

## CAPÍTULO VIII

### OBJETO Y COMPETENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

#### SUMARIO

I. <i>Elementos y vicios del acto administrativo</i> .....	VIII-1
1. Elementos del acto administrativo .....	VIII-1
2. Los vicios en relación a los elementos. Criterio de aplicación.....	VIII-3
3. Vicios y nulidades .....	VIII-4
II. <i>Vicios del objeto</i> .....	VIII-5
4. Objeto prohibido.....	VIII-5
4.1. En general.....	VIII-5
4.2. Distintos vicios del objeto.....	VIII-6
4.3. Objeto prohibido por provocar indefensión .....	VIII-9
4.4. Precedentes. Doctrina de los actos propios .....	VIII-10
5. Objeto violatorio de facultades regladas .....	VIII-11
5.1. Planteamiento general .....	VIII-11
5.2. Continuación. La ilegalidad del objeto en caso de silencio, vías de hecho e inexistencia de acto administrativo notificado en forma previa a su ejecución.....	VIII-11
5.3. Los conceptos jurídicos indeterminados. El caso de la discrimi- nación.....	VIII-14
5.3.1. Un ejemplo del dilema: Igualdad y no discriminación... VIII-15	
5.3.2. ¿Es esta una cuestión semántica?.....	VIII-16
5.3.3. Libertad y administración pública.....	VIII-16
5.3.4. Algunas conclusiones.....	VIII-18
6. Imprecisión u oscuridad .....	VIII-18
7. Imposibilidad de hecho.....	VIII-20
8. Irrazonabilidad .....	VIII-22
8.1. La contradicción del acto .....	VIII-22

8.2. La falta de proporcionalidad .....	VIII-23
8.3. La absurdidad del objeto .....	VIII-25
9. Inmoralidad. La ética pública .....	VIII-26
9.1. La ley inmoral.....	VIII-28
9.2. El acto inmoral .....	VIII-29
9.3. El acto inmoral por corrupción o ineficiencia grosera .....	VIII-30
9.4. La degradación de la moral y la ética.....	VIII-32
9.5. La omisión de resolver como corrupción .....	VIII-32
III. <i>Competencia</i> .....	VIII-33
10. Concepto y alcances .....	VIII-33
11. Competencia en razón del grado.....	VIII-33
12. Competencia en razón de la materia .....	VIII-38
12.1. Incompetencia respecto a materias judiciales.....	VIII-38
12.2. Incompetencia respecto a materias legislativas .....	VIII-39
12.3. Incompetencia respecto a materias administrativas de otros órganos.....	VIII-41
13. Competencia en razón del territorio .....	VIII-42
14. Competencia en razón del tiempo .....	VIII-42

## Capítulo VIII

### OBJETO Y COMPETENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

#### I. Elementos y vicios del acto administrativo

##### 1. Elementos del acto administrativo

El tratamiento de los elementos del acto administrativo presupone explicar las condiciones de su legitimidad y con ellos los posibles vicios que los pueden afectar;<sup>1</sup> por razones didácticas es conveniente destacar en el análisis de dichos elementos simultáneamente los posibles vicios que pueden presentarse y el tipo de nulidad que acarrearán. Ello es así porque “las leyes jurídicas, a diferencia de las fenoménicas, pueden ser transgredidas. Por ello todos los ordenamientos [...] han, al mismo tiempo, tomado en consideración la hipótesis de la inobservancia de la ley, estableciendo [...] medios idóneos para asegurar el perfecto cumplimiento del derecho objetivo.”<sup>2</sup>

No todos los recaudos de validez acarrear las mismas consecuencias en caso de violación, con lo cual la experiencia los muestra a algunos como debilitados en el derecho viviente. Es lo que ocurre con la audiencia previa, el dictamen jurídico previo, la fundamentación previa o al menos simultánea y en el mismo instrumento del acto, etc. Si se producen aisladamente se dirá que, en caso de controversia, quedan saneados posteriormente. Y si no hay controversia quedan saneados por la caducidad o la prescripción. Bien se advierte que si ello es así resulta indispensable analizar no solamente qué recaudos debe cumplir el acto, sino también y al mismo tiempo, qué ocurre en caso de incumplimiento.

Más aún, dada la gama que presenta la específica reacción del derecho según cuál o cómo sea el precepto incumplido, pareciera que lo más importante empíricamente es explicar esas variantes de respuesta frente al ilícito. Es lo mismo

<sup>1</sup> Confr. GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1966, 4ª ed., p. 456 y ss.; 1987, 10ª ed., p. 408 y ss.

<sup>2</sup> ROMANELLI, VINCENZO M., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milán, Giuffrè, 1939, p. 3.

que en el derecho penal, donde el CP no establece la prohibición de matar sino que tipifica el delito de homicidio según sus múltiples facetas. De allí se puede inferir el alcance de la prohibición de matar. La riqueza del fenómeno sólo se devela al intérprete a partir del análisis de las agravantes, la graduación de la pena, causales de inimputabilidad, etc.

No sabemos que se haya dicho del derecho penal que tiene una objetable técnica expositiva por adoptar dicho método. Del mismo modo pensamos que es adecuado proceder en el derecho administrativo en materia de requisitos, elementos, vicios, nulidades. Es todo un problema circular, que debe ser expuesto simultáneamente con las necesarias remisiones ulteriores o previas. El lector advertirá que no se produce dificultad alguna de comprensión por este motivo.

¿Cuáles aspectos o problemas pueden útilmente ser denominados como elementos del acto administrativo? En *Los Lagos*<sup>3</sup> la Corte Suprema mencionó tres: Competencia, objeto y forma; si a ello se agrega que en numerosos fallos ha hablado del vicio del error, considerándolo como vicio de la voluntad, resulta que en nuestro sistema expositivo pueden señalarse cuatro elementos del acto administrativo: Competencia, voluntad, objeto y forma.<sup>4</sup> Esa es a nuestro juicio la formulación más clara; los requisitos de causa (motivo) y fin pueden ser subsumidos en los anteriores, particularmente en la voluntad del acto administrativo.<sup>5</sup> Lo mismo ocurre, en opinión de diversos autores, con el procedimiento, que puede comprenderse en la forma o al menos exponerse en conjunto. El decreto-ley de procedimiento administrativo, al enunciar los requisitos del acto administrativo, los ordena en siete: Competencia, causa, objeto, procedimientos, motivación, finalidad y forma.

El desacuerdo doctrinario respecto a las hipótesis que habrán de incluirse dentro de uno y otro elemento es grande; pero en el fondo es un mero problema de denominación.<sup>6</sup> Una misma irregularidad del acto será para algunos vicios de voluntad, para otros vicios de forma, para un tercero, vicio en el objeto, pero el vicio y su calificación en cuanto a las consecuencias jurídicas que comporta se mantiene análogo, en lo fundamental, a través de las distintas denominaciones. O, lo que es lo mismo, las discrepancias que puedan existir no están determinadas por la denominación que se haga del elemento respectivo.

