

## CAPÍTULO IV

### ACTOS ADMINISTRATIVOS, REGLAMENTOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

#### SUMARIO

1. Los actos jurídicos de la administración y su clasificación .....	IV-1
2. Discrepancias terminológicas, no de fondo .....	IV-2
3. Criterio para seleccionar la denominación .....	IV-3
4. Aspectos comunes del régimen administrativo .....	IV-3
5. Diferencias en el régimen administrativo de los reglamentos y actos concretos .....	IV-4
5.1. Notificación y publicación.....	IV-5
5.2. Jerarquía normativa del reglamento sobre el acto administrativo...IV-6	
5.3. Estabilidad del acto regular .....	IV-6
5.4. Motivación del acto administrativo y el reglamento .....	IV-6
5.5. Audiencia previa en el reglamento y en el acto administrativo .....	IV-7
5.6. El acto administrativo producido por silencio de la administración pública .....	IV-7
5.7. Potestad de emitirlos .....	IV-8
5.8. Efectos de la interposición de recursos .....	IV-8
5.9. Retroactividad e irretroactividad del saneamiento .....	IV-9
5.10. Retroactividad del acto administrativo sustitutivo o favorable al interesado .....	IV-9
5.11. El reglamento como fuente de competencia .....	IV-10
5.12. Impugnación .....	IV-10
5.12.1. Casos de impugnación .....	IV-10
5.12.2. Autoridad competente para entender en el recurso.....	IV-12
5.12.3. Término para la interposición del recurso.....	IV-12
5.12.4. Efectos del recurso de alzada contra reglamentos .....	IV-13
5.12.5. Conclusión .....	IV-13

5.13. Procedimiento de elaboración .....	IV-13
5.14. Terminación del procedimiento.....	IV-13
5.15. Impugnación judicial .....	IV-14
5.16. Primeras conclusiones .....	IV-15
6. La prueba práctica de la conveniencia de una u otra terminología .....	IV-17
7. La distinción entre el reglamento y el acto administrativo general .....	IV-18
8. Actos y contratos administrativos.....	IV-20
9. La distinción entre acto unilateral y bilateral .....	IV-25
10. El acto unilateral en su formación, de efectos bilaterales .....	IV-26
11. Los actos que requieren solicitud o aceptación.....	IV-27
11.1. Efectos del acto: pueden ser bilaterales .....	IV-27
11.2. La formación del acto .....	IV-28
12. Conclusión .....	IV-30
13. Noción de acto administrativo.....	IV-31

## Capítulo IV

### ACTOS ADMINISTRATIVOS, REGLAMENTOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

#### 1. *Los actos jurídicos de la administración y su clasificación*

En los caps. precedentes se ha visto cómo el total de la función administrativa puede clasificarse: *a)* en primer lugar, según sea apto o no para producir efectos jurídicos directos (sean provisionales o definitivos, hacia afuera o hacia adentro de la administración, de contralor o no, hayan sido queridos o no, sean lícitos o ilícitos); *b)* en segundo lugar, según se manifieste a través de actos (declaraciones, sea de voluntad, conocimiento u opinión) o de hechos, operaciones materiales que también responden a una voluntad, pero no la declaran sino que la ejecutan directamente. Dijimos que superponiendo transversalmente ambas clasificaciones, obteníamos cuatro grandes sectores de la actividad administrativa: los actos productores de efectos jurídicos directos, los actos no productores de efectos jurídicos directos, los hechos productores de efectos jurídicos directos y los hechos no productores de efectos jurídicos directos. Obviamente, el sector más importante es el de los actos productores de efectos jurídicos directos. Como veremos, algunos autores, con mayores o menores diferencias, llaman a estos actos administrativos, dejando para los demás (los no aptos para producir efectos jurídicos directos), la denominación de actos de la administración, actos internos, meros pronunciamientos administrativos, etc. Otros autores, dejando cualquiera de estas últimas denominaciones para los actos no aptos para producir efectos jurídicos, llaman actos administrativos a los actos unilaterales (*particulares* o *generales*), excluyendo a los contratos administrativos que reciben por tanto sólo tal denominación. Otros, por fin, llaman actos administrativos únicamente a los actos *unilaterales e individuales* o particulares, prefiriendo denominar reglamentos administrativos a los actos unilaterales generales y contratos administrativos a los actos *bi* o *plurilaterales*. Si bien parecen opiniones distanciadas, no lo están tanto, según pasaremos a explicarlo.

Las principales diferencias, en resumen, residen en determinar si la expresión acto administrativo se aplica también a los reglamentos y contratos administrativos, o no. No existe discrepancia en aplicar el término reglamento a los actos unilaterales generales y contrato administrativo a los actos bi o plurilaterales: La diferencia reside en establecer si *además* de tal nombre, se los llama *también* actos administrativos.

## 2. Discrepancias terminológicas, no de fondo

Por cierto, la cuestión es puramente de nombres, sin implicar en todos los casos problemas de fondo. Todo es cuestión de aclarar qué se entiende por los términos, pues si se toma la expresión acto administrativo en un sentido amplio, comprensivo de todos los actos jurídicos de la administración, entonces es claro que hay actos administrativos generales y bi o plurilaterales; si, a la inversa, se toma la expresión en sentido restringido, comprendiendo a una parte tan sólo de los actos jurídico-administrativos, resultará que no existen actos administrativos generales y así sucesivamente.

No debe creerse tampoco que haya algún uso obligado, necesario o lógico de utilizar el término, porque todos los autores emplean distinta terminología y porque tan discrecional es llamar acto administrativo a sólo una parte de los actos jurídico-administrativos, como llamar acto de la administración a los actos no aptos para producir efectos jurídicos. Si se quiere plantear la cuestión como problema de utilización lógica de los vocablos, debe advertirse que las expresiones acto de la administración y acto administrativo, p. ej., son idénticas y que sólo en forma *convencional* es que puede limitarse la primera expresión al campo de los actos *no jurídicos* y la segunda al de los *jurídicos*; no vemos entonces qué extrañeza podrá causar que la expresión acto administrativo ya restringida *convencionalmente* al campo de los actos *jurídicos*, sea nuevamente restringida, en forma tan discrecional<sup>1</sup> como la anterior a un nuevo sector de actos.

Tal vez lo ideal sería contar con un léxico más amplio, que nos proveyera con un nombre genérico (*v. gr.*, acto administrativo) para todos los actos productores de efectos jurídicos (1º, los unilaterales individuales; 2º, los unilaterales generales; 3º, los contractuales) y con un nombre específico o sectorial para cada una de las especies. Si tal fuera el caso, no habría distinción alguna: Todos serían llamados acto administrativo en forma genérica y cada uno tendría luego su propia denominación particular, dentro del género de los actos administrativos. El problema es que el lenguaje ha resultado insuficiente en este punto y si bien confirió nombre propio a los reglamentos y contratos administrativos, no otorgó un nombre específico para los actos unilaterales e individuales: Consecuentemente, alguna

<sup>1</sup>O estipulativa; o arbitraria, si se prefiere. LINARES, JUAN FRANCISCO, *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 201, nota 13, la considera aclaratoria. Ver *supra*, t. 1, cap. I.

doctrina los denomina actos administrativos especiales y otra sencillamente los llama actos administrativos, aplicando a los otros sólo sus nombres específicos, sin repetirles el denominador común acto administrativo a todos.<sup>2</sup>

### 3. Criterio para seleccionar la denominación

Ya vimos al comienzo de esta obra<sup>3</sup> que agrupar o diferenciar ciertos objetos depende de qué consideremos más importante, las semejanzas o las diferencias; de qué resulta más cómodo, la utilización de una sola palabra de clase o la clasificación en sectores; que siempre hay en cualquier grupo de objetos, caracteres que los asemejan y caracteres que los distinguen. Queda librado a nuestra elección escoger sus caracteres semejantes y agruparlos en una sola clase, o tomar sus caracteres diferenciales y separarlos en clases distintas dentro de una clase mayor.<sup>4</sup>

En verdad, esto hace que la discusión sea menos importante aún, a la luz del análisis filosófico ya que *no se discute siquiera la conveniencia de distinguir tres clases de actos jurídico-administrativos* (unilaterales generales, unilaterales particulares, contractuales) *sino sólo el nombre que se les dará.*

Pero lo cierto es que nos comunicamos con el lenguaje que tenemos y que éste se presta a confusiones recíprocas, por lo que no queda más remedio que intentar superarlas. Es como la discusión que ya vimos en materia de actos de entes públicos no estatales: Existen actos administrativos unilaterales e individuales emanados de estos entes, pero no contratos administrativos regidos por la legislación administrativa, sin perjuicio de que se apliquen algunos principios de derecho público.

No queda pues otro remedio que entrar también en la discusión, pues al fin de cuentas alguno hay que elegir y los autores argumentan sobre la bondad de la elección realizada. En atención a que la elección ha de efectuarse sobre la base de qué acentuaremos, las semejanzas o las diferencias, la exposición habrá de servirnos al menos para analizar a grandes rasgos el régimen jurídico vigente de los actos administrativos de todo tipo. Sea esto último, pues, nuestra justificación para ahondar en el tema.

### 4. Aspectos comunes del régimen administrativo

Sea que se opte por una definición amplia o restringida, en todo caso siempre hay tanto rasgos comunes como diferenciales. En el caso de los primeros, cabe señalar que todos “están sometidos a los dos principios fundamentales del régimen jurídico-administrativo: sumisión a la ley y a las normas jerárquicamente

<sup>2</sup> Que, por otra parte, también podría hacerse extensivo a los actos no productores de efectos jurídicos dictados por la administración, según vimos.

<sup>3</sup> *Supra*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2003, 8ª ed., cap. I; 9ª. ed., México, Porrúa, 2004.

<sup>4</sup> *Supra*, t. 1, cap. I.

superiores y posibilidad de una fiscalización jurisdiccional para hacer efectiva dicha sumisión.”<sup>5</sup>

Además de ello existen otros principios *comunes* a reglamentos y actos administrativos, particularmente en materia de *nulidades* y *vicios* del acto, de las reglas que debe seguir y respetar la administración en su emisión, etc., pero ello no obsta a que existen todavía algunas diferencias entre ambos, que a nuestro modo de ver justifican la distinción terminológica.

Conviene adelantar, porque es una cuestión importante en nuestra débil vigencia del Estado de Derecho, que la cuestión no pasa por reconocer potestades legislativas propias o delegadas al Poder Ejecutivo, algo que prohíbe el art. 76 de la Constitución de 1994,<sup>6</sup> sin perjuicio de que sí tienen potestades regulatorias sub legales las autoridades administrativas independientes creadas para el contralor de los servicios públicos privatizados.

No es pues por postular características legislativas al reglamento, lo que en modo alguno hacemos, que entendemos que corresponde diferenciarlo semánticamente del acto administrativo unilateral e individual.

### 5. Diferencias en el régimen administrativo de los reglamentos y actos concretos

Desde el decreto-ley 19.549/72 algunos autores han entendido encontrar una consagración normativa de la solución que postula la asimilación conceptual de ambos términos,<sup>7</sup> pero debe tenerse presente la advertencia de LINARES, en el sentido de que no basta la mera expresión empleada en alguna disposición legal,

<sup>5</sup> GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, vol. III, Madrid, 1963, 10ª ed., p. 380. El primer punto de semejanza fue siempre correcto; el segundo entendimos en su momento que no se ajustaba al derecho argentino, como lo explicamos en esta misma obra y lugar, 3ª ed., § 4 del cap. IV. Sin embargo, la Constitución de 1994 al introducir expresamente los derechos de incidencia colectiva ha dado lugar a un desarrollo en el cual se admiten los efectos *erga omnes* de la sentencia, lo cual ha modificado positivamente nuestro derecho. Ver *supra*, t. 2, cap. II y el cap. XI, “Los grandes fallos de la actualidad” en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, 1998, 2ª ed. Ver también HUTCHINSON, TOMÁS, “La impugnación judicial de los reglamentos,” en *RADA*, 9: 31, Buenos Aires, 1976, quien analiza el problema a la luz del decreto-ley 19.549/72; GRECCO, CARLOS MANUEL, “Impugnación de reglamentos,” en el libro de la UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1999, p. 69 y ss.; SANMARTINO, PATRICIO MARCELO E., “Impugnación de actos de alcance general: la dispensa del reclamo impropio como recaudo habilitante de acceso a la jurisdicción,” en el libro citado, p. 77 y ss.; DIEZ, HORACIO PEDRO, “Vías de impugnación de los reglamentos, por reclamo y recursos, en el procedimiento administrativo nacional,” igual libro, p. 90 y ss.

<sup>6</sup> Ver MAIRAL, “La degradación del derecho público argentino,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, IV, Buenos Aires, FDA, 2004, esp. secc. II, § 3. b). La doctrina argentina es uniforme en relación a lo que ahora púdicamente se denomina la “calidad institucional.”

<sup>7</sup> MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, p. 237. En el derecho comparado tiende a prevalecer la opinión que restringe el uso de la frase a los actos unilaterales e individuales, pero también hay autores y países en los cuales se prefiere llamar acto administrativo tanto al general como al particular, p. ej. PANGRAZIO, MIGUEL ÁNGEL, *Derecho administrativo*, t. I, Asunción, Intercontinental Editora, 1997, p. 64.

pues: “No obstante ello, si se computa la plenitud del sistema de esa ley, las diferencias que resultan del trato sobre diversos aspectos tales como preparación del acto, denegatoria por silencio, fundamentación, jerarquía normativa, estabilidad, retroactividad y otros, hacen que, en definitiva, la formación de un género único para reglamentos y actos individuales resulte meramente verbal.”<sup>8</sup>

Por ello ya antes del dictado del decreto-ley 19.549/72 habíamos analizado el régimen concreto de actos y reglamentos para establecer la conveniencia o inconveniencia de una u otra terminología,<sup>9</sup> análisis que posteriormente actualizamos en relación al referido cuerpo normativo<sup>10</sup> y que también ha recibido otras contribuciones similares.<sup>11</sup> A todo ello nos referimos a continuación.

