario, ya que habiendo él cumplido en forma regular sus obligaciones, será irresponsable aunque cause un daño susceptible de apreciación pecuniaria, puesto que el irregular cumplimiento es elemento absolutamente determinante de esta responsabilidad en cuanto ejercicio de la función pública. "Es decir, que una falta del funcionario en el ejercicio de sus funciones no basta para comprometer su responsabilidad —como lo sería por aplicación del art. 1109—. Es necesario que esa falta, que ese hecho, importe el cumplimiento irregular de sus obligaciones legales; y tal es la interpretación jurisprudencial."[1] En el resto de los casos, habiendo irregular prestación existe, por eso sólo, responsabilidad. Por lo que la irregular prestación es nuevamente aquí, el elemento determinante.[2] Es de destacar que nuestra ley habla de "irregular cumplimiento," diferenciándose así de la ley alemana, que exigía la "violación" de las obligaciones del cargo impuestas al funcionario. En base a tal característica de nuestra norma, se concluye que no es necesario que exista una concreta violación de alguna obligación legal impuesta al funcionario, sino que es suficiente para hacer nacer esta responsabilidad el mero cumplimiento defectuoso, irregular, etc., de dicha obligación legal.[3]

11. *Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales no debidas directamente al interesado*

11.1. *Qué son las "obligaciones legales"*

En lo que hace a la caracterización de "las obligaciones legales que les están impuestas," no hay discusión alguna acerca de que ellas abarcan toda ley y regla-

[9.5] Conf. Díaz de Guijarro, *op. cit.* En contra Aguiar, *op. loc. cit.*; comp. Colombo, *op. loc. cit.*

[10.1] Bielsa, *Derecho administrativo, op. cit.*, p. 276, nota. Claro está, si el funcionario no actúa en ejercicio de la función pública, el eventual irregular cumplimiento de las obligaciones legales de la misma que pueda existir no es causa de irresponsabilidad; pero en tales casos nos salimos ya de la hipótesis de aplicación del art. 1112 y entramos en la común del art. 1109.

[10.2] Conf. Bielsa, *op. cit.*, p. 276, nota. La necesaria consecuencia, de que aun el daño no susceptible de apreciación pecuniaria origina responsabilidad, no es sin embargo señalada por ese autor. Conf. también Aguiar, *Hechos y actos jurídicos, op. cit.*, p. 458 y Sáenz, *Responsabilidad de los funcionarios y responsabilidad del Estado, op. cit.*, p. 15; la misma observación anterior; más la de que no exigen concretamente la culpa.

[10.3] Conf. Aguiar, *op. cit.*, p. 457; Sáenz, *op. cit.*, pp. 15-6.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

mento que tenga disposiciones pertinentes y "las ordenanzas, las prescripciones administrativas y aun instrucciones del superior jerárquico conforme a la ley;"[1] "u orden del superior jerárquico"[2] y también las normas emergentes de contratos especiales que el servidor público pueda tener con el Estado.

Pero debemos puntualizar una vez más que dentro del "cumplimiento de las obligaciones legales" se encuentra asimismo y por sobre todo la Constitución y los derechos humanos tutelados en los tratados internacionales, por lo que también la violación de ésta es una transgresión de las obligaciones legales impuestas al funcionario. Es frecuente que los funcionarios entiendan que su primera obligación del cargo es cumplir las normas reglamentarias más inmediatas, más pequeñas, de menor autoridad pero de la autoridad más próxima a ellos, y no tengan muy presente lo que disponen las leyes a las cuales le deben más obediencia que a las órdenes y los reglamentos. Mucho menos entonces a lo que dice la Constitución. Jamás lo que disponen los tratados internacionales de derechos humanos, contra la corrupción, etc. A veces le pasa lo mismo hasta a los jueces en sus sentencias.

Mientras tanto la sociedad no hace nada para cambiar esas pervertidas pautas en que vale más una orden que un reglamento, éste que una ley, también un decreto más que una ley, una ley más que la Constitución y que los tratados internacionales. Esa es la administración paralela, tema llevado al paroxismo. Recordemos, al menos, que la responsabilidad de todos los agentes del Estado lo es a la pirámide jurídica, empezando por su cúspide actual, los tratados internacionales (de ellos, en primer lugar los de derechos humanos y el de la corrupción), siguiendo por el texto claro y prístino de la Constitución que muchos se empecinan en tergiversar o desconocer, siguiendo por las leyes y recién al final y en el último escalón llegando a la pequeña norma reglamentaria de la cual se quiere alimentar la administración, a veces exclusivamente.

11.2 *Algunas obligaciones en particular*

Si bien lo habitual es explicar o mentar primero las normas nacionales y luego las locales, nos parece que está tomando mayor vigor el tratamiento del tema a nivel de la Ciudad de Buenos Aires, al menos en algunos aspectos que hacen a la responsabilidad política y al clima sociojurídico de control. Así por ejemplo cabe destacar la ley 104 que regula el derecho a acceder a la información de actos del Estado y que obliga al Jefe de Gobierno a arbitrar los medios idóneos para poner a disposición de la ciudadanía toda la información y documentación atinente a la gestión oficial, cuyo incumplimiento lo hace incurrir en responsabilidad.[3]

[11.1] BIELSA, *op. cit.*, p. 276, nota.

[11.2] SÁENZ, *op. cit.*, p. 15.

[11.3] Ver al respecto AMMIRATO, AURELIO L.; SCHEIBLER, GUILLERMO, M. y TRÍPOLI, PABLO, "Ley 104 de acceso a la información de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires," *LL*, 2003-F, 294. Ver también CCyT, Sala II, *Campos c. Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires*, *LL*, 2006-A, 83, con comentario de AMBROSINO, MARÍA SILVANA, "A favor del control social...," *LL*, 2006-A, 82.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

En cambio, a nivel nacional sobreabundan constantemente las normas, pero las prácticas sociales no parecen acompañar sus enaltecidos principios. Entre las obligaciones de los agentes públicos nacionales cabe recordar la CICC,[4] la ley de ética pública,[5] el régimen de los agentes públicos, ley 24.156, el dec. 229/00. Este último merece ser recordado en sus arts. 3 y ss.; salvo algunos incisos del art. 5º y art. 7º y 8º, es operativo y su incumplimiento generaría en consecuencia responsabilidad, si funcionaran los mecanismos necesarios para su implementación.

11.3. *Obligaciones legales no debidas directamente al particular, sino al Estado*

Lo fundamental que hay que advertir es que nuestro art. 1112 difiere del 839 del Código Civil alemán también en que no se requiere la violación de una obligación legal debida directamente al damnificado, sino de una obligación legal debida tanto al damnificado como al Estado. Es decir, la ley alemana es menos amplia en materia de responsabilidad, pues para que el particular pueda hacer responsable a un funcionario público por la violación de una norma jurídica a él impuesta en razón de su función, sería necesario que tal norma hubiera sido creada en interés de ese administrado; o sea, para protegerlo específicamente a él, de forma tal que pueda afirmarse que la obligación legal del funcionario era debida directamente a ese particular.

En este orden de ideas, si la norma hubiera sido creada, en cambio, en interés de la administración, el funcionario no sería responsable frente a ningún particular por dejar de cumplir o cumplir irregularmente esa norma. Nuestro código, por el contrario, no contiene esa limitación a la responsabilidad de los funcionarios, y corresponde entender en consecuencia que la violación o irregular cumplimiento de cualquier norma jurídica relativa al ejercicio de la función hace responsable al funcionario frente al particular que resulte afectado.

Con todo, es de destacar que la jurisprudencia alemana se ha adelantado a borrar esta diferencia, y en la mayoría de las obligaciones legales, que en principio eran debidas por el funcionario sólo al Estado, ha reconocido un derecho subjetivo;[6] de todos modos, este art. que no aplicamos sigue siendo, irónicamente, un adelanto legislativo que ningún otro país posee. Si le sumamos la existencia de los derechos de incidencia colectiva previstos en la nueva Constitución, podemos concluir que

[11.4] MANFRONI, CARLOS A. y WERKSMAN, RICHARD, *La Convención Interamericana contra la corrupción. Anotada y comentada. Medidas preventivas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997; DURÁN MARTÍNEZ, AUGUSTO, *Estudios sobre derechos humanos*, Montevideo, Ingranusi, 1999, p. 120 y ss.: "Corrupción y derechos humanos. Aspectos de derecho administrativo (Convención Interamericana Contra la Corrupción.)"

[11.5] CAPUTI, *La ética pública*, Buenos Aires, Depalma, 2000.

[11.6] BENDER, *Allgemeines Verwaltungsrecht, op. cit.*, p. 75; FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht, op. cit.*, p. 169 y ss.; las referencias son uniformes.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

los individuos tenemos un derecho subjetivo y también de incidencia colectiva a responsabilizar a los agentes públicos por los daños que cometen a la sociedad y a la propia administración.

El derecho a la vigencia del principio de la legalidad de la administración se halla normativamente vigente entre nosotros en el Código Civil, en la nueva Constitución de 1994, en el tratado contra la corrupción, en la ley de ética pública.

El art. 1112, al establecer como causa generadora de responsabilidad, a los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones (esto es, en cuanto órganos del Estado), por el cumplimiento irregular de las obligaciones legales impuestas por el Estado al órgano, transforma esa relación jurídica entre el órgano y el particular. El deber que existía sólo frente al Estado existe ahora también frente a los particulares. El regular cumplimiento de las obligaciones legales constituye un derecho subjetivo del administrado y también un derecho de incidencia colectiva. Es la solución que deviene del art. 43 de la Constitución, articulado a su vez con el art. 36 y demás normas que en dicha sección se refieren a estos nuevos derechos y garantías.

Dada la posibilidad de que las obligaciones legales sean debidas primariamente al Estado (reglamentos, circulares, etc.), o al administrado y la sociedad (derechos individuales y de incidencia colectiva previstos en la Constitución) y siendo que ambas originan responsabilidad en virtud del art. 1112, corresponde distinguir la forma en que el daño (infracción antijurídica) se produce en cada caso. En el primer caso, es decir, aquél en que las obligaciones legales fueron puestas por el Estado en interés de los administrados, pero como deber exigible sólo por el Estado, el art. 1112 las hace también debidas al administrado. Es la misma solución que hoy consagra también el art. 43 segundo párrafo de la Constitución al referirse a los derechos de incidencia colectiva. En el caso del Estado la violación de cualquier disposición genera responsabilidad —pues todas son debidas a él—, en el caso del particular la violación o el irregular cumplimiento de normas jurídicas por parte del funcionario sólo puede dar lugar a responsabilidad cuando el administrado se ve afectado por tal incumplimiento: afectado en el sentido del art. 43 de la Constitución, lo que incluye a los individuos y las asociaciones, además del Defensor del Pueblo de la Nación.

No interesa pues si en su origen la norma tuvo en cuenta beneficiar al particular, sino si el regular cumplimiento de la misma interesa o no al administrado y a los bienes colectivos que la Constitución tutela. Debe haber una relación de causalidad entre la prestación irregular y la consecuencia dañosa,[7] y esa relación falta si la regular prestación de las obligaciones no hubiera servido para proteger o de alguna forma beneficiar o ser de interés para el particular.

En consecuencia, si una norma relativa al ejercicio de la función pública (sea la Constitución, una ley, reglamento, ordenanza, circular, orden interna, vincula-

[11.7] BENDER, *op. cit.*, p. 161.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ción contractual o acto administrativo individual) establece una conducta concreta a la cual el funcionario está obligado a ajustarse, tendrá un derecho subjetivo a esa conducta del funcionario, el individuo a quien pueda considerarse alcanzado en forma exclusiva por ella.

12. *Coordinación de la responsabilidad del agente público con la responsabilidad del Estado*

12.1. *No debe abandonarse la responsabilidad personal de los funcionarios públicos, sino que debe coordinársela con la del Estado*

Llegamos finalmente al análisis de cómo podría o debería coordinarse la responsabilidad de los funcionarios públicos con la del Estado, si se atendiera a la finalidad de preservación social de no tener funcionarios impunes que cometan culposa o dolosamente daños desde el poder del Estado, sin ser nunca llamados a responder por los daños y perjuicios que ocasiona su accionar.

Debemos, sí, lograr que el damnificado sea indemnizado por el Estado, pues el servidor público frecuentemente resultará insolvente u ocultará sus bienes si es un gran delincuente de alto nivel político, pero el culpable autor del daño no debe quedar en la total impunidad.

Piénsese lo que se piense del art. 1113 y de su combinación con los arts que fuere. Aplíquense los principios que se apliquen para responsabilizar al Estado. No por ello se deroga el principio claro de la ley civil que consiste en la responsabilidad personal, propia, directa, de los funcionarios públicos. No por que se use el art. 1112 para responsabilizar indirectamente al Estado, dejará de tener su significación propia e indiscutible de responsabilidad de los funcionarios públicos; y hállese donde se halle el fundamento de la responsabilidad del Estado, seguirá habiendo respon-sabilidad de los agentes públicos por imperio del art. 1112. Aun superando la confusión de responsabilidad directa con indirecta, no era posible justificar el olvido del art. 1112, el cual, si establece como caso especial de responsabilidad cuasidelictual la del funcionario público, ciertamente que no la establece con la única intención de facilitarle la futura acción de *in rem verso* al Estado.[1]

Ahora bien, mientras no le hallemos solución al problema de efectivizar la responsabilidad del funcionario autor del daño seguiremos pagando entre todos los costos sociales de la eventual irresponsabilidad de quien desde la función pública compromete el patrimonio de la colectividad. Los pagaremos de múltiples modos aunque inequitativamente: déficit fiscal, endeudamiento externo, disminución o desaparición de servicios sociales, dilapidación de fondos públicos, etc.

[12.1] Como bien señala ORTIZ, la corresponsabilidad es inevitable, de cualquier manera que se la funde: ORTIZ, EDUARDO, *Expropiación y responsabilidad pública*, San José, LIL, 1996, pp. 263-70. La actual jurisprudencia de la CSJN, que explicamos en el cap. XX, "La responsabilidad del Estado y de sus concesionarios y licenciatarios," resuelve el primer problema, conceptual. El problema práctico queda pendiente.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Adviértase que en materia de *mala praxis* médica nadie tiene problemas en demandar conjuntamente a la obra social o empresa de medicina prepaga y al médico; resulta sumamente disvalioso que el funcionario público — y en su caso el juez que no lo frena— no tengan la misma carga procesal que el médico, siendo ambas responsabilidades de índole profesional.[2]

Si, como ya hemos visto, lo que prevé el art. 1112 no es sólo una posible responsabilidad del órgano frente al Estado por los daños que cometa directa o indirectamente, para asegurar la acción de *in rem verso* de éste; si se trata en consecuencia y por el contrario, de una responsabilidad del funcionario frente al administrado, bien claro ha de ser que tanto la responsabilidad del funcionario como la del Estado coexisten. RAFAEL BIELSA, que ha criticado con razón a la jurisprudencia su olvido de la responsabilidad de los funcionarios establecida en el art. 1112, no propone esta solución sino la opuesta de negar la responsabilidad del Estado en aras de la responsabilidad del funcionario. Si se apartan los fundamentos por los que se pudiera decir que el art. 1113 es inaplicable al Estado para fundar una responsabilidad como la que la jurisprudencia ha creado, se advierte al punto que tan discutible es una posición extrema como la otra. Ni el art. 1112 es suficiente para derogar el 1113, ni el 1113 para derogar el 1112. Tenemos, en definitiva, un mismo hecho respecto del cual hay dos responsables: *a)* el Estado, por imperio de los arts. 1109 y 1113 según la interpretación jurisprudencial, *b)* el funcionario, en virtud del art. 1112. Es decir, hay una pluralidad de sujetos alcanzados por la obligación de indemnizar un mismo daño. Cabe interpretarlas de modo tal que una de las dos no devenga inexistente.

12.2. *Es una obligación conjunta* in solidum

Al estudiar la forma en que deben combinarse estas responsabilidades, debe considerarse en primer término si las mismas constituyen una obligación *in solidum* o solidaria.

La posibilidad de que estas responsabilidades constituyan una obligación *in solidum* no era antiguamente favorecida por la doctrina civil, conforme a la cual las obligaciones disyuntas no constituían sino un caso de mancomunación solida-

[12.2] Hay autores que desde la dogmática jurídica civilista se oponen a toda forma de unir ambas responsabilidades, lo cual produce una consecuencia disvaliosa, injusta, perjudicial para la sociedad y proclive a la corrupción. Es por ello una cuestión de filosofía del derecho, más que de dogmática jurídica. Desde la dogmática jurídica nuestra posición ha sido de antaño ampliamente criticada por KEMELMAJER DE CARLUCCI, "La responsabilidad del Estado: enfoque jurídico-privado," en el libro colectivo de la UNSTA, *Responsabilidad del Estado*, Tucumán, 1982, pp. 77-80. Ya hemos citado antes, desde el derecho administrativo, la crítica de LINARES. En el caso *Amiano*, *LL*, 1999-F, 497 y *DJ*, 2000-1, 644, la Sala IV condena al funcionario y al Estado, sin aclarar en que carácter los obliga a ambos. Sobre este tema ver *infra*, § 12.2, "Es una obligación conjunta *in solidum*" y sus remisiones. Ver también CAPUTI, "Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales (el caso «Amiano»)," *LL*, 2000-D, 274.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ria, pues al establecer que la deuda pesa sobre uno u otro acreedor, resulta que cada deudor tiene la obligación de pagar íntegramente la prestación, lo que es, precisamente, la característica esencial de la solidaridad.[3]

En todo caso la jurisprudencia se ha venido inclinando por esta hipótesis, que nos parece preferible a la obligación simplemente mancomunada. Así se ha resuelto "que los tres codemandados deben ser condenados a responder en forma concurrente o «*in solidum*» y cada uno por el todo frente a la víctima, ponderando las distintas causas de las que emana su responsabilidad."[4]

Resultan aplicables al caso, a nuestro entender, las reflexiones de MOSSET ITURRASPE,[5] que al sostener también la solidaridad imperfecta o *in solidum* u obligación indistinta, habla del paso "del anonimato a la responsabilidad colectiva" en las responsabilidades de los equipos médicos, jurídicos, etc.

No hay razón fáctica alguna para no aplicar la misma regla a los equipos administrativos, ejemplo paradigmático del anonimato y la irresponsabilidad colectiva a la hora de comprometer el erario público.

En ese enjuiciamiento jurídico y moral tienen también su parte los tribunales que no hacen lugar a las acciones encaminadas a prevenir un daño o un hecho de corrupción, no importa cuál sea la excusa en que se escuden: rechazo *in limine* de la acción de amparo, acto de gobierno, falta de legitimación activa, discrecionalidad administrativa, falta de daño irreparable, etc.[6]

[12.3] SALVAT, RAYMUNDO, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, t. II, Buenos Aires, TEA, 1953, 6ª ed., actualizada por E. V. GALLI, § 154, nº 1022; COLMO, ALFREDO, *Tratado teórico-práctico de las obligaciones en el derecho civil argentino. De las obligaciones en general*, Buenos Aires, Menéndez, 1920, p. 33, § 462; en igual sentido SEGOVIA, *op. cit.*, t. I, p. 178, § 3; MACHADO, *op. cit.*, t. II, pp. 455-6, nota; Plenario Cám. Civil, *Barlaro de Crivelli v. Barlaro*, *JA*, 17: 218, año 1925; LAFAILLE, HÉCTOR, *Derecho Civil, Tratado de las Obligaciones*, vol. II, Buenos Aires, 1950, p. 223; REZZÓNICO, LUIS M., *Estudio de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1956, 7ª ed., p. 355. En contra, LINARES, *op. loc. cit.*, quien se inclina por la responsabilidad exclusiva del Estado, salvo casos de excepción.

[12.4] CNFed. Civ. y Com., Sala II, *M.F.G. c. Jäger, Emilio y otros*, *LL*, 1997-E, 643, año 1996, cons. II *c)*. Esta solución ya tenía precedentes, que se han ido afirmando: CNCiv., Sala F, *De los Santos*, *LL*, 98: 11, del año 1959; CNCiv., Sala D, *Algañaraz*, *LL*, 83: 299, año 1956.

[12.5] MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños. Responsabilidad colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1992, p. 114 y ss.

[12.6] Como dice el refrán, no hay peor ciego que el que no quiere ver; allí el juez se transforma en parte del "equipo," en las palabras de MOSSET ITURRASPE; ver también GOZAÍNI, OSVALDO A., *Costas procesales*, Buenos Aires, Ediar, 1998, 2ª ed., p. 218 y ss.; DÍAZ DE GUIJARRO, "La imposición de las costas al Juez," *JA*, 33:1251.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Capítulo XX

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE SUS CONCESIONARIOS Y LICENCIATARIOS

I. *Introducción*

1. *El* status quo ante *y sus problemas*

1.1. *El viejo dogma de la responsabilidad del Estado*

La problemática de la responsabilidad del Estado[1] y de sus funcionarios públicos, conjuntamente con la protección administrativa y jurisdiccional de los administrados, constituyó uno de los puntos esenciales del derecho administrativo del siglo XX. Fue una de las claves del Estado de Derecho.[2]

Cuando el Estado dictaba un acto antijurídico, existía la posibilidad de impugnarlo primero en sede administrativa, en el procedimiento administrativo o luego en el judicial, por el derecho procesal administrativo. En la hipótesis de fracaso de la tutela judicial que evitara la consumación del daño, se pasaba a la etapa de

[1.1] El tema ha concitado una extraordinaria bibliografía que es imposible enumerar. A mero título ejemplificativo señalamos nuestra tesis de 1959 y desde 1974 las sucesivas revisiones de los que es hoy el cap. XX de este t. 2; Reiriz, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969; "Responsabilidad del Estado," en AA.VV., *El derecho administrativo hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 227 y ss.; Altamira Gigena, Julio I., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Astrea, 1973; Perrino, Pablo E., "La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio," *ED*, 185: 781; Liendo, Horacio (h.), "La responsabilidad del Estado Nacional en el derecho positivo," *LL*, 1983-B, 951; Bianchi, Alberto B., "Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado," *LL*, 1996-A, 922; Ghersi, Carlos A., "Responsabilidad del Estado por actos dañosos de sus dependientes (artículo 1113, Código Civil)," *LL*, 1985-C, 319; Galdós, Jorge M., "La relación de dependencia y la responsabilidad del Estado, como principal, por el hecho del policía," *LL*, 1996-C, 557; "Peaje y ley de defensa al consumidor," *JA*, 2000-I, 186, p. 18 y ss.

[1.2] Como lo explicamos en el t. 1, *Parte general*, cap II, "Pasado, presente y futuro del derecho administrativo," § 2.2.2, "La irresponsabilidad del soberano." Es paradigmático recordar el fallo *Blanco* del Tribunal de Conflictos francés, en 1873, pero Luchet, Just, *L'arrêt Blanco*, París, Sirey, 1935, introduce su obra con una cita de Paul Valéry: "*Il y a des victoires* per se *et des victoires par* accidens." Su prólogo de pp. 5-6 lo explicita y la obra lo desarrolla. Como veremos, en nuestro país, un fallo *Blanco* está en el futuro, no en el pasado, de nuestra historia jurídica.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

reparación pecuniaria de la actividad antijurídica. Era allí necesario que la sociedad, a través del Estado, indemnizara el perjuicio ocasionado al particular. Ya se trataba, como se advierte, del perjuicio derivado de la acción administrativa con más el efecto sinérgico de la inacción judicial para detenerla. Era responsabilidad por acción administrativa y omisión jurisdiccional. Sólo quedaba reparar el daño que ningún órgano de control había sido eficaz en impedir. El antiguo principio latino fue casi siempre desconocido: *melius est intacta iura servare quam vulneratæ causæ remedium quærere.* Ese disfuncionamiento del sistema perdura pero se avizora un cambio.[3] La responsabilidad por acto lícito era una medida de la solidaridad social; la responsabilidad por acto ilícito, un *test* tardío de la vigencia del Estado de derecho.[4] Mientras tanto, la responsabilidad del Estado a nivel internacional comienza a ser una realidad pujante.[5]

1.2. *La vieja utopía de la responsabilidad del funcionario*

Debía además, en buenos principios, hacerse efectiva igualmente la responsabilidad pecuniaria conjunta, solidaria o no, del funcionario autor del daño[6] y no solamente del Estado. El problema de la responsabilidad del Estado no debe considerarse separadamente del problema de la responsabilidad de los funcionarios públicos. Lamentablemente han sido muy pocos los casos en que el actor ha hecho efectiva esa responsabilidad en forma conjunta.[7]

Hemos considerado que la responsabilidad de los funcionarios públicos debe plantearse juntamente con la del Estado, a fin de destacar la necesidad no sólo de indemnizar el daño —lo que puede hacerlo tanto uno como el otro y generalmente lo hará el Estado— sino también de castigar al verdadero responsable de aquél —que es en la generalidad de los casos el funcionario que lo cometió— a fin de

[1.3] Ver en este vol., *supra*, caps. II, "Derechos de incidencia colectiva," III, "El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva" y IV, "El interés legítimo;" "Los grandes fallos de la actualidad," en *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. XI; "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia," *LL*, 1997-F, 1318.