Por ello la cuestión no tiene en definitiva sino una importancia didáctica y metodológica y la bondad del sistema que se exponga dependerá en buena medida de su claridad. El criterio didáctico elegido por los autores del decreto-ley 19.549/72 fue el siguiente: Enumerar en el art. 7° como requisitos esenciales (sin entrar pues en la discusión de cuáles son o no los elementos del acto) la *competencia, causa,*

<sup>3</sup> Fallos, 190: 142, *Los Lagos S.A Ganadera c/Gobierno Nacional*, 1941.

<sup>4</sup> En igual sentido DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1961, 2ª ed., p. 159.

<sup>5</sup> Confr. ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1958, 8ª ed., p. 247 y ss.

<sup>6</sup> Reaemos a lo explicado en el t. 1, cap. I.

*objeto, procedimiento, motivación, fin*; en el art. 8° se hace referencia a la *forma* (también en el 11 y conc.); por último, en el art. 14, al referirse a las nulidades del acto administrativo, se mencionan las derivadas de los típicos y tradicionales vicios de la voluntad (error, dolo, violencia, simulación), haciéndose por lo demás mención expresa a la carencia de voluntad como vicio del acto. En la metodología un poco deshilvanada del decreto-ley, pues, aparecen mencionados sucesivamente 1°) competencia, 2°) causa, 3°) objeto, 4°) procedimiento, 5°) motivación, 6°) fin, 7°) forma, 8°) voluntad.

Si el decreto-ley hubiera adoptado esta posible clasificación de elementos del acto administrativo en forma sistemática no habría inconveniente de orden lógico en utilizarla también a los efectos de su explicación metodológica; pero ocurre que, como se advierte, el orden y la hilación de tales elementos no es en realidad demasiado feliz, pecando en primer lugar por una demasiada extensa enumeración de requisitos. El fin, p. ej., puede claramente subsumirse en la voluntad y el procedimiento en la forma. Más aún, puede también mencionarse conjuntamente el procedimiento y la forma. A su vez, la motivación del acto puede incluirse tanto dentro de la forma como de la voluntad, sin que ninguna razón de orden explicativo justifique su mención autónoma. En lo relativo a la causa, no cabe sino recordar las fundadas objeciones que en teoría general del derecho se han formulado a su corrección conceptual<sup>7</sup> y no parece oportuno insistir en ella.

Todo esto no quiere decir, por supuesto, que los mentados requisitos que la ley contiene dejen de ser aplicados o explicados. Significa tan sólo que su tratamiento se hará en el lugar estimado por nosotros metodológicamente oportuno. En este sentido, adelantamos desde ya que lo atinente a la causa y al fin del acto lo analizaremos en parte dentro del tema referente a la voluntad, sin perjuicio de mencionarla nuevamente al tratar de la forma del acto.

## 2. *Los vicios en relación a los elementos. Criterio de aplicación*

En virtud de lo dicho hemos tratado de subsumir todos los posibles tipos de vicios del acto administrativo en uno u otro de los elementos citados —competencia, voluntad, objeto, forma—, porque hemos creído que agregar nuevos elementos, aunque pueda parecer lógicamente más correcto en algunos casos, quita claridad al sistema y hace más difícil la comprensión y retención de los distintos elementos y vicios.

Por lo tanto, el lector encontrará que cada uno de estos elementos que analizaremos comprende una serie de hipótesis que podrían con soltura constituir casos autónomos de vicios; y que los elementos del acto, así considerados, son tal vez algo elásticos. Sin embargo, es de hacer notar que no por ello variará el régimen

<sup>7</sup>P. ej. LINARES, JUAN FRANCISCO, *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, pp. 263-5; COSSIO, CARLOS, *La "causa" y la comprensión en el derecho*, Buenos Aires, Juárez, 1969, 4ª ed.

jurídico que corresponda aplicar al vicio de que se trate, pues éste deriva no *de una confrontación teórica con los elementos que deba tener el acto* (para afirmar entonces que si falta alguno es jurídicamente posible decir que está viciado), *sino con los requisitos concretos exigidos por el orden jurídico*;<sup>8</sup> en otros términos, el vicio del acto deviene no tanto de que le falte un elemento que teóricamente pueda considerarse pertinente, *sino más bien de la magnitud del incumplimiento del orden jurídico* que signifique el requisito concretamente violado. La doctrina, pues, no habrá de dar opinión acerca de si el acto es nulo, anulable, o inexistente, porque falte o esté viciado un elemento esencial del acto (aunque muchos autores hacen esta argumentación), sino en base a la importancia que concretamente tenga el vicio o defecto detectado en el caso particular concretamente analizado.<sup>9</sup> Ello se ilustrará con detalle en la exposición de este cap. y los siguientes.

Si bien ya expresamos que la consecuencia jurídica que corresponde asignar al acto no depende de supuestos apriorísticos, sino de la importancia que en cada caso concreto tenga el vicio,<sup>10</sup> existe con todo, una mayor importancia en los vicios relacionados al *objeto* y a la *competencia* del acto<sup>11</sup> y en segundo lugar de los vicios de la *voluntad*<sup>12</sup> y de *forma*.<sup>13</sup> Cabe destacar que los vicios que usualmente son de menos trascendencia, tales como los de forma y de tipo subjetivo de la voluntad (desviación de poder, mala fe), son los que a veces reciben más énfasis de los recurrentes, en detrimento de la mejor fundamentación de sus recursos; normalmente, pues, debe atribuirse más importancia a los vicios relativos al objeto y a la competencia, siguiendo por los vicios de tipo objetivo de la voluntad, luego por los de tipo subjetivo y finalmente por los de forma. Esto en muchos casos; en cada situación concreta deberá analizarse cuáles son los vicios realmente cometidos y dentro de ellos cuáles los que revisten mayor trascendencia.<sup>14</sup>

### 3. Vicios y nulidades

Si bien la cuestión la volveremos a tratar,<sup>15</sup> adelantamos aquí que básicamente pueden identificarse tres categorías de consecuencias que puede corresponder

<sup>8</sup> Lo desarrollamos *infra*, cap. XIII, “Extinción.”

<sup>9</sup> *Supra*, t. I, cap. I, § II, “El caso en derecho administrativo.”

<sup>10</sup> Conf. MAIRAL, HÉCTOR A., “Los vicios del acto administrativo y su recepción por la jurisprudencia,” *LL*, 1989-C, 1014; sigue este criterio DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, 2ª ed., p. 311. Comp. VON HIPPEL, ERNST, *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. Beitrag zur Methode einer Teleologischen Rechtsauslegung*, Berlín, 1960, 2ª ed., p. 85.

<sup>11</sup> Ver *supra*, cap. VII, “Los actos administrativos como instrumentos públicos.”

<sup>12</sup> Ver *infra*, cap. IX, “Vicios de la voluntad.”

<sup>13</sup> Ver *infra*, cap. X, “Formalidades.”

<sup>14</sup> A más de ello, a la hora de alegar la existencia de un vicio invalidante, no debe perderse de vista que es necesario probar tal alegación. Ver *supra*, t. 2, cap. I, “La prueba de los derechos.”