### 5.1. Notificación y publicación

El acto administrativo particular adquiere efectos jurídicos o eficacia a partir de su *notificación*, art. 11, lo que implica un conocimiento *cierto* del acto, art. 41 del decreto 1759/72, implícitamente; salvo el caso de la citación por edictos, tratándose de personas cuyo domicilio se ignora, art. 42. En cambio, el reglamento adquiere eficacia a partir de los ocho días cumplidos después de su *publicación* (art. 11 del decreto-ley 19.549/72; art. 108 de la reglamentación),<sup>12</sup> lo que implica un conocimiento ficto o presunto del acto.<sup>13</sup>

Es más, el conocimiento cierto *vs.* el presunto del reglamento se ha visto notoriamente agravado por una práctica creciente del *Boletín Oficial* de la Nación: Publicar en la 1ª sección (legislación y avisos oficiales) primero las leyes, luego los decretos (muchas veces sintetizados), después decisiones administrativas (*ídem*) y finalmente resoluciones sintetizadas, concursos oficiales, remates oficiales y avisos oficiales.

En esta última sección de avisos oficiales, que nadie razonablemente leería a diario en forma sistemática, aparecen resoluciones administrativas con efectos jurídicos generales importantes, como de la DGI, el B.C.R.A., llamados o postergaciones de audiencias públicas, etc., incluso acordadas de la Justicia.

<sup>8</sup> LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 205-6.

<sup>9</sup> *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, 1ª ed., p. 68 y cap. V, § 5; 2ª ed., 1969, pp. 101-4.

<sup>10</sup> “Acto, reglamento y contrato administrativo en la ley 19.549,” *RADA*, 3: 13, Buenos Aires, 1972.

<sup>11</sup> Para un desarrollo mayor de algunas de las distinciones que explicamos en el texto, ampliar en RAINAUD, JEAN MARIE, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, París, 1966; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, p. 298 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición,” *RAP*, 29: 164, Madrid; MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS, *La distinción entre norma y acto administrativo*, Madrid, 1967 y sus referencias; VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1972, pp. 196-215.

<sup>12</sup> Cfr. Provincia de Buenos Aires, art. 125 del decreto-ley 7647/70: “producirán efectos jurídicos a partir del día siguiente al de su publicación.”

<sup>13</sup> En igual sentido HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1997, reimpresión de la 4ª ed., pp. 87-8, 104 y ss. y otros autores.

Hay fallos que el Poder Judicial de la Nación manda publicar en el *Boletín Oficial* por ser de efectos *erga omnes*,<sup>14</sup> p. ej. del Juez MARINELLI declarando no promulgada, en la parte pertinente, una ley vetada parcialmente por el Poder Ejecutivo. Pero la administración se las arregla para sabotear el resultado: Salió no ya en la sección avisos de la 1ª sino de la 2ª sección, a la cual virtualmente nadie se suscribe. Con estas y otras publicaciones insuficientes, que violan el principio de publicidad de buena fe de los actos estatales, resulta imposible pensar en una equiparación realista, en el derecho argentino viviente, de reglamentos y actos administrativos.

### 5.2. Jerarquía normativa del reglamento sobre el acto administrativo

Si bien las normas del decreto-ley 19.549/72 no se refieren al punto, pensamos que se mantiene incólume el principio de que “toda decisión individual debe ser conforme a la regla general preestablecida,” o sea, que existe una jerarquía normativa entre el reglamento y el acto administrativo particular.<sup>15</sup> Por lo demás, tanto el procedimiento general como los procedimientos especiales están regidos por reglamentos (el propio decreto 1759/72 y las normas reglamentarias que se dictan en virtud del art. 2º, inc. a), es decir, por normas generales que serán luego fuente de los actos particulares de aplicación que se dicten en cada caso.

### 5.3. Estabilidad del acto regular

El acto concreto del que hubieran nacido derechos subjetivos a favor del individuo, no puede ser revocado por razones de ilegitimidad en sede administrativa (art. 18); el reglamento, en cambio, puede ser revocado por razones de ilegitimidad en sede administrativa.<sup>16</sup>

### 5.4. Motivación del acto administrativo y el reglamento

El art. 7º, inc. e) del decreto-ley, exige como requisito esencial cuya violación produce nulidad absoluta del acto (art.14, inc. b), su adecuada motivación, o sea que exprese “en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto.” Esta exigencia legal no es aplicable con igual rigor para el reglamento que para el acto administrativo.

Es en el acto individual donde con mayor severidad cabe reclamar la debida motivación, pudiéndose admitir en cambio mayor latitud en los actos de alcance general, de suyo más difíciles, por su misma generalidad, de ser concretamente fundados en cada una de sus disposiciones.

<sup>14</sup> Explicamos esta problemática *supra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2006, 8ª ed., caps. II, “Derechos de incidencia colectiva” y III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva.”

<sup>15</sup> Ampliar *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. VII, § 11, “La inderogabilidad singular y sus alcances” y sus referencias.

<sup>16</sup> Ampliar *infra*, cap. VI, § 4, “Acto administrativo.”



La obligación de que el acto “haga expresa consideración de los principales argumentos” (art. 1º, inc. f), ap. 3º), p. ej., nos parece especialmente aplicable al acto administrativo, con exclusión del reglamento, salvo en el caso de grandes proyectos que requieran audiencia pública previa de la cual el acto habrá de dar cuenta.

### 5.5. Audiencia previa en el reglamento y en el acto administrativo

El acto administrativo puede decidir cuestiones no propuestas por el interesado, siempre que le otorgue previa audiencia (art. 7º, inc. c); del mismo modo, el art.1º, inc.f), ap.1º, faculta al particular a “exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.”<sup>17</sup>

La exigencia de la previa audiencia en materia reglamentaria funciona mediante el procedimiento de audiencia pública.<sup>18</sup>

### 5.6. El acto administrativo producido por silencio de la administración pública

De acuerdo al procedimiento de reclamo y pedido de pronto despacho que regula el art. 10 del decreto-ley 19.549/72, es posible producir un acto denegatorio tácito<sup>19</sup> de la administración pública, a través del silencio de ésta. Nos parece claro que dicha norma está concebida para el caso de silencio en actos administrativos en sentido estricto y que no cabría interpretarla como admitiendo la posibilidad de que se produzca una norma general por denegación tácita.

No es distinta la situación cuando pueda presumirse la ineficacia cierta del reclamo previo, en virtud de una clara conducta administrativa, en sentido contrario a la pretensión que se intenta formular. En otras palabras, si la administración

<sup>17</sup>La fuente de la norma está a su vez, casi textualmente, en el art. 236, inc. 2º) de nuestro Proyecto de 1964: “expresar sus razones antes de la emisión del acto administrativo que se refiere a sus derechos subjetivos o intereses legítimos;” hemos publicado el proyecto en nuestro libro *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, 2ª ed., p. 258.

<sup>18</sup>Nos remitimos a su exposición en el t. 2, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.” Ver también el denominado “proceso de elaboración participativa de normas,” conforme el reglamento aprobado por el decreto 1172/03, Anexo V: BARAGLI, NÉSTOR “Elaboración participada de normas,” Buenos Aires, Oficina Anticorrupción, 2004; REJTMAN FARAH, MARIO, “El principio de transparencia en el procedimiento administrativo,” en AA.VV., *Procedimiento y proceso administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005, p. 97 y ss. Sobre la desafortunada derogación del art. 104 del decreto 1759/72, que preveía un procedimiento para someter a información pública y requerir la opinión de personas o entes ajenos a la administración actos de alcance general, ver REJTMAN FARAH, “La desorganización de la organización administrativa o la organización del desgobierno” en *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, p. 335 y ss., esp. p. 348 y ss.

<sup>19</sup>Un mayor desarrollo *infra*, cap. X. Ampliar y comparar en REJMAN FARAH, “La cuestión de los plazos en el procedimiento administrativo,” en AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Rap, 2006, p. 809 y ss.; MURATORIO, JORGE I., “Los actos administrativos tácitos e implícitos,” en AA.VV., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 663 y ss.

ha fijado una posición en otros casos en forma expresa o tácita, no se exige al particular que le pida en reclamo previo que se la reitere a él personalmente, para habilitarlo a acudir a la instancia judicial.<sup>20</sup> Pero esto no es, como se ve, un caso de “norma general tácita denegatoria,” que tenga vida en el mundo jurídico en cuanto norma general, sino de una presunción (que deberá demostrarse a partir de hechos o actividades concretas) que faculta al interesado a iniciar la acción judicial en su caso particular, prescindiendo del reclamo previo.

De allí se deduce, p. ej., que no podría admitirse una impugnación administrativa o judicial de la supuesta norma general tácita, precisamente porque ella no existe en cuanto tal en el ordenamiento jurídico.

### 5.7. *Potestad de emitirlos*

Otra diferencia es también, para nosotros, que la facultad para dictar unos y otros puede ser entendida de manera diversa. En nuestro concepto y por lo que se refiere al derecho argentino, la facultad de dictar actos administrativos es de la propia naturaleza de la función administrativa y por lo tanto *amplia*. La facultad de dictar reglamentos, por diversas razones es en cambio, comparativamente, *restringida*.<sup>21</sup> Claro está que esta discusión se ubica centralmente como una clave de bóveda de las teorías que construyen un sistema que privilegia la autoridad contra la libertad, no obstante todas nuestras malas experiencias con el poder absoluto de nuestros gobernantes. Todas, sin embargo, pasado su período eruptivo<sup>22</sup> llegan a la madurez de privilegiar la libertad contra la autoridad. Sólo hace falta que la realidad acompañe estos principios...

### 5.8. *Efectos de la interposición de recursos*

También existen diferencias entre ambos en cuanto a los efectos de la interposición de los recursos administrativos contra ellos. Mientras que, según una parte de la doctrina, los recursos administrativos o judiciales tienen en ciertos casos efectos suspensivos de pleno derecho respecto de los actos administrativos impugnados (típicamente, cuando se trata de actos que avanzan sobre la propiedad

<sup>20</sup>D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003, cap. II, secc. A, § 5, pp. 30-1; *La justicia administrativa en Argentina, Nueva Jurisprudencia*, Buenos Aires, FDA, 2006, cap. 2, secc. A, § 5, pp. 36-7; ampliar *infra*, t. 4, cap. XII, § 10.3.6, “Ritualismo inútil.”

<sup>21</sup>Esto, que ya sostuvimos anteriormente, ha sido objetado por un autor que entendió, partiendo de un sistema constitucional tan diverso al nuestro como el francés de 1958, que existía una potestad reglamentaria “reservada” de la administración: MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, pp. 224-5, cuya respuesta desarrollamos en el t. 1, *Parte general, op. cit.*, cap. VII, § 7, “Ámbito de la ley frente a la administración;” puede verse su evolución en COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, “La «zona de reserva de la administración» y el procedimiento administrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1999, p. 501 y ss. Para el encuadre político, ver la “Introducción,” en este mismo vol.; para el jurídico y político más general ver *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. VII, § 7, citado y FRANÇOIS VINCENT, *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, París, L. G. D. J., 1966, p. 44.

<sup>22</sup>BREWER-CARÍAS dice que es una suerte de sarampión de los administrativistas.

privada o la libertad de los ciudadanos),<sup>23</sup> ese efecto, en cambio, no alcanza a los reglamentos. En otras palabras, interpuesto un recurso, él puede tener por efecto suspender la ejecución del acto impugnado, si dicho acto es individual o particular y adolece de nulidad. Si se trata de un acto general, la interposición del recurso no tiene *per se* efecto suspensivo respecto de él. Es siempre indispensable una decisión expresa, administrativa o judicial, suspendiéndolo.

### 5.9. *Retroactividad e irretroactividad del saneamiento*

La regla general es la irretroactividad tanto del reglamento como del acto administrativo;<sup>24</sup> en ambos casos existen algunas excepciones, pero ellas divergen según la materia. Así p. ej., en materia de saneamiento de actos administrativos singulares, las excepciones a la irretroactividad vienen dadas por el propio decreto-ley 19.549/72, que en su art. 19 otorga efecto retroactivo al saneamiento por ratificación o confirmación.<sup>25</sup> En materia de actos generales, en cambio, la regla de la irretroactividad de la norma tiene tanto su formulación como sus excepciones en la jurisprudencia,<sup>26</sup> y no parece posible concebir supuestos de saneamiento retroactivo.

### 5.10. *Retroactividad del acto administrativo sustitutivo o favorable al interesado*

Con alcance más general, el art. 13 autoriza la retroactividad del acto administrativo dictado: a) en sustitución de otro acto revocado, o b) que “favoreciere al administrado.” En la primera hipótesis, sustitución de un acto por otro, el decreto-ley trata de un acto particular ya que sería inadmisibles sentar por principio la retroactividad de un nuevo reglamento que sustituya otro revocado, en contra del señalado principio de irretroactividad de las normas generales.

En el segundo caso, la misma expresión de la norma —“cuando favoreciere al administrado”— indica también inequívocamente que se trata de un acto referido a persona determinada, por tanto acto administrativo en sentido estricto.