[1.4] *Supra*, cap. XII, "La licitación pública;" cap. XIII, "La tutela judicial," § 1, "Dificultades del tema" y § 2, "Diferencia entre «plena jurisdicción» y «anulación»." Sigamos a SÉNECA, NIETZSCHE: castiguemos, no porque se ha obrado mal, sino para que no se obre mal; detengamos a tiempo las ilegalidades, *antes* que los hechos, no lleguemos *después* solamente a la "reparación."

[1.5] Ello es disfuncional, pues se mantiene la inmunidad de los organismos internacionales: CHITI, MARIO P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Milán, Giuffrè, 1999, p. 390; nuestro art. "La futura responsabilidad de las organizaciones internacionales en un gobierno compartido," *LL*, 2003-E, 1195.

[1.6] Remitimos nuevamente a la transcripción de HAURIOU que hicimos en el cap. XIX, "La responsabilidad civil de los funcionarios," p. 1; en contra, LINARES, JUAN FRANCISCO, "En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público," *LL*, 153: 601.

[1.7] Uno de ellos, que pertenece a la época más dramática del siglo XX en la Argentina, fue *Tarnopolsky, D. c. Estado nacional y otros*, Sala III, *LL*, 1996-C, 439, con nuestra nota "*In memorian*," *LL*, 1996-C, 438; otro, recurrente y creciente, la responsabilidad de los cirujanos y anestesistas junto al Estado por error del anestesista y desatención del equipo médico ante el problema, en el caso de los hospitales estatales: CNFed. Civ. y Com., Sala II, *M.F.G. c. Jäger, Emilio y otros*, *LL*, 1997-E, 643, año 1996.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

contribuir a evitar su repetición. La inexistencia de responsabilidad civil de los funcionarios públicos significa, en la práctica, otorgarles impunidad para seguir cometiendo los mismos daños, y de ahí la fundamental importancia que tiene para la vigencia de los derechos individuales. El ahogo fiscal se viene combatiendo con mayores impuestos y reducción del gasto público; parece no alcanzar. Hay que llegar hasta el hueso y efectivizar la responsabilidad civil del funcionario que compromete irregularmente la responsabilidad y el patrimonio colectivos.[8] Lamentablemente bien sabemos la verdad del aserto que el pescado comienza a podrirse por la cabeza: los mayores desaguisados, los mayores daños y perjuicios a los habitantes no han sido jamás causados por funcionarios intermedios y mucho menos pequeños. Son los más altos titulares del poder ejecutivo nacional, quienes ejerciendo poderes que ni siquiera la Constitución les confiere, quienes siempre han cometido los más grandes daños a la economía del país y sus habitantes. Y ahí se torna amarga realidad la definición que dio Yabrán cuando le preguntaron qué era el poder. Contestó, con impecable acierto empírico: "Es la impunidad." Pero si al menos la sociedad persigue a comienzos del siglo XXI a los autores de la atrocidades de los años de plomo, que no sea impensable que algún día también haya responsables a los que cometieron otros daños no tan cruentos pero en todo caso gravosos en grado sumo.

1.3. *La responsabilidad por error judicial. Hacia la responsabilidad política de los jueces*

Al crecer constantemente la insatisfacción social con el grado de tutela judicial oportuna y eficaz, no es impensable responsabilizar políticamente[9] a los magistrados que generan a la sociedad responsabilidad patrimonial, por no impedir a tiempo acciones dañosas que luego todos debemos sufragar: cautelares que se deniegan y amparos que se rechazan sólo para permitir que el daño se consume y se genere la responsabilidad patrimonial del Estado. Ser magistrado tiene sus costos frente a las reacciones del poder político, pero es una dignidad pública a la que resulta indispensable honrar. Debería crearse también un *ombudsman* judicial, una magistratura independiente encargada de velar críticamente por el desempeño legal y eficiente de los magistrados, que prevenga y oriente la intervención eventual del Jurado de Enjuiciamiento o del juicio político.

[1.8] Se enrola en esta tendencia el art. 32 de la ley 4.816 de Chubut, ley de ética y transparencia en la función pública: "Cuando por el hecho, acto u omisión del funcionario se ha visto lesionado el patrimonio del erario público, el Estado por medio de la autoridad competente, está obligado a promover las acciones de responsabilidad contra el presunto responsable;" ver también art. 33 y ss. de la misma ley y arts. 69 y 135 de la Constitución provincial.

[1.9] Ver MOSSET ITURRASPE, JORGE, "Responsables privilegiados - Los jueces," *ED*, 186: 1169; MARTÍN REBOLLO, LUIS, *Jueces y responsabilidad del Estado. El artículo 121 de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. No parece, en cambio, que se los pueda responsabilizar civil o penalmente por los incumplimientos al ordenamiento que su accionar omisivo permitan materializarse en conducta dañosa.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

2. *La responsabilidad del Estado en transición*

2.1. *Sus dos aspectos*

En las últimas décadas del siglo XX se producen dos hechos trascendentes: por un lado, la condena internacional de los Estados que violan los derechos humanos de sus habitantes, lo que incrementa la responsabilidad estatal en un ámbito donde antes no existía, para suplir su ausencia en el derecho interno.[1] Por el otro, luego de ceder las violaciones sistemáticas del terrorismo de Estado, en lugar de aumentar su responsabilidad en el derecho interno, más bien aparece en su lugar una retirada del Estado.[2] Los gobiernos de facto que generaron la responsabilidad internacional dejan a sus propios Estados débiles y endeudados, incapaces de resistir la oleada de los dos últimos decenios y además con la carga de reparar los perjuicios por ellos ocasionados.

2.2. *La responsabilidad internacional aumentada*[3]

En el primer aspecto, ya hemos visto en el cap. VI del primer tomo y en los caps. XVI a XVIII del presente, cómo el Estado se encuentra ahora sometido a un orden jurídico supranacional y a tribunales supranacionales.[4] No solamente la violación de las propias leyes genera responsabilidad, sino también el cumplimiento de tales leyes cuando ellas son contrarias al orden jurídico supranacional. Ha sostenido así la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva OC-14/94 obligatoria en el derecho interno, como los demás pronunciamientos y opiniones consultivas de dicho Tribunal, según lo reconoció expresamente nuestra Corte Suprema en los casos *Giroldi*[5] de 1995 y *Arce* de 1997:[6]

1. "Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades

[2.1] Ver *supra*, cap. VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo," del t. 1, *op. cit.* y en los caps. XVI, "La justicia administrativa internacional," XVII, "El arbitraje administrativo nacional" y XVIII, "El arbitraje administrativo internacional." BACACORZO, GUSTAVO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1997, 2ª ed., p. 448; VITTA, EDOARDO, *La responsabilità internazionale dello Stato per atti legislativi*, Milán, Giuffrè, 1953.

[2.2] Que algunos llamaron "huida" del derecho administrativo. Sin embargo, lo que hay es un cambio de roles del Estado. En lugar de prestar servicios, debe controlar su prestación.

[2.3] Para una comparación con el derecho español contemporáneo ver GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, Thomson/Civitas-La Ley, Buenos Aires, 2006, t. I, 12ª ed., t. II, 9ª ed., con notas de AGUSTÍN GORDILLO, nota al cap. XXI, "La responsabilidad patrimonial de la administración," XXI.3, "La responsabilidad del Estado, aumentada ante los tribunales arbitrales internacionales," pp. 448-B, 448-C y sus remisiones.

[2.4] Ver nuestros arts. "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 109 y "Responsabilidad del Estado en el Derecho Internacional," *Res Pública, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, nro. 1, México, 2005, pp. 1974 y ss.

[2.5] *Fallos*, 318: 514, *LL*, 1995-D, 462; *RAP*, 215: 151, con nuestra nota.

[2.6] *LL*, 1997-F, 697; *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 76, p. 165.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado."

2. "Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para el Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya *per se* un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de tal Estado."[7]

La responsabilidad internacional del Estado genera también supuestos de responsabilidad interna antes inexistentes, como ocurrió con la solución amistosa en el caso *Birt*,[8] pero ello no representa una tendencia general del derecho positivo interno sino que constituye una excepción a la nueva regla.

En el derecho europeo, el fallo *Francovich*[9] llevó a las jurisdicciones nacionales, p. ej. en Italia, a aceptar la responsabilidad del Estado por violación de intereses legítimos,[10] lo cual es una innovación en lo que respecta a nuestro derecho, que carece de esa solución.

A todo ello cabe agregar que los numerosos tratados de protección de las inversiones extranjeras tienen cláusulas de responsabilidad internacional frente al inversor extranjero y posibilidad de recurrir al arbitraje internacional, a fin de defender su derecho a un trato "justo y equitativo," no "arbitrario" ni "discriminatorio," dotado de "seguridad," según las distintas formulaciones de los tratados. Se trata, como es obvio, de una problemática sumamente debatida en nuestro medio, compleja y de enormes repercusiones de toda naturaleza, como lo desarrollamos en otro lugar de este mismo vol.[11]

2.3. *La responsabilidad interna disminuida*[12]

En el último decenio del siglo XX se produce en la Argentina una transferencia masiva de funciones o cometidos del Estado hacia particulares a través de concesiones y permisos, más la apertura general de la economía a sectores antes sometidos a mayor intervencionismo del Estado. Se trata más en particular de la privatización de los grandes servicios públicos y todo el fenómeno de la reforma del

[2.7] *ED*, 162: 693. Ampliar en FAPPIANO, OSCAR L., *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, p. 95 y ss.

[2.8] *Supra*, t. 1, *op. cit.*, cap.VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo;" sólo aparece en *un* voto en *LL*, 1995-D, 294; *Cien notas de Agustín, op. cit.*, § 2, p. 33.

[2.9] CHITI, *Diritto amministrativo europeo, op. cit.*, cap. XI, § 15 y 16.

[2.10] Ampliar en CHITI, *op. cit.*, cap. XI, § 15 y 16, p. 408 y ss., 412 y ss.

[2.11] Ver *supra*, cap. XVIII, "El arbitraje administrativo internacional." Como se explica en ese cap. y el precedente cap XVII, "El Arbitraje administrativo nacional," se trata de dos temas que en nuestro país aparecen fuertemente entremezclados.

[2.12] Para una comparación con el derecho español contemporáneo ver GARCÍA DE ENTERRÍA, y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, con notas de GORDILLO, nota al cap. XXI, "La responsabilidad patrimonial de la administración," XXI.2, "La responsabilidad del estado disminuída en nuestro derecho interno," pp. 448-A, 448-B, y sus remisiones.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Estado.[13] Esa traslación va acompañada de una mutación temporal aunque sustancial, tanto formal como informal, de la responsabilidad clásica del Estado, que pasa ahora a manos de tales concesionarios y licenciatarios; pero hay otras manifestaciones legales y jurisprudenciales de fuente y recorte de la responsabilidad estatal. El origen de este segundo movimiento legal y jurisprudencial es su situación de endeudamiento crónico y su general estado de insolvencia; cabe por lo tanto suponer que es una mutación transitoria, que tendrá tanta duración como los hechos que la ocasionan.[14] En lo informal, se advierte en la judicatura y en el legislador de la época una reacción adversa a hacer pagar a la sociedad, a través de la vía de responsabilidad civil del Estado, cargas económicas y financieras que antes se veía normal imponerle.[15]

El precepto de HAURIOU, que la administración preste servicios y actúe, pero que pague, es ahora sabiamente matizado por LUIS MARTÍN REBOLLO: "Pero no cualquier servicio. Ni tampoco a cualquier precio."[16] Es una fase que pareciera inscrita en el frontispicio de los tribunales argentinos contemporáneos. Por eso hemos destacado al comienzo de este cap., "en nuetro país un fallo *Blanco* está en el futuro, no en el pasado de nuestra historia jurídica."[17]

En lo formal, hay un verdadero *stacatto* de decisiones limitativas de la responsabilidad patrimonial del Estado. Así como se volvió al pasado en materia de prestación de servicios públicos monopolizados, en parte por haberse también retrocedido al pasado en materia de un endeudamiento que superó la capacidad normal de pago de los intereses de la deuda, así también se volvió al pasado —al menos por un tiempo— en materia de responsabilidad del Estado.

El proceso de saneamiento de las finanzas públicas argentinas, como cuestión de hecho y no de derecho, ha llevado también a un *mix* de abordajes:

a) contención del gasto público,

b) mayor presión tributaria y

c) erosión de la responsabilidad del Estado salvo en los pagos de la deuda pública.

2.13 Ver *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. IV, "Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio," esp. § 2, "La crisis y el cambio de fin de siglo;" *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*, 2ª ed. Ver BREWER CARÍAS, ALLAN-RANDOLPH, *La Constitución de 1999*, Caracas, Arte, 2000, 5ª parte, § VIII, p. 224 y ss., "Los problemas de una constitución económica concebida para el estatismo insolvente."

2.14 Aunque no estará de más consultar las tendencias que muestra FERRERES, ORLANDO J., Director, *Dos siglos de economía argentina (1810-2001). Historia argentina en cifras*, El Ateneo/ Fundación Norte y Sur, Buenos Aires, 2005, pp. 13-14, gráfico 14 y tabla 3.

2.15 Hemos pasado de la antigua irresponsabilidad a la tradicional responsabilidad plena y ahora estamos en la responsabilidad disminuida. Es dable suponer que retomaremos el primer camino una vez superados los condicionamientos actuales.

2.16 Brillante frase con que cierra su prólogo a CASTRO ESTRADA, ÁLVARO, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, D.F., Porrúa, 1997, p. XXXI.

2.17 Tanta importancia le damos, que la hemos incorporado también en los comentarios que mencionamos *infra*, nota 2.3.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Ese endeudamiento importa una suerte de bancarrota del Estado, fenómeno que ocurrió muchas veces en la historia de las naciones, y que se encara siempre igual. Cuando no alcanzan los mayores impuestos ni el menor gasto público,[18] se procede a cercenar los créditos de terceros, reduciéndolos, eliminándolos, limitando en suma por un tiempo la responsabilidad del Estado.[19] Algunos fallos extendieron su responsabilidad, antes de esta situación, pero fueron el fin de una era.[20] Constituyeron el canto de cisne de la responsabilidad plena de fines del siglo XX. Esta nueva responsabilidad atenuada del Estado argentino, hoy, se advierte en las leyes 23.982 y 25.344 de consolidación de deudas del Estado,[21] en la negativa judicial a devolver el ahorro obligatorio salvo del modo dispuesto por el mismo Congreso,[22] en la declaración de constitucionalidad de la forzosa transformación de depósitos bancarios en bonos de la deuda pública a largo plazo e incierta cotización al momento de la emisión.[23] Cabe resaltar nuevas concepciones que abandonan el antes firme criterio de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo, que privilegiaba el mantenimiento de la rentabilidad inicial al

[2.18] Que tampoco se puede restringir en todos los ámbitos dadas las importantes erogaciones que en la actualidad el Estado se considera en la necesidad de hacer, por asistencialismo a veces prebendario, para intentar paliar la exclusión social y lograr un mínimo de contención social que asegure su propia viabilidad como gobierno.

[2.19] Ver la involución en el t. 1, *op. cit.*, cap. IV; los datos son antiguos: DE CORMENIN, LARES, etc.

[2.20] Así la admisión de lucro cesante en *Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I., Fallos*, 306-2: 1409 (1984). Ver COMADIRA, JULIO R., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 416 y ss.; MARIENHOFF, *ED*, 114: 949; *ED*, 157: 759; *LL*, 1993-E, 912; BARRA, RODOLFO, "Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos," *ED*, 122: 859; BIANCHI, "Nuevos alcances en la extensión de la responsabilidad contractual del Estado," *ED*, 111: 550. MERTEHIKIAN, *La responsabilidad pública, op. cit.*, p. 128 y ss.; CSJN *in re El jacarandá S.A. c. Estado Nacional*, 28-XII-2005, cons. 9º: "Que la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación. En el sub lite, y en tanto el daño resarcible satisfaga los requisitos enunciados en el considerando precedente, no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas (Fallos: 306:1409, cons. 4º y 5º; 316:1335, cons. 20.)" Aunque en el caso en cuestión la Corte rechaza la pretensión, ya que no se ha probado en ese litigio una concreta privación a la actora de ventajas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas es obvio que tan sólo ha reiterado el viejo *tic* forense de enunciar en *obiter* mera doctrina, teoría de cátedra magistral, no derecho vigente en el año 2005. No parece probable, en los tiempos actuales, que aparezcan de ahora en más, por muchos años, concretos pronunciamientos otorgando indemnizaciones por tal concepto. Habría que recordar, por último, el verso final del poema veneciano de 1610, todavía hace falta "deudor que pueda pagar," ya que hacer efectiva una sentencia de condena pecuniaria contra el Estado es tarea de titanes.

[2.21] SPISSO, RODOLFO, *Ley de consolidación de deudas del Estado. La Constitución mancillada. Ocaso de la seguridad jurídica. Quiebra de la división de poderes del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1992. Ver ALEGRÍA, HÉCTOR y RIVERA, JULIO CÉSAR, con la colaboración de RAFAEL GONZÁLEZ ARZAC y TOMÁS HUTCHINSON, *La ley de convertibilidad*, Abeledo-Perrot, 1991, cap. III; IOSUE, SANDRA M., "Deuda pública perpetua interna, la actual emergencia y las leyes 25.344 y 25.565 ¿Existen acreedores más acorralados?," en AHE, DAFNE S. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 29-48.

[2.22] CSJN, *Horvath, LL*, 1995-D, 721; "Ninguna clase de hombres...," *LL*, 1995-D, 718.

[2.23] CSJN, *in re Peralta*, 1990, *LL*, 1991-C, 158.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

contratista del Estado,[24] por otras que incrementan su riesgo[25] al pasar a manejarse con las más antiguas teorías de la imprevisión, caso fortuito y fuerza mayor,[26] o son más severos con los precios o indemnizaciones abultadas o excesivas.[27] Además se aprecia la tendencia a la reducción de la responsabilidad del Estado por los depósitos bancarios; en la reducción de la misma garantía bancaria mientras estaba vigente.[28] En lo legislativo, es grave y bastante sintomática la eliminación que la ley dispuso de la responsabilidad del Estado por los actos y hechos de sus entidades descentralizadas,[29] como lo ha sido también en el pasado reciente el dictado de leyes especiales acortando el tiempo para demandar deudas antiguas al Estado,[30] acompañadas por jurisprudencia, lo que hace deliberadamente más difícil demandar al Estado.[31] Hay recortes en todos lados, el más clásico y repetido en materia jubilatoria,[32] y salarios, que ha dado lugar a una jurisprudencia

[2.24] CSJN, *Tecnobra S.A., LL*, 1993-E, 490; COVIELLO, PEDRO, "El caso «Tecnobra»: un fallo con interesantes planteos," *LL*, 1993-E, 486, CSJN, *Calderas Salcor Caren S.A., LL*, 1997-C, 786, 1996; MERTEHIKIAN, "El costo financiero en el contrato de obra pública," *LL*, 1997-C, 783.

[2.25] VEGA, SUSANA, "El nuevo régimen de redeterminación de precios en las obras públicas nacionales–Decr. 1295/02," en AHE, *op. cit.*, pp. 109-25; SARCIAT, DIEGO, "El restablecimiento de la ecuación económica financiera de los contratos administrativos en la emergencia," en MILJIKER (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 115-39.

[2.26] VEGA, SUSANA, "Indexación, mayores costos y la emergencia económica," en MILJIKER, *op. cit.*, pp. 141-56; nuestro art. "Mayores costos, imprevisión e indexación," en AADA, *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, 1982, p. 103 y ss.; BARRA, RODOLFO, "El régimen de los mayores costos en la obra pública y la teoría de la imprevisión," *ED*, 54: 719; *Contrato de obra pública*, t. 3, Buenos Aires, Ábaco, 1988, p. 1125 y ss.

[2.27] CSJN, *OCASA, LL*, 1996-E, 76, año 1995 y nota de MILJIKER, "El instituto de la lesión en el ámbito de los contratos de derecho administrativo," *LL*, 2000-A, 123; *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, BELTRÁN, "Civismo y amparo. Derechos de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad," *LL*, 2000-B, 274.

[2.28] CNFed. CA, Sala IV, *Arrizabalaga, LL*, 1996-A, 619, año 1995; *Cien notas de Agustín, op. cit.*, § 19, p. 72; hay múltiples privilegios: GHERSI, CARLOS (dir.), *Responsabilidad del Banco Central por la actividad financiera*, Buenos Aires, La Ley, 1999, pp. 102-14.

[2.29] Art. 21, ley 24.624; art. 66, ley 11.672, complementaria permanente de presupuesto.

[2.30] Ver nuestro art. "Emergencia residual en la deuda pública interna (La ley 24.447 sobre caducidad de créditos contra el Estado previos a 1991)," *LL*, 1995-C, 839, cap. V del libro *Después de la Reforma del Estado, op. cit.*, 2ª ed.; BIANCHI, ALBERTO B., "Caducidad y prescripción de créditos contra el Estado nacional en la ley 24.447," *LL*, 1995-C, 1055; HALPERÍN, DAVID ANDRÉS, *Reclamos de créditos contra el Estado*, Depalma, 1995; SPISSO, *op. cit.*

[2.31] Ver *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo, op. cit.*, cap. III, § 1.2 y 18.3; cap. VIII, § 1.5, 2.3.2, 2.3.6, 14.1, 14.2; cap. IX, § 13; cap. X, § 1.3 y 9.2.

[2.32] *Chocobar*, CSJN, *LL*, 1997-B, 247; ley 24.463, arts. 1°, 16 y 22: CORTI, HORACIO GUILLERMO, "Crítica y defensa de la supremacía de la Constitución," *LL*, 1997-F, 1033. Si bien *Chocobar* abunda en seudo fundamentos, los reales permanecen ocultos en el sigilo, como dice en general IRIBARNE, HÉCTOR PEDRO, *De los daños a la persona*, Ediar, 1995, p. 46 y ss. Ver también GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, "El final de la doctrina Chocobar. La reducción de jubilaciones por emergencia previsional frente a la Corte Interamericana," *LL*, 2003-D, 453. La CSJN se ha apartado de tal precedente en *Sánchez c. ANSeS, LL*, 2005-C, 616, con nota de MORELLO, AUGUSTO M. y GONZÁLEZ CAMPAÑA, *LL*, 2005-C, 399; CARNOTA, WALTER F. y BULIT GOÑI, LUIS G., *LL*, 2005-C, 432; CIPOLLETA, GRACIELA E., *DT* 2005 (mayo) 695, y PAWLOWSKI DE POSE, AMANDA LUCÍA, *LL, IMP* 2005-13, 1872. Igualmente *in re Itzcovich, LL*, 2005-B, 646, ya había declarado la inconstitucionalidad del recurso ordinario de apelación en materia previsional.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

extrordinariamente vacilante como los tiempos mismos que se atravesaron en los últimos años. Pero además ha habido toda clase de limitaciones adicionales a la responsabilidad del Estado, por ejemplo en materia de expropiaciones,[33] derechos adquiridos que en ocasiones parecen trastabillar y ver amenazada su firmeza de antaño;[34] derechos de propiedad con estabilidad que la pierden sin que proceda el amparo para enmendar el entuerto;[35] suspensiones de juicios[36] y eliminación de instancias;[37] inembargabilidad por ley de los medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del sector público,[38] aplicación de viejas soluciones limitativas de la responsabilidad,[39] inadmisibilidad de excepciones en la vía de apremio fiscal, etc.[40] Vienen a la memoria las premonitorias palabras de BORDA: "La equidad exige que no todo el perjuicio sea soportado por la víctima del daño; que el autor del hecho nocivo participe también de él. No hay criterios fijos y seguros sobre la proporción en que el daño debe ser soportado por ambos; es un problema que debe ser resuelto por el juez con criterio sustancial y sobre la base de la equidad."[41] Si bien el Estado no se encuentra siempre comprendido en una hipótesis de estado de necesidad, lo cierto es que actúa como si lo estuviera. En suma, "la solución de todo caso de responsabilidad por actividad estatal lícita [...] [es que] la conducta legítima que origina daños no da lugar a una reparación integral, sino acotada."[42]

2.33 Sala III, *Sánchez Elía, LL*, 1997-A, 88, con nuestra nota "El costo de ser expropiado."

2.34 CNFed. CA, Sala I, *Caja de Crédito Impulsora Soc. Coop. Ltda., LL*, 1996-D, 121, con nota "Derecho adquirido y derecho ejercido;" *Cien notas de Agustín, op. cit.*, § 40, p. 117.