<sup>15</sup> Ver *infra*, cap. XI, “Sistema de nulidades del acto administrativo.” Nos señaló JUAN FRANCISCO LINARES en el prólogo a la primera edición (1963) de esta obra, *supra*, p. 53, que podríamos haber usado con provecho otro orden que explicar primero los vicios y elementos y luego las nulidades. Nos parece que el problema es en realidad circular.

aplicar a los actos, según el vicio de que padezcan. Tales consecuencias las denominamos *anulabilidad* (en igual terminología, los arts. 15 y 19 del decreto-ley; se trata de la llamada nulidad relativa en la primera terminología de la Corte Suprema), *nulidad* (nulidad absoluta, o absoluta y manifiesta en las palabras de la Corte y de buena parte de las normas, incluso de la doctrina)<sup>16</sup> e *inexistencia*, caracterizadas sumariamente como insanables la segunda y tercera, a diferencia de la primera (vicio subsanable) y como dotada de presunción de legitimidad la primera (no así la segunda y la tercera).<sup>17</sup>

Es pacífica la doctrina y la jurisprudencia, más allá de que las leyes suelen ser demasiado terminantes en su terminología, en que los vicios que luego determinan aquellas categorías se aprecian empíricamente. Según la gravedad del vicio corresponderá aplicar uno u otro tipo de consecuencias. La distinción entre uno y otro tipo de vicios y la determinación de su importancia, severidad, es un problema de evaluación concreta a resolverse más o menos elásticamente de acuerdo a las circunstancias de cada caso, es una cuestión de práctica jurisprudencial y política jurídica.<sup>18</sup>

Sólo se pueden enunciar aquí, entonces, lineamientos y criterios generales, emanados en parte de la práctica jurisprudencial, en parte de principios expresos o implícitos del ordenamiento jurídico vigente y orientados en general por un criterio de política jurídica.<sup>19</sup> No se pueden sentar reglas absolutas,<sup>20</sup> ni siquiera en los casos en que la legislación ha querido intentarlo.

## II. Vicios del objeto

### 4. Objeto prohibido

#### 4.1. En general

El vicio de violación de la ley —*lato sensu*— en el objeto del acto, es normalmente causal de nulidad,<sup>21</sup> por cuanto se trata de una transgresión usualmente clara y manifiesta al ordenamiento jurídico. De cualquier manera, se trata de un vicio cuya enunciación genérica puede resultar demasiado amplia, por lo cual preferi-

<sup>16</sup> La terminología que propusimos desde la 1ª edición, 1963, y que siempre mantuvimos, ha sido también seguida entre otros por la CJ de Salta, Sala II, *LL*, 120: 559, 561, *Prov. de Salta c/Batule*, año 1965 y varias leyes provinciales de acto y procedimiento administrativo. Es la terminología usual en la doctrina comparada de derecho administrativo. El decreto-ley habla en el art. 14 del acto nulo, de nulidad absoluta e insanable; en el art. 16 de su nulidad; en el art. 17 de nulidad absoluta; en el 20, del acto nulo: son términos análogos. Similar terminología encontramos en la ley 25.188 de ética pública, en su art. 17. Ver asimismo FRANDSEN, IGNACIO CARLOS, "Las incompatibilidades de la ley de ética de la función pública y la nulidad de los actos administrativos," *ED*, 28-VI-00.

<sup>17</sup> Ampliar *infra*, cap. XI.

<sup>18</sup> En igual sentido FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 314; CJ de Salta, *Prov. de Salta c/Batule* (1965), *op. cit.*, p. 561.

<sup>19</sup> Ver las referencias en la nota anterior.

<sup>20</sup> Comp. VON HIPPEL, *op. cit.*, p. 85.

<sup>21</sup> SERRA ROJAS, ANDRÉS, *Derecho administrativo*, t. I, México, 1974, 6ª ed., p. 351.

mos distinguir, como lo hacemos en los acápite siguientes, distintos supuestos de objeto ilegal del acto administrativo. Queda comprendido el acto cuyo objeto deniega derechos adquiridos al amparo de un *status* jurídico que se modifica con ulterioridad al perfeccionamiento del derecho, pero antes de la emisión del acto que lo deniega cuando debiera otorgarlo<sup>22</sup> o reconocerlo. La ilegitimidad del objeto puede resultar de la violación de las normas y principios de los tratados de derechos humanos y del derecho internacional en general en cuanto contiene preceptos de derecho, tanto en derecho público como privado, p. ej. en materia de discriminación.<sup>23</sup> El objeto puede también resultar violatorio de tratados internacionales, de la Constitución o de la ley;<sup>24</sup> o puede constituir la violación de un reglamento,<sup>25</sup> de una circular interna,<sup>26</sup> de una disposición contractual vigente,<sup>27</sup> de un acto anterior que gozaba de estabilidad<sup>28</sup> de derechos de terceros,<sup>29</sup> etc.

#### 4.2. Distintos vicios del objeto

El objeto o contenido del acto es aquello que el acto decide, certifica u opina.<sup>30</sup> Puede estar viciado:

a) El caso más sencillo y por ello en definitiva menos interesante es aquel en que el objeto del acto está concretamente prohibido por las normas<sup>31</sup> o los principios del derecho administrativo,<sup>32</sup> civil, penal,<sup>33</sup> etc. Pero es frecuente

<sup>22</sup> CNFed. CA, Sala IV, *Rizzo*, 19-VI-98, que recuerda a la CSJN, *Quinteros*, 1982, *Fallos*, 304: 871; *de Martín*, 1976, 296: 723; *LL*, 1997-B, 302, S-1492/95.

<sup>23</sup> Ver *Bella*, CNCiv., Sala D, *LL*, 1998-B, 626: *supra*, cap. I, § 12.6, “Otros casos. La potestad a medio camino entre derecho público y privado.” Ver también ROMÁN, MÓNICA, “El caso de la bella tiradora (que se atrevió a ganar),” en CARRÍO, ALEJANDRO y otros, *En defensa de los derechos civiles*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 99 y ss. También se encuentra vicio en el objeto por discriminación o violación al principio de igualdad en *Naumann*, CNFed. CA, Sala I, 31-X-97; *Ríos*, Sala I, 2-III-99, cons. 11 y 13; los efectos de la nulidad por vicio en el objeto suelen retroactivos: *Escudero de Dacharry*, Sala I, 6-VIII-96.

<sup>24</sup> La ley 23.302 creó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas “como entidad descentralizada con participación indígena.” En su virtud anuló el decr. 1667/91 que lo transformó en entidad centralizada sin participación indígena: CNFed. CA, Sala II, *Asociación Indígena Argentina, LL*, 2000-B, 700.

<sup>25</sup> *Supra*, t. 1, cap. VII, § 11, “La inderogabilidad singular y sus alcances.”

<sup>26</sup> *Supra*, t. 2, cap. XIX, § 11.3, “Obligaciones legales no debidas directamente al particular, sino al Estado,” por aplicación del art. 1112 del Código Civil; en ausencia de norma, la doctrina se suele manifestar en contra de este criterio: ZANOBINI, *op. cit.*, p. 317.

<sup>27</sup> CAETANO, MARCELLO, *Manual de direito administrativo*, Lisboa, 1963, 6ª ed., p. 258.