<sup>23</sup> Ver *infra*, cap. V, “Presunción de legitimidad, exigibilidad y ejecutoriedad.”

<sup>24</sup> Reformulamos así lo expuesto más antiguamente; en las últimas ediciones seguimos en este punto a HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 117; BARRA, RODOLFO C., “La nulidad del acto administrativo y los efectos de su declaración,” *ED*, 108: 586; MAIRAL, HÉCTOR AQUILES, *Control judicial de la administración pública*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, § 440 y ss., p. 773 y ss. Sobre la cuestión de los efectos *ex nunc* o *ex tunc* de la revocación o anulación del acto administrativo singular, nos remitimos al debate que explicamos más abajo, cap. XI, “Sistema de nulidades del acto administrativo,” § 9, “Especies de nulidades administrativas.”

<sup>25</sup> HUTCHINSON, *op. ult. cit.*, pp. 146-7 y los demás casos que menciona en la p. 120 y ss. Otros supuestos de retroactividad del acto administrativo particular, previstos en leyes provinciales, en MONTI, LAURA, “Consideraciones sobre la retroactividad en el ámbito del derecho administrativo,” *ED*, 176: 739, 744 y ss.

<sup>26</sup> Comp. MARIENHOFF, t. I, *op. cit.*, p. 261; MONTI, *op. ult. cit.* La regla no se aplica en materia de exenciones impositivas, que se interpretan restrictivamente: CNFed. CA, Sala IV, *Su Supermercado S.A., LL*, 1998-E, 537. Ver también *infra*, cap. VI, “Estabilidad e impugnabilidad,” § 4.2, “Individualidad,” *in fine*, al comparar la estabilidad del acto administrativo con la del reglamento.

El art. 13, pues, se refiere solamente a los actos particulares, con exclusión de los actos reglamentarios.<sup>27</sup>

### 5.11. *El reglamento como fuente de competencia*

En su art. 3° el decreto-ley establece que la competencia de los órganos administrativos será la que resulte de la Constitución, de las leyes “y de los reglamentos dictados en su consecuencia,” con lo cual el origen de la competencia puede ser reglamentario, pero no puede nacer de actos concretos. Sin embargo, el sistema constitucional de 1994 limita severamente la potestad del Poder Ejecutivo de dictar reglamentos,<sup>28</sup> salvo en el caso de los entes reguladores independientes.<sup>29</sup> Como sabemos, no se trata de una norma que se esté cumpliendo, muy al contrario, el Poder Ejecutivo ha exacerbado en los últimos años diversas formas de ejercicio de potestad reglamentaria,<sup>30</sup> exacerbando el arcaísmo de nuestra sociedad.<sup>31</sup>

### 5.12. *Impugnación*

La carga o gravamen para el interesado, de impugnar en término los actos, rige solamente para los actos unilaterales de contenido particular.<sup>32</sup>

#### 5.12.1. *Casos de impugnación*

El decreto 1759/72 introduce en este aspecto una distinción que no es a nuestro juicio acertada y que pensamos deberá modificarse o al menos morigerarse por

<sup>27</sup> Ver HUTCHINSON, *op. ult. cit.*, p. 116 y ss.; GRECCO, CARLOS M., *Impugnación de disposiciones reglamentarias*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988; MONTI, *op. ult. cit.*, p. 743.

<sup>28</sup> Aunque está ampliamente facultado para *delegar* sus atribuciones, por la ley 22.520: *infra*, cap. VIII, § 11, “Competencia en razón del grado,” nota 11.3.

<sup>29</sup> *Supra*, t. 2, cap. VII, “La regulación económica y social,” t. 1, cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo” y XV, “Los entes reguladores.”

<sup>30</sup> Ampliar las referencias de *supra*, “Introducción,” notas 5 y 37, 2ª parte., pp. Int-2 e Int.-6.

<sup>31</sup> Ver nuestro art. “La modernización de la administración pública,” En *AÍDA. Ópera prima de Derecho Administrativo*, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, *opus* No. 1, México, Enero-Junio de 2007, pp. 153-71. Lo explicamos con más detalle, anteriormente, en “Civilizations and Public Law: a View from Latin America,” en EVANGELOS VENIZELOS /ANTOINE PANTELIS (dirs.), *Civilisations and Public Law / Civilisations et Droit Public*, “European Public Law Series / Bibliothèque de droit public européen,” vol. LXXIX, Esperia Publications Ltd., Londres, 2005, pp. 215-232 y separata; nuestro libro *The Future of Latin America: Can the EU Help?* Prefacio de SPYRIDON FLOGAITIS, Director del Centro Europeo de Derecho Público, Londres, Esperia Publications Ltd., 2003.

<sup>32</sup> CNFed. CA, Sala V, *Tello, LL*, 2000-C, 171, año 1999. Ver también las referencias de nuestro art. “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102; accesible en [www.respublicaargentina.com](http://www.respublicaargentina.com), Serie de Estudios; el problema viene creciendo a través del tiempo, como lo adelantamos en “Una celebración sin gloria,” *LL*, 2003-C, 1091-1102; “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?”, *LL*, 2005-A, pp. 905-921; reproducido en DAVID CIENFUEGOS SALGADO y MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 269-296.

vía interpretativa. Dice el art. 73, primera parte, que el acto de alcance general puede ser impugnado mediante recursos administrativos cuando la administración le “hubiera dado o comenzado a dar aplicación.”<sup>33</sup>

Ello daría a entender, aparentemente, que la impugnación del acto general solamente puede hacerse a través de los actos o hechos concretos de aplicación. Ahora bien, ese principio no se compadece con el que contiene el art. 24, inc. a) del decreto-ley 19.549/72, que prevé expresamente la impugnación judicial del acto general, cuando éste “afecte o pueda afectar en forma cierta o inminente en sus derechos subjetivos” a un particular y se haya formulado reclamo previo con denegatoria expresa o tácita de acuerdo al art. 10. Conjugando la norma legal y la reglamentaria, resultaría que es distinta la solución si el acto general afecta derechos subjetivos, en que se aplica el decreto-ley 19.549/72, o intereses legítimos, en que no se aplica el art. 24.

a) En el primer caso, al ser de aplicación el principio del art. 24, inc. a) es por lo tanto admisible la impugnación administrativa (con miras a la ulterior impugnación judicial) cuando el acto meramente “puede afectar en forma cierta e inminente” los derechos subjetivos del impugnante; o, por cierto, cuando los “afecte” en forma directa.

b) En el segundo caso, cuando el reglamento no afecta en forma inminente y cierta a derechos subjetivos y afecta entonces potencialmente a derechos subjetivos, o actual o potencialmente a intereses legítimos, aparentemente recobraría vigor la regla del art. 73 del decreto 1759/72 y entonces el reglamento no sería impugnable administrativamente sino cuando se le “hubiere dado aplicación” o “comenzado a dar aplicación;” o sea, no sería impugnable directamente, con la salvedad enunciada en el art. 75, 2ª parte.<sup>34</sup>

No encontramos *prima facie* una explicación para la distinta solución legal-reglamentaria que así resultaría en el tratamiento de la impugnación de actos generales. La diferencia debería ser allanada, admitiéndose como principio la posibilidad de impugnar el reglamento por quienes se vean afectados por él, actual o potencialmente, en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, según el criterio más genérico del art. 74. Un posible fundamento para una unificación interpretativa residiría en señalar que el haber “comenzado a dar aplicación,” a que se refiere el art. 73, comprende tanto la aplicación al propio interesado como a cualquier otra persona, o incluso cualquier actitud expresa o tácita de la administración que importe una suerte de preparación para la ejecución que

<sup>33</sup> Sobre el tema ampliar y comparar GÜIDI, GRACIELA, “Impugnación de reglamentos,” en DIEZ y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, p. 124 y ss.; HUTCHINSON, “La impugnación judicial de los reglamentos,” *op. loc. cit.*

<sup>34</sup> “Si se tratare de actos dictados en cumplimiento de otros de alcance general, será competente el organismo que dictó la norma general sin perjuicio de la presentación del recurso ante la autoridad de aplicación.”

haga así potencialmente “inminente” (*lato sensu*) su aplicación. En esta variante, se daría un sentido final homogéneo al decreto-ley.

### 5.12.2. Autoridad competente para entender en el recurso

También en este aspecto el reglamento intenta introducir una distinción entre acto particular y general, en el art. 73: “Serán competentes para resolver los recursos administrativos contra actos de alcance individual los organismos que se indican al regularse en particular cada uno de aquellos. Si se tratare de actos dictados en cumplimiento de otros de alcance general será competente el organismo que dictó la norma general,<sup>35</sup> sin perjuicio de la presentación del recurso ante la autoridad de aplicación.”

Como se ve, no se dice cuáles son los recursos aplicables en el segundo caso, pero puede estimarse que serán los que correspondan de acuerdo al ordenamiento ordinario de los recursos, con la sola diferencia de variar el órgano de decisión ante el primer recurso (contra el acto particular de aplicación de otro general) y sin perjuicio de los recursos ulteriores que correspondan contra la decisión que adopte en este caso la autoridad que dicta el acto general y resolvió además la impugnación contra el acto particular de aplicación.

### 5.12.3. Término para la interposición del recurso

Los términos para recurrir corren solamente a partir de los actos de aplicación; el reglamento puede ser impugnado *sine die*,<sup>36</sup> en forma directa o contra aquéllos,<sup>37</sup> incluyendo su articulación como defensa o excepción.<sup>38</sup> La solución se afianza con la reforma constitucional de 1994 y su tutela de los derechos de incidencia colectiva.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> No está claro si el recurso debe ser resuelto por dicha autoridad solamente cuando lo que se ataca es específicamente el acto general al cual se conforma el acto de aplicación impugnado, o también cuando la impugnación se refiere a vicios del acto particular, sin cuestionarse la legitimidad del reglamento en el cual se lo encuadra. Con todo que semejante distinción podría ser lógica, pensamos que si se introdujera, produciría casi siempre incertidumbre respecto de la autoridad competente, con perjuicio para los derechos del recurrente, que no sabría así a ciencia cierta ante qué autoridad interponer qué recursos. Estimamos que mientras la norma subsista, debería aplicársela sin efectuar distinciones.

<sup>36</sup> Es la solución preexistente al decreto-ley 19.549/72, como lo explicamos en su momento en nuestro *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Macchi, 1971, 2ª ed., pp. 364-5. Conf. GRECCO, *op. cit.*, p. 87 y ss.; MAIRAL, *Control judicial de la administración pública*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 378 y ss.; HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 41 y *Ley nacional de procedimientos administrativos*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 497 y ss.

<sup>37</sup> MAIRAL, *op. cit.*, t. II, p. 398 y ss.

<sup>38</sup> MAIRAL, t. II, *op. cit.*, p. 398 y ss.

<sup>39</sup> *Supra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, *op. cit.*, caps. II, “Derechos de incidencia colectiva” y III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva.” La importancia de esta incorporación constitucional ha sido muy grande, pero todavía dista de aplicársela plenamente. Es otra manifestación del mismo fenómeno que analizamos en las remisiones precedentes de las notas 31 y 32.

#### 5.12.4. *Efectos del recurso de alzada contra reglamentos*

La regla del art. 97 *in fine* para el recurso de alzada será difícil mantenerla para el acto concreto,<sup>40</sup> pero puede funcionar para el acto general, en cuanto limitación adicional de la revisión por el Poder Ejecutivo. En todo caso cabe destacar que no parece constitucional, desde 1994, admitir el recurso de alzada ante el Poder Ejecutivo contra los actos, sean particulares o generales, de los entes reguladores independientes.<sup>41</sup>

#### 5.12.5. *Conclusión*

Aunque con dudas e imprecisiones, existen diferencias entre la impugnación de actos generales y particulares incluso en sede administrativa.

#### 5.13. *Procedimiento de elaboración*

El procedimiento de elaboración del acto particular y general es distinto. En especial, cabe destacar que al reglamento y a los grandes proyectos les son de aplicación los principios de la audiencia pública que ya explicamos.<sup>42</sup> Ese procedimiento no es de aplicación para la mayor parte de los actos singulares, excepto para los grandes proyectos según dijimos: típicamente, el análisis de impacto ambiental. En tales casos parece claro que no estamos en presencia de un reglamento, pues nada se incorpora como norma permanente al ordenamiento jurídico, pero el hecho de tomar una decisión que afecte el medio ambiente le da un carácter de afectación de derechos de incidencia colectiva que surge de la propia Constitución en sus arts. 41 y 43 y torna indispensable la previa audiencia pública.

#### 5.14. *Terminación del procedimiento*

El procedimiento administrativo termina por voluntad del interesado,<sup>43</sup> o de la administración. En este último caso lo normal es una resolución particular,<sup>44</sup> en la cual se ratifica o confirma el acto impugnado, o se lo revoca, sustituye o modifica.<sup>45</sup> En cambio, es más bien excepcional la terminación de un procedimiento en sede administrativa por la derogación total o parcial de un reglamento a través de otro acto reglamentario, o por la emisión de un nuevo acto reglamentario o sustitutivo del anterior (art. 83.) En sede judicial, con todo, ha comenzado una

<sup>40</sup> Por lo expuesto en *Procedimiento y recursos administrativos* desde la 2ª ed., *op. cit.*, pp. 471-2, hoy t. 4, *El procedimiento administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2006, 9ª ed., cap. XI, "Recurso de alzada." Máxime en la actualidad, en que la justicia modifica, convierte y sustituye actos administrativos, lo explicamos en la "Introducción" e *infra*, cap. XII, § 12, "Sustitución y reforma."

<sup>41</sup> *Infra*, t. 4, cap. XI, § 3.4, "Entes reguladores."