2.35 Sala I, *Méndez, LL*, 1997-C, 843, con nota "El moribundo amparo;" *Cien notas de Agustín, op. cit.*, § 65, p. 145.

2.36 Sala II, *Rosso, LL*, 1996-A, 643; *Cien notas de Agustín, op. cit.*, § 24, p. 83.

2.37 La ley 23.658 eliminó la segunda instancia en las ejecuciones fiscales.

2.38 Art. 21 de la ley 24.624, que ha sido interpretado restrictivamente: Sala Civil y Comercial Federal n° 2, *Ghirardi*, 8-V-1997 y sus referencias y en sentido similar por las Salas 2 y 3; ver asimismo las críticas de MERTEHIKIAN, *Ley de administración financiera y control de gestión*, Buenos Aires, Rap, 10ª ed., 2004, p. 22 y BONINA, NICOLÁS, "El ocaso de los dogmas sobre la inejecutabilidad del Estado," en prensa para *RPA, Res Pública Argentina*, 2006-1, Editorial Rap, Buenos Aires. Ver también el art. 16 de la ley 24.624 y el art. 25 de la ley 24.764. Esta norma, actualmente art. 66 de la ley complementaria de presupuesto, es por cierto inaplicable a los convenios económico–financieros internacionales del país, como señala LÓPEZ OLACIREGUI, MARTÍN, "Aplicación de una nueva ley argentina a los convenios económicos-financieros internacionales que se están cumpliendo," *RDA*, 30/1: 95, Buenos Aires, Lexis Nexis/Depalma, año 1999. En cuanto a la interpretación restrictiva, ver GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, "La Constitución y la reforma de la jurisdicción contenciosoadministrativa," *RDA*, 30/1: 43, esp. p. 85, Buenos Aires, Lexis Nexis/Depalma, año 1999.

2.39 CNFed. CA, Sala V, *Centurión Andrés F. c. Estado Mayor General del Ejército, LL*, 1997-E, 548, con nota "Responsabilidad administrativa para los ex conscriptos," *LL*, 1997-E, 547; *Cien notas de Agustín, op. cit.*, p. 155.

2.40 CSJN, *Recife*, 27-X-1994, *Periódico Económico Tributario*, 1°-XII-1994, con nota de ORDOQUI, DAMIÁN, "Un fallo tributario de la Corte y el derecho en retirada, cuando las cuentas no cierran," pp. 1, 4-5.

2.41 BORDA, GUILLERMO, *Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones*, t. II, Buenos Aires, Abeledo–Perrot, 1971, p. 241; COMADIRA, *op. cit.*, p. 451.

2.42 COMADIRA, *op. cit.*, p. 452.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

2.4. *La irresponsabilidad del Estado por los actos y hechos de los concesionarios*[43]

Algunos autores se han preguntado si el Estado sería responsable por los hechos y omisiones de los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos.[44] La culpa *in vigilando* e *in eligendo* sustentarían clásicamente una respuesta afirmativa, pero esa responsabilidad se traslada ahora en los contratos de concesión, que establecen que el concesionario asume la obligación de sustituir al Estado concedente en cualquier planteo de responsabilidad que pudiere hacérsele por el ejercicio de la concesión.[45] Por de pronto, entonces, no tiene sentido práctico alguno demandar al Estado (dotado como está de muchos privilegios procesales que dificultan la acción), sino que debe demandarse al concesionario o licenciatario, que además no tiene los privilegios que a veces se le acuerdan al Estado en el proceso judicial;[46] será más fácil, igualmente, obtener medidas cautelares y otros medios de preservación del derecho litigioso.[47]

Pero cabe además preguntarse, si el Estado por ley se ha desembarazado de la responsabilidad por los actos de sus propias entidades descentralizadas, no parece ello presagiar en el futuro un desarrollo del principio de responsabilidad subsidiaria por entidades que ni siquiera ha creado, sino a las que solamente ha dado la concesión o licencia.[48] Parece en estos tiempos previsible que esa irresponsabili-

2.43 Para una comparación con el derecho español contemporáneo ver GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, t. II, *op. cit.*, nuestra nota al cap. XXI, "La responsabilidad patrimonial de la administración," XXI.1, "La responsabilidad estatal a los concesionarios y licenciatarios," p. 448-A, y sus remisiones.

2.44 PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, *El concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar*, Buenos Aires, Depalma, 1997; "La responsabilidad del Estado por el accionar del concesionario de servicios públicos," en AA. VV., *Derecho Administrativo*, San Juan, 1997, p. 69 y ss. DELPIAZZO, CARLOS E., *Contratación administrativa*, Universidad de Montevideo, 1999, pp. 425-7, recuerda que la respuesta clásica es la irresponsabilidad: SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, FCU, 1998, p. 660; MARTINS, DANIEL HUGO, "La responsabilidad de la administración y de los funcionarios en la Constitución uruguaya," *Rev. de Der. Público y Privado*, t. 30, p. 196 y ss.; *Constitución y administración*, Montevideo, 1999, p. 199 y ss., p. 282.

2.45 Así en los servicios eléctricos, art. 24 del contrato: "la distribuidora será responsable por todos los daños y perjuicios causados a terceros y/o bienes de propiedad de estos como consecuencia de la ejecución del contrato y/o incumplimiento de las obligaciones asumidas."

2.46 Cabe recordar que "el ejercicio de las acciones frente a las licenciatarias no se encuentra sujeto a las normas del Título IV de la ley 19.549. *No cabe extender a ellas prerrogativas conferidas sólo al Estado Nacional* como gestor del interés público": Sala IV, *Consumidores Libres, LL*, 1997-F, 273, punto XIV *in fine*. Ver también Sala IV, *Caplan, LL*, 1997-F, 277.

2.47 Les resulta aplicable el principio de la ley 24.240, de estar en la duda a favor del usuario. En vez de una presunción de legitimidad del acto administrativo que dificulta la cautelar, una presunción *iuris et de iure* de una ley de orden público (art. 65: "La presente ley es de orden público") a favor del usuario: "En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor" (art. 3°); "La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa." (Art. 37.) Ver la nota precedente.

2.48 Conf. SARMIENTO GARCÍA, *op. loc. cit.*; PERRINO, *op. cit.*, V, 2, 2), nota 76.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

dad estatal por los actos de quienes prestan el servicio llevará a su vez a un mayor rigor en la responsabilidad aplicable a los actos de los concesionarios o licenciatarios. Esa responsabilidad será juzgada como objetiva y de resultados o fines.

No cabe pues imaginar por ahora un cambio jurisprudencial que haga responsable al Estado por los actos, hechos u omisiones de los concesionarios o licenciatarios.[49] Aunque puede verse una tendencia a responsabilizar al Estado en tales casos en algún pronunciamiento de la justicia nacional de primera y segunda instancia.[50]

3. *La responsabilidad de los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos*

3.1. *La traslación de la responsabilidad del Estado a los prestadores*

Ahora se comprende mejor la posición que asumió BIELSA[1] en la primera mitad del siglo XX, en forma adversa a la responsabilidad del Estado si no era mediante una ley regulatoria. Eran los prestadores de los servicios públicos quienes debían hacer frente a las demandas resarcitorias de los usuarios con motivo de la prestación o no prestación de sus servicios, y la actuación del Estado como factor causante de daños quedaba así reducida a su mínima expresión.

Por ello también otra doctrina de la misma época identificaba la responsabilidad de los concesionarios como igual a la del Estado cuando prestaba un servicio.[2]

Las mismas reglas construidas por la doctrina y jurisprudencia para fundar la responsabilidad del Estado sin culpa, por la falta anónima del servicio, es ahora la base mínima del régimen jurídico de la responsabilidad de los concesionarios y licenciatarios. Su responsabilidad es de resultado, objetiva.[3] Pero más aun, se advierte en la jurisprudencia una tendencia a acentuar la responsabilidad frente a terceros de los prestadores privados, yendo a un criterio de riesgo.

[2.49] Conf. SARMIENTO GARCÍA, *op. loc. cit.*; PERRINO, *op. loc. cit.* En contra DELPLAZZO, CARLOS E., "Responsabilidad de los funcionarios públicos y de concesionarios de servicios públicos," revista *A & C*, 3: 39, 52-3 y sus referencias, Curitiba, Juruá, 2000.

[2.50] Así lo ha resuelto la CNCiv., Sala L, *Roberti, Ángel L. c. Trenes de Buenos Aires y otro*, 04-VII-2005, *ED*, 3-XI-2005, al responzabilizar tanto a la empresa concesionaria del servicio de trenes como al Estado Nacional en su calidad de concedente por las lesiones que sufrió un pasajero al ser golpeado y arrojado, por un grupo de personas no identificado, del vagón en el cual viajaba. Expresamente el citado pronunciamiento dice "con relación a la responsabilidad del Estado y su expresa manifestación acerca de la indelegabilidad no puede soslayarse en razón del marco de interpretación de los contratos de concesión, a la luz de la buena fe y la idea de servicio público."

[3.1] BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, La Ley, 1966, 6ª ed. , p. 1 y ss.

[3.2] Así VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, TEA, 1951.

[3.3] SARMIENTO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 272-3; MOSSET ITURRASPE, "La vigencia del distingo entre obligaciones de medio y de resultado en los servicios, desde la perspectiva del consumidor," *LL*, 1998-D, 950. En este sentido, CNCiv., Sala L, *Roberti, Ángel L. c Trenes de Buenos Aires y otro*, 4-VII-2005, *ED*, 03-XI-2005.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

La traslación de prestaciones a los concesionarios y licenciatarios del Estado ha importado que sean estos los sujetos pasivos de los reclamos de daños y perjuicios que antes correspondía dirigir al Estado.[4] Hay en ello una distinta percepción social del entorno de la cuestión, pues si el concesionario o licenciatario obra con fines de lucro en una explotación monopólica tiene mayores razones para ser el único responsable de los hechos que realiza.[5]

Queda pendiente determinar si también pueden ser corresponsabilizados los funcionarios públicos que concedieron la concesión con culpa *in eligendo* o fallaron en su control con culpa *in vigilando*. Pero esto no ha de verse solamente en relación al pasado, sino también al futuro.[6] En ese futuro próximo, parece improbable que se declare responsable al Estado por tales comportamientos privados, aun mediando culpa *in vigilando o in eligendo*. En otro aspecto, aquella responsabilidad del concesionario frente al usuario ha sido considerada de carácter contractual,[7] con lo cual la prescripción de la acción del usuario del servicio público por un servicio defectuosamente prestado es de diez años.[8] El contrato es de carácter administrativo y sometido a la justicia procesal administrativa.[9] Sin embargo, muchas de las causas son resueltas por la jurisdicción civil, tanto federal como local. Ello provoca una rica confluencia de precedentes de derecho administrativo y derecho civil; más específicamente derecho de daños y la legislación de defensa del usuario y el consumidor. El objetivo que ha de tenerse en esta materia es que el usuario no se vea obligado a reclamar o peor, demandar, por los daños y responsabilidades del concesionario o licenciatario. En tal sentido los entes reguladores aplican a las empresas multas resarcitorias con destino a los usuarios, por sus infracciones al contrato o al ordenamiento.[10] Estas multas resarcitorias crean desde su imposición un derecho subjetivo de propiedad de los usuarios, por lo que

3.4 El Estado no es responsable por los daños que se deriven del obrar de los concesionarios de obras o servicios públicos: PERRINO, *op. cit.*, V, I, 2, 2), notas 71-75 y 81.

3.5 PÉREZ HUALDE, en AA. VV., *Derecho administrativo*, *op. cit.* , pp. 69-70; *El concesionario...*, *op. cit.*, pp. 43-5; SARMIENTO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 280-1.

3.6 Hay que resolver p.ej. lo que funciona mal en la licitación pública que es mucho y extraordinariamente dispendioso para la sociedad, y caldo de cultivo de la corrupción: *supra*, cap. XII.

3.7 En contra MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, Buenos aires, 1994, pp. 604-5, § 1157, a quien sigue MERTEHIKIAN, "Naturaleza jurídica de los contratos que celebran concesionarios y licenciatarios de servicios públicos," en AA.VV., *Derecho administrativo*, San Juan, 1997, p. 50. Consideran que si el servicio es obligatorio se trata de una relación reglamentaria y si es facultativo es contractual de derecho común. No compartimos la distinción, dado que el servicio público constituye un monopolio y no existe libertad de contratar del usuario. Conf. BORAGINA, JUAN C. y MEZA, JORGE A., "Responsabilidad civil de las empresas concesionarias de peaje en relación a los daños padecidos por el usuario," *JA*, 1997-IV, 858.

3.8 Sin embargo, la solución se presta a conflictos. La ley 24.140 daría lugar a una prescripción de tres años y encuadrarla como extracontractual podría reducirla a dos.

3.9 Esta es la jurisprudencia procesal administrativa nacional, que estimamos correcta. En contra MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo, op. cit.*, a quien sigue MERTEHIKIAN, "Naturaleza jurídica...," *op. cit.*, p. 51.

3.10 Ver *supra*, cap. VI, "Servicios públicos," § 2, "Estado actual," nota 2.4. También existen multas no resarcitorias, con destino al Tesoro nacional.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

cuando las autoridades las perdonan o remiten sin causa suficiente, están lesionando dicha propiedad. Ello genera la consecuente responsabilidad civil de los funcionarios y del Estado. Pero no hay precedentes judiciales.

Así también se aumenta la responsabilidad por daño ambiental (art. 41 de la Constitución), se instrumenta la defensa del consumidor y del usuario tanto frente al prestador del servicio como frente al Estado que no cumple su función de control y tutela, pero no ya a los efectos de obtener de él el resarcimiento del daño, sino para forzarlo a ejercer sus facultades de contralor. En general la justicia, con pocas excepciones, ha sabido comprender su lugar en la historia de este problema jurídico; cabe esperar un mayor desarrollo de esta responsabilidad alternativa a la del Estado, en un esquema económico en el cual tales actividades son realizadas precisamente por los particulares y no por el Estado. Así como las facultades y poderes del concesionario o licenciatario se interpretan restrictivamente, así también sus responsabilidades han de entenderse en forma extensiva;[11] del mismo modo en los contratos administrativos ya no rige la perfecta ecuación económico financiera del contrato sino un sistema más parecido al de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX. La antigua fórmula de doctrina referida a la intangibilidad de la ecuación económica financiera del contrato (BARRA), se ha transmutado en la intangibilidad de la situación jurídica del usuario (GUSMAN.)

3.2. *Otros tipos de responsabilidad de los prestadores de servicios públicos*

Además de la responsabilidad civil de los prestadores de servicios públicos y sus agentes respecto de usuarios y consumidores, que por la ley 24.999 es solidaria con la cadena de intermediarios que pueda existir, cabe recordar que la empresa tiene responsabilidad administrativa y penal administrativa; y sus agentes eventual responsabilidad penal. También en el plano sancionatorio y de las responsabilidades empresarias se aplican las normas de defensa de la competencia y de la lealtad comercial, la lucha contra el abuso de posición dominante, la tutela del medio ambiente, CICC,[12] modos todos ellos de defensa del administrado, usuario o consumidor, vecino o afectado y sus respectivas asociaciones. En tal sentido es antigua la doctrina de que hay una cierta[13] independencia entre los distintos tipos

[3.11] Conf. SARMIENTO GARCÍA, *Concesión de servicios públicos*, 1999, *op. cit.*, p. 272.

[3.12] Ver BOTASSI, CARLOS A., "El derecho frente a la corrupción política," *JA*, 2002-I, 1029; nuestros arts. "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091; "La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»," *JA*, 2000-IV, 1269; "La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC)," en Asesoría General de Gobierno, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10. En igual sentido la convención internacional contra la delincuencia organizada, ley 25.632.

[3.13] La regla no es absoluta: la acción penal desplaza la contravencional. MILITELLO, *Código contravencional*, Abeledo-Perrot, 1999, pp. 67-8; LAPADÚ, *Legislación contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires comentada*, Buenos Aires, Depalma, 2000, pp. 57-8.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

de responsabilidad, no aplicándose el principio *non bis in idem*: un mismo acto puede dar lugar a responsabilidad civil, penal y administrativa de más de un tipo.

Así p. ej. si una concesionaria o licenciataria de servicios públicos computa en sus balances como inversiones o gastos lo que realmente no lo son (honorarios absurdos de dirección, inversiones que no existen en la realidad o tienen precios que no son de mercado, o tienen subsidios cruzados, o son de empresas subsidiarias), ello puede acarrearles denuncias y sanciones. Puede corresponder también la caducidad del título y generarle la obligación de devolver a los usuarios las ganancias excesivas, inversiones falsas o infladas respecto al precio del mercado, o dentro del mismo grupo económico, etc. El mismo hecho configura violación a las leyes de lealtad comercial, defensa del consumidor, etc. Puede por fin fundar condenas en sede penal a sus funcionarios.[14]

Circunstancias irrelevantes en el ámbito penal pueden no serlo en el administrativo.[15] Con todo, no ha de olvidarse que las reglas de la prueba no son las mismas en derecho administrativo que en derecho penal; incluso puede haber diferencias sustanciales, como es el caso de la prueba testimonial.

Hay una creciente vinculación entre el derecho penal y el derecho administrativo,[16] a lo que puede sumarse la responsabilidad patrimonial por los mismos hechos.[17] Hay, por fin principios del derecho disciplinario de la función pública que los tribunales también han aplicado en otros supuestos de derecho penal administrativo.[18] Es así una responsabilidad que puede analizarse dentro del contrato administrativo, "a la luz del principio rector aplicable al ámbito administrativo, según el cual los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión."[19] Cuando, a juzgar por el resultado, ese "cuidado y previsión" fallaron objetivamente en los resultados o en el fin que debían satisfacer, procede aplicar la responsabilidad frente a la administración, pero principalmente frente a los usuarios, pues si se lo mira desde el ángulo extracontractual del tercero afectado, se aplica tanto el principio de la culpa objetiva en materia de actividades peligrosas como el clásico *Ex lege Aquilia et levissima culpa venit*.[20]

3.14 *Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación*, 18: 300, año 1991.

3.15 CSJN, *Fallos*, 307-1: 1282, *Luis Osvaldo Caputo* (1985); PTN, *Dictámenes*, 97: 310; 108: 34 y otros; *Revista ..., op. cit.*, 18: 300.

3.16 CNFed. CA, Sala IV, *Hirschen y Cía. S.A., LL*, 1996-A, 626 (1995), con nota "La prescripción penal de una multa administrativa," *LL*, 1996-A, 625; reproducido en *Cien notas de Agustín, op. cit.*, § 20, p. 73.

3.17 Así el caso *M.F.G. c. Jäger y otros, LL*, 1997-E, 643, citado.

3.18 Sala II, *Aceitera Chabas*, 25-X-1994, cons. 7°), recuerda *Fallos* 303:1776 "respecto de que la faz sancionadora del derecho administrativo no se encuentra regida por los principios que informan estrictamente el derecho penal;" *Vicentín*, 17-V-1994; *Francisco López*, 7-IV-1994.

3.19 Sala IV, *Tanque Argentino Mediano*, 29-XI-94; *La Jirafa Azul*, 23/IV/1993; *Ghiggeri*, 24/VIII/1994, *LL*-1995-D, 701; CSJN, *Fallos*, 305-1: 1011, *Panedile Argentina S.A.I.C.F.I.* (1983); CSJN, *Fallos*, 311-1: 971, *Juan María de Vido e Hijos S.C.A.* (1988.)

3.20 Sala IV, *Giocattoli S.A., LL*, 1995-D, 319, con nota "La culpa en la infracción administrativa," *LL*, 1995-D, 319; *Cien notas de Agustín, op. cit.*, §10, p. 50.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Aunque se trate de un sumario para determinar la responsabilidad del concesionario, seguimos estando ante una responsabilidad penal administrativa de efectos patrimoniales a favor de los usuarios (las multas por defectos en las metas de calidad o cantidad no ingresan al patrimonio del Estado sino que se transfieren directamente al patrimonio de los usuarios a través de una disminución proporcional de la tarifa.)

3.3. *La responsabilidad de los concesionarios viales*[21]

En el caso de los concesionarios de autopistas y rutas nacionales o provinciales el problema de la responsabilidad hacia los usuarios es ligeramente diferente. La jurisprudencia no siempre ha resuelto que se los puede hacer responsables de indemnizar, p. ej., los accidentes ocurridos por animales sueltos en la vía pública, pues el único modo de impedirlo sería hacer vallados a lo largo de toda la ruta, distinguiendo así entre qué es el debido cuidado y mantenimiento de autopistas urbanas y de rutas rurales.[22] A la inversa, parece igualmente claro que el accidente emergente de una mala construcción[23] o estado de la ruta, escombros, etc., es responsabilidad exclusiva del concesionario. A ello es equiparable la falta de iluminación adecuada a lo largo de la autopista, de divisoria entre ambas manos, de control suficiente y adecuado del tránsito, de seguridad en zonas que lo requieren, etc., de modo tal que la autopista esté construida[24] y funcionando según las reglas del arte. Cuando la autopista atraviesa zonas de riesgo, donde de hecho los vallados existen, es responsabilidad del concesionario no solamente construir sino también mantener y custodiar el vallado y el lugar, lo que de hecho puede efectuarse abonando en su caso un servicio adicional de seguridad a la fuerza policial,[25] o contratando un servicio privado, en tanto ello no afecte una ganancia razonable del concesionario. Lo mismo cabe decir de los accidentes de tránsito producto de la violación ostensible de reglas de tránsito (adelantarse irregularmente, conducir con exceso de velocidad.) Corresponde al concesionario instrumentar razonables

3.21 Nos remitimos al excelente y pormenorizado desarrollo y remisiones de GALDÓS, JORGE MARIO, "Peaje y ley de defensa al consumidor," *JA*, 2000-I, 186.

3.22 GALDÓS *op. loc. cit.* En el caso de animales sueltos vivos es responsable el propietario del animal, no el Estado o el concesionario: CSJN, *Ruiz, LL*, 1990-C, 430 (1989); pero la responsabilidad es del concesionario si el animal está muerto, o había un animal suelto, le avisaron y no hizo nada; o cuando el accidente se produce por un mal mantenimiento de la ruta o autopista dada en concesión (baches, montículos, roturas, etc.), manchas de aceite (*Abba*, CNCiv., Sala F, *LL*, 1992-D, 195) u otra concausa imputable al no debido cuidado del concesionario.

3.23 CNCiv., sala D, *LL*, 1998-F-1013; Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro (Provincia de Buenos Aires), Sala I, *Rojas*, 18-VI-2002.