<sup>28</sup> *Supra*, cap. VI, “Estabilidad e impugnabilidad.”

<sup>29</sup> PTN, *Dictámenes*, 158: 169, 171; 172: 220. MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, ed. 1966, p. 300.

<sup>30</sup> Perú, art. 5.1: “El objeto o contenido del acto administrativo es aquello que decide, declara o certifica la autoridad.”

<sup>31</sup> Costa Rica, art. 132; Honduras, arts. 24 y 34.b; México, art. 3.11; Perú, arts. 5.2 y 5.3 y Venezuela, art. 19.3.

<sup>32</sup> En un caso se resolvió que era nulo el acto de designación en un cargo objeto de concurso, si conforme a las normas vigentes la persona no podía concursar. El acto era, según se estimó, de objeto prohibido: CNFed CA, Sala I, *Castro*, año 1999, *LL*, 2000-B, 305.

<sup>33</sup> PTN, *Dictámenes*, 158: 169, 171; 191: 12.



que la prohibición normativa no sea clara a criterio del juzgador, o requiera investigaciones de hecho que no siempre se lleven a cabo eficazmente, casos en los cuales la existencia del vicio no le será manifiesta. Asimismo es posible que se le presenten conflictos axiológicos al juzgador, que le dificulten advertir la irrazonabilidad de alguna violación: los prejuicios que operan en la sociedad alcanzan a veces también al juzgador, no sólo al legislador o al administrador. Puede entonces resultar o no clara, según las circunstancias del caso, la nulidad por violación de los principios generales del derecho, sean ellos o no *erga omnes*, partes del *ius gentium* internacional, comunitarios o supranacionales, constitucionales,<sup>34</sup> legales, reglamentarios, etc.<sup>35</sup>

Hay sin duda casos extremos en los cuales la duda debiera ser inimaginable. Así en el caso de actividades delictivas de agentes públicos, que no se consideran ejercicio de la función administrativa ni actos de servicio,<sup>36</sup> incluso cuando sus autores hubieren sido dispensados de pena por obediencia debida.<sup>37</sup>

La obediencia debida constituyó a lo más una eximente de pena y admisión de responsabilidad estatal, pero no el reconocimiento de eficacia, como acto jurídico, a la orden cuyo ilegal cumplimiento se dispone no castigar. El principio jurídico sigue siendo que las órdenes aberrantes deben ser desobedecidas y no son actos administrativos. De ello se deduce que los actos que se hubieren dictado son inexistentes.<sup>38</sup>

Un claro supuesto de acto ilegal es también el de objeto discriminatorio, que recibe una creciente y conflictiva atención: Los pronunciamientos jurisdiccionales en la materia son inequívocos en muchos ejemplos,<sup>39</sup> pero esto no ha de tomarse como una regla absoluta. Son nulos los actos de irrazonable discriminación, por el sexo o género,<sup>40</sup> y también los que hacen una irrazonable distinción fundada

<sup>34</sup> CSJN, *Spinosa Melo*, 5-IX-06, LL del 5-IX-06. En este caso, se declara judicialmente la nulidad de una sanción disciplinaria por cuanto los elementos utilizados como sustento fáctico del acto impugnado implicaban una violación del derecho a la intimidad del funcionario sancionado.

<sup>35</sup> *Supra*, t. I, cap. VII, § 11, “La inderogabilidad singular y sus alcances” y ss.; notas del § 4.3, “Consecuencia de admitir la presunción de legitimidad solamente para el acto regular,” del cap. V de este t. 3, esp. RAGAZZI, MAURIZIO, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997. Sobre el tema de los principios del derecho y su importancia determinante en la solución de casos concretos nos remitimos a nuestra *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, cap. II y ss., también disponible en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)

<sup>36</sup> CSJN, *Videla*, 7-IV-1987.

<sup>37</sup> CSJN, *Camps*, 22-VI-1987.

<sup>38</sup> Comp. CNFed. CA, Sala III, *Méndez*, año 1999, LL, 2000-A, 137. Por otra parte, ninguna duda podría caber al respecto ante el nuevo art. 36 de la Constitución Nacional.

<sup>39</sup> P. ej., negar la inscripción como alumno para un profesorado de matemáticas a una persona de baja estatura, aún con fundamento normativo. CSJN, *Arenzón*, 1984, Fallos, 306: 400, 406, cons. 5º). Puede igualmente encuadrarse como conclusión inatinerente, *infra*, cap. IX, § 8.4.1.2.

<sup>40</sup> El caso *Bella*, citado *supra*, nota 23; CCAyT CABA, Sala I, 12-XII-2000, *Fundación Mujeres en Igualdad*, citado 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., comentario al art. 7º del decreto-ley, secc. VI, § 3.1, p. 116, nota 266. Ver ROMÁN, *op. loc. cit.*

en la edad,<sup>41</sup> aunque debe tenerse presente que no toda distinción en función de la edad es per se irrazonable.

También es irrazonable fundar una distinción en la altura de una persona,<sup>42</sup> o en meros criterios estéticos,<sup>43</sup> y desde luego las fundadas en la nacionalidad,<sup>44</sup> etc.

b) por no ser el objeto determinado por la ley para el caso concreto, o ser un objeto determinado por la ley para otros casos que aquél en que ha sido dictado (apartamento de las facultades regladas);<sup>45</sup>

c) por ser impreciso u obscuro;

d) por ser imposible de hecho;

e) por ser irrazonable (contradictorio, desproporcionado, absurdo, ilógico);

f) por ser inmoral o no ético, lo cual incluye —entre múltiples supuestos— que sea corrupto en sí o un medio conducente a la corrupción. En esto último las declamaciones son muchas, pero los casos prácticos de aplicación en verdad muy pocos o ninguno. Falta aún mucho camino por recorrer, comenzando por el incompleto control y condena social a estos comportamientos y sus autores. Por

<sup>41</sup> Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 221, *Moriones*, 4-V-2004: se declaró la inconstitucionalidad de la norma que impedía a una docente titularizar horas cátedra por superar los 50 años de edad. Quedó confirmada la cautelar que dispuso la no aplicación de la norma en cuestión: CACiv. y Com II, Sala 1°, 11-V-2004, registro interno 148/04. También se ha declarado inconstitucional por arbitrario un acto fundado en una norma administrativa que fijaba en 45 años el límite para ingresar a la docencia: CCA de La Plata, *González*, 2006, con notas de MEDINA, VALERIA, “Al amparo del amparo, no todo queda claro... La inconstitucionalidad del art. 57 inc. e) del estatuto docente de la Provincia de Buenos Aires,” *LL*, 2006-D, 266; LÓPEZ, MARIANO MARTÍN CAMILO, “El límite de edad para ejercer la docencia y la declaración de inconstitucionalidad en el amparo provincial,” *LL*, 2006-F, 110. Sin embargo, veremos en el § 9.5. de este mismo cap. la dificultad práctica que muchos de estos casos presentan al juzgador; para más detalles ver nuestro art. “Frenos y contrapesos en la creación del derecho en organismos internacionales. El caso de la discriminación,” *La Ley*, Suplemento Especial 70 Aniversario, noviembre de 2005, pp. 165-175; *LL*, 2005-F, 1404, traducción y resumen de la versión original completa: *The administrative Law of International Organizations: Checks and Balances in Law Making —The Case of Discrimination*,” en *European Public Law Series / Bibliothèque de Droit Public Européen*, vol. LXXXIII, *Internationalisation of Public Law / L'Internationalisation du Droit Public*, Londres, Esperia, 2006, pp. 289-312. Reproducido en *Revue Européenne de Droit Public / European Review of Public Law*, vol. 18, No. 1, Primavera de 2006, Londres, Esperia, 2006, pp. 289-312. Reproducido en World Bank Administrative Tribunal / American Society of International Law, *International Administrative Tribunals and the Rule of Law, Joint Colloquium*, marzo 27, 2007, Washington, D.C.