<sup>42</sup> Ver *supra*, t. 2, cap. XI, "El procedimiento de audiencia pública." Ver también REJTMAN FARAH, "El principio de transparencia..." *op. loc. cit.*

<sup>43</sup> Desistimiento del recurso; o del derecho; o caducidad, art. 1º, inc. e), ap. 9º del decreto-ley y arts. 66 a 70 de la reglamentación.

<sup>44</sup> Expresa: art. 64; o tácita, art. 65 de la reglamentación y 10 del decreto-ley.

<sup>45</sup> Art. 81 de la reglamentación y 19 y 20 del decreto-ley.

saludable tendencia a dejar sin efecto actos reglamentarios con carácter *erga omnes*.<sup>46</sup> La mayor parte de las normas del decreto 1759/72 se refieren así a individuos concretos que impugnan actos particulares y ello es una razón más que indica la conveniencia de distinguir conceptualmente los reglamentos de los actos administrativos *stricto sensu*.

### 5.15. *Impugnación judicial*<sup>47</sup>

Es necesario considerar dos aspectos: la oportunidad de la impugnación y los efectos de su acogimiento judicial. En el primero, el acto administrativo particular se impugna directamente en sede judicial (art. 23 del decreto-ley); el reglamento en principio se impugna indirectamente, cuando se produce su aplicación actual (art. 24, inc. b) y 25, inc. c), o inminente, previo reclamo y silencio de la administración (art. 24, inc. a) y art. 25, inc. b).<sup>48</sup> Ello, claro está, sin perjuicio de la inaplicación del acto reglamentario nulo de nulidad absoluta, por otros tribunales.<sup>49</sup> Como destaca la doctrina, no existe plazo para la interposición del reclamo impropio del art. 24,<sup>50</sup> lo que también abona la tesis de que no existe plazo para la impugnación judicial de los reglamentos, por acción, defensa o excepción. En cuanto a los efectos, la doctrina<sup>51</sup> había sugerido hace tiempo lo que finalmente la jurisprudencia ha comenzado a admitir: los efectos *erga omnes* de la sentencia condenatoria de la administración o anulatoria de un acto de carácter general, abandonando así la vieja solución que en caso de considerarlo ilegítimo se limitaba a su no aplicación al caso particular. Es sin duda un avance de nuestro derecho viviente, sugerido hace tiempo por la doctrina. Nos hemos acercado pues al postu-

<sup>46</sup> Ver los casos *Blas* y *Barsanti* de la Sala I que comentamos *supra*, t. 2, cap. II y “Los grandes fallos de la actualidad,” en *Después de la reforma del Estado*, 1998, 2ª ed., cap. XI; SANTAMARÍA PASTOR, JUAN A., *Las nulidades de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid, 1972, pp. 298-9.

<sup>47</sup> Ampliar en GORDILLO - DANIELE, MABEL (dirs.), *Procedimiento Administrativo. Decreto-ley 19.549/1972 y normas reglamentarias - Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentados y concordados*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, 2ª ed., título IV, p. 237 y ss; MAIRAL, *op. loc. cit.*; COMADIRA, JULIO RODOLFO y MONTI, LAURA (colaboradora), *Procedimientos Administrativos*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, com. al art. 24, § 6, p. 449 y ss.; REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, cap. III, p. 111 y ss.; GRECCO, *Impugnación...*, *op. cit.*, p. 77 y ss.; *op. loc. cit.*; “Impugnación...,” *op. loc. cit.*; GÜIDI, “Impugnación...,” *op. loc. cit.*; HUTCHINSON, “La impugnación...,” *op. loc. cit.*; SANMARTINO, “Impugnación...,” *op. loc. cit.*; DIEZ, HORACIO PEDRO, “Vías de impugnación de los reglamentos, por reclamo y recursos,” *op. loc. cit.*

<sup>48</sup> Ver excepciones *supra*, § 5.12.3, “Término para la interposición del recurso” y notas.

<sup>49</sup> Ampliar *infra*, cap. XI, § 14, “La no aplicabilidad del acto, como caso especial de nulidad.”

<sup>50</sup> GRECCO, *op. loc. cit.*; CANOSA, ARMANDO N., “El concepto de recurso administrativo,” en AA.VV., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 585 y ss., pp. 588-9.

<sup>51</sup> BOSCH, JORGE TRISTÁN, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, Buenos Aires, 1951, p. 133 y ss.; HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 37. Comp. DROMI, *Instituciones de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 348-9. Manifestó la posición contraria sobre el derecho positivo MAIRAL, *op. cit.*, p. 879 y ss.; “Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento,” *RADA*, 2: 223, Buenos Aires, 1989.



lado de HUTCHINSON,<sup>52</sup> para quien los reglamentos contrarios a derecho son nulos de pleno derecho<sup>53</sup> y carecen de presunción de legitimidad,<sup>54</sup> todo lo cual torna asistemática su vigencia genérica a pesar de declararse su nulidad; a lo cual agregó claras razones de economía procesal.<sup>55</sup> También han comenzado a aparecer diversos supuestos de decisiones judiciales de efectos *erga omnes*: *Agueera*,<sup>56</sup> *Barsanti*,<sup>57</sup> *Blas*,<sup>58</sup> *Ekmekdjian*,<sup>59</sup> *Gambier*,<sup>60</sup> *Labatón*,<sup>61</sup> *Monges*,<sup>62</sup> *Torello*,<sup>63</sup> *Viceconte*,<sup>64</sup> *Youssefian*,<sup>65</sup> etc.<sup>66</sup> Lo mismo ocurre en el ámbito provincial.<sup>67</sup> En el estado actual de la jurisprudencia no se puede afirmar que siempre la declaración de nulidad de un reglamento tiene efectos *erga omnes*, y hay sentencias que, a la inversa de los fallos precedentes, se ocupan de aclarar específicamente que la declaración de nulidad es sólo para el caso individual y particular sometido a decisión, conforme la jurisprudencia tradicional. Puede afirmarse, en suma, que la sentencia que declara la nulidad de un reglamento podrá o no tener efectos *erga omnes* de acuerdo a lo que decida el tribunal.

#### 5.16. *Primeras conclusiones*

De lo expuesto se desprende a nuestro modo de ver que las principales diferencias de régimen jurídico entre actos, reglamentos y contratos administrativos se han acentuado en el decreto-ley; por ello, entendemos que corresponde utilizar una definición estricta de acto administrativo, que no lo confunda con los reglamentos

<sup>52</sup> HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 37. Menos terminante DROMI, *Instituciones de derecho administrativo*, *op. cit.*, pp. 348-9. En el derecho comparado GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, Civitas, 1970, pp. 8-9.

<sup>53</sup> HUTCHINSON, *op. cit.* p. 37: “los reglamentos ilegales son nulos de pleno derecho y no podría ocurrir de otra manera, por cuanto si ellos fueran solamente anulables, significaría que dicha anulabilidad podría hacerse valer dentro de un plazo, lo que determinaría que por el mero transcurso del tiempo se haría inatacable, supuesto totalmente inadmisibles pues ello introduciría una nueva causal de derogación de las leyes: la producida por un reglamento que a ella se opone, por el sólo hecho de haber dejado transcurrir los plazos sin impugnarlo.”

<sup>54</sup> HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 41.

<sup>55</sup> “Por otra parte, la impugnación directa de un reglamento ilegal y como consecuencia su eliminación, tiene también un efecto directo de economía procesal, al evitar el planteamiento de multitud de litigios con ocasión de la aplicación de dicho reglamento ilegal, facilitando a su vez la unidad de calificación de tal ilegalidad:” HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 38.

<sup>56</sup> CSJN, *LL*, 1997-C, 322.

<sup>57</sup> CNFed. CA, Sala I, *LL*, 1998-A, 293.

<sup>58</sup> CNFed. CA, Sala I, *LL*, 1998-A, 288.

<sup>59</sup> CSJN, *Fallos*, 308: 647; *ED*, 148: 338.

<sup>60</sup> CNFed. CA, Sala II, *LL*, 1999-E, 623.

<sup>61</sup> CNFed. CA, Sala V, *LL*, 1998-F, 345.

<sup>62</sup> CSJN, *ED*, 173: 272; *LL*, 1997-C, 143.

<sup>63</sup> CNFed. CA, Sala II, *LL*, 2000-B, 275.

<sup>64</sup> CNFed. CA, Sala IV, *LL*, 1998-F, 305.

<sup>65</sup> CNFed. CA, Sala IV, *LL*, 1997-F, 270 (cautelar); sentencia definitiva, *LL*, 1998-D, 710.

<sup>66</sup> Ampliar *supra*, t. 2, cap. II, “Derechos de incidencia colectiva” y el cap. XI, “Los grandes fallos de la actualidad,” en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*

<sup>67</sup> Así SCJBA, *in re Quintana, Teodoro Carlos (UPCN) y otros*, 5-XII-01, con nuestra nota “Un *leading case* provincial en que el derecho no cae en la vorágine,” *LL*, 2002-B, 344.

administrativos, para que la definición realmente se corresponda armónicamente con el derecho positivo y ayude a explicarlo o interpretarlo adecuadamente. Por nuestra parte, entonces, mantenemos en este aspecto la definición que diéramos oportunamente.<sup>68</sup>

Dicho en otras palabras, el decreto-ley y su decreto reglamentario no se refieren en forma indiferenciada y unívoca, en todas sus normas por igual, a los actos administrativos *stricto sensu*, a los reglamentos y a los contratos administrativos. Toda pretensión de generalización sería en este aspecto equívoca, según acabamos de ver de las diferencias de régimen existentes; corresponderá entonces en cada situación interpretar y determinar si el art. pertinente que se está analizando está destinado a regir a una u otra de las especies de actividad jurídica de la administración pública (acto administrativo; reglamento administrativo; contrato administrativo; hecho administrativo), a fin de poder aplicarlo correctamente.

Estas afirmaciones no pueden llevarse al extremo de sostener, exactamente a la inversa, que ninguna similitud y ninguna coincidencia de régimen jurídico administrativo existe entre ellos, desde luego. Sabido es que nunca dos objetos son tan disímiles que no se puedan encontrar elementos comunes, ni tan idénticos que no se puedan encontrar diferencias. Se trata sólo de resolver, por estipulación, qué resulta más cómodo para el uso: si denominar los objetos en base a sus diferencias o en base a sus semejanzas.<sup>69</sup>

En el caso de los reglamentos, actos y contratos administrativos, p. ej., existen muchas similitudes en materia de vicios y nulidades y muchas veces las soluciones son las mismas.<sup>70</sup> Y a su vez, dentro de cada especie, puede continuarse con la subdivisión. Ya hemos visto que no hay tampoco una única categoría de contrato administrativo, sino una infinita variedad que a lo sumo puede agruparse en tres categorías a los fines didácticos;<sup>71</sup> que los reglamentos se suelen dividir a su vez

<sup>68</sup> *El acto administrativo*, op. cit., Abeledo-Perrot, 1969, 2ª ed., cap. V. Conf. en este aspecto LINALES, *Fundamentos...*, op. cit., pp. 203-4; DROMI, *Instituciones...*, op. cit., pp. 192-3; DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961, 2ª ed., p. 111; *Derecho administrativo*, t. II, op. cit., p. 208; BUJ MONTERO, MÓNICA, "El acto administrativo," en FARRANDO (H.), ISMAEL y MARTÍNEZ, PATRICIA R. (Directores), *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 159.

<sup>69</sup> Es lo que explicamos en el t. 1, *Parte general*, op. cit., cap. I, "El método en derecho," a cuya bibliografía nos remitimos. Ya lo veníamos explicando desde este mismo libro *El acto administrativo* en su primer capítulo de la edición de 1969 que citamos en la nota precedente, pero al iniciar el presente tratado en 1974 decidimos incorporarlo al t. 1º como una temática común a todos los vols.

<sup>70</sup> La solución que proviene de los tratados de inversiones extranjeras que referimos en el t. 2, cap. XVIII, "El arbitraje administrativo internacional," p. ej. en materia de prohibición de "nacionalización" de inversiones extranjeras, importa la derogación de la permisón del rescate en las concesiones de servicios públicos, o la revocación por razones de oportunidad o mérito del acto administrativo individual. No parece en cambio que pueda aplicarse al acto reglamentario. La caducidad por incumplimiento del particular, del mismo modo, es aplicable tanto al acto individual como al contractual, no así al reglamentario. El listado tanto de igualdades como de diferencias puede extenderse al infinito.

<sup>71</sup> Es lo que explicamos en el t. 1, cap. XI, "Clasificación de los contratos administrativos," a propósito de lo cual existe una nueva posible discusión, que referenciamos en este t. 3, *supra*, "Introducción," nota 3.

en cuatro categorías diferentes;<sup>72</sup> que dentro del acto administrativo se discuten situaciones particulares como la pretendida no justiciabilidad de algunos actos.<sup>73</sup>

Del mismo modo se pueden encontrar semejanzas entre el reglamento y la ley, en cuanto a su análoga sumisión al principio constitucional de razonabilidad y diferencias en cuanto a su irretroactividad.