3.24 Un claro caso de defecto constructivo es la tercera vía que en la Panamericana pasa a centímetros de gruesas columnas de puentes viejos, que no han sido modificados aún.

3.25 Dicho vallado y custodia existen en la entrada de la Autopista Illia al centro de la ciudad; otras autopistas también tienen vallados en zonas peligrosas. Los particulares que realizan actividades a lo largo de la ruta a su vez cuidan la seguridad de sus clientes, contratando la custodia nocturna por un móvil policial o privado. Ello es un buen indicio de cuáles son las responsabilidades que debe razonablemente asumir el concesionario de la autopista.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

prevenciones para que las normas de seguridad en el tránsito sean cumplidas, sea por instalación de sistemas automáticos de video y fotos para la detección de infracciones, sea contratando sistemas de seguridad públicos o privados de control, o ambas cosas.

La omisión constituye un defectuoso cumplimiento de sus obligaciones que debe generar responsabilidad, si existe causalidad directa o concurrente de tales infracciones que generan un accidente en la autopista o ruta dada en concesión. La víctima que maneja correctamente tiene derecho a que el concesionario haga lo razonable para que exista una igual conducta de los demás usuarios.

La importancia del valor en juego, que más que la responsabilidad civil ulterior es la prevención de la pérdida de vidas humanas,[26] justifica que esta carga preventiva y de control recaiga en el concesionario; además, desde luego, de la responsabilidad del conductor que manejaba culposamente.

4. *La responsabilidad civil en general*[1]

4.1. *Elementos*

El sistema de responsabilidad civil o patrimonial no es entonces ya necesariamente el mismo para todas las personas físicas y jurídicas:

a) en las empresas de bienes y servicios en un régimen de libre competencia, la responsabilidad es extensiva por la ley de defensa del consumidor;

b) en el grupo de prestadores de servicios que lo hacen en situación de monopolio o exclusividad concedida o licenciada por el Estado, rigen más severamente los principios de la ley de protección del usuario y del consumidor.

c) En el otro extremo, la responsabilidad del Estado ha quedado progresivamente limitada.

Ha dicho así la Sala II "el reconocimiento de la responsabilidad estatal por actividad ilícita o ilegítima en el campo en examen, exige siempre para su procedencia el cumplimiento de ciertos requisitos imprescindibles, esto es, por un lado, la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre el accionar ilícito del Estado, o funcionamiento irregular o defectuoso del servicio, por no cumplirse de manera regular las obligaciones emanadas de las normas jurídicas y aquel perjuicio, y por otro, la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a dicho Estado."[2]

Los elementos del concepto clásico de responsabilidad civil extracontractual del Estado son así:

[3.26] Una de las principales causas de muerte son los accidentes de tránsito.

[4.1] Ver IRIBARNE, HÉCTOR PEDRO, *De los daños a la persona*, Buenos Aires, Ediar, 1995; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972.

[4.2] Sala II, *D' Albo*, 20-X-1994, cons. 6°; *Fallos*, 306-2: 2030, *Vadell* (1984); 307-1: 821, *Hotelera Río de la Plata SACI* (1985).

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

a) un daño cierto,[3] que puede ser material o moral,[4] en lo que no hay diferencia con el régimen de la responsabilidad civil;

b) antijuridicidad[5] en el hecho u omisión dañosos; es decir, que haya existido un defectuoso o irregular funcionamiento del servicio, la llamada "falta de servicio"[6] que produce el daño.

c) que ese daño haya sido ocasionado por, o pueda ser imputado al, funcionamiento (defectuoso) del servicio o al accionar irregular del presunto responsable — relación llamada de causalidad.[7]

También hay responsabilidad del Estado por omisión que pueda considerarse un irregular ejercicio de la función.[8] Ya no se menciona que deba haber dolo, culpa o negligencia de la persona jurídica que lo cometió.

4.2. *La antijuridicidad*

El criterio clásico es que todo daño que no reconoce por origen una *conducta* u *omisión* antijurídica no debe ser indemnizado porque se trata de un daño fatal e inevitable,[9] poco menos que asimilable al "caso fortuito" o la "fuerza mayor;" todo

[4.3] No hipotético, eventual, potencial o conjetural: PERRINO, *op. cit.*, V, 1, *b*, notas 60 y 61; no excluye el daño de "suficiente probabilidad" o "previsible agravación," *Fallos*, 317-3: 1225, *Godoy*, 1994, ni a veces la pérdida de chance: PERRINO, notas 63 y 64. Ver SHAPIRO, BARBARA J., *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause*, Berkeley, Univ. of Cal. Press, 1991, p. 186 y ss.

[4.4] Patrimonial o espiritual: PERRINO, *op. cit.*, V, 1), a, nota 55.

[4.5] Que el afectado no tenga el deber jurídico de soportarlo: PERRINO, *op. cit.*, nota 59.

[4.6] En el derecho francés la responsabilidad por "falta *de* servicio" se distingue de la responsabilidad por "falta *del* servicio," por funcionamiento anormal, anónimo. En ese doble aspecto de la falta o culpa administrativa, es el derecho común de la responsabilidad administrativa. Ver LAUBADÉRE, ANDRÉ DE; VENEZIA, JEAN-CLAUDE Y GAUDEMET, YVES, *Traité de droit administratif*, t. 1, *Droit administratif général*, París, L.G.D.J., 1999, 15 ed., libro VIII, título II, cap. I, subsección I, § 1275 y ss., p. 983 y ss. Recuerda PERRINO diversa jurisprudencia de la CSJN, *op. cit.*, V, 2, 3, nota 92, en que usó como único concepto, englobando los dos, el de "falta de servicio."

[4.7] PERRINO, *op. cit.*, § V, distingue dos momentos: *a*) la relación de causalidad directa entre el accionar estatal y el perjuicio; *b*) posibilidad de imputar los daños a la persona estatal a la cual pertenece el órgano que los ocasionó.

[4.8] MARIENHOFF, *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del derecho público*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996; CASSAGNE, "La responsabilidad del Estado por omisión," *LL*, 1989-C, 512; COMADIRA, JULIO RODOLFO y CANDA, FABIÁN OMAR, "Responsabilidad del Estado por omisión (Actos interorgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contenciosoadministrativa," *LL*, 1996.-A, 600; GAMBIER, BELTRÁN, "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia," *LL*, 1990-E, 617; TAWIL, GUIDO S., "Omisión, guerra y responsabilidad del Estado," *LL*, 1991-D, 362; LAMOGLIA, CARLOS MARCELO, "Responsabilidad del Estado por omisión," en BOTASSI, CARLOS A., *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, LEP, 2003, pp. 393-412; BERÇAITZ DE BOGGIANO, ANA L., "La discrecionalidad administrativa y la arbitrariedad por omisión," *ED*, 137: 860; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., STIGLITZ, GABRIEL A. y otros, *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca, 1989, p. 750 y ss.; LORENZETTI, RICARDO L., *Las normas fundamentales del derecho privado*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 90. CSJN, *Lanati, LL*, 1992-A, 201, año 1991; CS de Mendoza, *Torres, LL*, 1989-C, 514.

[4.9] RODOTÀ, STEFANO, *Il problema della responsabilità civile*, Milán, 1964, p. 20.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

daño económico o moral no es necesariamente un daño jurídico, esto es, indemnizable. Ahora bien, con el progreso técnico aumentan día a día las ocasiones de daño, muchas veces daño en apariencia no culpable, anónimo casi;[10] el usuario, consumidor y administrado de hoy no está ya más dispuesto, en el decir de RINCK, a "vivir peligrosamente,"[11] mucho menos cuando ello es producto de una actividad que enriquece a otros bajo un sistema de monopolio o exclusividad.

Nace así la idea de un derecho de daños, más que un tema de responsabilidad. Lo importante es el daño antijurídico sufrido, y de él fluirá la responsabilidad de quien o quienes lo hayan ocasionado por actos, hechos u omisiones, aunque estos sean lícitos *per se*.[12]

Uno de los postulados es hoy lograr la indemnización de la mayor parte posible de los daños sufridos por una persona sin su culpa,[13] y si el Estado flaquea en su responsabilidad por las razones ya expuestas, les toca a quienes han asumido lo que eran antes sus funciones, asumir también sus responsabilidades. Es un nuevo desarrollo de la responsabilidad objetiva, por riesgo.

Es como en el caso del tabaco, del medio ambiente, del amianto: el foco de atención se traslada de la actividad dañosa a la persona que sufre el daño. La antijuridicidad no hay que buscarla en quién inflige el daño, sino en el damnificado. ¿Existe el deber jurídico de sufrir un daño a manos de quien se lo ha ocasionado a uno? No hay razón para que una persona *deba* sufrir un daño sin indemnización, imputándolo al caso fortuito, la fuerza mayor, el acto de Dios, etc.

La antijuridicidad se mide entonces no en quién realiza la actividad, en estas actividades que estamos analizando,[14] sino en que es antijurídico *per se* que un usuario, consumidor o administrado deba sufrir perjuicios a consecuencias de la relación de servicio, consumo o administración. La carga de la prueba está en este caso en el que provoca el daño. Es él, en estos tres supuestos, el que debe demostrar la eximente de responsabilidad.

En el caso de los prestadores de servicios públicos y los proveedores de bienes y servicios, p. ej., es claro que la culpa subjetiva no cabe ser exigida como elemento de responsabilidad, aunque puede haber culpa objetiva que exceda lo normal y justifique una mayor cuota de responsabilidad. Así quien instala una red de alta o media tensión debe extremar los cuidados para que el peligro o el daño a la salud, actual o potencial, quede reducido a su mínima expresión. Si no ha tomado

4.10 RODOTÁ, *op. cit.*, p. 20 y sus referencias.

4.11 RINCK, *Gefährdungshaftung*, Göttingen, 1959, p. 7.

4.12 Ver ANDREUCCI, CARLOS ALBERTO, "El derecho administrativo; responsabilidad del Estado por acto lícito y seguridad jurídica. Análisis para una mejor interpretación y legislación," *ED*, 178: 638; CSJN, *Heredia de Morales, Justiniana c/Estado Nacional*; *LL*, 1980-C, 232; MARIENHOFF, "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita," *RDA*, 12/13: 1; HUTCHINSON, "Los daños producidos por el Estado," *JUS*, 36: 51-74; GUASTAVINO, ELÍAS P., "Indemnizaciones por la Actividad Lícita Lesiva del Estado," *ED*, 118: 190.

4.13 En sentido similar RODOTÀ, *op. cit.*, pp. 23-4.

4.14 Y hemos descripto en el § 3.1.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

ese cuidado y el daño que produce es mayor que el estrictamente necesario, su responsabilidad patrimonial también debe ser mayor. La culpa objetiva no es así una falta de demostrar culpa subjetiva del causante del daño, sino analizar si no le corresponde una responsabilidad mayor por haber actuado desaprensivamente o sin importarle las consecuencias dañosas de su actividad. Esto último ocurre no solamente en las actividades de servicios públicos, también con la producción de amianto, la venta de cigarrillos, la circulación de automotores, etc. Se puede optar entre muchas calificaciones de esta situación: responsabilidad sin culpa, o por culpa objetiva o del servicio, por riesgo, actividad peligrosa, etc., pero el resultado no varía. La falta de culpa no es una eximente de responsabilidad del daño causado por estas actividades de servicios públicos monopólicos.

Es cierto que a veces el daño material es una carga que debe soportar *en primera instancia* cada individuo. Es el precio que paga la sociedad por el progreso y el beneficio social que brindan determinadas actividades; pero ello no excluye que inmediatamente ese daño sufrido deba ser reparado. Queda con esto dicho que no son de aplicación los criterios y principios elaborados por el derecho civil, ya que el derecho público, en particular la jurisprudencia, ha debido elaborar una serie de principios específicos para regular la responsabilidad del Estado y sus concesionarios. Se la llama a veces responsabilidad "civil," pero ello es un eufemismo, porque ni se trata de la clásica "responsabilidad" del derecho privado, ni es tampoco "civil" en el sentido de regirse por las normas de dicho Código (estas normas son invocadas, pero con una constante modificación en atención a los principios del derecho público, lo que hace ya inexacto que podamos hablar en rigor de "responsabilidad civil".)[15]

A lo sumo podría llamársela así para señalar que es un tipo de responsabilidad que se traduce en una reparación pecuniaria, esto es, en una indemnización de los daños y perjuicios sufridos por administrados, usuarios y consumidores.

De cualquier forma, el punto de partida para el análisis de la responsabilidad del Estado y de sus concesionarios o licenciatarios no es hoy en día necesariamente el sistema de la responsabilidad civil del derecho privado. Los tres principios clásicos estructurados por el viejo derecho civil, estén o no vigentes en el presente[16] no son de todos modos de estricta ni necesaria aplicación en lo que a la defensa del usuario, consumidor y administrado se refiere.

[4.15] Procuración General de la Nación, *L., B.J., LL*, 1998-E, 528: "se deberán aplicar, de manera sustancial, principios propios del derecho público, atento a que debe examinarse la responsabilidad extracontractual del Estado en el marco de su actuación;" "No empece a lo expuesto, la circunstancia de que ante la ausencia de normas propias del derecho público que regulen la materia, se apliquen subsidiariamente disposiciones del derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo en el que, *prima facie*, se encuentra el presente caso (*Fallos*, 306: 2030; 307: 1942; 312: 1297; 314: 620; 315: 1231)," p. 529.

[4.16] BORDA, GUILLERMO, "Fundamento de la responsabilidad extracontractual," *LL*, 94: 827 y ss., 830, 832.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

4.3. *El daño*

La "responsabilidad," en sentido amplio, existirá toda vez que una persona que ha sufrido un daño —material o moral— causado directamente por el Estado o sus concesionarios o licenciatarios, deba ser indemnizada por alguno de ellos.

No existe ninguna regla general que determine cuáles son concretamente las condiciones para que esa responsabilidad exista, pues ello depende del caso que se está considerando. En algunas ocasiones se exigirá que la conducta dañosa sea apreciable en dinero, mientras que en otros será indemnizable el daño meramente moral, o se calculará presuntivamente el daño en ausencia de elementos probatorios tradicionales. Se revalorizan como el daño a la persona y a la intimidad, el derecho a la imagen y a la privacidad, la exactitud de los bancos de datos y que no tengan un carácter irrazonablemente invasivo de la privacidad de las personas,[17] entre otros.

4.4. *La culpa*

Ha habido en el propio derecho privado común una gran evolución en esta materia, aun en supuestos normales y no de las actividades que aquí estamos considerando: "La jurisprudencia se ha mostrado [...] sensible a la exigencia de dar nueva dimensión a los problemas de la responsabilidad civil," lo que se advierte en el esfuerzo y hasta en "el abuso del recurso a las presunciones y a las construcciones en materia de culpa," la tutela del derecho a la personalidad;[18] a la afirmación de que no sólo los hechos ilícitos originan responsabilidad, sino también los hechos lícitos que ocasionen un daño, no interviniendo la culpa de la víctima o de terceros, ni tampoco del causante del daño.[19]

Las construcciones hechas para la responsabilidad sin culpa del Estado[20] se aplican ahora a los concesionarios que han tomado su lugar. Se ha dicho también que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar ese fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular.[21] El funcionamiento irregular o defectuoso del servicio se maneja con el criterio de la culpa objetiva, como el que resulta contagiado en un hospital. No es necesario probar culpa, basta que el daño se haya producido, pues ello importa un funcionamiento defectuoso del servicio. Esto se aplica igualmente al concesionario en su deber de elección y control del propio contratista.

4.17 *Supra*, cap. III, § 6.5 y sus referencias.

4.18 RODOTÀ, *op. cit.*, p. 31.

4.19 Ampliar en BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil, op. cit.*, pp. 73, 233, 285-364; sus arts. "La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía," en *LL*, 1990-C, 429; "La responsabilidad civil extrancontractual de una entidad autárquica," *LL*, 1992-A, 199.

4.20 Ver *supra*, nota 4.12.

4.21 Sala IV, *Stancato*, 1992; Sala II, *D'Albo*, 1994; CSJN, *Fallos*, 306: 2030; 307: 821.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

II. *Tipos de responsabilidad del Estado y de los prestadores de servicios públicos*

5. *En general*

En sus más grandes líneas la responsabilidad civil del Estado puede clasificarse en *a)* contractual[1] y *b)* extracontractual (administrativa, legislativa, judicial). La responsabilidad de los prestadores, por lo que nos interesa a los efectos de esta obra, puede clasificarse en *a)* civil (contractual por la defectuosa o excesivamente onerosa prestación del servicio, o extracontractual) y *b)* administrativa. En el caso del Estado, trataremos aquí principalmente de la responsabilidad extracontractual, es decir, aquella que surge no de la violación de una obligación contractualmente contraída —la que corresponde estudiar al referirse a los contratos administrativos— sino de una conducta cualquiera de los órganos del Estado no referida a un acuerdo previo de voluntades con el sujeto damnificado. Esa responsabilidad extracontractual puede originarse en un acto, hecho u omisión del concesionario o licenciatario; en el caso del Estado, sea del órgano administrativo, legislativo o judicial, en tanto ejerza función administrativa. De acuerdo con la división de las funciones estatales, no cualquier acto o hecho del Poder Judicial o del Poder Legislativo comportará la responsabilidad judicial o legislativa, respectivamente, sino que puede también existir responsabilidad administrativa por actos o hechos de tal carácter realizados por tales poderes. La responsabilidad llamada "legislativa" se concreta pues en una responsabilidad por el daño causado por una ley del Congreso; cualquier otro daño ocasionado por conductas que no comporten específicamente una "ley" en sentido formal, encuadrará dentro del campo de la responsabilidad administrativa y no legislativa. Del mismo modo, la responsabilidad llamada judicial sólo existe en la medida en que emerge de actos judiciales típicos; los daños que un órgano judicial realice en cumplimiento de funciones de tipo administrativo, darán lugar a la responsabilidad administrativa y no judicial.[2] Es de mucha importancia advertir esta circunstancia, pues la responsabilidad estatal por actos legislativos y judiciales *stricto sensu* puede considerarse mínima o prácticamente inexistente, al menos en nuestro país, con la salvedad que se expuso en el § 1.3.

6. *La responsabilidad por hechos y actos administrativos*

Hasta aquí hemos considerado la responsabilidad del Estado por los daños cometidos a través de actos judiciales y legislativos; toca ahora referirnos a la responsabilidad extraconceptual por hechos y actos administrativos, que es la más impor-

[5.1] BOTASSI, "Responsabilidad contractual del Estado," en BOTASSI (dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, *op. cit.*, pp. 357-81.

[5.2] En sentido similar SPOTA, ALBERTO G., *Tratado de derecho civil*, t. I, vol. 3-IV, Buenos Aires, 1951, p. 551 y ss.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

tante desde el punto de vista práctico por ser cuantitativamente la causa más frecuente de daños. En este tipo de responsabilidad se han planteado muchos problemas de distinta índole, derivados en su mayor parte del hecho de que se ha querido partir de la aplicación de las normas del Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual. Un problema de antaño superado es que pudo parecer que si el Código Civil exige que el daño sea producido por una conducta negligente o culposa, el Estado no actúa con "culpa," por ser ésta una característica exclusivamente reservada a las personas físicas. Sin embargo, este argumento es fácilmente desechado si se recuerda que el Estado actúa a través de órganos que son desempeñados por personas físicas, cuya voluntad, manifestada dentro del ámbito de sus funciones, se imputa al Estado considerándose como propia;[1] o sea que, en definitiva, el Estado puede perfectamente actuar culposamente a través de la conducta de sus órganos.

El segundo problema clásico, que ha dado lugar a más dificultades que soluciones, como hemos visto en el cap. XIX, es el de la distinción entre responsabilidad directa e indirecta. Responsabilidad directa es la que corresponde por un hecho propio;[2] indirecta, la de un empleador o superior por el hecho de un empleado o dependiente suyo.[3] Los criterios para determinar cuándo el Estado será responsable directamente y cuándo indirectamente son muy variados, como veremos a continuación.

7. *Criterios de distinción entre responsabilidad directa e indirecta del Estado*

7.1. *Distinción por "funcionarios" o "empleados"*

Quienes distinguen entre "funcionarios" y "empleados"[1] dicen que los primeros, por representar la voluntad del Estado, son órganos suyos y los segundos, por no realizar sino actividades de ejecución, son sus dependientes, diferencian de ese modo la responsabilidad directa (por el hecho propio) e indirecta (por el hecho de un dependiente.)

Sostienen que existirá responsabilidad directa cuando actúa un órgano ("funcionario"); e indirecta cuando actúa un dependiente ("empleado.")[2] Si bien la jurisprudencia nunca se ha definido claramente, pareciera a veces que adhiere a este

[6.1] Ver *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. XII, "Los órganos del Estado," § 2, "El órgano y el ente al que pertenece," y ss.

[6.2] Art. 1109: "Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio."

[6.3] Art. 1113: "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado."

[7.1] Dicha distinción, con todo, se halla rechazada por todo el ordenamiento jurídico nacional y supranacional: t. 1, *op. cit.*, cap. XIII, "Agentes públicos" § 1, "La distinción doctrinaria entre funcionario y empleado público" § 2, "Crítica conceptual" y § 3, "Continuación. Crítica legal": CN, CC, CP, ley de empleo público 24.156, ley de ética pública 25.188, CICC, etc.

[7.2] ALESSI, RENATO, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milán, 1955, p. 48.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

criterio.[3] Hemos visto que no existe distinción entre funcionarios y empleados:[4] todos los agentes del Estado, sea cual fuere su jerarquía o función, asumen el carácter de órganos del Estado. De allí se deduce que la responsabilidad de aquél por los hechos y actos de sus agentes será siempre directa, no pudiéndose dar la hipótesis de que por los hechos de tales personas el Estado tenga responsabilidad indirecta.[5] En otras palabras, el rechazo de la distinción entre funcionario y empleado excluye la posibilidad de fundar en ella la distinción entre responsabilidad directa o indirecta de la administración, pero, permite en cambio afirmar que dicha responsabilidad será siempre directa, en razón de ser siempre órganos propios del Estado los que actúan en su nombre. Esta es la solución que consideramos correcta y positiva, pero estimamos necesario referirnos también a otros criterios existentes a fin de poder efectuar su evaluación.

7.2. *Distinción por "actos" y "hechos"*

Otros autores han pretendido hallar la distinción entre responsabilidad directa e indirecta del Estado según que se trate de actos o de hechos de la administración: los primeros configurarían la hipótesis de responsabilidad directa, los segundos indirecta.[6] Esta distinción, además de carecer de un convincente fundamento lógico y jurídico, está claramente refutada por una serie de instituciones de derecho administrativo en que se ha admitido, más allá de toda duda, que ciertos hechos pueden ser directamente imputables a la administración, comprometiendo precisamente tal tipo de responsabilidad y no la indirecta.[7]

Ello ocurre en materia de: *a)* afectación y desafectación de bienes del dominio público, que puede producirse por hechos administrativos, en el sentido de hechos provenientes de la propia administración;[8] *b)* daños causados por trabajos públicos, materia en la cual la Corte Suprema ha dicho que "cuando ésta (la obra pública) desmejora o desvaloriza en cualquier sentido o en cualquier medida los inmuebles linderos, puede decirse que hay por parte de la autoridad una ingerencia, y hasta cierto modo, una ocupación de esos inmuebles;"[9] es decir, se admite que es un hecho "de la autoridad," un hecho de la propia administración; *c)* res-

[7.3] A veces aparece como objetiva indirecta: *Fallos*, 249: 592, *Irala Arias*, 1961, 252: 191, *Luis Rene Valenzuela*, 1962, citados en REIRIZ, *op. cit.*, p. 96 y ss.; otras fundada en el 1112 y como objetiva directa: CASSAGNE, "La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte," *ED*, 114: 215; otras en el 1113: *Fournier Patricia M. c/ Prov. de Bs. As.*, *LL*, 1996-C, 558; GALDÓS, *La relación..., op. loc. cit.*; a veces es fundada al mismo tiempo en los arts. 1109 y 1113, *Fallos*, 300-1: 639, *Oscar Zezza y otros*, 1978, etc.