<sup>42</sup> El ya citado caso *Arenzón*, CSJN, *Fallos*, 306: 400, año 1984.

<sup>43</sup> Ha sido considerado arbitrariamente discriminatorio, excediendo lo opinable, otorgar un subsidio mensual y vitalicio al teatro y la danza, excluyendo la música: CNCiv., Sala I, *Castro, Dora y otros*, *LL*, 2000-C, 732, año 1999, con nota de WALTER F. CARNOTA, “Discriminaciones reales y discriminaciones presuntas,” *LL*, 2000-C, 733. Igual solución cuando se otorgó la pensión vitalicia de la ley 20.733 a algunos de los grandes premios nacionales y a otros no: *Romano, Luis Enrique*, CNFed. CA, Sala IV, 27-VI-1985, causa 8976.

<sup>44</sup> GORDILLO (dir.), *op. cit.*, p. 103, nota 248; GORDILLO - DANIELE (dirs.), *op. cit.*, p. 116, nota 270.

<sup>45</sup> Cabe recordar que dentro del concepto de facultades regladas quedan incluidos todos los niveles y tipos de regulación. Ver *supra*, t.1, cap. X, § II 12, “Aspectos que comprende la regulación.”

omisión y por silencio, entonces, quienes así proceden colaboran, lo crean o no, al ámbito de inmoralidad pública.

g) También hay precedentes de nulidad por incongruencia del obrar administrativo,<sup>46</sup> o sea cuando el objeto del acto resulta violatorio de los precedentes del mismo organismo al respecto.<sup>47</sup>

Todo ello plantea problemas diversos: discriminación, confianza legítima, seguridad jurídica, para algunos la igualdad, etc. Se podría decir que todas estas hipótesis están subsumidas en el decreto-ley 19.549/72 bajo una expresión común: violación de la ley aplicable (art. 14, inc. *b*), aunque cabe destacar que la palabra ley no describe suficientemente el actual orden jurídico constitucional, supranacional e internacional y en todo caso ya sabemos que la casuística es en esta materia fundamental para comprender el problema.

#### 4.3. Objeto prohibido por provocar indefensión

La prohibición del objeto la tomamos en el sentido de objeto ilícito, es decir, jurídicamente inadmisibles; la orden de cometer un delito es así el ejemplo más claro que vimos de acto nulo por ilicitud del objeto; pero también se comprenden aquí todos los casos en que el objeto del acto resulta lesivo de los derechos individuales de los habitantes, *v.gr.* y en importante lugar, con desconocimiento del derecho de defensa del particular. El alcance de este ejemplo puntual es controvertible, pues si bien hay casos en que la justicia ha declarado la nulidad de actos que cercenan en su objeto<sup>48</sup> el derecho del individuo, p. ej. restringiendo el acceso a las actuaciones,<sup>49</sup> u ordenando el archivo de éstas sin haber resuelto respecto a lo peticionado,<sup>50</sup> otras veces se admite que la subsecuente intervención judicial es saneadora del previo incumplimiento administrativo al deber constitucional de respetar la garantía de la defensa del interesado.<sup>51</sup>

<sup>46</sup> CNFed. Civ. y Com., Sala III, *Hendrikse, LL*, 2006-E, 225, tiene en cuenta el propio proceder del Instituto de la Propiedad Industrial para declarar la nulidad de un acto administrativo por el cual se pretendía declarar la caducidad de una patente.

<sup>47</sup> CAPUTI, CLAUDIA, "La coherencia del obrar administrativo," *RDA*, 16: 879 a 907, LexisNexis, 2004.

<sup>48</sup> La indefensión puede ocurrir también de hecho durante el procedimiento previo al acto, como explicamos *infra*, cap. IX, §4.1, "La garantía de defensa. El sumario previo."

<sup>49</sup> CNFed. CA, Sala I, *Corni*, 12-II-98.

<sup>50</sup> CNFed. CA, Sala I, *Insaurrealde*, 27-II-98.

<sup>51</sup> A menos que encuentre una conjunción sinérgica de vicios, la multiplicación de la falta de defensa, de fundamentación, de dictamen jurídico previo, etc.: STCorrientes, *Benítez de Machado, DJ*, 1998-2, 61, año 1997. Algo parecido en CSJN, *Solá, DJ*, 1998-2, 232, año 1997 y *Cedale, Fallos*, 321-2: 1970, *ED*, 180: 998, año 1998. Estos casos retoman la línea de la misma CSJN en *Doyarzábal*, 295: 344, año 1976; *Honecker*, 303: 779, año 1981; *Vilche*, 304: 1891, año 1982; *Orozco de Muñoz*, 305: 115, año 1983; *Loza*, 305: 628, año 1983; *Palmucci*, 306: 2009, año 1984; *Quiroga*, 307: 207, año 1985, entre otros recordados en *Cedale*. Ampliar *infra*, cap. IX, § 4.1, "La garantía de la defensa. El sumario previo" y notas 22 a 24; § 4.7, "Efecto sinérgico de los vicios;" cap. XI, § 17, "Crítica de la valoración usual de los vicios del acto administrativo." Ver también *supra*, "Introducción" al presente t. 3.

El derecho privado ha sido más consecuente en anular una sanción expulsiva sin previa oportunidad de defensa del agraviado.<sup>52</sup> Ello, sin perjuicio de que el derecho privado también encontrará, a veces, más claramente configurada una discriminación en cuanto vicio del objeto del acto.<sup>53</sup>

#### 4.4. *Precedentes. Doctrina de los actos propios*

Es materia opinable si la violación de los precedentes da lugar también a la invalidez del acto,<sup>54</sup> pero se van afirmando los principios que tutelan la confianza legítima o buena fe del individuo,<sup>55</sup> sus razonables expectativas aún frente a un cambio ulterior del ordenamiento y también la protección contra la *turpitudinis propiae allegatio*<sup>56</sup> de la administración. Así como la solución tradicional negaba al individuo tutela frente a un cambio en el ordenamiento, salvo en el mejor de los casos para indemnizarlo, ha comenzado a avanzar la tesis de que la administración queda también obligada por su interpretación y aplicación de las normas vigentes, incluso en el ejercicio de facultades discrecionales, para las situaciones que se configuran al amparo de ellas aunque luego fueran derogadas antes de dictarse el acto administrativo,<sup>57</sup> etc.