Pero todo esto ya puede ser una discusión eterna y sobre todo no fructífera.<sup>74</sup>

### 6. La prueba práctica de la conveniencia de una u otra terminología

La discusión acerca de si hablar de reglamentos y de actos administrativos como categorías diferentes, o englobar en la sola frase “actos administrativos” tanto a los de contenido general como a los de contenido particular, sufre una prueba de fuego cuando se trata de utilizar sistemáticamente esos conceptos. Pues como dijera memorablemente GENARO CARRIÓ, de nada vale que una persona diga: “Prefiero el sistema de medición de los ingleses,” si luego, al preguntarle por su altura, responde: “Mido un metro con setenta centímetros;” en tal caso, está prefiriendo el sistema métrico decimal.<sup>75</sup>

Algo similar ocurre con los autores que expresan que es útil definir el acto administrativo en forma amplia, comprendiendo los reglamentos y, luego incluyen en un primer libro, *dentro de las fuentes del derecho administrativo*, a los reglamentos y en otra parte, dentro del tema “acto administrativo,” *no incluyen los problemas presentados por la potestad reglamentaria*, que desarrollaron en la primera.<sup>76</sup>

Si fuera cómodo incluir a los reglamentos dentro de los actos administrativos no existiría razón para proceder así y con toda naturalidad se habrían incluido esos problemas dentro del tomo referente al acto administrativo; si no se lo hace, si se explica la problemática de los reglamentos en una parte y la de los demás actos administrativos en otra, no corresponde expresar que los reglamentos son *definidos* como actos administrativos, pues no son *utilizados* con esa orientación conceptual. Esto prueba que para los autores es más cómodo diferenciar, como de hecho lo hacen, entre reglamento y acto administrativo.

Lo mismo ocurre con los fallos que emplean en sus considerandos argumentos que resultan indistintos para el acto y el contrato administrativo, o el acto

<sup>72</sup> Tal como lo explicamos en el t. 1, cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo,” § 9, “Concepto y clasificación de los reglamentos,” a § 17, “El reglamento como fuente del derecho administrativo.”

<sup>73</sup> *Supra*, t. 2, *op. cit.*, cap. VIII, “Los «actos de gobierno».”

<sup>74</sup> Es otra vez la metodología referida en la primera parte del cap. I del t. 1 y la profusa bibliografía allí existente, que a su vez lleva a más.

<sup>75</sup> Ver también *supra*, t. 1, cap. I, “El método en derecho,” § 8.2, “Definición y clasificación.”

<sup>76</sup> Basta consultar más de una obra general sobre la materia para comprobar este punto.

y el reglamento (*v. gr. Oca S.A. c. SIDE*),<sup>77</sup> pero el uso indiferenciado que así ocasionalmente se encuentra no implica que la mayor parte de los problemas de obra pública, suministros, etc., se resuelvan acudiendo al decreto-ley 19.549/72, o a una obra cuyo título sea *El acto administrativo*: sólo algunos pueden serlo. Corresponde pues recoger esa distinción que viene impuesta por la realidad de su uso, en una correspondiente distinción terminológica.

### 7. La distinción entre el reglamento y el acto administrativo general

De acuerdo a lo que venimos exponiendo, los reglamentos son de contenido general y los actos de contenido particular pueden ser denominados actos administrativos. No consideramos, para el derecho administrativo argentino al menos, que corresponda hacer una distinción como la que se encuentra en la doctrina comparada, entre reglamento, acto administrativo general y acto administrativo particular.

Se ha dicho, p. ej., que “El acto general tiene de común con el Reglamento el sujeto indeterminado a que se dirige, pues va destinado a todo aquel que se encuentre en una determinada situación de hecho. Pero, a diferencia del Reglamento, tiene su motivo en un hecho concreto ya ocurrido y su fin es satisfacer una necesidad pública dentro de esa circunstancia, logrando un resultado único e irrepetible y no meramente regular la conducta.”<sup>78</sup> En sentido similar se ha expresado que “el criterio básico es siempre y a nuestro juicio, el ordinalista: el Reglamento forma parte del Ordenamiento, sea su contenido general o particular y el acto administrativo, aunque su contenido sea general o se refiera a una pluralidad indeterminada de sujetos, no forma parte del Ordenamiento jurídico, es un acto ordenado y no ordinalista,”<sup>79</sup> o “la actuación administrativa será un Reglamento en cuanto se incruste en el ordenamiento jurídico y no en otro caso. La prueba de la consunción será su signo más significativo: si la actuación administrativa se consume por sí misma, estaremos ante un acto administrativo; si, por el con-

<sup>77</sup> CSJN, *S.A. Organización Coordinadora Argentina c. Secretaría de Inteligencia de Estado, ED*, 177: 749, año 1998, con nota de COMADIRA, JULIO RODOLFO, “La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento.” La cantidad de fallos en materia contractual que llegan a la CSJN es reducida en relación al total de problemas reales y que el uso mayoritario jurisprudencial se resuelve en consecuencia a niveles menores y en el derecho público provincial. La solución de la CSJN a un determinado problema puede llegar a afirmarse, pero no también su selección de vocablos para fundarlo: nos remitimos para ello al t. 1, cap. VII, § 18.4. Ver COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, “La teoría general del contrato administrativo a través de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” en el libro *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Buenos Aires, 1994, p. 98 y ss., nota 57 *in fine*; “El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” *ED*, 111: 845; “El concepto de contrato administrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *El derecho administrativo argentino, hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 166 y ss.

<sup>78</sup> ORTIZ, EDUARDO, *Materia y objeto del contencioso-administrativo*, San José, 1965, p. 128.

<sup>79</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, “Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición,” en *Revista de Administración Pública*, 29: 164, Madrid.

trario, mantiene y extiende su valor preceptivo para sucesivos cumplimientos, estaremos ante una norma, ante un Reglamento.”<sup>80</sup>

Por nuestra parte, consideramos que en el derecho argentino los principios jurídicos aplicables a los actos de contenido general son los mismos tanto si el acto general es dictado para situaciones de hecho indeterminadas y repetibles como si es dictado para una situación de hecho única e individualizada; tanto si el acto general se agota y consume por estar destinado a una sola situación, aunque para un número indeterminado de personas, como si se mantiene en vigencia como parte del ordenamiento jurídico más o menos permanente. Tampoco el acto pierde el carácter de general porque el número de sus destinatarios sea reducido.<sup>81</sup>

El régimen de impugnación, los recursos procedentes, el tipo de protección jurisdiccional, la publicidad, la irretroactividad, son a nuestro entender aplicables por igual a los actos generales de tipo permanente o de tipo instantáneo aunque indeterminable en cuanto a los sujetos que alcanza; por ello entendemos que no corresponde hacer la distinción expuesta y que dentro del concepto de reglamento cabe incluir, sin distinciones, todos los actos de contenido general dictados en ejercicio de la actividad administrativa.

En el derecho español, en cambio, se señalan algunas diferencias en cuanto a las autoridades que los pueden dictar, su obligatoriedad respecto de los individuos, las excepciones oponibles a unos y otros, etc.<sup>82</sup> Esas diferencias no existen en el derecho argentino tradicional.

Ahora bien, con el dictado del decreto-ley 19.549/72 se ha sostenido que el derecho argentino ha receptado la señalada distinción,<sup>83</sup> pero pensamos que es un poco prematuro apuntar dicha conclusión. El decreto-ley utiliza la terminología de acto administrativo de alcance general, es cierto, pero todo parece indicar que lo hace en referencia al reglamento y no en el sentido de la distinción española. Es dable pensar que la jurisprudencia pueda encontrar en esta teoría una aceptable solución intermedia para la tesis tradicional restrictiva de la impugnación judicial de los reglamentos.

Podría así sostenerse que los actos que, aún alcanzando a una pluralidad de personas o de situaciones, no se incorporan con vocación de permanencia al ordenamiento jurídico, sino que se agotan en su cumplimiento más o menos inmediato, pueden ser considerados “actos administrativos” en lugar de “reglamentos,” con la consecuencia de que pueden ser impugnados judicialmente en forma directa.<sup>84</sup>

<sup>80</sup> MARTÍN RETORTILLO, LORENZO, “Actos administrativos generales y reglamentos,” en *Revista de Administración Pública*, Madrid, 40: 225, 249.

<sup>81</sup> Así lo ha resuelto p. ej. la CNCom., Sala B, *Coordinadora Color c. Inspección General de Justicia*, año 1983, ED, 104: 598, cons. 10, f), interesante fallo.

<sup>82</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. ult. cit.*; GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo, op. cit.*, pp. 229-300.

<sup>83</sup> HUTCHINSON, “La impugnación judicial de los reglamentos,” en *RADA*, 9: 31, 34.

<sup>84</sup> Ver también HUTCHINSON, *Régimen ..., op. cit.*, p. 83.

De todas maneras cabe apuntar que a partir de la incorporación constitucional de la categoría de los derechos de incidencia colectiva ha comenzado a ampliarse no solamente la legitimación contra los actos generales,<sup>85</sup> sino también y en su consecuencia los efectos de la sentencia, que ahora pueden ser *erga omnes*.<sup>86</sup>

### 8. Actos y contratos administrativos

No parece posible exponer en un sólo lugar lo referente a los actos unilaterales y también a los diversos *contratos administrativos*: obra pública, suministro, concesión de servicios públicos,<sup>87</sup> concesión de obra pública, uso del dominio público, etc.<sup>88</sup> La temática propia de los contratos administrativos presenta problemas fundamentales que nada tienen que ver con el acto unilateral.<sup>89</sup> Así se interpreta generalmente, por lo demás, lo dispuesto en el régimen del decreto-ley 19.549/72.<sup>90</sup> A veces se invocan *obiter dicta* de la CSJN para imputarle una concepción que encuadraría al *contrato* administrativo dentro del *acto* administrativo.<sup>91</sup> Pero no es esto cuestión que resuelva o pueda resolver la doctrina de un fallo. A nuestro modo de ver, tanto en el país como en el derecho comparado es cómoda y más

<sup>85</sup> Nos remitimos a lo expuesto en el t. 2, caps. II y III

<sup>86</sup> Ver t. 2, cap. II y “Los grandes fallos de la actualidad” en *Después de la reforma...*, *op. cit.*

<sup>87</sup> Ampliar *supra*, t. 2, cap. VI, “Servicios públicos,” MERTEHIKIAN, EDUARDO, “Servicios públicos, emergencia, delegación legislativa, renegociación, prestación privada y aprobación ficta por el Congreso (A propósito de las leyes 25.561, 25.790 y 25.820),” en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, Buenos Aires, La Ley, mayo 2004, Suplemento Especial, pp. 79-85.

<sup>88</sup> Conf. HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 137; *La Ley Nacional de Procedimientos administrativos*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1985, p.163, quien considera “categórica” la exclusión de los contratos en el decreto-ley. Pueden subdistinguirse grupos o matices como lo hacemos en el t. I, cap. XI, “Clasificación de los contratos administrativos:” no se trata de generalizar todo lo contractual en una única categoría jurídica. Conf. FLOGAÏTIS, SPYRIDON, *Les contrats administratifs*, Londres, Esperia, 1998; DE LAUBADÈRE, ANDRÉ; MODERNE, FRANK; DELVOLVÉ, P., *Traité des contrats administratifs*, t. I, París, LGDJ, 1983 y sus respectivas referencias.

<sup>89</sup> Esta cuestión resulta clara en GRANILLO OCAMPO, RAÚL ENRIQUE, *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Buenos Aires, Astrea, 1990. En el cap. I, § 11 y 12, al referirnos a los actos de los entes públicos no estatales, concesionarios y licenciatarios de servicios públicos, etc., señalamos que los unilaterales e individuales tienen elementos de derecho público, pero no sus contratos, en principio. El tema también ha sido plasmado en la obra GORDILLO (dir.) “El contrato administrativo en la actualidad,” *op.cit.*, donde se han tratados diversas problemáticas específicas en torno al contrato administrativo.

<sup>90</sup> BOTASSI, CARLOS ALFREDO, *Contratos de la administración provincial*, La Plata, Scotti, 1996, p. 24 y GRECCO, CARLOS MANUEL, “Procedimiento administrativo y contratos administrativos. (Variaciones sobre el art. 7º, párrafo final de la ley N° 19.549),” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 133 y ss., p. 136: “Advertimos, entonces, que para la ley el acto administrativo, el contrato del Estado y los reglamentos o, si se prefiere, actos administrativos de alcance general, condensan disímiles categorías.”

<sup>91</sup> Cabe destacar al efecto los valiosos y numerosos trabajos de COVIELLO, PEDRO J. J., recientemente “El contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 83 y ss., p. 89, donde considera que de este modo queda zanjado el diferendo doctrinario; del mismo autor, “El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” *ED*, 111: 845.

expresiva del derecho vigente la clasificación tripartita que distingue, por de pronto, los actos unilaterales y bi o plurilaterales como categorías diferenciadas y reserva la noción de acto administrativo para el acto administrativo individual.<sup>92</sup>

Los autores en general lo han entendido empíricamente así, al construir sus obras con partes distintas para el estudio de los contratos y de los actos administrativos.<sup>93</sup> Las obras sobre contratos administrativos, en esta línea empírica pero no por ello menos científica, se preocupan de diferenciarlos de los contratos privados, pero no suelen plantearse una comparación con el acto administrativo, de tan obvia que es la diferencia.<sup>94</sup> Hay puntos comunes, cierto es, pero las diferencias justifican una explicación separada para no inducir a confusiones entre dos regímenes que de hecho tienen todavía más diferencias que semejanzas.