[7.4] Ver *supra*, t. 1, cap. XIII "Agentes públicos."

[7.5] En Bélgica en la práctica la responsabilidad del Estado por el hecho de sus agentes será siempre directa; BUTTGENBACH, ANDRÉ, *Manuel de droit administratif*, Bruselas, 1959, p. 307.

[7.6] CASETTA, ELIO, *L'illecito degli enti pubblici*, Turín, 1953, pp. 119-20.

[7.7] La comisión de hechos no constituye de por sí una hipótesis de responsabilidad indirecta. En igual sentido MARIENHOFF, *op. cit.*, t. IV, p. 717.

[7.8] Ver MARIENHOFF, *Tratado del dominio público, op. cit.*, pp. 158, 160, 171, 191, 196 y ss.

[7.9] CSJN, *Fallos*, 211-1: 46, *Zavaleta de Labrue*, 1948; 185: 105, *Piria*, 1939.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

tricciones administrativas a la propiedad privada, en las que se reconoce que pueden constituirse a través de hechos administrativos,[10] es decir, actuaciones materiales directamente imputables a la administración como propias de ella; *d)* el empleo de la fuerza pública, o sea, de la coerción directa e inmediata a cargo de los órganos policiales administrativos, configuran también hechos administrativos,[11] etc. Todo ello, en definitiva, se traduce en la existencia de una figura específica de derecho administrativo: el hecho administrativo, que procede naturalmente de los órganos administrativos, en forma directa: "Es el comportamiento material, operaciones que representan actividad física de los órganos de la administración por medio de los cuales el Estado [...] realiza actividad administrativa."[12]

Por fin, si se advierte que un hecho administrativo puede ser seguido de un acto que lo ratifica, y que la distinción entre acto y hecho administrativo depende nada más que de la forma en que la voluntad administrativa se exterioriza;[13] si se tiene presente entonces que la actuación de un órgano administrativo necesariamente se traduce alternativamente en actos y hechos, en forma sumamente entrelazada y sin que pueda en modo alguno señalarse una predominancia de los unos sobre los otros, menos podrá decirse que sólo los actos son del órgano y por lo tanto del Estado, pero no los hechos que concomitantemente realiza. Concluimos así en que en el derecho vigente los actos y hechos realizados por un órgano administrativo en el ejercicio de sus funciones son imputables al Estado y generan eventualmente su responsabilidad directa.

7.3. *Distinción según que la actividad sea legítima o ilegítima*

Otra forma de intentar la distinción, tal vez la más vulgarizada, tiene su punto de apoyo en el art. 36 del Código Civil, de acuerdo con el cual "se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, sólo producirán efectos respecto de sus mandatarios;" en consecuencia, serán actos y hechos propios del Estado los que realicen sus agentes dentro de sus atribuciones; en lo que se excedan de ellas, sus actos o hechos no serán imputables directamente al Estado y darían lugar a la aplicación de la responsabilidad indirecta si se dieren las condiciones pertinentes (relación de dependencia, culpa, etc.)

7.10 Ver BIELSA, *Derecho administrativo, op. cit.*, t. IV, La ley, 1965, 6ª ed., p. 393; VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo, op. cit.*, t. VI, p. 80 y otros.

7.11 Ver BIELSA, *op. cit.*, t. IV, p. 40; FIORINI, *Poder de policía*, 1957, p. 310 y ss.

7.12 DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo, op. cit.*, 1956, p. 69. Ampliar en GASPARRI, PIETRO, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, Padua, 1964, p. 9 y ss.; TESAURO, ALFONSO, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, *Diritto amministrativo*, Turín, 1961, p. 18 y ss.

7.13 Ver *infra*, t. 3, *op. cit.*, cap. III, "La distinción entre acto y hecho administrativo;" ver también *supra*, t. 1, cap. X, "Clasificación jurídica de la función administrativa," § 4, "Actos y hechos de la administración." Sobre el problema de la imputación, ver t. 1, *op. cit.*, cap. XII, "Los órganos del Estado,"§ 4 y 5.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

De este criterio se ha ocupado la propia jurisprudencia, sosteniendo con acierto que "la irresponsabilidad de la provincia por actos realizados por sus representantes legales, más allá de sus atribuciones, no puede aceptarse en el caso de autos, por cuanto estos representantes han obrado dentro de sus propias funciones."[14] Se ha sentando de tal modo el principio de que un acto es imputable directamente al Estado y lo hace responsable, en su caso, cuando es ejecutado por el órgano dentro de sus funciones o tareas, sin importar que haya sido hecho o no dentro de sus atribuciones o límites legales. Recordamos al efecto la distinción que hiciéramos entre "ejercicio de la función" y "ejercicio de la competencia": la segunda constituiría la actuación legítima, dentro del límite de las atribuciones del funcionario, mientras que la primera constituiría simplemente la actuación del funcionario dentro de las tareas a él encomendadas, sin interesar que su actuación sea legítima o ilegítima.

Por lo demás, el derecho administrativo ya ha hecho un frontal rechazo del art. 36 del Código Civil a través de todas sus instituciones y en particular de la del acto administrativo:

a) Se ha dicho así que un acto administrativo, aunque viciado, tiene presunción de legitimidad y debe cumplirse mientras su vicio no sea declarado por autoridad competente;[15] obviamente, afirmar que el acto ilegítimo, dictado en extralimitación de las atribuciones del órgano que lo produjo, mantiene su condición de acto administrativo y no se transforma en un acto personal del agente que lo dicta, es repudiar lisa y llanamente aquella norma del Código Civil.[16]

b) Como consecuencia de lo anterior, cuando el derecho argentino establece que los actos administrativos viciados deben impugnarse ante los tribunales llamados "de lo contencioso administrativo"[17] en un juicio contra el Estado, está admitiendo también, inexorablemente, que el acto viciado puede ser del Estado, propio de él, y no un acto personal del funcionario.

*c) C*uando se afirma que los actos administrativos que reconocen derechos subjetivos son irrevocables en sede administrativa aunque adolezcan de un vicio leve,[18]

7.14 CSJN, *Fallos*, 163:155, 162, *Ferrugia*, 1931; ver también 160: 381, *Gassull*, 1931, en igual sentido y *supra*, cap. IX, "El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales," § 4 , "Peligro de la noción amplia," y 5, "Derecho procesal administrativo."

7.15 CSJN, caso *Los Lagos*, que analizamos en el t. 3, *op. cit.*, cap. X, "Formalidades."

7.16 Nunca podría hablarse de "nulidad" de un acto administrativo si se aplicara dicha norma, porque todo vicio determinante de nulidad implicaría una extralimitación legal y por lo tanto un acto personal del funcionario, no un acto del Estado. En tal criterio, sólo serían "actos administrativos" los actos válidos emanados de una autoridad pública, lo cual es un absurdo en el derecho público; que en el derecho privado se sostenga todavía, por el contrario, que sólo es acto jurídico el acto válido, no así el inválido, es afirmación que corre por cuenta de algunos civilistas y que no se ha fundamentado hasta ahora debidamente.

7.17 Ver al respecto *supra*, cap. XIII, "La tutela judicial," acerca de los caracteres y defectos de esta terminología.

7.18 Decreto-ley 19.549/72, arts. 18 y 19; *infra*, t. 3, cap. VI, § 2 y 7.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

también se reconoce sin duda que el acto es del Estado y no personal del funcionario, a pesar del vicio que tiene;

d) en materia de "funcionarios de hecho" —aquellos que tienen un nombramiento irregular— se admite que sus actos son administrativos, válidos o anulables según el caso, pero administrativos al fin.

En suma: en el derecho público, es un error pensar que sólo los actos legítimos son propios del Estado y comprometen por lo tanto su responsabilidad directa, en criterio similar al art. 36 del Código Civil; por el contrario, según lo acabamos de ver, también los actos ilegítimos pueden ser propios del Estado y comprometer su responsabilidad directa, cuando han sido realizados dentro del ejercicio aparente de la función encomendada al agente del Estado, sea dicha función regular o irregularmente ejercida, legítima o ilegítimamente manifestada.[19]

8. *Conclusión sobre el concepto de responsabilidad directa del Estado*

Reafirmamos entonces —desde 1959— nuestro concepto de que todas las personas que el Estado designa para desempeñarse en funciones por él encomendadas son en general agentes suyos, por lo tanto órganos de él.[1] Por ello, no son "dependientes" en el sentido del art. 1113 del Código Civil. Cuando actúan en el ejercicio aparente de las funciones que les han sido encomendadas, lo hacen como órganos del Estado, o sea, actúa directamente el Estado a través de ellos.[2] La responsabilidad del Estado es en consecuencia —en estos casos— siempre directa; pues no tiene el Estado "agentes," esto es, personas humanas, que no sean órganos suyos.[3] No altera esta conclusión el que la actividad del órgano se manifieste a través de actos o de hechos, legítima o ilegítimamente. De ello se desprende que la tesis otrora sostenida por la jurisprudencia y buena parte de la doctrina,[4] de acuerdo con la cual el Estado puede ser responsable "indirectamente" —o sea, como empleador por el hecho de sus dependientes— por los actos o hechos de sus agentes, es insostenible desde el punto de vista conceptual. La responsabilidad existe, pero no es indirecta sino directa.[5] Y tampoco hay en la actualidad responsabilidad indirecta por los hechos de las entidades descentralizadas del Estado, según vimos.[6]

[7.19] Lo cual coincide con lo dicho *supra*, t. 1, cap. IX, "Las funciones del poder," § 4 a 7, sobre el alcance del ejercicio de la función administrativa.

[8.1] *Supra*, t. 1, cap. XII, § 2 y ss. y cap. XIII, § 1 a 3.

[8.2] Lo venimos sosteniendo desde 1959 en adelante; lo comparte finalmente la CSJN *in re Vadell, Fallos*, 306-2: 2030 (1984) y *ED*, 114: 215 con nota de CASSAGNE; coincidió primero en este criterio –expresamente– MARIENHOFF, t. IV, p. 717 y recientemente PERRINO, *op. cit.*, § II, quien también recuerda en igual sentido, en el ínterin, a LINARES (1974) y CASSAGNE (1982).

[8.3] Los consultores sin relación de dependencia asumen la responsabilidad a título propio.

[8.4] Nos referimos a la legislación y jurisprudencia que aceptan la responsabilidad del Estado con limitaciones, no a la primera que la niega ni la posterior que la admite sin límites. Esta última suele ser la opinión de la doctrina.

[8.5] El primero en adherir a nuestra tesis fue MARIENHOFF, *op. cit.*, t. IV, p. 717.

[8.6] Ver *supra*, § 2, "La responsabilidad del Estado en transición."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Tampoco puede afirmarse que cuando el agente actúa dentro de sus funciones es órgano y origina responsabilidad directa, pero que cuando se excede de ellas es dependiente y origina responsabilidad indirecta, puesto que uno de los requisitos fundamentales para que exista la responsabilidad indirecta es que el dependiente haya actuado en el ejercicio de las tareas a él encomendadas por el superior. Luego, si el agente actúa en ejercicio de las tareas encomendadas, actúa como órgano; cuando se excede de ese ejercicio no actúa como órgano ni tampoco como dependiente, pues sólo se es dependiente, en el sentido de la responsabilidad indirecta, cuando se ejecutan tales tareas.

9. *La responsabilidad directa e indirecta, antes y hoy*

La responsabilidad directa del Estado surge de que un órgano suyo comete un daño en ejercicio aparente de sus funciones; en la jurisprudencia anterior se pone énfasis, en cambio, en que sea un dependiente o funcionario estatal el que comete un daño en ejercicio aparente de sus funciones. En ambos casos lo determinante es el ejercicio aparente de las funciones del responsable, sea regular o irregular la prestación del servicio.

La conducta debe ser dañosa, pero ya no se enuncia que deba ser culposa: *a)* daños causados por la ejecución de trabajos públicos,[1] *b)* daños causados en forma anónima por la administración pública o el prestador privado del servicio, sin que el autor humano, concreto y personal del daño sea individualizado,[2] *c)* daños productos del servicio público, bien o mal ejercido, etc. El daño puede ser producido por una omisión administrativa en lugar de un acto o hecho concreto ordenado por una norma.[3] Salvo que el daño sea anónimo, el agente de que se trate debe haber actuado "en ejercicio" y no "con ocasión" de la función: es decir, que no basta con que el daño sea cometido en el lugar y en horas de trabajo, sino que debe tener alguna relación, aunque sea aparente, con el objeto de las funciones encomendadas al agente.[4] Encauzado el criterio jurisprudencial en el sentido de que "responsabilidad indirecta" del Estado es la que le corresponde por los hechos y actos de sus propios agentes públicos, no encontró fundamento jurídico disponible para decidir que el Estado debiera ser responsable por los actos y hechos de sus entidades descentralizadas, y es así como ha resuelto que teniendo ésta personalidad jurídica propia, no puede demandarse al Estado central por los daños por ellas cometidos.

9.1 CSJN, *Fallos*, 185: 105, *Piria*, 1939; 211-1: 46, *Zavaleta de Labrue*, 1948; 258: 345, *Administración General de Obras Sanitarias de la Nación c/Provincia de Buenos Aires*, 1964.

9.2 Hechos policiales (*Fallos*, 205: 635, *Susan*, 1946), incendios al lado del ferrocarril (169: 111, *Devoto*, 1933), certificados erróneos del Registro de la Propiedad (182: 5, *Ferrocarril Oeste*, 1938; 192: 231, *Dupré*, 1942; 190: 318, *Saslavsky*, 1941; 205: 365, *Pérez Ortiz*, 1946; 210: 346, *Butavand y Cía.*, 1948), etc.

9.3 CSJN, *Fallos*, 193: 246, *Spinacci*, 1942 y otros; *supra*, nota 4.8.

9.4 CSJN, *Fallos*, 194: 170, *Rodríguez*, 1942 y otros.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Postulamos en 1959[5] llamar responsabilidad *directa* a la que corresponde al Estado por los hechos de sus órganos, y que el Estado era responsable *indirectamente* por los actos de sus entes descentralizados (pues han sido creados y pueden ser disueltos por él; son controlados también por él, a través del recurso de alzada, nombramiento de autoridades, intervención, autorización o aprobación del presupuesto, etc.). Empero, la ley 24.624, en tanto no sea declarada inconstitucional, es adversa a ese criterio y limita la responsabilidad del Estado central al aporte que hizo al ente descentralizado.[6] Dado que esa ley forma parte de una tendencia general a limitar la responsabilidad del Estado en la época de insolvencia[7] que le toca atravesar, tendencia que la jurisprudencia también ha asumido como propia,[8] no vemos como previsible en el futuro próximo su declaración de inconstitucionalidad. Queda como interrogante futuro el hecho de que el Estado ha sido responsabilizado internacionalmente por daños cometidos por las Provincias, lo cual es más amplio.[9]

10. *Coordinación entre las responsabilidades institucionales y personales*

El funcionario público o privado es también responsable civilmente por los daños cometidos en el ejercicio de la función, pero en la práctica su responsabilidad no es efectivizada por cuanto los interesados demandan exclusivamente al Estado o al prestador del servicio, obteniendo de tal modo el resarcimiento de sus daños; el Estado no siempre reclama de sus agentes el resarcimiento por los daños cometidos respecto de terceros.

En el caso del prestador del servicio es posible que haya sanciones internas, incluso expulsivas, para los que generaron el daño sin beneficio para la empresa; pero si el daño ha sido en beneficio de las ganancias empresarias lo más probable es que sea deliberado y premiado institucionalmente, como lo prueban los casos de las empresas telefónicas en nuestro país.

Para solucionar tal estado de cosas no puede en modo alguno proponerse la supresión de la responsabilidad del Estado o del prestador del servicio, dejando como único responsable al funcionario, pues éste será generalmente insolvente; además, existirán casos en que el funcionario, por haber actuado regularmente no

9.5 Nuestra tesis doctoral, inédita (1959); conf., desde su 1ª ed., MARIENHOFF, *Tratado ..., op. cit.*, t. I, p. 421.

9.6 Art. 21 de la ley 24.624, incorporado como art. 133 de la ley 11.672, complementaria permanente de presupuesto (t.o. por decreto 1.110/2005.) Ver las obras de MERTEHIKIAN citadas *supra*, cap. XII, "La licitación pública," nota 2.2.

9.7 Lo explicamos *supra*, cap. IV, "Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio," del t. 1.

9.8 CSJN, *Horvath, LL*, 1995-D, 721; *Peralta, LL*, 1991-C, 158; *Tecnobra, LL*, 1993-E, 490; *Calderas Salcor Caren S.A., LL*, 1997-C, 783; *Chocobar*, CSJN, *LL*, 1997-B, 247.

9.9 *Garrido y Baigorria:* CURIEL, ALICIA y GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, "Corte Interamericana de Derechos Humanos: el primer fallo contra el Estado argentino," *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes*, 8: 36, (1996); CURIEL, "Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Guillermo José Maqueda c/República Argentina," *LL*, 1997-E, 515.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

será responsable, a pesar de lo cual puede haber resultado un daño del ejercicio de su función: en tal hipótesis es siempre necesario que el Estado o el prestador sea responsabilizado. Ha habido casos excepcionales en que el damnificado demandó a ambos;[1] en materia de daños cometidos por las fuerzas de seguridad la norma es perseguir penalmente al autor del daño y civilmente al Estado. La acción penal es más instructoria cuando la justicia funciona.

En el caso de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos o privados (lo segundo, a tenor del art. 36 de la Constitución y la complicidad en los delitos de corrupción de la Convención Interamericana Contra la Corrupción), pareciera también ser necesario, desde un punto de vista práctico y ciudadano, demandar a ambos y sus respectivas entidades y querellar a los responsables de actos punibles por el derecho penal. En algunas legislaciones esto resulta indispensable.

Repitamos a HAURIOU: "No hay apenas materias de derecho público más importantes que éstas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios. Ellas no tienen solamente un interés de orden constitucional. Ni se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizada más o menos seguramente; hay también, y sobre todo, una cuestión de garantía constitucional de la libertad; si, desde un punto de vista administrativo, puede parecer ventajoso que la víctima del daño sea incitada a perseguir a la Administración más bien que al funcionario, desde un punto de vista constitucional, se debe desear que la costumbre de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es todavía el mejor medio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios."[2]

III. *El problema de las responsabilidades especiales*

11. *La responsabilidad por acto judicial irregular*

Nuestro derecho es restrictivo en cuanto a la responsabilidad por acto judicial *regular*, aunque algunas constituciones provinciales establecen la responsabilidad por el llamado *error judicial*, sin que haya una conducta judicial irregular o culposa. Pero cuando el Estado a través de uno de sus órganos comete un daño, la responsabilidad internacional que entra en juego no hace distinciones en función de los órganos.[1]

[10.1] *Tarnopolsky, D. c. Estado nacional y otros*, CNFed. CA, Sala III, *LL*, 1996-C, 439; lo planteó una vez como necesario la Corte Suprema en *Fallos*, 255: 321, 325, *Nación Argentina v. Provincia de Córdoba y otro*, 1963. Fue la tesis que preconizamos en "La responsabilidad civil directa e indirecta de los agentes del Estado," *Lecciones y Ensayos*, 14: 117, Buenos Aires, 1959 y en *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963, p. 53 y ss.

[10.2] HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, *op. cit.*, t. I, p. 649. Cabe destacar en contra de esta tesis a LINARES, "En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público," *LL*, 153: 601, año 1974.

[11.1] Ver *infra*, nota 12.2.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

A su vez, si se trata del *funcionamiento anormal o irregular del servicio*, se la admite, también en el derecho interno.[2] Es siempre la misma idea de la falta del servicio, del ejercicio irregular de la función.

11.1. *La regla de la irresponsabilidad por acto judicial regular*

La responsabilidad del Estado por actos judiciales se da en el derecho comparado cuando una persona es condenada en primera instancia y luego absuelta,[3] o procesada y detenida, siendo luego sobreseída definitivamente.[4] Puede tratarse de una conducta regular.[5] En la generalidad de los casos el daño y la responsabilidad consecuentes emergen de una conducta legítima y no culpable, razón por la cual algunos juristas se resisten a aceptar la responsabilidad estatal.

En nuestro derecho la jurisprudencia predominante no ha aceptado que exista un derecho a indemnización, sobre todo en el ámbito de la justicia nacional.[6] Algunas constituciones o leyes provinciales, a su vez, lo aceptan.[7] La doctrina es uniforme en admitirla.[8] Es difícil determinar si, en el clima expuesto en el § 2, existe campo favorable para su mayor desarrollo. Pero queda de todos modos la vía reparatoria del derecho de fondo, de perseguir la tutela del derecho ante las jurisdicciones internacionales.[9]

11.2. *Un supuesto sistemático de responsabilidad del Estado por error judicial*

El principal y quizás único caso de responsabilidad del Estado por error judicial que se da sistemáticamente, es la responsabilidad que se produce por la denegación

11.2 Ver en este sentido CAPUTI, MARÍA CLAUDIA, "Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales (el caso «Amiano»)," *LL*, 2000-C, 750.

11.3 Ver REBOLLO, LUIS MARTÍN, *op. cit.*; SANTI ROMANO, "Responsabilità dello Stato e riparazione degli errori giudiziari," en su libro *Scritti Minori*, Milán, 1959, p. 156 y ss.; GIANTURCO, VITO, *Della responsabilità dello Stato verso le vittime di errori giudiziari*, Milán, 1956, p. 1 y ss.

11.4 GIESE, FRIEDRICH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1952, 3ª ed., p. 129.

11.5 GIESE, *op. cit.*, p. 127 y la doctrina alemana admiten la responsabilidad sin culpa y por un acto judicial legítimo. La llaman "indemnización de derecho público," diferenciándola así de la responsabilidad tradicional, que se referiría a los casos de antijuridicidad y culpa. Ver SANTI ROMANO, *op. cit.*, p. 163.

11.6 Esta es también la lectura que de nuestra jurisprudencia hace la Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*, 57: 162.

11.7 Ampliar en REIRIZ, *op. cit.*, p. 81; ALTAMIRA GIGENA, *op. cit.*, pp. 162-3.

11.8 REIRIZ, *op. cit.*, pp. 73-81; ALTAMIRA GIGENA, *op. cit.*, pp. 156-63; BULLRICH, *La responsabilidad del Estado, op. cit.*, p. 262 y ss.; TAWIL, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993, 2ª ed., p. 148; ANDRADA, ALEJANDRO D., "Responsabilidad de los magistrados judiciales. Derecho argentino. Doctrina y jurisprudencia norteamericana," *LL*, 1998-D, 1157; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, 1971, p. 163 y ss.; MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, p. 759 y ss.; FIORINI, *Manual de derecho administrativo, op. cit.*, t. II, pp. 1121-3.

11.9 Ver *supra*, cap. XVI, "La justicia administrativa internacional" e *infra*, nota 12.1 y cap. VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo," del t. 1.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

de medidas cautelares y acciones o recursos de amparo que podrían haber evitado que un daño se cometiera. Claro está, allí el Estado no indemniza a título de responsabilidad por omisión judicial, sino por comportamiento administrativo. Pero la concausa, o la causa inmediata del daño, es la inacción judicial que no impidió la materialización del perjuicio.

Otro problema es de decisiones de hace pocos años de la CSJN, rechazando liminarmente acciones en la instancia extraordinaria, algo verdaderamente insólito. Esta privación de justicia se traduce en que el daño, en lugar de ser evitado por la acción correctora de la justicia, se materializa. El agraviado por la inacción preventiva judicial debe entonces volver al mismo Poder Judicial, vencido y dañado por la administración, a reclamar la reparación de los daños y perjuicios que ese mismo Poder Judicial no quiso evitar que se perpetrara. Y si no la obtiene localmente debe acudir al mecanismo del control supranacional, como en *Birt*, *Garrido* y *Baigorria*, *Verbitsky*, etc.[10]

En ese momento es toda la sociedad la que debe pagar el prurito de seudo *prudentia iuris* de quienes no han ejercido su potestad jurisdiccional para prevenirlo. Es más fácil condenar al Estado por hechos de ex funcionarios ya sin poder, que impedirle a los funcionarios que lo ejercen, que cometan daños antijurídicos con él. No puede ser que toda la sociedad continúe pagando lo que los jueces no quieren ver a tiempo, o ven pero se escudan en artilugios procesales para dejar que la administración destruya el derecho del particular y lo remita a nuestra indemnización colectiva. No es para eso que sufragamos un Poder Judicial.