<sup>52</sup> Se trataba de la Federación Argentina de Box, *González Lorenzo, LL*, 99: 738, 753, año 1960: *Supra*, t. 2, cap. IX, § 10.1, “Su aplicación al procedimiento administrativo.”

<sup>53</sup> CNCom., Sala D, C., *F.V. LL*, 2000-D, 93, con nota de FILIPPI, LAURA, “La discriminación al acceso de los clubes de campo desde la óptica de un ejemplar fallo o «El amor es eterno, mientras dura»,” *LL*, 2000-D, 210. *Bella*, CNCiv., Sala D, *LL*, 1998-B, 626; ver ROMÁN, *op. loc. cit.*

<sup>54</sup> Recuerda MAIRAL, *Control judicial de la administración pública*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 658-9 la inadmisión en nuestro derecho, a dicha época, de la fuerza vinculante de los precedentes, o de las consultas que la administración evacua. Hay en esto un progreso: ver p. ej. CNFed. CA, sala I, *Rava, LL*, 1996-C, 459, con nota en GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 38, “La práctica administrativa,” p. 104 y datos que allí se citan.

<sup>55</sup> El tema se emparenta, ciertamente, con el análisis de COVIELLO, PEDRO J. J., “La confianza legítima,” *ED*, 177: 894 y sus referencias. Pensamos que se introduce aquí un punto de inflexión a partir del cual deja de ser aplicable al presente lo que fue teoría tradicional del derecho administrativo argentino, tal como fuera expuesta p. ej. por GRECCO, CARLOS M., “Autotutela administrativa y proceso judicial. A propósito de la ley 17.091,” *LL*, 1980-B, 906 (y que la matizara él mismo —a nuestro juicio— al comenzar a admitir los precedentes y la práctica administrativa, según veremos más abajo, en el precedente invocado por la misma Sala I en el caso citado en la nota anterior); COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada “Cosa Juzgada Administrativa,”* Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, 2ª ed., p. 55 y ss. (que también hizo lo propio en *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 126 y nota 37). El principio tiene fuertes raíces en el derecho alemán y europeo, p. ej. en GONZÁLES PÉREZ, JESÚS, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983, esp. cap. VI, “La doctrina de los actos propios,” pp. 106-27; WEBER, ALBRECHT, “El procedimiento administrativo en el derecho comunitario,” en el libro de BARNES VÁZQUEZ, JAVIER (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Madrid, Civitas, 1993, p. 57 y ss., p. 77, quien menta como principios *constitucionales* la seguridad jurídica y la protección de la confianza o buena fe (*Vertrauen*).

<sup>56</sup> Este giro latino, que no es clásico, se lo debo a MARÍA AGOSTINA SABATINO ARIAS.

<sup>57</sup> CSJN, *de Martín, Fallos*, 296: 723, año 1976; CNFed. CA, Sala III, *Gaubeca, LL*, 1997-B, 384, año 1996, con nota de BURICCA DE DITLOFF, NORA F., “Interesante fallo sobre la discrecionalidad administrativa.” También se lo puede considerar como un caso de discrecionalidad cero, conforme el moderno derecho español. Ver cap. IX, § 8, “Distintos casos de arbitrariedad” y notas.

El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos viene del derecho romano a través de las Partidas y es aplicado constantemente en el derecho público. “Afecta este principio al derecho todo y por consiguiente se aplica también al administrativo y a las consecuencias de los actos de ese orden.”<sup>58</sup> Más aún, se ha dicho que la doctrina de los actos propios, que es una más de las múltiples derivaciones del principio de la buena fe,<sup>59</sup> debe serle exigida con mayor énfasis a la administración pública.<sup>60</sup>

### 5. Objeto violatorio de facultades regladas

#### 5.1. Planteamiento general

Si los principios y las normas el orden jurídico (en orden jerárquico, el *ius gentium* u orden público internacional, *erga omnes*; el derecho comunitario y supranacional; la justicia natural, la Constitución y los principios generales del derecho; las leyes; los reglamentos y demás pequeñas normas generales)<sup>61</sup> establecen que un objeto determinado habrá de producirse ante una determinada situación de hecho, el acto estará viciado en el objeto si se adopta ese objeto en el acto ante una situación de hecho distinta de la prevista por el ordenamiento,<sup>62</sup> como también si ante la situación de hecho predeterminada por el ordenamiento jurídico, se adopta un objeto diferente del previsto por las normas jurídicas, en tanto éstas sean razonables<sup>63</sup> y desde luego por los principios jurídicos: No discriminación, etc.

#### 5.2. Continuación. La ilegalidad del objeto en caso de silencio, vías de hecho, e inexistencia de acto administrativo notificado en forma previa a su ejecución

La ilegalidad en el objeto se da también en ausencia de acto, cuando la administración está obligada a dictar determinado acto y omite hacerlo, p. ej. no otorgar

<sup>58</sup> FERNÁNDEZ DE VELAZCO, RECAREDO, *El acto administrativo*, Madrid, RDPriv., 1929, p. 261; MAIRAL, *La doctrina de los actos propios y la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

<sup>59</sup> Otra es el principio de la confianza legítima. Ver p.ej. PREVEDOUROU, EUGENIE, *Le principe de confiance légitime en droit public français*, Atenas, Sakkoulas, 1998 y nuestras referencias del cap. IX, § 4.2, “Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima,” nota 50.

<sup>60</sup> CNTrab., Sala de FERIA, *Asociación Bancaria SEB c. Banco Central de la República Argentina*, DT, 2000-B, 1580, con nota de LEONARDO J. AMBESI. Ver asimismo cómo se vincula la doctrina de los actos propios a la noción de derechos adquiridos y al principio de seguridad jurídica, en un caso en que la administración modificó una relación de empleo violentando esos principios: Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 47, *Terminiello*, 23-II-2004.

<sup>61</sup> Conf., aunque con otras palabras, PTN, *Dictámenes*, 158: 169, 171; 172: 220; 191: 12.

<sup>62</sup> PTN, *Dictámenes*, 164: 249, 253-4; 156: 273. El problema de la determinación de los hechos es complejo: *Supra*, t. 2, cap. I, e *infra* t. 4, caps. VI y VII. Ver también ALETTI, DANIELA y BONINA, NICOLÁS, “La verdad material: ¿Mito o realidad?” *LL*, 2006-D, 1043.

<sup>63</sup> Conf. HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. II, Tübingen, 1954, 2ª ed., p. 745, quien agrega la variante de que el administrador valora equivocadamente una situación de hecho; pero pensamos que ese caso se subsume en el primero. No debe olvidarse, desde luego, que esto no es un mero juego lógico abstracto, pues el funcionamiento del derecho es más complejo, como explicamos en *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, caps. II y V.

la vista de las actuaciones o brindar información pública cuando le es solicitada.<sup>64</sup> También hay ilicitud en el silencio cuando se procede a efectuar un descuento en haberes previsionales, informando tan sólo verbalmente que se trata de un descuento por reajuste con motivo de habersele liquidado de más anteriormente: Ese proceder, sin notificación de acto administrativo alguno, escrito y expreso, resolviendo ese descuento, constituye una vía de hecho que abre la vía del amparo. Dijo así la SCJBA en *Curone*, 2006, que “resulta indispensable que en el acto mediante el cual ha de expresarse la decisión, la autoridad administrativa exponga en forma razonada y explícita su fundamentación de manera que permita un entendimiento pleno a través de sus propias razones, así como también su motivo determinante y sustento fáctico, su finalidad, elementos que devienen imprescindibles para ejercer el adecuado contralor tanto administrativo como jurisdiccional del proceder estatal [...]. Más allá de ello, [...] el acto administrativo [...] debe dictarse antes de comenzar a producirse [...los efectos...]”