A nivel teórico las posiciones siguen divergentes,<sup>95</sup> incluyendo quienes como MAIRAL controvierten —por sus efectos— incluso la teoría del contrato administrativo.<sup>96</sup> En otros temas de la materia hemos realizado intentos parecidos al de este agudo autor, como nuestra crítica al poder de policía, que empezamos en 1960 —siguiendo en ello a WALTER ANTONIOLLI— y mantenemos.<sup>97</sup> Hace poco un joven estudioso se lamentaba de lo poco que se escribe sobre esa materia y esa constatación de “omisión” de algún modo la consideramos el fruto exitoso de una larga batalla. Pues de eso se trataba en la especie, de que se resuelvan los problemas de derecho administrativo sin necesidad de recurrir a construcciones dogmáticas o de excesiva generalidad. Entendemos pues, desde esta óptica metodológica y volviendo al tema de los contratos administrativos, que ese es el

<sup>92</sup> Ver FLOGAÏTIS, *Les contrats administratifs*, op. cit., p. 35; BARRAGUIRRE, JORGE A., *Derecho administrativo*, Santa Fe, Juris, 1993, pp. 101-5.

<sup>93</sup> Incluso un autor que habla de la unilateralidad del contrato administrativo —noción ya exagerada o “extremista” como señala FLOGAÏTIS, op. ult. cit., p. 39—, no puede menos que hacerlo dentro de un libro referido, precisa e inevitablemente, a los “contratos administrativos.” PÉQUIGNOT, G., *Théorie générale du contrat administratif*, París, Pedone, 1945, p. 265.

<sup>94</sup> CHASE PLATE, LUIS ENRIQUE, *Los contratos públicos*, Asunción, Intercontinental Editora, 1998, p. 51 y sus referencias.

<sup>95</sup> Para una reseña de ellas puede verse FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE, “El surgimiento del contrato administrativo,” en LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO/ VOCOS CONESA, JUAN MARTÍN (coords.), *Perspectivas del Derecho Público en el umbral del siglo XXI*, Buenos Aires, FDA, 2003, § X, pp. 41-3.

<sup>96</sup> MAIRAL, HÉCTOR A., “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas,” en GORDILLO (dir.), op. ult. cit., 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, pp. 129-35. El debate comenzó por su art. “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo,” *ED*, 179: 655, que apunta a las prerrogativas implícitas en la concesión de servicios públicos; es un hecho que también recuerda FLOGAÏTIS, op. ult. cit., p. 39, respecto de PÉQUIGNOT, op. ult. cit. Se le ha objetado que generaliza demasiado: CASSAGNE, “Un intento doctrinario infructuoso: el rechazo de la figura del contrato administrativo,” *ED*, 180: 773; replicado en MAIRAL, “El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo,” *ED*, 180: 849. Ver también MAIRAL, “La teoría del contrato administrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, CA, 2000, pp. 209-14.

<sup>97</sup> *Supra*, t. 2, cap. V, “El «poder de policía»” y nuestro art. “Policía y Poder de Policía,” en AA.VV., *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires, Rap, 2004, pp. 237-41; y las referencias de este t. 3, “Introducción,” nota 1.

alcance de la crítica de MAIRAL, especialmente cuestionar las potestades implícitas del comitente.<sup>98</sup>

En todo caso, el juego argumental siempre debe analizar el régimen y no las esencias, para evitar discusiones fútiles como la anteriormente analizada referida a si las personas públicas no estatales pueden o no dictar actos administrativos: en sentido de actos unilaterales, sí;<sup>99</sup> en sentido de contratos administrativos, no.<sup>100</sup> En cuanto a sus relaciones contractuales con los usuarios, hay elementos de derecho público como la tarifa, prohibición de ganancias “sin límite objetivo alguno,”<sup>101</sup> condiciones del servicio, etc., que son indubitables en cuanto tales; también hay diferencias en cuanto a la responsabilidad del concesionario o licenciatario y del Estado, por la prestación del servicio público.<sup>102</sup> No puede hacerse una sola categoría con esta multiplicidad de situaciones.

El régimen de contrataciones del sector público nacional constituye un procedimiento administrativo especial, de conformidad con lo establecido en el art. 2° del decreto 722/96, modificado por decreto 1155/97. Siendo ello así, los actos dictados durante el procedimiento de selección, se rigen por su propia normativa, sin perjuicio de la aplicación supletoria del decreto-ley 19.549/72.

Respecto de los actos dictados durante la ejecución del contrato, también existe un importante grado de controversia jurisprudencial acerca del régimen que corresponde reconocer a los actos que la administración dicta en la ejecución de un contrato, que suelen ser unilaterales pero también pueden importar acuerdos sobre la ejecución del contrato.

Aquellos que son unilaterales a su vez resultan alcanzados por la regla de que la conducta de las partes —ambas partes, desde luego— es la mejor guía para interpretar su voluntad en el contrato; con ello nacen dudas acerca de si cada uno de ellos debe ser impugnado individualmente, o si puede esperarse a la conclusión del contrato para realizar un estudio global de toda la relación jurídica entre las partes, como postulan los pliegos internacionales de la FIDIC, Federación Internacional de Ingenieros Consultores; no creemos que esté resuelta pacífica y categóricamente.

<sup>98</sup> En lo que, como dice al final de la controversia, ambos coinciden.

<sup>99</sup> Nos remitimos al cap. I, § 12, “Distintos ejemplos de actos administrativos de personas no estatales.”

<sup>100</sup> Salvo BARRA, bien podría afirmarse que la hipótesis es todavía impensable para la mayor parte de los autores, como se advierte en GRANILLO OCAMPO, *op. cit.*, cap. II, p. 65 y ss. Sin embargo, los contratos de concesión o licencia suelen exigir la licitación pública para tales contrataciones con proveedores y otros medios para asegurar la transparencia de ellas y que no encubran costos artificiales que se pretenda luego “trasladar” a la tarifa. Por eso se prohíben también las autocontrataciones con el mismo grupo económico, los subsidios cruzados, etc.

<sup>101</sup> Ver t. 1, cap. XI, § 6.2, “Interpretación restrictiva de sus potestades y amplia de los derechos de los usuarios” y 6.4, “Reducción de ganancias excesivas” y los fallos que allí se citan, p. ej. 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.”

<sup>102</sup> Para el tema de la responsabilidad nos remitimos al cap. XIX, “La responsabilidad civil de los funcionarios” del t. 2, y sus referencias; CSJN, *Ferreira*, 2006, *Fallos*, 329: 646.



La primera fue la solución del plenario *Petracca e Hijos S.A.*,<sup>103</sup> la segunda de la CSJN en *Mevopal S.A.*<sup>104</sup> y *OKS*,<sup>105</sup> que luego ésta parece abandonar en *Gypobras S.A.*,<sup>106</sup> sin por ello olvidar el pronunciamiento de la CSJN recaído en *Serra*.<sup>107</sup> En el derecho francés se recurría a la expresión acto separable, para destacar que pueden ser impugnados en forma autónoma del procedimiento contractual al cual se refieren; entre nosotros ha hecho avances la denominación de actos coligados o simplemente ligados. Por su especificidad, corresponde remitirse a los trabajos dedicados al análisis del tema.<sup>108</sup>

Las diferencias entre el contrato (acto bilateral) y el acto administrativo (acto unilateral) son mayores que las similitudes y marcan dos instituciones bien diversas del derecho administrativo. Cualquier libro de la materia con uno o más acápites especiales sobre los contratos administrativos, muestra de hecho cómo no es posible analizar conjuntamente los contratos y los actos unilaterales de la administración. De allí se sigue, para nosotros, que tampoco conviene conceptualizarlos conjuntamente.

El decreto-ley 19.549/72 es categórico en excluir a los contratos administrativos, al disponer en su art. 7° *in fine* que “Los contratos que celebrare el Estado, los permisos y las concesiones administrativas se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de la normas del presente Título, si ello fuera procedente.” La solución de este decreto-ley se enfatiza por el posterior decreto 1023/01,<sup>109</sup> de dudosa constitucionalidad formal en cuanto a la competencia, el cual sustituye del siguiente modo esa parte del art. 7°, en su art. 36: “Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto

<sup>103</sup> LL, 1986-D, 10.

<sup>104</sup> ED, 118: 377, con nota de CASSAGNE, “El plazo de caducidad del artículo de la ley 19.549 y su inaplicabilidad a los actos unilaterales vinculados a contratos administrativos.” En cuanto al empleo del vocablo “ley” o “decreto-ley” ver las referencias que hicieramos *supra*, “Introducción,” nota 1, y en el t. 1, cap. I, § 4 y 5.

<sup>105</sup> ED, 122:694.

<sup>106</sup> Ver TAWIL, GUIDO SANTIAGO, “El art. 25 de la ley 19.549 en la reciente jurisprudencia de nuestra Corte Suprema,” LL, 1995-E, 473.

<sup>107</sup> LL, 1995-A, 40. En este pronunciamiento la CSJN determinó que si el derecho del actor a accionar judicialmente nace de la relación contractual con la administración y no del acto administrativo que rechazó su pretensión, no era necesario interponer demanda judicial en el plazo del art. 25 del decreto-ley 19.549/72. Pero hay toda clase de pronunciamientos en esta materia y no puede considerarse que la cuestión esté definitivamente resuelta.

<sup>108</sup> BARRA, RODOLFO CARLOS, *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, Buenos Aires, Ábaco, 1989; COVIELLO, PEDRO J. J., “Estudio preliminar,” en MERTEHİKIAN, EDUARDO, *Estudios sobre contratación pública*, Buenos Aires, Ed. Ciencias de la Administración, 1996, p. 54 y ss. y sus referencias. CSJN, *Serra*, LL, 1995-A, 401; CNFed. CA, Sala V, *Compañía Misionera de Construcciones S.A.*, 27-IV-98, cap. IV, párrafo sexto.

<sup>109</sup> Para un análisis crítico del decreto 1023/01 ver MAIRAL, “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas,” *op. cit.*, § III, p. 7 y ss.; “Los contratos administrativos, en el marco de la emergencia pública argentina,” *op. cit.*, pp. 132-3.

fuere pertinente.”<sup>110</sup> Igual solución rige en el ámbito local de la Ciudad de Buenos Aires.<sup>111</sup> Además y como dice LINARES,<sup>112</sup> “Si se examina el contrato administrativo, se advierte que, desde el punto de vista *orgánico*, no es puramente estatal ya que los sujetos creadores son un órgano estatal y un sujeto no estatal, con intereses contrapuestos, que constituyen, como circunstancia existencial antecedente y fuente, una común declaración jurídica.” Esta diferencia entre el acto administrativo como acto principal estatal o al menos dictado en ejercicio de funciones del Estado y el contrato administrativo como una declaración de voluntad común a la cual concurre un sujeto de derecho ajeno al Estado y en ejercicio generalmente de competencia privada, es de suficiente importancia como para recogerla a nivel conceptual. Las reglas de interpretación necesariamente variarán, será necesario considerar la capacidad y el consentimiento del particular como elementos del acto,<sup>113</sup> e incluir los vicios de la voluntad del particular como aspectos que determinarán también la validez del contrato administrativo, etc. Por lo demás, mal se podría postular la presunción de legitimidad y la ejecutividad —notas clásicas del acto administrativo— para un contrato de la administración con un particular.<sup>114</sup> También la responsabilidad del Estado, como es obvio, es diferente según ella sea contractual (contrato administrativo) o extracontractual (acto, hecho u omisión administrativa, reglamento).<sup>115</sup> El contrato es una construcción demasiado específica y con sus complejidades propias,<sup>116</sup> como para subsumirla fácil y totalmente dentro de la categoría genérica de los actos jurídico administrativos. Queda con ello dicho que los contratos se rigen por sus normas y principios especiales y que sólo subsidiariamente, o analógicamente,<sup>117</sup> se recurrirá

<sup>110</sup> Se ha querido terminar así con las discusiones acerca de si la aplicación era “supletoria” o “analógica.” En todo caso, siguen siendo normas y soluciones distintas para los actos unilaterales y los contratos. En contra COMADIRA, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed., cap. II, § 1.5.7, pp. 46-7: “La aplicación directa, no ya analógica, dispuesta ahora por la norma, refuerza la postura [...] según la cual los contratos son concebidos por la ley como actos administrativos” (p. 47); *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2003, cap. 2, § 2.5.2, pp. 18-9.

<sup>111</sup> Artículo 7 del Decreto 1510/97, ratificado por Resolución Nro. 41/LCBA/98.

<sup>112</sup> LINARES, *Fundamentos...*, op. cit., p. 202.

<sup>113</sup> DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, 2ª ed., p. 205; CABRAL, JULIO E., “El acto administrativo y sus elementos esenciales,” *ED*, 42: 847.

<sup>114</sup> Lo ha señalado BACACORZO, GUSTAVO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, (*Substantivo*), Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1997, 2ª ed., p. 275.

<sup>115</sup> Ver MABROMATA, ENRIQUE G., “El lucro cesante en la revocación de los contratos administrativos,” *LL*, 1994-B, 352, nota al fallo *Ruiz Orrico, CSJN*, 1993 y sus referencias, entre ellas MARIENHOFF, *LL*, 1991-C, 1080; *ED*, 114: 949.

<sup>116</sup> Ver VEGA, SUSANA ELENA, “Política, economía y derecho: las tres dimensiones de la contratación administrativa,” en GORDILLO (dir.), *El Contrato Administrativo...*, op. cit., pp. 153-8.