12. *Responsabilidad por acto legislativo*[1]

En el derecho internacional la responsabilidad del Estado se juzga prescindiendo de cuál poder es el que ocasiona el daño.[2] Existen precedentes del Tribunal Europeo condenando a un Estado miembro por violación legislativa de una norma comunitaria,[3] o por la inacción legislativa para cumplir una norma comunitaria;[4] en el derecho argentino, todavía la solución cambia según cual sea el órgano autor del daño, según ahora veremos.

12.1. *La regla de la irresponsabilidad interna por actos legislativos*

La jurisprudencia nacional, partiendo del principio de que el Estado no debe indemnización alguna por la privación de propiedad que realiza a través del cobro de

[11.10] Ver la referencia de la nota anterior e *infra*, nota 12.2.

[12.1] BIANCHI, "Responsabilidad del Estado por actividad legislativa," I.E.D.A., *Estudios de Derecho Administrativo II*, Buenos Aires, 2000, p. 211 y ss.

[12.2] La responsabilidad internacional del Estado existe hoy *cualquiera sea el órgano estatal* nacional que comete el daño: CHITI, *op. cit.*, p. 404-5.

[12.3] Desde los casos *Factortame III* de 1996 y *Brasserie du Pecheur*. Ver CHITI, *op. cit.*, p. 404.

[12.4] Solución ésta ya incorporada al derecho interno por la CSJN, *Ekmekdjian*; conf. BREWER CARÍAS, *La Constitución de 1999*, Caracas, Arte, 2000, p. 232; *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge, 1989, p. 269.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

impuestos, siempre que éstos sean válidos, ha llegado a conclusiones criticables. El error a que se ha llegado proviene inicialmente de extender el principio de irresponsabilidad por el cobro de impuestos legítimos. El principio era que "el ejercicio de un poder legal, como es el de crear impuestos, o modificar los anteriores (en el caso no se ha discutido la validez de la forma en que se lo ha puesto en práctica) puede ciertamente producir perjuicios en el patrimonio de los particulares, sin que tal circunstancia sea óbice contra su legitimidad, so pena de detener la actividad gubernativa, en consideración de una garantía, la de propiedad privada, que no puede interpretarse con semejante extensión."[5] De allí la jurisprudencia pasa luego a decir otra cosa, que en realidad la garantía de la propiedad "siempre se ha considerado alude al desapoderamiento directo, y no al consiguiente perjuicio resultante del ejercicio de legítimos poderes. Nunca se ha supuesto que tenga algún efecto sobre o para inhibir leyes que indirectamente produzcan daño o pérdida a los particulares,"[6] lo cual es ya llevar la afirmación demasiado lejos. También se expresa que el ejercicio de los "poderes de guerra" no puede dar lugar a responsabilidad del Estado, cuando se lo ejerce "con fundamento en disposiciones legales expresas."[7] De allí a decir que tampoco será responsable el Estado por las leyes que organicen o regulen un "servicio público," aunque de ellas se desprendan daños a terceros, no hay sino un paso, que la jurisprudencia también ha dado.[8] No existe pues, en principio y en el estado actual de la jurisprudencia nacional, responsabilidad interna del Estado por leyes legítimas, aunque ocasionen daños; pero no creemos que pueda categóricamente decirse que "en nuestro derecho, el Estado no responde civilmente por los actos legislativos,"[9] por lo que sigue.

12.2. *Casos en que se acepta la responsabilidad por acto legislativo*

12.2.1. *Perjuicio especial*

La CSJN expresó en *Gratry*,[10] que "no reúne el perjuicio que se dice experimentado, la condición de especialidad necesaria para que pueda encuadrarse en el caso de responsabilidad." Parece aceptar, en la responsabilidad legislativa, la doctrina alemana del "perjuicio especial." Como dice MAYER, la actividad del Estado "no ocurre sin que los individuos sufran algunos perjuicios, pero ellos entran en las condiciones de existencia del Estado al cual los individuos pertenecen; por lo tanto, nada se puede cambiar. Pero a partir del momento en que esos perjuicios

12.5 *Fallos*, 180: 107, *Gratry S.A.*, 1938. Ampliar en REIRIZ, *op. cit.*, p. 65 y ss.

12.6 CSJN, *Fallos*, 182: 146, 152, *Spurr*, 1938.

12.7 CSJN, *Fallos*, 245: 146, *Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano*, 1959.

12.8 *Fallos*, 256: 87, *CADE*, 1963; 258: 322, 333, *Suñé c/SEGBA*, 1964.

12.9 *Dictámenes*, *op. cit.*, 71: 369, 370 vta. La afirmación es previa a la existencia de los ordenamientos internacionales que cuentan con tribunales y órganos de aplicación, como la Convención Americana de Derechos Humanos. La expresión es hoy en día insostenible.

12.10 *Fallos*, 180: 107, *Gratry S.A.*, 1938, en que la CSJN se remite a *Arrupé*, *Fallos*, 180: 114.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

afectan a un individuo de manera desigual y desproporcionada, empieza a actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material [...] habrá lo que se llama el sacrificio especial [...] que debe indemnizarse."[11]

12.2.2. *Enriquecimiento sin causa*

En *Asociación Escuela Popular Germano Argentina Belgrano* se sostuvo que si bien la ley no generaba responsabilidad, existía de todos modos responsabilidad del Estado si a consecuencia de ella se producía un enriquecimiento sin causa de la administración.[12] Fue en verdad un artilugio para responsabilizar al Estado por la ley, pero sin decirlo directamente así. En sentido similar decía HAURIOU: "El principio de justicia sobre el cual debe fundarse aquí el derecho a indemnizaciones es aquel del enriquecimiento sin causa y dos condiciones serán exigidas para que el daño dé lugar a reparación: 1º) será necesario que el daño sufrido por el administrado corresponda a un enriquecimiento administrativo [...]; 2º) será necesario que el enriquecimiento del patrimonio administrativo sea sin causa, y lo será cuando resulte del ejercicio por la administración de un derecho exorbitante al derecho común, por ejemplo el derecho de expropiación, el derecho de los trabajos públicos, el derecho de legislación, etcétera."[13]

12.2.3. *Sustitución del derecho por una indemnización*

Por fin, también ha dicho la jurisprudencia que la ley puede válidamente reglamentar un derecho sustituyéndolo por una indemnización. O sea, que en verdad quiere decir que la lesión del derecho efectuada por la ley quedará purgada, no con la declaración de su inconstitucionalidad, sino con la reparación pecuniaria del agravio. Partiendo del principio de que los derechos no son absolutos sino relativos, la Corte Suprema ha sentado el criterio de que "la tutela de un derecho por la justicia no requiere necesariamente la preservación en especie de las situaciones existen-tes,"[14] y que puede admitirse la constitucionalidad de la ley si deja a salvo la "repa-ración indirecta del agravio jurídico."[15] Concretamente, se ha resuelto que si una ley sustituye la garantía constitucional de la estabilidad del empleado público por una indemnización pecuniaria en caso de cesantía, ello se adecua al sistema constitucional, pues "la garantía del artículo 14 «nuevo» se satisface con

[12.11] MAYER, OTTO, *Derecho administrativo alemán*, t. IV, Buenos Aires, Depalma, 1954, p. 217; BENDER, BERND, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg im Bresgrau, 1956, 2ª ed., p. 165.

[12.12] *Fallos*, 245: 146, 153, año 1959.

[12.13] HAURIOU, MAURICE, *Précis de droit administratif et de droit public*, París, 1921, 10 ed., p. 382: "Finalmente el principio obligatorio me parece ser éste: enriquecimiento sin causa de un patrimonio administrativo a consecuencia de un daño especial causado a un tercero por el ejercicio de un derecho exorbitante."

[12.14] CSJN, *LL*, 119: 141, *Enrique*, 1965.

[12.15] CSJN, *LL*, 117: 261, 263, *Borro*, 1964, que recuerda *Assereto*, *Fallos*, 249: 654 (1961), en que se debatía si una reparación patrimonial era suficiente o correspondía la eliminación de la lesión a través del amparo; conf. *Fallos*, 251: 457, *Ilzarbe de Grande*, 1961.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

el reconocimiento de derecho a indemnización por los eventuales perjuicios derivados de una cesantía."[16]

12.2.4. *Posible desarrollo de las excepciones*

En algunas hipótesis estos distintos argumentos pueden superponerse, sin embargo interesa de todos modos recordarlos, pues de acuerdo con la propia jurisprudencia pueden dar lugar a la responsabilidad estatal por la actividad legislativa.

La doctrina recuerda p. ej. el caso ocurrido en el Uruguay con la creación de ANCAP. El legislador prohibió una actividad hasta ese momento legítimamente ejercida por los particulares, y estableció un monopolio estatal sobre tal actividad; la jurisprudencia les reconoció derecho a indemnización, con fundamento en el principio del enriquecimiento sin causa.[17] Nuestra jurisprudencia, que ha admitido la responsabilidad del Estado si a resultas de la actividad legislativa se produce un enriquecimiento sin causa de aquél, probablemente también habría de reconocer la existencia de responsabilidad en dicho caso. A su vez, el principio de la especialidad del daño ha sido invocado para fundamentar la responsabilidad del Estado por un acto reglamentario válido, con fundamentos que son en un todo aplicables al caso en que el daño es en iguales condiciones producido por una ley: se ha dicho así en la causa *Reisz* que "si la administración, en ejercicio de facultades cuya legitimidad no se cuestiona en la causa, producía actos que necesariamente incidirían en el objeto del contrato," "el perjuicio causado al accionante [...] reúne la condición de especialidad necesaria para que pueda encuadrarse en el caso de resarcibilidad a que esta Corte se refirió en Fallos, 180: 107, razón por la cual [...] cabe reconocer el derecho del demandante a ser indemnizado."[18]

13. *Continuación. La responsabilidad por ley inconstitucional*

El perjuicio ocasionado por una ley inconstitucional debe ser indemnizado. Lo mismo ocurre con los decretos de necesidad y urgencia dictados al margen del sistema constitucional, aunque en tal caso no se trata de responsabilidad por acto legislativo *stricto sensu* sino por acto de la administración invadiendo competencias legislativas.[1] Esta cuestión puede ser compleja cuando existen pronunciamientos de la Corte Suprema rechazando acciones de amparo o cautelares, que podrían sugerir la constitucionalidad del acto impugnado pero en verdad no lo hacen sino

12.16 CSJN, *Enrique*, *LL*, 119: 141 (1965). La lesión surge de la propia ley que deniega la reposición del agente y la sustituye por una indemnización.

12.17 *Urreta S.A.*, *LL*, 28: 810, 817, año 1942. Conf. LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., "La responsabilidad del Estado legislador," *LL*, 36: 1088, 1092 y ss., aunque fundándose en el principio de la igualdad ante las cargas públicas; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, pp. 603-5; "Responsabilidad del Estado por acto legislativo," *JA*, 1949-I, 54, sección doctrina.

12.18 CSJN, *Fallos*, 248: 79, 83, *Reisz*, año 1960.

13.1 Por ello conviene estar atento al cómputo de los plazos, como surge en *Nóbile*, CNFed CA, Sala V, *LL*, 1997-C, 831, con nuestra nota "La inconstitucionalidad es imprescriptible, pero no los daños," *LL*, 1997-C, 830, reproducida en *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, § 64, p. 144.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

que evitan —cuidadosamente— pronunciarse al respecto. Queda en tales casos abierta la vía del juicio de conocimiento en el cual obtener, muy tardíamente, la declaración de inconstitucionalidad y la reparación del perjuicio y si no ocurrir a las instancias internacionales. Pero la vía del derecho interno no es precisamente muy eficaz, ante el colapso de la justicia argentina, fruto de la extrema y deliberada renuencia de los poderes públicos en crear suficientes tribunales en relación a las causas pendientes y que siguen ingresando.[2] Esto es también materia de responsabilidad internacional del Estado, porque la omisión legislativa de crear tribunales en número adecuado es lisa y llana privación de justicia.[3]

La responsabilidad por acto legislativo corresponde en primer lugar porque una ley inconstitucional es también violatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos, y su ejecución genera de todos modos responsabilidad internacional.[4] Puede incluso darse el caso de una ley nacional violatoria del orden público internacional; lo mismo puede llegar a ocurrir por la aplicación de los tratados contra la corrupción, que incluyen expresamente a los tres poderes del Estado; ya hemos adelantado que nos encontramos allí en presencia de un *ius cogens in statu nascendi*. El antiguo principio de que "no puede haber derecho legal contra la autoridad que hace las leyes de que el derecho depende"[5] no resulta de aplicación cuando el legislador está a su vez bajo un orden jurídico superior interno e internacional. Se trata tanto del orden constitucional como supranacional e internacional, e incluso del principio de justicia natural. Por ello, si se dicta una ley o decreto de necesidad y urgencia inconstitucional, o contraria al derecho supranacional o internacional imperativo y con ello ocasionara un daño, éste será indemnizable. Tampoco debe olvidarse que los tratados de inversiones extranjeras limitan al poder legislativo en materia de nacionalizaciones, etc., y que instituyen también la vía arbitral, como ya explicamos.[6]

Un caso muy antiguo puede ilustrar el punto: si una provincia o la Nación impiden el tránsito de mercaderías, en contravención al principio constitucional del art.11, la Corte Suprema ha resuelto que son inconstitucionales los decretos

13.2 No se olviden los plazos reales que lleva un juicio ordinario contra el Estado: fácilmente supera el par de décadas, como explicamos en el XIV, "Problemas del acceso a la justicia," y XV, "Comparación del control administrativo y judicial."

13.3 Nos remitimos a lo resuelto *in re Zimmerman* y *Steiner*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 13 de julio de 1983, citado en *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, 5ª ed., anexo al capítulo XVI, pp. XVI-39-52.

OC-14/94 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *supra*, § 2.2, "La responsabilidad internacional aumentada," publicada en Separata de *El Derecho, Jurisprudencia Internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 17 de abril de 1995, p. 9 y ss. Ver *supra*, cap. VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo," del t. 1 y cap. XVI, "La justicia administrativa internacional," del presente t. 2; los antecedentes se encuentran en el cap. IV, "Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio," del t. 1.

13.5 HOLMES, OLIVER W., citado por WRIGHT, WILLIAM B., *The Federal Tort Claims Act*, Nueva York, 1957, p. 5.

13.6 Ver *supra*, cap. XVIII, "El arbitraje administrativo internacional."

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

nacionales o provinciales que establecieron tales prohibiciones, aclarando que "ni la Nación ni las provincias están autorizadas para crear aduanas interiores o institutos o regímenes administrativos que funcionen como tales."[7]

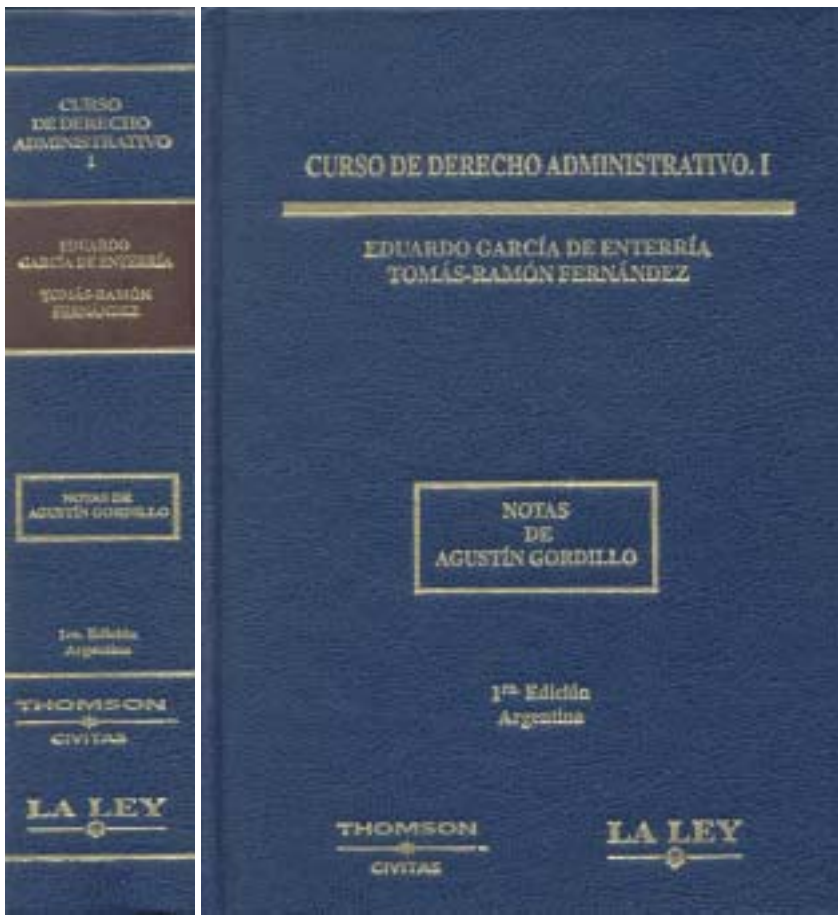
Ninguna razón habría para no llegar a igual conclusión cuando la transgresión constitucional y el consiguiente daño proviene no de un decreto del Poder Ejecutivo sino de un reglamento de necesidad y urgencia o incluso de una ley del Congreso, pues tanto la antijuridicidad como el daño son idénticos en ambos casos. Tendríamos allí otro posible ejemplo de responsabilidad estatal por los daños causados por leyes o reglamentos de necesidad y urgencia inconstitucionales.[8] En ese caso habría que ponderar también, aunque sea tardío, la responsabilidad que les corresponde tanto a los que emitieron tales actos como a quienes desde el Poder Judicial no impidieron su consumación pudiendo hacerlo; en este último caso debe ser al menos materia a considerar en el Tribunal de Enjuiciamiento y desde luego a ponderar en toda propuesta del Consejo de la Magistratura. No sea cuestión que se termine premiando con ascensos la colaboración judicial en la violación de la Constitución.

[13.7] CSJN, *Fallos*, 177: 237, 270, *Cahiza*, 1937; un decreto nacional prohibía el embarque de uva de una provincia a otra para su elaboración; otro caso en *Fallos*, 252: 39, *Acuña*, 1962. En la actualidad, los decretos de necesidad y urgencia inconstitucionales han dado lugar a reparaciones. Hay casos en que se admite la acción para pedir la inconstitucionalidad, pero se declara prescripta la reparación (CNFed. CA, Sala V, *Nóbile, LL*, 1997-C, 831; "La inconstitucionalidad es imprescriptible, pero no los daños," *LL*, 1997-C, 830, reproducido en *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, § 64, p. 144): el fundamento no dicho es el expuesto *supra*, § 2.2.; su contracara, lo que ocurrió con el caso *Birt*.

[13.8] En contra, Spota, *op. cit.*, pp. 578-9. Si a resultas de la ejecución de la ley inconstitucional *se produce un daño a la propiedad*, p. ej., *no hay restitución posible al estado anterior y entonces la única solución viable es la reparación del daño.* En este sentido se pronunció la Corte Suprema en casos en que el Estado tomó posesión de un bien, en una hipótesis sin mediar expropiación y en otra desistiendo posteriormente de la expropiación iniciada; en ambas situaciones se declaró la ilegalidad e inconstitucionalidad de la ocupación y ello evidentemente no comporta diferencia alguna esencial con la declaración de inconstitucionalidad de una ley, por lo que a la responsabilidad se refiere. Ver *Fallos*, 145: 89, *Delcasse*, 1925; 171: 142, *Miloch*, 1934; 177: 237, *Cahiza*, 1937; 216: 241, *Milberg*, 1950. Conf. Ortiz, *op. cit.*, p. 193. Ampliar y comparar en Ortiz Ortiz, Eduardo, *Expropiación y responsabilidad pública*, San José, LIL, 1996.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía



Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO I

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ

1ª edición argentina, Buenos Aires, Thomson/Civitas-La Ley, 2006,
con notas de AGUSTÍN GORDILLO.

Sumario de notas

I.1. Agradecimiento y homenaje a los Autores 66-A
I.2. Terminología 66-A
I.3. Nuestro constitucionalismo imitando al modelo estadounidense, el derecho de fondo imitando al europeo. Unidad entre el *Common law* y el derecho continental: no tenemos vivencia de contradicción 66-B
I.4. El derecho supranacional 66-C

II.1. El corrimiento de las fuentes: el derecho supranacional e internacional 114-A
II.2. La Constitución 114-B
II.3. El control constitucional difuso 114-C
II.4. Los reglamentos 114-D
II.5. La constitución francesa de 1958 ..... 114-D

III.1. Ley es la prevista en la Constitución 180-A
III.2. La displicencia axiológica argentina . 180-A
III.3. El reglamento de necesidad y urgencia, hasta que la CSJN le ponga coto 180-B
III.4. Derecho supranacional e internacional 180-C

IV.1. El reglamento 236-A
IV.2. Las autoridades regulatorias independientes 236-A
IV.3. Derechos, no obligaciones, emergentes de circulares internas 236-A
IV.4. La interdicción de la arbitrariedad 236-A
IV.5. La Constitución francesa 236-B
IV.6. Nuestra exportación reglamentaria al derecho privado 236-B
IV.7. No hay reglamentos autónomos o independientes 236-B
IV.8. Reglamento de necesidad y urgencia 236-C
IV.9. Nulidad de pleno derecho del reglamento ilegal o inconstitucional 236-C
IV.10. El control judicial 236-D

V.1. Reserva de ley, no reserva de la administración 282-A
V.2. Dictadura y caudillismo 282-B
V.3. La delegación legislativa 282-C

VI.1. Las Comunidades Autónomas en España 366-A
VI.2. Nuestra historia es un proceso constante de centralización 366-A
VI.3. Federalismo por Provincias o por regiones 366-B

VII.1. Terminología 438-A
VII.2. La "huida" del derecho administrativo 438-B
VII.3. Agencias reguladoras independientes 438-B

VIII.1. El principio de legalidad 496-A
VIII.2. Los conceptos jurídicos indeterminados 496-A
VIII.3. El expediente administrativo 496-C
VIII.4. Los principios generales del derecho administrativo 496-C
VIII.5. La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos 496-C

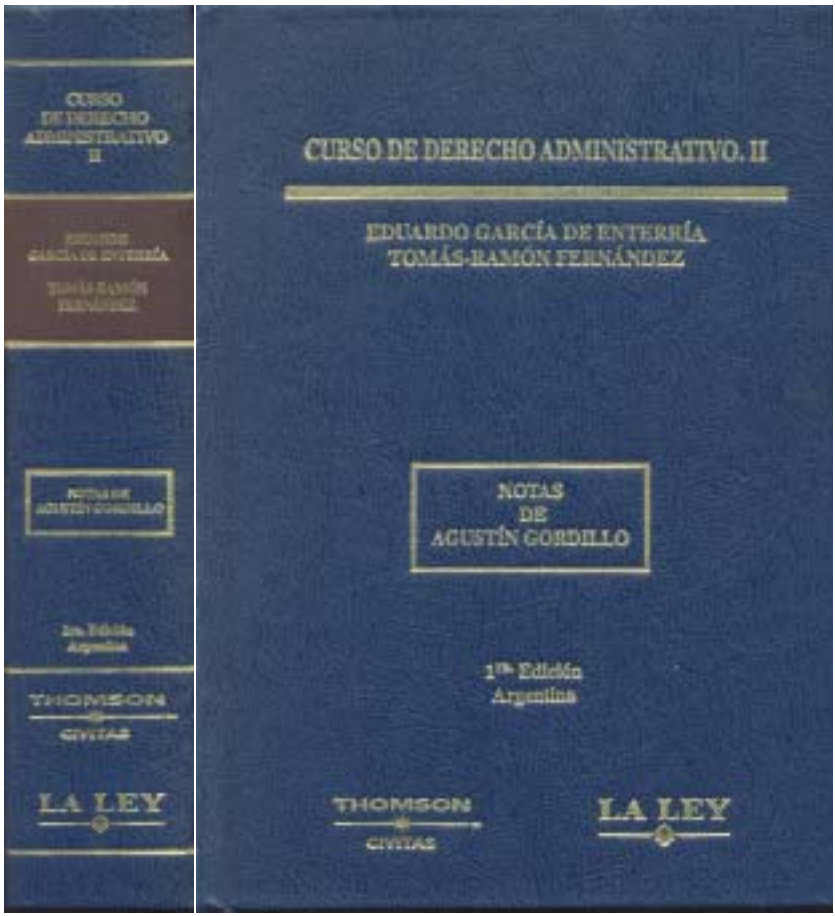
IX.1. Potestad jurisdiccional de la administración activa 544-A
IX.2. Autotutela y tutela cautelar efectiva 544-A
IX.3. Si no hay tutela cautelar efectiva, hay irresponsabilidad 544-C

X.1. La teoría general del acto administrativo en el derecho europeo clásico . 616-A
X.2. El origen y evolución de nuestra construcción nacional 616-A

XIV.1. La coacción en el derecho español y argentino 828-A
XIV.2. La coacción en la realidad argentina 828-A
XIV.3. Prognosis 828-B
XIV.4. La coacción antijurídica pero la administración ausente cuando debe estar presente 828-C
XIV.5. Volviendo a la Constitución 828-C

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía



Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO II

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ

1ª edición argentina, Buenos Aires, Thomson/Civitas-La Ley, 2006,
con notas de AGUSTÍN GORDILLO.