“Es que la circunstancia de que no se hubiera dado vista de las actuaciones y escuchado a la actora previo a corregir su haber provisional [...] quiebra sin lugar a dudas en grado flagrante la garantía de inviolabilidad de la defensa en sede administrativa [...] resultando tal proceder manifiestamente arbitrario.”

“Por todo lo expuesto entiendo que queda acreditado en autos que [...] al proceder a la directa reducción del haber previsional de la actora, sin el previo dictado del acto administrativo habilitante, ha incurrido en una vía de hecho [...]”<sup>65</sup>

A veces el silencio administrativo es usado con mayor abuso aún, pretendiendo la administración esgrimir su propio comportamiento omisivo y silente como “razón” para que el particular pierda el acceso a la vía judicial. Pero siempre el silencio es violación del deber de decidir, es objetivamente violatorio del orden jurídico, y mal puede tal conducta ilegítima beneficiar a quien la realiza, en contra del derecho del particular.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> ANTONIETTA, MAXIMILIANO, “Un control alentador,” *LL*, 2006-C, 529, nota a *Galinelli*, CCA de San Martín. La CCA de La Plata resuelve en contra: PULVIRENTI, ORLANDO, “Nuevamente sobre la legitimación de concejales: ahora, en palabras sencillas,” *LL*, 2007-A, 229, nota a *Fernández c. Bragado*; “Consejo para Concejales yendo a la Justicia como Justiciables,” *LL*, 2006-C, 529. Ver también *infra*, § 9.5., “La omisión de resolver como corrupción.”

<sup>65</sup> SCJBA, *Curone*, 2006, unánime, en *Derecho Administrativo*, La Plata, ABDA, Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo, año 1, n° 0, Diciembre de 2006, pp. 97-105, con nota de ESPINOZA MOLLA, MARTÍN RENATO, “El principio de juridicidad y los derechos constitucionales como límites fundamentales opuestos a las vías de hecho administrativas,” *igual revista*, pp. 105-22.

<sup>66</sup> Ver OROZ, MIGUEL H.E., “La configuración del silencio y su incidencia en relación al cómputo del plazo para accionar en el marco del Código Procesal Administrativo bonaerense,” *LL*, 2006-F, 84 y jurisprudencia provincial que cita; CNFed, Sala II, *Seidel*, con notas de CAMPOLIETI, FEDERICO, “El silencio administrativo frente a los plazos de caducidad,” *LL*, 2006-E, 284; LANDE, CAROLINA, “Amparo por mora y pronto despacho van juntos,” *LL*, 2006-F, 95; AMBROSINO, SILVANA, “Amparo por mora y reclamo administrativo previo,” *LL*, 2006-F, 96. Falta que la Corte nacional llegue a igual conclusión que los tribunales provinciales, por una vez más adelantados que los nacionales. Ver CSJN, *Sistema*, con nota de BARBARÁN, JOSEFINA, “Una reforma que deja en *offside* al administrado,” *LL*, 2006-E, 313. Ver el excelente estudio de derecho europeo de ANTHONY, GORDON, “Silencio administrativo y derecho público del Reino Unido,” *LL*, 2006-B, 1092.

a) El objeto del acto puede estar autorizado, *pero para circunstancias de hecho diversas*; y así una declaración de estado de sitio hecha por el Poder Ejecutivo por conmoción interna, *estando reunido el Congreso*, es nula; una declaración de estado de sitio dispuesta por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, *cuando no hay ataque exterior*, es nula; la cesantía de un funcionario público, no dándose las causales previstas por la ley, es nula; igualmente es nulo un decreto de necesidad y urgencia dictado cuando no ha existido ninguna de las circunstancias fácticas que describe la norma constitucional;<sup>67</sup> lo mismo si se prevé un subsidio para astilleros nacionales y se lo otorga en cambio a una empresa armadora.<sup>68</sup>

También es nulo, a nuestro juicio, el acto administrativo que dicta una cámara legislativa cuando supone que ejerce facultades discrecionales al admitir o no un miembro electo democráticamente, aunque la justicia hasta ahora ha esquivado el tema.<sup>69</sup>

b) El objeto del acto puede en cambio *ser diverso del requerido o autorizado por la ley*; será nulo por lo tanto el acto que aplique una multa, o la obligación de trabajar horas extras, a un agente que ha sido negligente en sus tareas, pues no son ésas las sanciones previstas en la ley; o el profesor que castiga la indisciplina con una nota baja, pues no es ésa la sanción para castigar la indisciplina, etc. Ello ocurrirá también en todos los casos de violación a los principios fundamentales del orden jurídico, como razonabilidad y proporcionalidad, buena fe, seguridad jurídica y confianza debida, etc.

En consecuencia, toda vez que el orden jurídico exija determinadas condiciones de hecho (p. ej., irregular cumplimiento de la función) para que un acto pueda ser dictado (en el ejemplo, para la aplicación de sanciones disciplinarias al funcionario público), estará viciado el acto que aplique, en el caso, la sanción disciplinaria *no habiendo irregular cumplimiento de la función, o aplique otras sanciones que las disciplinarias expresamente previstas por la ley*; p. ej., que se obligue al funcionario a quedarse después de hora, o se le de trabajo para que lo haga en su casa, etc.: Dado que esas sanciones no son las previstas por la ley para la situación de hecho contemplada, el acto es nulo.<sup>70</sup>

<sup>67</sup> CSJN, *Fallos*, 322: 1726, *Verrocchi*, 1999. Ver también MAIRAL, “La degradación del derecho público argentino,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, IV, Buenos Aires, FDA, 2005, esp. secc. II, § 3.a).

<sup>68</sup> PTN, *Dictámenes*, 164: 249, 253.

<sup>69</sup> Ver URDAMPILLETA, MARIANA, “¿Quién se anima a ponerle el cascabel al Poder Legislativo?” *LL*, 2007-A, 244. El problema es reiterativo y en otro supuesto señaló BIANCHI, ALBERTO B., “La Cámara de Diputados no es un club privado,” *LL*, 2006-C, 1471, que a su juicio, de seguirse el camino, en el caso, de excluir discrecionalmente diputados electos, “la democracia representativa dejaría de ser tal, pues el veredicto de los representados sería apelable ante el tribunal de los representantes. La elección popular será entonces un referéndum no vinculante y la Cámara no se integrará con los elegidos por la ciudadanía, sino por quienes los diputados creen que merecen ser sus pares.”