<sup>117</sup> Como decía originariamente el decreto-ley. Pensamos que sus autores han incurrido en un simple error material, antes que en la utilización formal de un determinado concepto, al expresar que la aplicación de dicho decreto-ley será “analógica” para los contratos administrativos y no “subsidiaria” o “supletoria.” El tema teórico ha sido ya aclarado suficientemente por LINARES, JUAN FRANCISCO, *Caso administrativo no previsto*, Buenos Aires, Astrea, 1976, p. 91 y ss., p. 104 y ss., pp. 110-1, 113, 125. En lo que se refiere a la redacción actual del art. 7º, ver las referencias indicadas *supra*, nota 110.

a las normas y principios de los actos unilaterales; al final de cuentas, también se recurre en ocasiones al Código Civil y no por ello se postula que los actos o contratos administrativos dejen de serlo o corresponda abandonar la noción, salvo el cuestionamiento que hiciera MAIRAL en cuanto a su demostrada peligrosidad.<sup>118</sup>

La distinción del derecho positivo, tanto argentino como comparado, sigue siendo a nuestro modo de ver tan nítida como antes en esta materia. La discusión aparenta ser inagotable y más práctico es remitirse al modo en que los autores tratan el tema en sus obras. El que no explica todo junto, es que prefiere diferenciar.<sup>119</sup> En algunos temas puntuales es frecuente y casi inevitable que se mezclen temas de acto y de contrato. Así en materia de extinción de actos por revocación, rescate, caducidad, que tratamos de ese modo.<sup>120</sup> Ello para insistir en que ninguna de estas cuestiones de conceptos y definiciones puede ser planteada ni resuelta en términos demasiado categóricos, como ya explicamos.<sup>121</sup> Cualquiera de las definiciones y clasificaciones que se elija tendrá siempre sus virtudes y sus defectos, pues nunca se encontrará una perfecta. En tal sentido, los autores que intentan la asimilación terminológica se ven obligados a pesar de todo a elegir fórmulas como “acto — contrato,”<sup>122</sup> demostrando a nuestro juicio la incomodidad semántica de tal elección.

### 9. La distinción entre acto unilateral y bilateral

Al caracterizar al acto administrativo como unilateral y al contrato administrativo como bi o plurilateral, se hace necesario considerar el alcance de la uni o bilateralidad.

En este sentido, puede distinguirse la uni o bilateralidad tanto en la *formación* del acto (si concurre a él la voluntad de un sólo sujeto de derecho, o la voluntad de más de un sujeto de derecho) como en sus *efectos* (si el acto crea derechos y deberes para un sólo sujeto o para más de uno). El contrato administrativo sería

<sup>118</sup> *Supra*, “Introducción,” nota 3 *in fine*. A nuestro juicio, el debate que iniciara sobre la peligrosidad de la noción de contrato administrativo ha quedado ampliamente resuelto, por los hechos, en el sentido que él mismo indicara. Así lo hemos sostenido en nuestra intervención en las Jornadas realizadas en la Universidad Austral el año 2006 en homenaje a JULIO RODOLFO COMADIRA, en prensa: “El debate que iniciara MAIRAL ha concluido. Tenía razón. Hoy está demostrado en los hechos.”

<sup>119</sup> Es lo mismo que señaló CARRIÓ, optar entre el sistema métrico decimal o el sistema de medición de los ingleses: *supra*, t. 1, cap. I, § 8.2, “Definición y clasificación.” Como ya recordamos *supra*, § 6, “La prueba práctica de la conveniencia de una u otra terminología,” si se dice optar por uno, lógico es usarlo. Pero si alguien dice que prefiere el sistema de medición de los ingleses y preguntado por su altura contesta “un metro setenta centímetros,” entonces su primera afirmación es falsa.

<sup>120</sup> Ver *infra*, cap. XIII, “Extinción,” donde precisamente haremos referencia a autores que han escrito sobre el tema desde la perspectiva simultánea de los actos unilaterales y contractuales de la administración.

<sup>121</sup> En la primera parte del cap. I, “El método en derecho,” del t. 1.

<sup>122</sup> El uso de expresiones tales como “el acto — contrato — administrativo” o “los contratos administrativos — en tanto actos administrativos —,” en efecto, no parece resultar cómodo, lo que se advierte en el interesante trabajo de MURATORIO, JORGE I., “Los contratos administrativos viciados de nulidad absoluta,” *LL*, 1995-D, 1205, 1218, quien a pesar de afirmar que toma partido por la tesis verbal de la identidad, p. 1208, no obstante emplea en su título la forma verbal dual: debe ser mejor.

la expresión típica del acto bilateral tanto en su formación como en sus efectos,<sup>123</sup> quedando para el acto administrativo la posibilidad de un triple planteo: a) que el acto sea unilateral en su formación y en sus efectos: en esto no hay discusión alguna; b) que el acto sea unilateral en su formación y bilateral en sus efectos. No todos los autores admiten esta categoría; c) que el acto sea bilateral en su formación y unilateral en sus efectos; otros autores entienden que en estos casos no hay en realidad acto bilateral, sino dos voluntades que concurren sin integrarse en un sólo acto.

### 10. *El acto unilateral en su formación, de efectos bilaterales*

Si bien hay quien entiende que hablar de un acto unilateral productor de consecuencias bilaterales sería una construcción artificial o caprichosa, a nuestro modo de ver la mayor parte de los actos administrativos se encuentran en esa condición:<sup>124</sup> cuando la administración ejerce las diversas facultades que el ordenamiento jurídico le acuerda, e impone una multa, determina una obligación tributaria, clausura un negocio, sanciona a un funcionario, concede una jubilación de oficio, etc., en todos estos casos en que el Estado ejerce una potestad legal para imponer un deber jurídico, la voluntad del individuo no participa en la formación del acto, que es entonces en ese aspecto estrictamente unilateral. Sin embargo, del hecho de que el objeto principal del acto sea eventualmente imponer un deber al individuo, p. ej., no se desprende la conclusión de que sólo para él emerjan consecuencias jurídicas. Por el contrario, la administración también está obligada por el acto que ha dictado: no puede agravar la sanción que ha aplicado, una vez que ésta ha sido recurrida.<sup>125</sup> No puede desconocer los hechos en que se ha fundado para dictar la resolución, si el individuo acepta que son reales pero aduce que no justifican la decisión, por desproporcionada, irrazonable, etc.<sup>126</sup> Si el acto es ilegítimo y causa un daño, la administración está obligada a indemnizarlo. Aunque el acto ilegítimo no ocasione un perjuicio, la administración tiene el deber de revocarlo en virtud del principio de la legalidad objetiva y de la impulsión de oficio y el particular tiene el derecho de atacarlo, etc. En otras palabras, cuando la administración impone un deber al individuo, el acto es bilateral en sus efectos pues no sólo obliga al particular sino que también obliga a la administración en la medida que se acaba de explicar. Sin embargo, es un acto típicamente unilateral en su formación. Lo mismo puede decirse y con mayor razón aún, de los actos que

<sup>123</sup> La Corte Suprema, con todo, en una ocasión consideró que el acogimiento a un régimen de promoción industrial era bilateral en su formación y efectos, sin ser contrato: *Metalmecánica, S.A.*, ED, 71: 463; sigue así a MARIENHOFF.

<sup>124</sup> Confr. DIEZ, *op. cit.*, t. III, p. 19.

<sup>125</sup> O incluso antes, por efecto del principio de la “cosa juzgada administrativa” que más adelante en esta misma obra se analiza; a su vez, interpuesto un recurso, no es admisible la *reformatio in pejus* y por ello no puede agravarse la sanción.

<sup>126</sup> Ver, en esta misma obra, lo referente a la “razonabilidad” del acto, *infra*, cap. IX, § 8 y cap. X, § 9; un desarrollo más general en el t. 1, *op. cit.*, cap. VI, § 8 y ss.

en lugar de imponer un deber otorgan un derecho, como puede ser una jubilación de oficio, un beneficio asistencial, etc., en los casos en que puede dictarse el acto aún contra la voluntad del interesado. En tales hipótesis la administración no sólo concede un derecho al individuo, sino que también le impone deberes correlativos: no ejercer otro trabajo remunerado, o no hacerlo sin previa autorización, residir en el país, etc.; la administración tiene así correlativamente, también derechos y deberes que emergen del acto. Luego, el acto es en tales casos también bilateral en sus efectos. Por ello concluimos que debe reservarse la expresión “contrato administrativo” para el que produce efectos bilaterales y es además producto de una declaración de voluntad común.<sup>127</sup>

La circunstancia de que el acto sea unilateral no significa que falte fundamento legal de los derechos y obligaciones que de ese acto emergen: dicho fundamento habrá de encontrarse en las normas que otorguen al órgano la potestad de que se trate.<sup>128</sup> Claro está, si se trata de un acto que *no puede dictarse sino a petición del interesado*, al que nos referiremos con más detención en el número siguiente, entonces es correcta la afirmación de que la administración no tendría la facultad de dictar el acto imponiendo su contenido al particular; pero ello ocurre sólo en esos casos. En los demás casos el fundamento de la imposición que cualquier acto administrativo unilateral hace, es siempre una norma legal que expresamente faculta a la administración a aplicar la sanción, cobrar el impuesto, crear la obligación, etc. En todas estas situaciones, es indiscutible el fundamento legal de la actuación administrativa y nada ha de extrañar en consecuencia que en virtud de tales facultades el Estado *unilateralmente* imponga un deber a un particular, sin perjuicio de resultar también él obligado a resultas de ese acto, según ya se explicó.

## 11. Los actos que requieren solicitud o aceptación

### 11.1. Efectos del acto: pueden ser bilaterales

Hay una serie de actos que sólo pueden dictarse con la conformidad del interesado, manifestada generalmente como un *pedido o solicitud*: Así, una solicitud de inscripción en la Facultad, una solicitud de retiro voluntario, la inscripción en

<sup>127</sup> LINARES llega a igual conclusión, pero la fundamenta en que en estos casos “aparece como lo principal y directo lo que establece el Estado como obligación a su cargo, en la jubilación; o como obligación a cargo del individuo en la orden administrativa. En el caso del contrato administrativo [...] los derechos y obligaciones de las partes son en cambio igualmente directas y principales.” Ver LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 203. Sigue el mismo criterio ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1971, p. 308.

<sup>128</sup> Tal como lo explicamos *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. XII, § 6, al señalar el alcance de la competencia del órgano. Conviene reiterar aquí que las facultades del órgano surgirán en forma expresa o razonablemente implícita de las *normas* pertinentes, siendo metajurídico pretender reconocerle a sus actos virtualidades que no emerjan del orden jurídico, como podría ser una supuesta potestad extranormativa de “mando” y otra semejante. En el presente vol. se encontrará la misma forma de encarar este problema, en materia de ejecutoriedad del acto administrativo, *infra*, cap.VII.

un concurso para un premio, para una beca, etc. La doctrina alemana expresa que estos actos necesitan una voluntad concurrente o coadyuvante, que es la manifestación del interesado;<sup>129</sup> otros autores estiman que en tales hipótesis la voluntad del individuo es la causa del acto<sup>130</sup> y algunos opinan que se trata de un acto bilateral en su formación aunque unilateral en sus efectos.

No compartimos el criterio de que estos actos puedan ser bilaterales en su formación, pero que no pueden ser bilaterales en sus efectos, pues si el efecto del acto es conferir un derecho al individuo, ese derecho siempre implica algunos deberes que él deberá cumplir y opera también simultáneamente como un deber de la administración.

Los efectos jurídicos alcanzan entonces por igual a ambas partes. El otorgamiento de una beca obliga tanto a la administración como al becado; la inscripción en la Facultad obliga tanto a la Facultad como al estudiante, etc.

Este punto ya lo aclaró suficientemente la doctrina alemana<sup>131</sup> en el sentido de que de actos de esta índole no sólo pueden surgir derechos para los individuos, sino también deberes; no nos parece discutible que los efectos del acto sean bilaterales. No consideramos por ello que pueda hablarse de actos bilaterales de efectos *unilaterales* en los casos expresados.

### 11.2. *La formación del acto*

Ahora bien, en lo que hace a la formación del acto, no es nueva la posición que estima que se trata en estos casos de un acto bilateral. Este criterio fue sostenido por WALTER JELLINEK,<sup>132</sup> quien recibió por ello la crítica unánime de la doctrina alemana, que consideró se trataba de una expresión confusa y que llevaba a error.<sup>133</sup> Expresa SCHLOCHAUER, en tal sentido, que esta denominación es equívoca, pues lleva a una confusión con el contrato de derecho público,<sup>134</sup> aspecto éste sobre el que también insiste FORSTHOFF.<sup>135</sup>

Nosotros también consideramos que induce a equívocos innecesarios hablar de un acto bilateral en lo que hace a su *formación* si no estamos en el supuesto

<sup>129</sup>“Coadyuvante” en la traducción española a FORSTHOFF, por LEGAZ LACAMBRA, GARRIDO FALLA y GÓMEZ DE ORTEGA Y JUNGE, *op. cit.*, p. 294. La expresión alemana es *mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt*. Hubiéramos preferido traducir esta expresión como “acto que necesita una voluntad concurrente,” pues el significado de esta última palabra, “concurrente,” no sólo es más claro en nuestro idioma, sino que corresponde mejor al vocablo *mitwirkung* del alemán.

<sup>130</sup>GARRIDO FALLA, t. I, *op. cit.*, 4ª ed., pp. 443-5; 10ª ed., p. 440 y nota 92.

<sup>131</sup>SCHLOCHAUER, HANS-JÜRGEN, *Öffentliches Recht*, Karlsruhe, 1957, p. 182; FORSTHOFF, ERNST, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, t. I, Munich y Berlín, 1961, 8ª ed., p. 194 y ss. En el tema de este acápite nos seguiremos refiriendo a la octava edición alemana de esta obra y no a la traducción española de la quinta edición alemana. Ver también, en el sentido que indicamos, DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, p. 21.

<sup>132</sup>*Verwaltungsrecht*, t. II, 1924, 3ª ed., pp. 149-51.

<sup>133</sup>FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, *op. cit.*, p. 195; SCHLOCHAUER, *Öffentliches Recht*, *op. cit.*, 182 y otros.