Sumario de notas

XV.1. Capacidad de obrar 54-A
XV.2. La legitimación por los derechos de incidencia colectiva 54-B
XV.3. La paradoja de mayor control y mayor participación social en un contexto adverso 54-B

XVI.1. Introducción 100-A
XVI.2. El Estado de Bienestar 100-A
XVI.3. La participación 100-A
XVI.4. La pérdida de todos los derechos en quince días 100-C

XVII.1. Situaciones jurídicas del administrado 162-A
XVII.2. Operaciones de gravamen. En la Argentina, derecho penal y derecho administrativo 162-A
XVII.3. La precariedad en las autorizaciones y permisos 162-B
XVII.4. Concesiones especiales 162-B
XVII.5. Reforma administrativa o sustitución de la administración por tribunales administrativos imparciales e independientes que dicten el primer acto administrativo 162-C

XVIII.1. ¿Sanciones administrativas o judiciales? 206-A
XVIII.2. Alternativas para la Argentina ... 206-B
XVIII.3. La realidad argentina 206-B

XIX.1. En la Argentina, ya no hay expropiaciones por este sistema (pero sí confiscaciones totales o parciales por muchos otros) 266-A
XIX.2. La jurisdicción arbitral internacional y la *creeping expropriation* 266-B
XXI.1. El traslado de responsabilidad estatal a los concesionarios y licenciatarios 448-A
XXI.2. La responsabilidad del Estado, disminuida en nuestro derecho interno 448-A
XXI.3. La responsabilidad del Estado, aumentada ante los tribunales arbitrales internacionales 448-B
XXI.4. El *arrêt Blanco* no está en el pasado, sino en el futuro argentino 448-C

XXII.1. El origen español de nuestro procedimiento administrativo 524-A
XXII.2. El problema no es el procedimiento sino el órgano .. 524-B

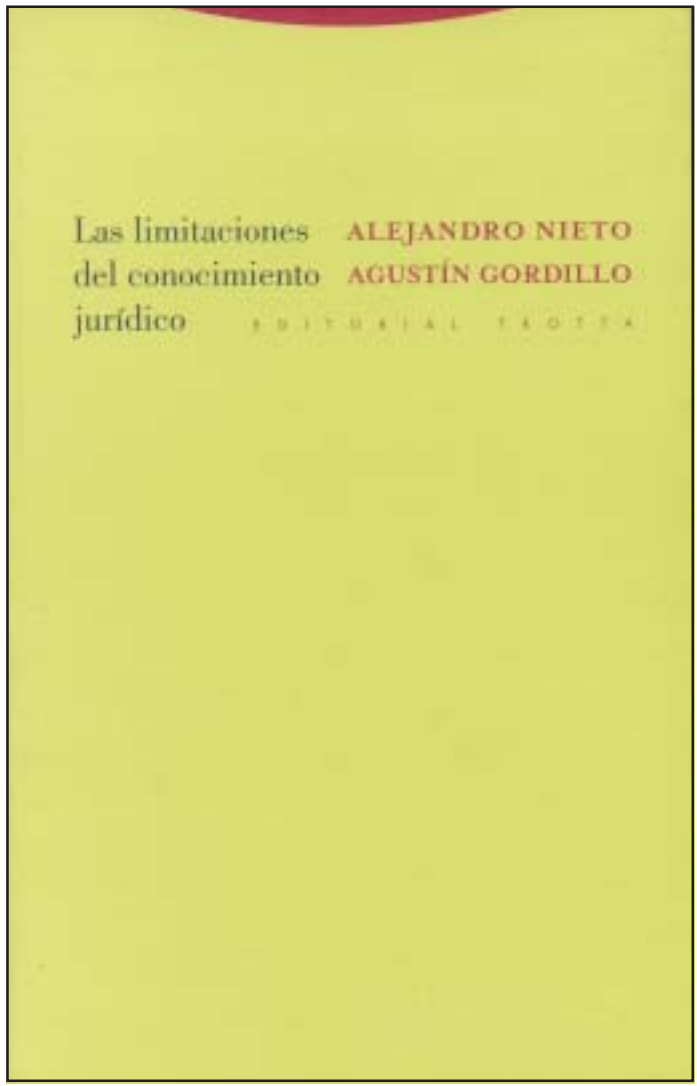
XXIV.1. La terminología 618-A
XXIV.2. La aproximación: "tutela judicial efectiva por juez imparcial e independiente" o "recurso efectivo ante un tribunal imparcial e independiente" 618-A
XXIV.3. La justicia urgente 618-C

XXV.1. A modo de conclusiones provisionales 700-A

XXVI.1. Agradecimientos 730-A
XXVI.2. Resumen bibliográfico-metodológico 730-A
XXVI.3. Resumen y reflexiones finales . 730-B

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía



Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

LAS LIMITACIONES DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO

ALEJANDRO NIETO,
AGUSTÍN GORDILLO

Un libro de 94 páginas

Sumario

LAS LIMITACIONES DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO
ALEJANDRO NIETO

I. Introducción
II. El conocimiento jurídico
III. Limitaciones epistemológicas
IV. Limitaciones lógicas
V. Limitaciones históricas
VI. Limitaciones de comunicación
VII. Conciencia de las limitaciones
VIII. Consideración final

COMENTARIOS
AGUSTÍN GORDILLO

1. Introducción
2. Las razones no jurídicas del derecho
3. Los conceptos y otros métodos clásicos del derecho
4. El conocimiento teórico sistemático y la facultades de derecho
5. La imperfección humana
6. ¿Cuál «legalidad»? ¿Cuál «realidad»?
7. Principios, sistema, principio fundante
8. Neutralidad vs. imparcialidad e independencia
9. Mejor abogado, mejor derecho
10. Principios y codificación
11. Un tribunal regular
12. El profesor el abogado
13. Tener razón, saberla exponer, que se la quieran dar...
y deudor que puede pagar
14. La autoridad
15. La incomprensión mutua en el mundo
16. La justicia
17. El sistema, la vida, los tribunales

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

TEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo

Un libro de 520 páginas

Sumario

CARLOS BOTASSI
Presentación

Agustín Alberto Gordillo

CARLOS BOTASSI
Agradecimientos

Dr. ROBERTO O. BERIZONCE
Palabras del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata

Resolución de la UNLP Nº C.S 8/03

Resolución del Colegio de Abogados de La Plata

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

JULIO RODOLFO COMADIRA
La profesionalización de la Administración Pública

TOMÁS HUTCHINSON
El derecho administrativo y la función administrativa

JORGE A. SÁENZ
Gordillo, la función administrativa y la democracia

ACTO ADMINISTRATIVO

OSVALDO HÉCTOR BEZZI
La teoría del acto administrativo: consideraciones acerca de la producción científica en torno a dicha institución

RICARDO MIGUEL ORTIZ
Actos administrativos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: tutela judicial

DOMINGO SESÍN
Acto administrativo: nuevos requisitos y vicios de juridicidad

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y SERVICIOS PÚBLICOS

HOMERO M. BIBILONI
Los efectos de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (Ley 24.759) sobre los contratos administrativos y sus situaciones

ALBERTO B. BIANCHI
La tarifa de los servicios públicos (del *rate of return* al *price-cap*)

INÉS D'ARGENIO
Permanencia "anacrónica" del servicio público: su imprecisión como determinante de la aplicación de un régimen tutelar

MIGUEL A. MARAFUSCHI
Servicio público. Concepto y evolución

MARÍA GRACIELA REIRIZ
Autoridades administrativas independientes para la regulación y control de servicios públicos

DANIEL FERNANDO SORIA
Consideraciones sobre las Áreas Metropolitanas y las iniciativas de organización en el Gran Buenos Aires

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

CARLOS A. BOTASSI
Responsabilidad contractual del Estado

GUSTAVO JUAN DE SANTIS
La responsabilidad del Estado y los principios constitucionales

CARLOS MARCELO LAMOGLIA
responsabilidad del Estado por omisión

PROCESO ADMINISTRATIVO

ADELAIDA LOIANNO
Los efectos de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno: habilitación de instancia y acceso a la Justicia

CARLOS ENRIQUE MAMBERTI
La materia contractual en el nuevo Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires

CALUDIA A. M. MILANTA
Proyección de la tutela judicial en materia administrativa. La fuerza normativa de la Constitución en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires del año 2002/2003

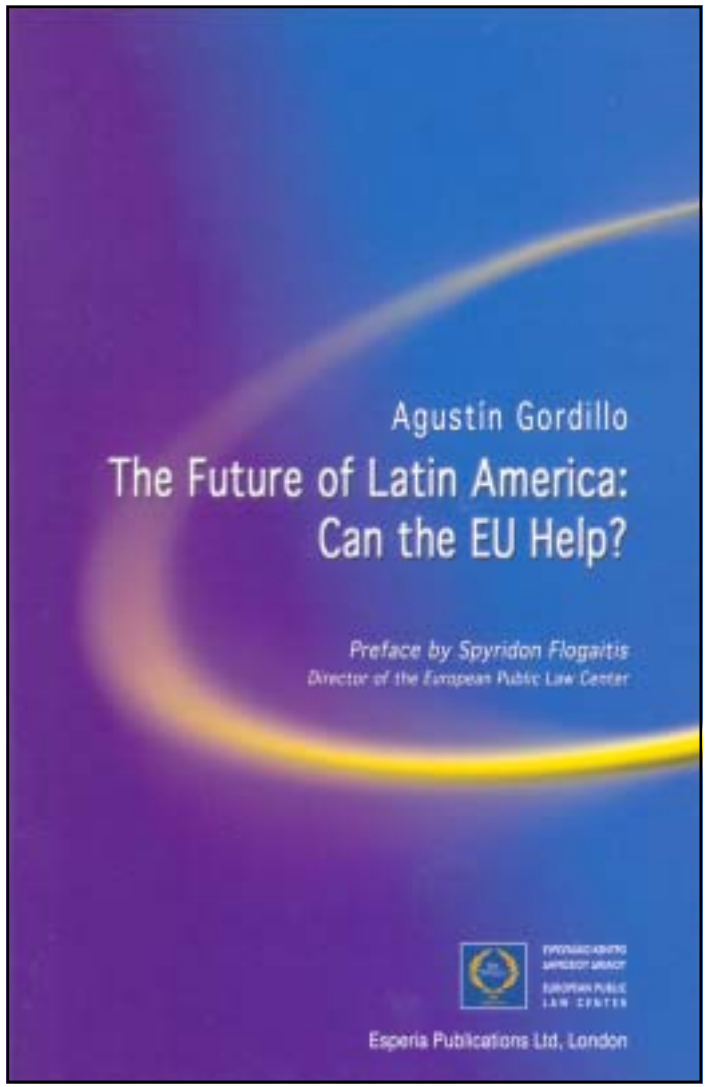
PABLO E. PERRINO
Silencio Administrativo y tutela judicial efectiva

CARLOS R. TURBIÑO
El silencio como vía de acceso al proceso contencioso administrativo

CARLOS A. VALLEFÍN
Importancia y jerarquía constitucional de las medidas cautelares

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía



Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

THE FUTURE OF LATIN AMERICA: CAN THE EU HELP?

Preface by SPYRIDON FLOGAÏTIS
Director of the European Public Law Center

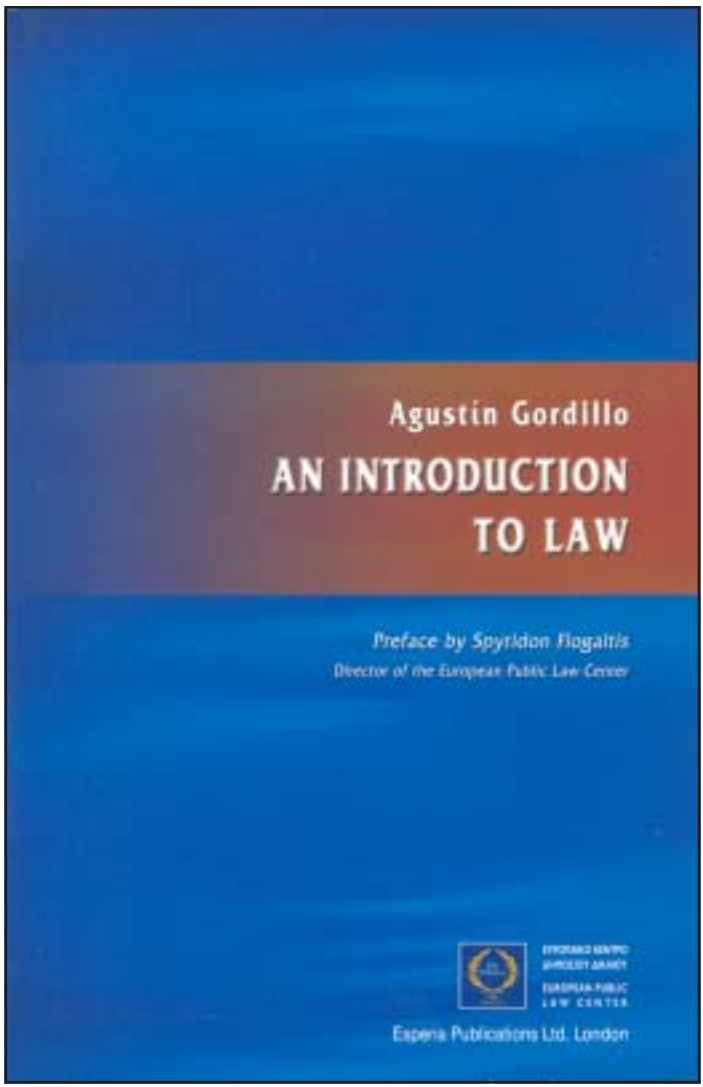
Un libro de 164 páginas

Sumario

Chapter I. At the Beginning.
Chapter II. The Facts of the Case: First, Some Cultural Reflections.
Chapter III. Our Heritage, Our Future. A Few Historical Facts and Tendencies.
Chapter IV. The Facts (Continued).
The World Context.
Chapter V. The Facts (Continued).
Migrations.
Chapter VI. Some Legal Reflections.
Chapter VII. Legal “Minutiae”?
Chapter VIII. The Proposal.
Annex

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía



Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

AN INTRODUCTION TO LAW

Preface by SPYRIDON FLOGAÏTIS
Director of the European Public Law Center

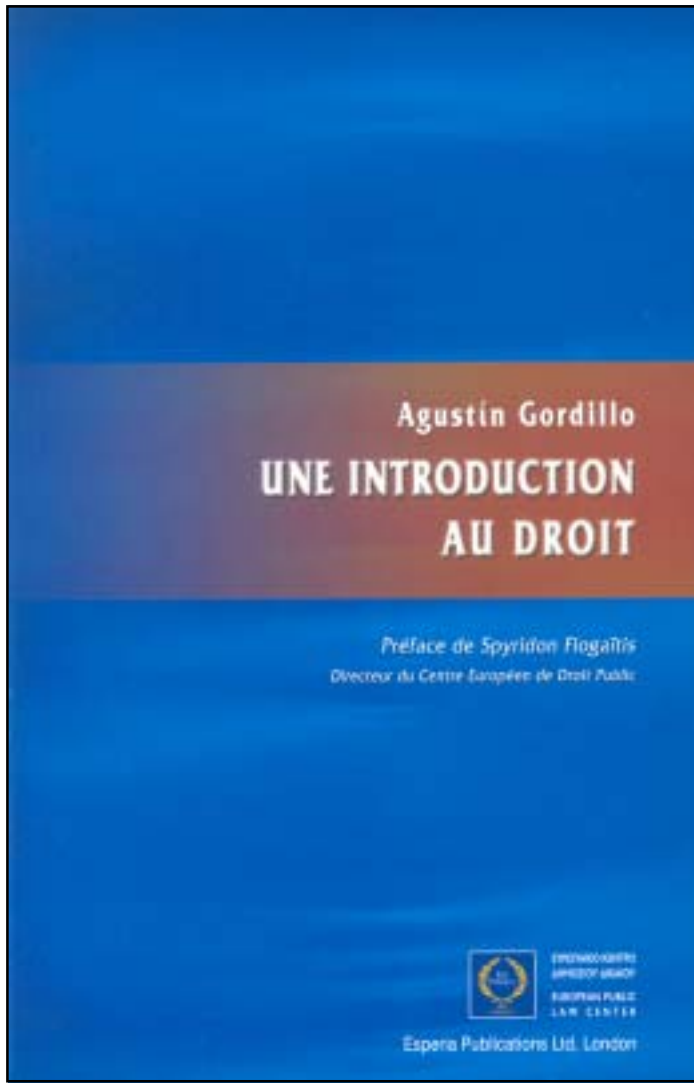
Un libro de 158 páginas

Sumario

Chapter I. Threshold.
Chapter II. What is Law?
Chapter III. The Facts of the Case: Facts and Evidence.
Chapter IV. More about the Evidence of Rights.
Chapter V. How to Read a Judgment.
Chapter VI. Language as a Method.
Chapter VII. The "Certainty" that Power Gives.
Chapter VIII. The Growing Internationalization of Law.
Chapter IX. The Responsibility of the State in International Law.
Chapter X. Summing-up.
Epilogue

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía



Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

UNE INTRODUCTION AU DROIT

Préface by SPYRIDON FLOGAÏTIS
Directeur du Centre Européen de Droit Public

Un libro de 168 páginas

Sumario

Chapitre I. Seuil.
Chapitre II. Qu'est-ce que c'est le droit?
Chapitre III. Les faits du cas: Faits et preuves.
Chapitre IV. D'autres considérations sur la preuve des droits.
Chapitre V. Comment lire un jugement.
Chapitre VI. Le langage comme méthode.
Chapitre VII. La “certitude” que donne le pouvoir.
Chapitre VIII. L'internationalisation croissante du droit.
Chapitre IX. La responsabilité de L'État dans le droit international.
Chapitre X. Résumé.
Épilogue

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Agustín Gordillo

Introducción al Derecho

Derecho público y privado. *Common-Law* y derecho continental europeo

www.gordillo.com

FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Buenos Aires
2000

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000

Edición electrónica en **www.gordillo.com**, **www.gordillo.com.ar**

Un libro de 338 páginas

Sumario

Capítulo I. Umbral.
Capítulo II. ¿Qué es el derecho?
Capítulo III. Los hechos del caso. Hecho y prueba.
Capítulo IV. Más sobre la prueba de los derechos.
Capítulo V. Cómo leer una sentencia.
Capítulo VI. El lenguaje como método.
Capítulo VII. La "certeza" que da el poder.
Capítulo VIII. La creciente internacionalización del derecho.
Capítulo IX. Responsabilidad del estado en el derecho internacional.
Capítulo X. Recapitulación.
Epílogo

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Agustín Gordillo

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO 1

PARTE GENERAL

8ª edición

www.gordillo.com

FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Tomo 1

Parte general

8ª edición, 2003

Un libro de 588 páginas

Sumario

Capítulo I. El método en derecho
Capítulo II. Pasado, presente y futuro del derecho administrativo
Capítulo III. Bases políticas, supraconstitucionales y sociales del derecho administrativo
Capítulo IV. Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio
Capítulo V. El derecho administrativo
Capítulo VI. Fuentes supranacionales del derecho administrativo
Capítulo VII. Fuentes nacionales del derecho administrativo
Capítulo VIII. Relaciones del derecho administrativo
Capítulo IX. Las funciones del poder
Capítulo X. Clasificación jurídica de la función administrativa
Capítulo XI. Clasificación de los contratos administrativos
Capítulo XII. Los órganos del estado
Capítulo XIII. Agentes públicos
Capítulo XIV. Clasificación de los entes públicos
Capítulo XV. Los entes reguladores

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Agustín Gordillo

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Prólogo de Jorge A. Sáenz

TOMO 2

LA DEFENSA DEL USUARIO Y DEL ADMINISTRADO

8ª edición

www.gordillo.com

FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Tomo 2

La defensa del usuario y del administrado

8ª edición, 2006

Un libro de 790 páginas

Sumario

SECCIÓN I: LA PRUEBA DE LOS DERECHOS

Cap. I: La prueba de los derechos

SECCIÓN II: DISTINTOS TIPOS DE DERECHOS

Cap. II: Derechos de incidencia colectiva
Cap. III: El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva
Cap. IV: El interés legítimo

SECCIÓN III: LA LESIÓN DE LOS DERECHOS

Cap. V: El "poder de policía"
Cap. VI: Servicios públicos
Cap. VII: La regulación económica y social
Cap. VIII: Los "actos de gobierno"

SECCIÓN IV: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

Cap. IX: El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales
Cap. X: El procedimiento administrativo en la práctica
Cap. XI: El procedimiento de audiencia pública
Cap. XII: La licitación pública
Cap. XIII: La tutela judicial
Cap. XIV: Problemas del acceso a la justicia
Cap. XV: Comparación del control administrativo y judicial
Cap. XVI: La justicia administrativa internacional
Cap. XVII: El arbitraje administrativo nacional
Cap. XVIII: El arbitraje administrativo internacional

SECCIÓN V: LA RESPONSABILIDAD POR LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS

Cap. XIX: La responsabilidad civil de los funcionarios
Cap. XX: La responsabilidad del Estado y de sus concesionarios y licenciatarios

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Agustín Gordillo

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Prólogo de Jorge A. Sáenz

TOMO 3

EL ACTO ADMINISTRATIVO

8ª edición

www.gordillo.com

FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Tomo 3

El acto administrativo

8ª edición, 2004

Un libro de 594 páginas

Sumario

Introducción
Capítulo I. El acto administrativo como parte de la función administrativa
Capítulo II. El acto administrativo como productor de efectos jurídicos
Capítulo III. La distinción entre acto y hecho administrativo
Capítulo IV. Actos, reglamentos y contratos administrativos
Capítulo V. Presunción de legitimidad, exigibilidad y ejecutoriedad
Capítulo VI. Estabilidad e impugnabilidad
Capítulo VII. Los actos administrativos como instrumentos públicos
Capítulo VIII. Objeto y competencia del acto administrativo
Capítulo IX. Vicios de la voluntad
Capítulo X. Formalidades
Capítulo XI. Sistema de nulidades del acto administrativo
Capítulo XII. Modificación del acto administrativo
Capítulo XIII. Extinción