<sup>134</sup>SCHLOCHAUER, *op. loc. cit.*

<sup>135</sup>*Op. cit.*, p. 196.

concreto del contrato administrativo. No se trata de negar importancia a la voluntad del individuo<sup>136</sup> ni de afirmar que pueda prescindirse de su asentimiento para el dictado de una decisión eficaz, en este tipo de actos, sino de poner en su justo lugar la posición que esa voluntad ocupa en la estructura del acto. Afir- mar, p. ej., que en estos casos la expresión de voluntad del individuo *integra* el respectivo acto administrativo, permitiendo su formación y existencia, llevaría a la conclusión de que un acto dictado sin la petición del particular no tendría existencia jurídica, le faltaría un elemento esencial. De seguirse tal criterio, un acto de este tipo, dictado sin la petición del interesado, resultaría ser totalmente nulo y no podría sanearse con la posterior manifestación de voluntad del inte- resado, aceptando el beneficio.<sup>137</sup> La conclusión nos parece inadecuada, pues es claro que el asentimiento también puede expresarse después.<sup>138</sup>

Esa conclusión demuestra que el criterio a que responde no es aceptable: no se pensará que si la administración ha querido concedernos algo que pudiéramos haber pedido pero no pedimos, no podremos tampoco aceptarlo, porque ha faltado nuestra voluntad en la emanación del acto... Por ello compartimos la opinión de la doctrina que estima que el acto administrativo no deja de ser unilateral en su formación, para transformarse en bilateral, porque sea necesaria su aceptación o solicitud por parte del interesado.

De otro modo podría resultar que si un particular *consiente* un acto que le impone un deber jurídico y ha sido dictado unilateralmente por la administra- ción, dicho consentimiento lo transforma de unilateral en bilateral, lo que no sería correcto.<sup>139</sup>

Además, con aquel criterio resultaría de hecho que cualquier petición del inte- resado que fuese atendida por la administración, formaría un acto bilateral. Un recurso jerárquico interpuesto por un individuo contra un acto, al ser aceptado no constituye acto bilateral; un pedido de pronto despacho, al ser proveído dene- gándose el reclamo de fondo pero resolviendo prontamente como se pedía, no da lugar a un acto bilateral, etc.

No creemos tampoco que pueda distinguirse, dentro de las peticiones de los individuos, aquellas que se refieren solamente al trámite con fundamento en que las providencias recaídas en el trámite pueden ser contrarias a la petición;

<sup>136</sup> Tampoco sería justo hacer esa crítica a la doctrina alemana, en la cual la teoría del acto necesi- tado de coadyuvante justamente viene a realzar el significado de esa voluntad, insistiendo en que su ausencia vicia el acto. Se abandona así la vieja concepción imperial que permitía que el Estado pudiera p. ej. obligar a un particular a ser funcionario público. Ver TUREGG, *op. cit.*, pp. 120-21.

<sup>137</sup> Por nuestra parte, pensamos que es admisible una aceptación *ulterior* al acto y que se produce frecuentemente; en la realidad ocurre que sólo en casos excepcionales puede considerarse ineludible la manifestación de voluntad *antes* de la emisión del acto, tales como los que trae FORSTHOFF, *op. cit.* (ed. alemana), p. 197.

<sup>138</sup> FORSTHOFF, *op. cit.* (ed. alemana), p. 196.

<sup>139</sup> Ver SCHLOCHAUER, *op. cit.*, pp. 182-3, donde distingue el acto necesitado de coadyuvante, del acto al cual el particular se somete; también FORSTHOFF, *op. cit.* (ed. alemana), p. 196.

esto no marca diferencias con el resto de las peticiones, que también pueden ser denegadas.

Tampoco podría hacerse la diferencia expresando que las medidas de trámite pueden dictarse de oficio, sin la petición del interesado, pues si bien esto es válido en algunos casos no lo es en todos: el recurso administrativo, *v. gr.*, no puede considerarse interpuesto de oficio, sino que requiere la manifestación de voluntad del interesado, a pesar de lo cual no podrá considerarse que la aceptación del recurso comporta un acto bilateral de la administración y el recurrente.

En conclusión: Ni la solicitud del interesado, aceptada por la administración,<sup>140</sup> ni el acto de la administración, consentido por el particular, dan lugar de por sí a la formación de actos bilaterales;<sup>141</sup> sin que ello signifique, por cierto, que pueda prescindirse en el primer caso de la voluntad del interesado, ni que ella carezca de relevancia en el segundo. Lo que sí quiere decir es que no es admisible que exista un acto bilateral en su formación (según este criterio) y bilateral en sus efectos (según ya vimos, la bilateralidad de los efectos es común) que no sea contrato administrativo. En consecuencia, no compartimos la aparición de categorías conceptuales intermedias y entendemos que si hay acuerdo de voluntades en la formación y bilateralidad en los efectos, estamos ante un contrato administrativo; que, a la inversa, *si no se da esa bilateralidad simultáneamente en ambas hipótesis, se trata de un acto administrativo unilateral*. Admitimos, por fin, que un acto administrativo unilateral pueda producir efectos jurídicos bilaterales, obligar al individuo y a la administración, pero negamos que puedan darse actos administrativos bilaterales que produzcan efectos jurídicos unilaterales: Acuerdos de voluntades que obliguen a una sola de las partes.

## 12. Conclusión

En sentido lato, pues, todo acto dictado en ejercicio de la función administrativa es un acto de la administración; e igualmente en sentido lato puede decirse que acto administrativo es toda declaración realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos. Pero dentro de estos actos no se aplican los mismos principios para los contractuales que para los unilaterales, ni a su vez dentro de los unilaterales, para los generales que para los individuales.

Dado que los contratos tienen un régimen jurídico específico claramente definido y que los actos generales (reglamentos) también tienen un régimen jurídico de ciertas particularidades, no parece sino lógico separarlos como categorías propias y reservar el nombre de “actos administrativos” —ahora en sentido restringido y técnico— para los actos unilaterales e individuales: Se trata de una razón empírica, que no pretende tener base dogmática *a priori* alguna, pero que

<sup>140</sup> DIEZ, *op. cit.*, t. III, p. 19-20.

<sup>141</sup> La CSJN *in re Metalmecánica S.A.* (ED, 71: 463) utiliza palabras que parecen indicar lo contrario, pero se trataba del acogimiento a un plan de promoción industrial que por cierto generó obligaciones y derechos, pero no justifica a nuestro juicio la terminología en cuestión.



es práctica y contribuye a esclarecer los conceptos.<sup>142</sup> Más aún, por un capricho del lenguaje, es frecuente que los autores utilicemos el sobrante “acto de la administración” para referirnos a los actos no productores de efectos jurídicos directos que la administración produce. Ello muestra más que a las claras que estamos meramente en búsqueda de convenciones verbales con las cuales entendernos recíprocamente, no en la determinación de ninguna verdad absoluta.

Es importante destacar entonces que el fundamento de esta restricción en el concepto no es teórico, sino práctico. El que se designe como “acto administrativo” sólo a una porción limitada de los actos jurídicos realizados en ejercicio de la función administrativa, no significa que los demás actos (contratos y reglamentos) dejen de pertenecer a dicha función; no es que no sean “administrativos” en su sustancia, ni que dejen de tener el régimen general que corresponde a la función administrativa por oposición a las funciones legislativa y jurisdiccional; se hace la distinción tan sólo tratando de establecer, *dentro del régimen jurídico de la función administrativa*, algunas diferencias específicas que no varían el régimen general sino que lo particularizan en distintos sentidos y hacer luego una elección semántica que permita la comprensión recíproca.

En suma, definir al acto administrativo como una decisión general o especial no es erróneo, pero implica alejarse de la realidad del lenguaje cotidiano, porque su excesiva amplitud no permite obtener consecuencia alguna de ello ni aplicar directamente las diferencias específicas mencionadas. El uso de la denominación se aplica más convenientemente al acto jurídico<sup>143</sup> unilateral e individual (o concreto, particular, etc.) realizado en ejercicio de la función administrativa.

### 13. *Noción de acto administrativo*

Por todo lo expuesto habíamos estipulado, desde 1963, llamar acto administrativo a una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata.<sup>144</sup> Con las reflexiones de Mairal sobre los meros pronunciamientos administrativos, actos emanados de la administración que no son susceptibles de modificar la esfera de derechos del particular, ajustamos la misma definición en el sentido siguiente:

<sup>142</sup> Así carece también de relación con el tema decir que los contratos y reglamentos también son administrativos, o que no todos los actos de la administración son unilaterales, ya que eso es obvio e innegable; lo que ocurre es otra cosa: que el concepto de “acto administrativo” es en adelante empleado como término técnico de alcance restringido y no como amplio concepto informal. Cfr. ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 195.

<sup>143</sup> *Id est*, acto productor, en forma directa e inmediata, de efectos jurídicos.

<sup>144</sup> Nos parece tener un apreciable grado de seguimiento, p. ej. en las leyes de Catamarca, Corrientes, La Rioja, Mendoza, Neuquén, Salta. La doctrina entiende que es la idea predominante, *u.gr.*, BOTASSI, CARLOS A., *Procedimiento administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 1988, p. 371 y nota 472; BUJ MONTERO, *op. cit.*, p. 159. Un balance distinto en LINARES, JUAN FRANCISCO, “El concepto de acto administrativo y su definición,” en AADA, *Procedimiento administrativo*, La Plata, Colegio de Abogados y AADA, 1981, pp. 5-10.

*una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa apta para producir efectos jurídicos individuales en forma inmediata.*

a) *declaración*;<sup>145</sup> o sea que es una exteriorización intelectual, que toma para su expresión y comprensión datos simbólicos (lenguaje hablado o escrito; signos convencionales, etc.), de significación figurada, que se hacen accesibles al intelecto de los demás individuos sólo mediante un proceso de análisis y conversión.

Además, por tratarse de una declaración, se refiere sólo al momento externo del proceso intelectual; a la emisión o exteriorización del mismo; por lo que comprende la emisión de cualquier producto de la psiquis: volición, cognición, opinión;

b) *unilateral*;<sup>146</sup> es decir, se excluyen del concepto de acto administrativo a los contratos, por cuanto los mismos tienen un régimen jurídico particular, dentro del genérico correspondiente a la función administrativa.

c) *realizada en ejercicio de la función administrativa*:<sup>147</sup> No decimos declaración “de la administración” pues el concepto de ésta se particulariza a órganos administrativos y ya hemos visto que también los jueces y el Congreso, que no son órganos administrativos, realizan en ciertos casos funciones administrativas regidas por el derecho administrativo. Debe recordarse que algunos actos que tradicionalmente se consideran función administrativa de los jueces y legisladores (jurisdicción voluntaria y leyes concretas, respectivamente) deben ser asimilados preferentemente a la función específica del órgano (jurisdiccional o legislativa) por su mayor nexo conceptual y formal con la misma, que con la función administrativa.<sup>148</sup> Los actos producidos en tales actividades, pues, no habrán de considerarse como actos administrativos, sino como actos relativos a la función específica del órgano. Pero, en cambio, otros actos de función administrativa realizados por esos órganos jurisdiccionales y legislativos (p. ej., en lo relativo a organización, medios y personal) sí serán actos administrativos;

d) *apta para producir efectos*:<sup>149</sup> No se habla de “destinada a producir” en virtud de que los efectos jurídicos no se aprecian exclusivamente con relación a la voluntad del agente, sino que pueden llegar a producirse con independencia de ella; pero desde esta 9ª ed. precisamos que debe tener aptitud legal para producir el efecto de que se trate;

e) *jurídicos*:<sup>150</sup> La aclaración de que los efectos que surgen del acto son jurídicos es imprescindible y no se evita diciendo que la declaración proviene de la admi-

<sup>145</sup> Ver *supra*, cap. III, § 5, “El acto administrativo como manifestación de voluntad” a § 9, “Conclusión acerca de la distinción entre actos y hechos administrativos.”

<sup>146</sup> Ver *supra*, § 8, “Actos y contratos administrativos” a § 11, “Los actos que requieren solicitud o aceptación.”

<sup>147</sup> Ver *supra*, cap. I, “El acto administrativo como parte de la función administrativa.”

<sup>148</sup> Ampliar *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. IX, “Las funciones del poder.”

<sup>149</sup> Ver cap. II, § 6, “Criterio subjetivo u objetivo de la producción de efectos jurídicos.”

<sup>150</sup> Ver cap. II, § 3, “Los efectos jurídicos no necesitan ser definitivos” a § 15, “Conclusión.”

nistración activa, pues no todos los actos de la administración activa producen efectos jurídicos, tales como comunicaciones, felicitaciones, invitaciones, etc.

*f) individuales:*<sup>151</sup> O sea, se excluyen del concepto de acto administrativo a los actos generales —reglamentos— por cuanto éstos tienen un régimen jurídico especial, dentro del género de los actos de la función administrativa;

*g) en forma inmediata:*<sup>152</sup> Es esencial al concepto de acto administrativo que los efectos jurídicos sean directos, es decir, que surjan del acto mismo, sin estar supeditados a la emanación de un acto posterior; como señala FORSTHOFF, el acto debe “de suyo” producir efectos jurídicos respecto al individuo. Por ello los dictámenes, pericias, informes, proyectos, etc., no constituyen actos administrativos.

<sup>151</sup> Ver cap. IV, § 8, “Actos y contratos administrativos” a § 12, “Conclusión.”

<sup>152</sup> Ver cap II, § 2, “Debe tratarse de efectos jurídicos directos, no de cualquier efecto jurídico.”