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Agustín Gordillo

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Prólogo de Jorge A. Sáenz

TOMO 4

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

8ª edición

www.gordillo.com

FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Tomo 4

El procedimiento administrativo

8ª edición, 2004

Un libro de 648 páginas

Sumario

Capítulo I.	Las partes
Capítulo II.	El administrador
Capítulo III.	Los recursos administrativos
Capítulo IV.	Vistas y traslados
Capítulo V.	Notificación y publicación
Capítulo VI.	Apertura a prueba. Medios de prueba
Capítulo VII.	Producción y valoración de la prueba
Capítulo VIII.	El tiempo en el procedimiento
Capítulo IX.	Los recursos de reconsideración
Capítulo X.	El recurso jerárquico
Capítulo XI.	Recurso de alzada
Capítulo XII	El reclamo administrativo previo
Capítulo XIII	Queja y amparo por mora
Anexos	Decreto 1172/2003: Acceso a la información pública

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

CIEN NOTAS DE AGUSTÍN

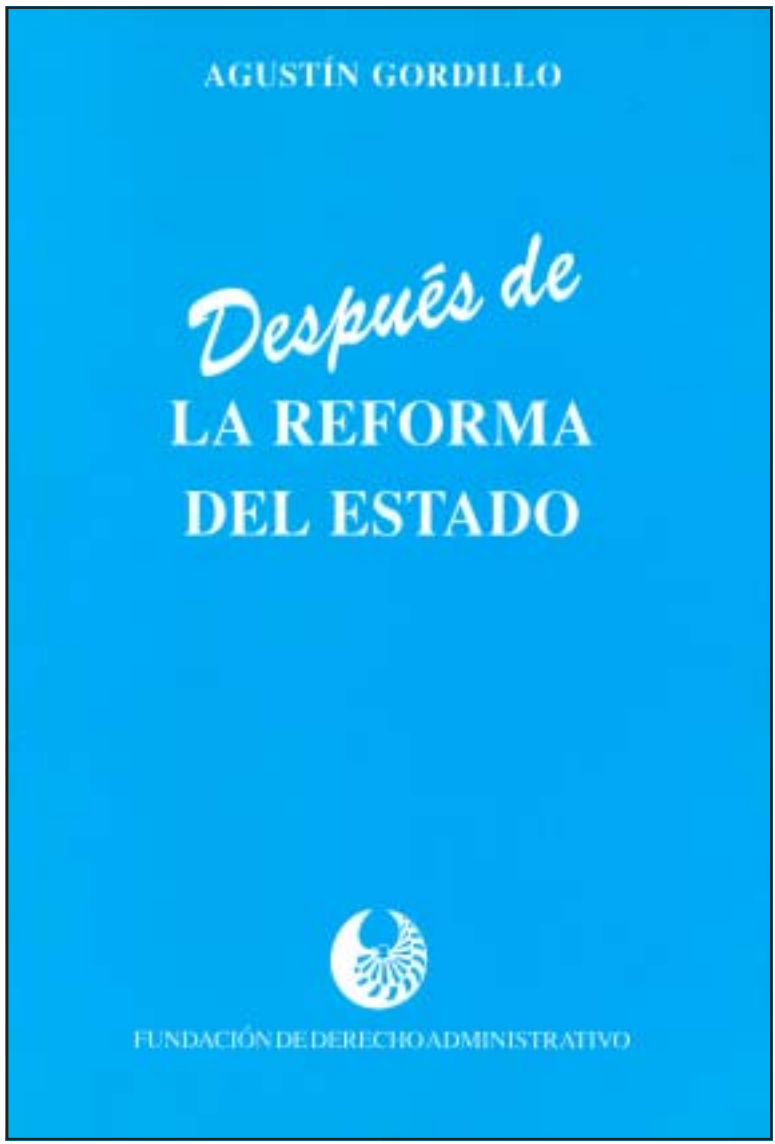
Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999

Un libro de 240 páginas

1. La creciente internacionalización del derecho y sus efectos
2. ¿Una excepción a la ley 24.447?
3. Privación sistemática de justicia en la Provincia de Buenos Aires
4. El caso de los bonos "duplicados" y "apócrifos"
5. Consejo para amparistas. Medio ambiente
6. Amparo por mora y derecho a una decisión fundada
7. La sentencia en el amparo por mora: alcances, recursos
8. ¿No al informalismo y desregulación aduanera?
9. ¿Pedir la suspensión en sede administrativa antes que judicial?
10. La culpa en la infracción adm.
11. Ninguna clase de hombres...
12. ¿El decreto como fuente en materia de ahorro obligatorio?
13. Un viejo voto en disidencia en materia de ahorro obligatorio
14. Intrusos y ex concesionarios en inmuebles del Estado
15. La corporación de las paradas de diarios
16. La implacable tasa de justicia
17. Automóviles para discapacitados
18. La legitimación en el amparo: asociaciones, cooperativas, derechos de incidencia colectiva.
19. Cómo NO cobrar honorarios profesionales de un Banco
20. La prescripción penal de una multa administrativa
21. La tasa de justicia de otras entidades descentralizadas que las autárquicas *stricto sensu*
22. Nuevos argumentos para la innecesariedad del reclamo previo
23. El interés legítimo en el amparo por mora
24. Las suspensiones de juicios
25. No es necesario pedir la suspensión en sede administrativa
26. A la fecha de la sentencia
27. Veinte mil boletos mínimos
28. Sorteando el artículo 43
29. El usuario y la estrategia judicial telefónica
30. Validez y eficacia del acto
31. Enargas: interpretación restrictiva de su "jurisdicción"
32. Privación sistemática de justicia 2 (dos) en la prov. de Buenos Aires
33. Rechazo *in limine litis* del amparo
34. Por un formulario
35. *In memorian*
36. Facultades reglamentarias de los entes reguladores
37. Espera por recurso pendiente
38. La práctica administrativa
39. El sorteo de causas y otros dilemas forenses de hoy
40. Derecho adquirido y der. ejercido
41. Los hechos del caso y los contratos administrativos
42. Cautelar autónoma
43. Los límites del mérito
44. Inconstitucionalidad en el amparo
45. Excepción de defecto legal y rechazo de amparo *in limine litis*
46. El amparo como cautelar autónoma innovativa
47. Dos filosofías y dos percepciones fácticas en materia previsional
48. El control judicial de la actividad administrativa del Poder Judicial y la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces
49. Informalismo y amparo por mora
50. Amparo: nunca, jamás
51. Cuánto vale un amparo por mora?
52. El costo de ser expropiado
53. La interpretación a favor del consumidor en el cont. administrativo
54. La regla de la competencia y la excepción de la conexidad
55. El recurso de alzada no interrumpe el plazo para la acción judicial
56. No procede el reclamo administrativo previo cuando se cuestiona la constitucionalidad de la ley.
57. Antedatar sin costas
58. Otro trámite inútil
59. Plazo de gracia: sólo escritos
60. Las ganancias sin límite objetivo alguno
61. Las asociaciones de usuarios y la defensa de los derechos de incidencia colectiva en una acción declarativa de inconstitucionalidad
62. Control judicial de la función administrativa del poder judicial
63. Hasta tanto una docente jubilada mejore su fortuna
64. La inconstitucionalidad es imprescriptible, pero no los daños
65. El moribundo amparo
66. Ley de defensa del consumidor
67. Demanda contra nadie
68. La acción declarativa de certeza como proceso sumarísimo
69. La habilitación de feria no se da en la instancia *a quo*
70. La mora administrativa es materia procesal administrativa
71. Responsabilidad administrativa para los ex conscriptos
72. Denegación del reclamo previo y el plazo del art. 25
73. Revisión judicial de tarifas y acción de defensa del consumidor
74. El órgano institución como parte demandada
75. La administración pública como doble agente de privación de justicia
76. Los derechos humanos no son para sino contra el Estado
77. ¿Existe futuro después de la convertibilidad?
78. El dédalo administrativo en el amparo por mora de la administración
79. Morir de viejo esperando justicia
80. La sustitución de la voluntad del órgano controlado en una sanción disciplinaria
81. Los ápices frustratorios de las garantías constitucionales de una sociedad democrática
82. Ninguna justificación racional
83. Cuatro muertes: trescientos pesos
84. *Hábeas data*
85. El principio de la audiencia pública
86. La ley 24.283 no admite preclusión ni límite temporal
87. El Estado y sus órganos como demandados.
88. Rechazo *in limine* del amparo: que sea excepcional, no normal
89. El incumplimiento del plazo del art. 25 no puede resolverse de oficio
90. Acción declarativa de certeza para inconstitucionalidad de un decr.
91. Una historia que no cierra: reparación histórica *vs. última ratio*
92. La relación usuario-concesionario es de derecho público pues no hay libre elección del co-contratante
93. Los hechos del caso
94. La falta de "habilitación de instancia" se precluye
95. La competencia procesal administrativa en los litigios contra los prestadores de servicios públicos privatizados
96. Problemas filosóficos de la responsabilidad del Estado.
97. Amparo por mora contra el Poder Ejecutivo nacional
98. La falta de audiencia por el concesionario o licenciatario
99. Mínimo de actividad probatoria
100. Control de razonabilidad

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía



Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

DESPUÉS DE LA REFORMA DEL ESTADO

2ª edición, 1998

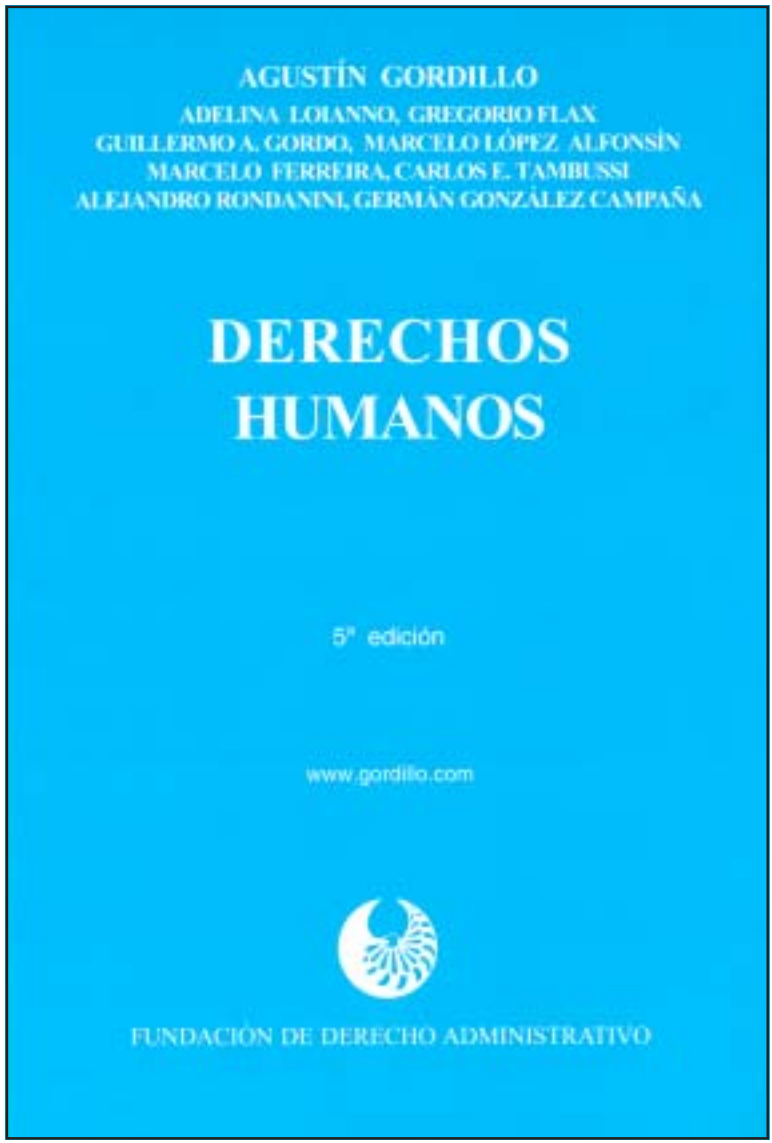
Un libro de 324 páginas

Sumario

Capítulo I. El estado actual del derecho administrativo.
Capítulo II. La concesión de obras públicas y la privatización de empresas públicas por concesión.
Capítulo III. La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios.
Capítulo IV. El contrato de crédito externo.
Capítulo V. Emergencia residual en la deuda pública interna.
Capítulo VI. Legalidad y urgencia en el derecho administrativo.
Capítulo VII. El informalismo y la concurrencia en la licitación pública.
Capítulo VIII. Desregulación y privatización portuaria.
Capítulo IX. La validez constitucional del decreto 2284/91.
Capítulo X. La región argentina a partir de la constitución de 1994.
Capítulo XI. Los grandes fallos de la actualidad.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía



Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

DERECHOS HUMANOS

5ª edición, 2005

Un libro de 518 páginas

Sumario

SECCIÓN I: INTRODUCCIÓN

Cap. I: Los derechos humanos en un mundo nuevamente en crisis y transformación
Cap. II: La creciente internacionalización del derecho
Cap. III: La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno
Cap. IV: Filosofías y técnicas de interpretación
Cap. V: Algunas cuestiones vinculadas con la interpretación en materia de derechos humanos
Cap. VI: Restricciones a los derechos humanos
Cap. VII: Suspensión de derechos y garantías en estados de emergencia

SECCIÓN II: ALGUNOS DERECHOS EN PARTICULAR

Cap. VIII: Derechos de incidencia colectiva
Cap. IX: Los derechos del consumidor como derechos humanos
Cap. X: Derechos a la libre expresión
Cap. XI: Derechos sociales, económicos y culturales
Cap. XII: El derecho a la salud y el medio ambiente
Cap. XIII: El medio ambiente como derecho humano
Cap. XIV: El derecho a solicitar asilo
Cap. XV: Crímenes de lesa humanidad: fundamentos y ámbitos de validez

SECCIÓN III: LA TUTELA DE LOS DERECHOS

Cap. XVI: El deficiente acceso a la justicia y privación de justicia como violación del sistema de derechos humanos
Cap. XVII: Un día en la justicia. Los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución
Cap. XVIII: El procedimiento para conocer las violaciones aisladas de derechos humanos
Cap. XIX: Guías de lectura

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

EL MÉTODO EN DERECHO

Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer.

Madrid, Civitas, 1999, 2ª reimpresión

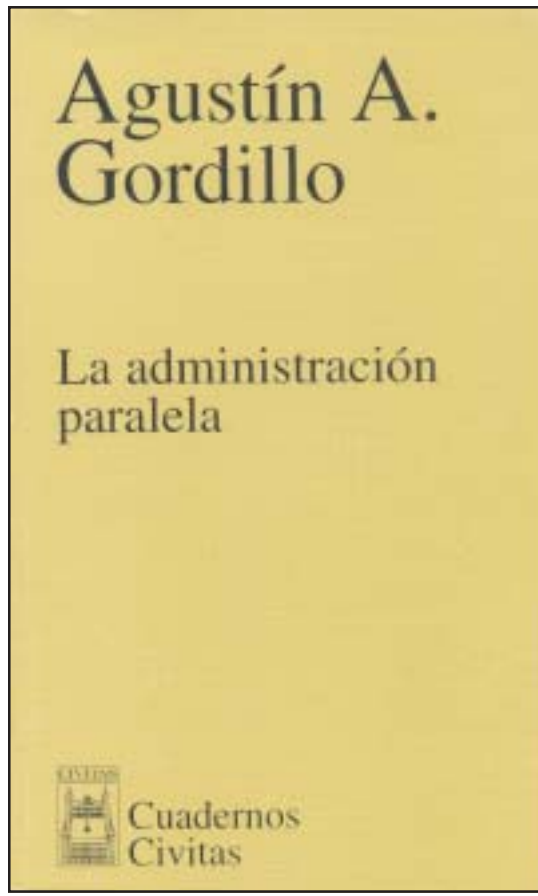
Un libro de 260 páginas

Sumario

Capítulo I. Los objetivos del aprendizaje.
Capítulo II. Análisis documental.
Capítulo III. Análisis de textos normativos.
Capítulo IV. Análisis de fallos.
Capítulo V. Análisis de casos: los hechos.
Capítulo VI. El derecho aplicable al caso.
Capítulo VII. Las etapas de la decisión creativa del caso.
Capítulo VIII. Formas de estimular la creatividad.
Capítulo IX. El nacimiento y registro de las ideas creativas.
Capítulo X. Resumen de la redacción creativa de lo escrito.
Capítulo XI. La reelaboración técnico-jurídica del escrito.
Capítulo XII. El escrito en las dos horas del plazo de gracia.
Capítulo XIII. Clase magistral y clase activa. Dinámica de grupos.
Capítulo XIV. Otros métodos.
Capítulo XV. Plan de actividades del curso.
Capítulo XVI. Salvedades finales.
Resolución 16.041/85.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía



Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

LA ADMINISTRACIÓN PARALELA

El parasistema jurídico-administrativo

Madrid, Civitas, 2001, 4ª reimpresión

Un libro de 160 páginas

Sumario

Capítulo I. Los valores del sistema jurídico administrativo.
Capítulo II. La existencia de un sistema administrativo paralelo.
Capítulo III. El por qué del parasistema administrativo.
Capítulo IV. La participación como control social del sistema y parasistema.

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BOLOGNA
SCUOLA DI SPECIALIZZAZIONE IN DIRITTO AMMINISTRATIVO
E SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE
DIRETTORE: PROF. FABIO A. ROVERSI-MONACO
SAGGI, RICERCHE E STUDI DI AMMINISTRAZIONE

AGUSTIN GORDILLO

L'AMMINISTRAZIONE PARALLELA

IL "PARASISTEMA" GIURIDICO-AMMINISTRATIVO

Introduzione di
FELICIANO BENVENUTI

MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1987

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

L'AMMINISTRAZIONE PARALLELA

Il parasistema giuridico-amministrativo

Milán, Giuffrè, 1987

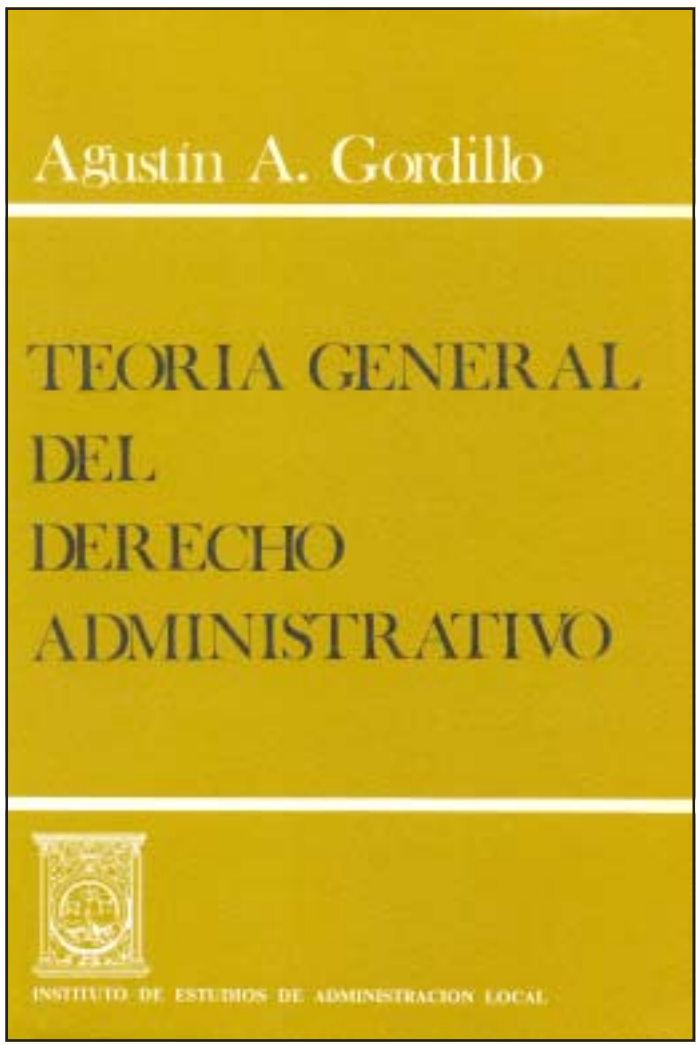
Un libro de 92 páginas

Sumario

Capítulo I. I valori del sistema giuridico amministrativo
Capítulo II. L'esistenza di un sistema amministrativo parallelo
Capítulo III. Il perchè del "parasistema" amministrativo
Capítulo IV. La partecipazione come controllo sociale del sistema ed el "parasistema"

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía



Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984

Un libro de 868 páginas

Sumario

SECCIÓN I: EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Cap. I. Bases del derecho adminstrativo
Cap. II. Las funciones del Estado
Cap. III. El derecho administrativo
Cap. IV. Fuentes del derecho administrativo

SECCIÓN II: LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Cap. V. Los órganos del Estado
Cap. VI. Entes públicos

SECCIÓN III: FORMAS JURÍDICAS Y METAJURÍDICAS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

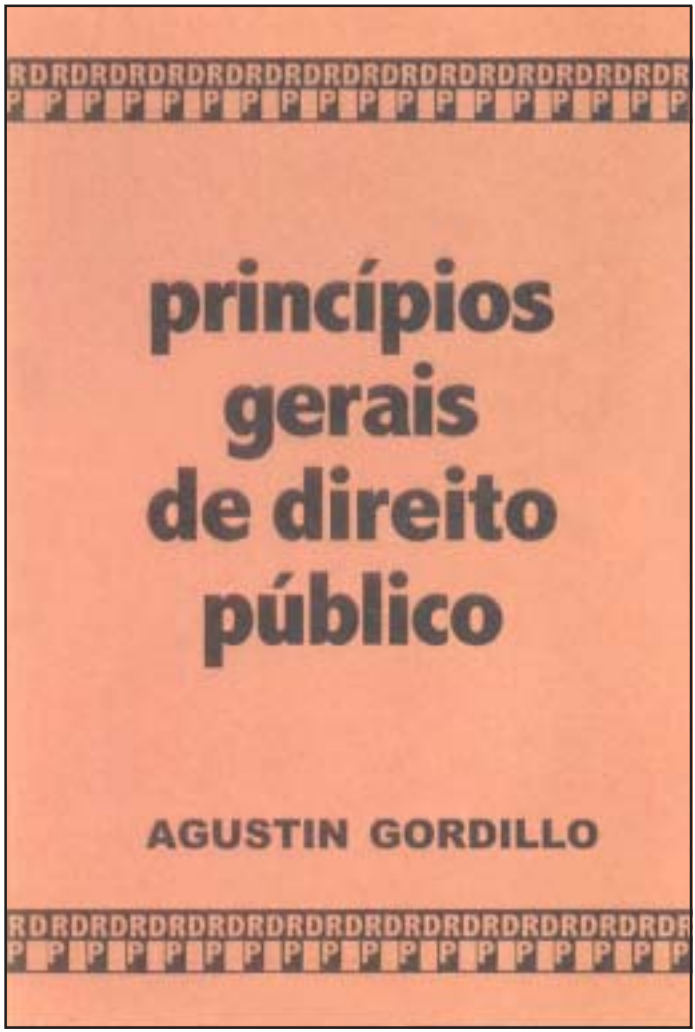
Cap. VII. Clasificación jurídica de la función administrativa
Cap. VIII. Caracteres del acto administrativo
Cap. IX. Vicios del acto administrativo. Objeto y competencia
Cap. X. El poder de policía
Cap. XI. Servicios públicos
Cap. XII. Los “actos de gobierno”

SECCIÓN IV: LA PROTECCIÓN DEL INDIVIDUO FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN

Cap. XIII. El procedimiento administrativo
Cap. XIV. Los recursos adminstrativos
Cap. XV. La revisión judicial de los actos administrativos
Cap. XVI. La responsabilidad del Estado
Cap. XVII. La responsabilidad civil de los funcionarios públicos

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía



Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA
Digitalización sin fines de lucro de Bibliografía

PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO PÚBLICO

São Paulo, Revista Dos Tribunais, 1978

Un libro de 202 páginas

Sumario

Capítulo I. A metodologia da ciência e do direito público
Capítulo II. Passado, presente e futuro do direito público
Capítulo III. Bases políticas, constitucionais e sociais do direito público
Capítulo IV. O Estado na constituição
Capítulo V. A função administrativa
Capítulo VI. O problema da jurisdição administrativa
Capítulo VII. Administração e legislação
Capítulo VIII. Facultades vinculadas e discricionárias da administração

Libro Digital con fines didácticos y científicos - PROHIBIDA LA VENTA, IMPRESION, O COPIA