<sup>70</sup> SCJBA, *Acuña*, 1965, *LL*, 118: 250: nulidad del acto por aplicación de sanción no prevista en la ley respectiva. La justicia, en cambio, tiene mayor margen para la creatividad, p. ej. a través de la sustitución de sanciones, que explicamos *supra*, “Introducción,” § 8.3,

Para que este tipo de vicio en el objeto del acto se produzca, es necesario que exista una facultad reglada: Una norma que haya predeterminado qué era lo que debía hacer el administrador. En ausencia de esa norma, la facultad será discrecional y el posible vicio habrá de buscarse en otro aspecto del acto. Así p. ej., en la prórroga de sesiones extraordinarias, la Constitución exige que ella sea dictada “cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera.” Formulación ésta demasiado amplia como para poder sostenerse que es un requisito de hecho que la Constitución exige regladamente al Poder Ejecutivo; en tal caso sólo podrá hablarse de un límite a las facultades discrecionales.

Sin embargo, la conclusión de que se ha ejercido una facultad discrecional no debe ser dada sino después de un detenido análisis; pues hasta en la norma más pequeña puede haber una regulación concreta a la actividad de la administración. Un ascenso dispuesto por el presidente de la Nación “por sí solo en el campo de batalla” (art. 99, inc. 13º) será nulo si no ha habido *batalla* alguna; o si el ascendido no se encontraba en tal batalla, etc.

c) Tanto si el acto administrativo adecua su objeto a una facultad reglada, o actúa dentro del límite de discrecionalidad que la norma específicamente le acuerda, de cualquier manera el acto es ilegal en su objeto si la norma que ejecuta o aplica resulta inconstitucional, como ocurre en el supuesto que el Estado pretende sortear la prescripción a través de una novación unilateral de la deuda impositiva del particular,<sup>71</sup> o cuando procede a realizar algunas de las muchas invasiones a la propiedad que las nuevas normas tributarias han incorporado en el ámbito provincial como “autorizadas” a la administración tributaria local.

### 5.3. *Los conceptos jurídicos indeterminados. El caso de la discriminación.*<sup>72</sup>

La doctrina ha construido el principio de concepto jurídico “indeterminado,”<sup>73</sup> que lo es sólo tal en su formulación normativa, pero que frente a las circunstancias de hecho de un caso concreto puede transformarse en regulación normativa o en un límite concreto a la discrecionalidad administrativa. Existen numerosos ejemplos de objeto de actos ilegítimos por transgresión a conceptos jurídicos indeterminados. Quizás el más interesante, por más complicado y discutido, además de permanente en su interés, es el que corresponde a la discriminación.

<sup>71</sup> CCA de La Plata, *Mata*, 2006, *RAP Provincia de Buenos Aires*, IV-44: 27/30, La Plata, Rap, 2006, con nota de GARBERO, MARCELO e ISABELLA, DIEGO P., “La novación unilateral es inconstitucional. Un freno a los abusos del Estado provincial,” pp. 21-6; SALINAS, CECILIA y FERRER, FRANCISCO, “Reguardo cautelar del crédito fiscal en la Provincia de Buenos Aires. Desborde normatibvo y control judicial,” *LL*, 2007-B, 435.

<sup>72</sup> Resumimos aquí lo desarrollado en “Frenos y contrapesos en la creación del derecho en organismos internacionales. El caso de la discriminación,” y con más detalle aún en “The Administrative Law of International Organizations: Checks and Balances in Law Making —The Case of Discrimination,” cuyos datos de publicación obran *supra*, nota 41. Ver PULVIRENTI, ORLANDO, “INADI ¿cambió?” *LL*, 2006-C, 1226 y sus referencias.

<sup>73</sup> *Supra*, t. 1, *Parte general*, cap. X, “Clasificación jurídica de la actividad administrativa.”



### 5.3.1. *Un ejemplo del dilema: igualdad y no discriminación.*

En efecto, una de cuestiones contemporáneas no resueltas pacífica ni universalmente es p. ej. la de las uniones o casamiento de personas del mismo sexo. Si un Tribunal lo aceptara como derecho vigente sin una regla jurídica específica escrita, sin nada más que el principio general de no discriminación, el caso adquiere otras perspectivas. Otras formas de unión entre dos o más personas, de igual o distinto sexo u orientación sexual, con o sin determinada concepción religiosa fundante, podrían plantearse para ser consideradas. Esas son cuestiones que debe resolver el legislador de acuerdo a los *standards* valorativos al tiempo de la toma de decisión, no por un tribunal sin una específica guía normativa a menos que la sociedad haya arribado a un consenso que resulte imposible desconocer como el caso *Sejean* en nuestro país; el principio de no discriminación, por sí mismo, no es suficiente para dar una respuesta clara y convincente a tales cuestiones, no al menos al presente, en tanto no exista el consenso social indicado.

Uno de los antiguos principios del derecho es la igualdad, que siempre ha significado ausencia de limitaciones irrazonables a un igual tratamiento bajo las leyes, para usar una frase conocida, o “injustificada discriminación.”<sup>74</sup> Sin embargo, irrazonable o injustificada desigualdad ha significado diferentes cosas en diferentes culturas, tiempos y lugares. No es una noción pécetamente establecida, y existen infinitamente variados ejemplos de ello. Los tribunales, en todo el mundo, son por lo general muy cuidadosos en tratar de seguir las reglas establecidas por el legislador. Solamente en los casos más excepcionales –algo que está sujeto a cambio de acuerdo al tiempo y lugar– intervendrán contra las reglas tradicionales para imponer el superior principio de igualdad y no discriminación. Los tribunales tienen que lograr un equilibrio en su jurisprudencia. Ese equilibrio se vería alterado si se introdujera una tan amplia aplicación judicial del principio contemporáneo de no discriminación, o del antiguo principio de la igualdad ante la ley. Existe desde luego una aparentemente creciente tendencia normativa minoritaria a permitir uniones civiles entre personas del mismo sexo, tanto en determinados países como organismos internacionales; pero es todavía una tendencia normativa, no judicial. Además, la cuestión produce otros problemas derivados, como por ejemplo cuando algunos países introducen limitaciones a la adopción de niños, o a la fertilización asistida, y otros no. La complejidad de esos temas es así manejada hasta el presente por el legislador o, en algunos países, por referéndum. El poder judicial ciertamente aplica las nuevas reglas cuando ellas entran en vigencia, pero por lo general no han producido en esta materia una decisión en el estilo de *Brown v. Board of Education*, o *Roe v. Wade*.

En sentido adverso, un panel de tres jueces de un tribunal administrativo internacional ha tomado una actitud activista y de liderazgo en la materia, que

<sup>74</sup> Como también se determina en la sentencia 2193, año 2003, párr. 6°, del Tribunal Administrativo de la OIT.

luego ha sido adaptada en forma unánime por el plenario del tribunal administrativo de la Organización Internacional del Trabajo.<sup>75</sup> Tal activismo puede o no ser correcto en países u organismos internacionales específicos, en momentos específicos y para determinadas materias, pero no está correctamente resuelto, en mi punto de vista, desde la perspectiva de un juez proveniente de un país emergente con el correspondiente sistema de valores.<sup>76</sup> Por cierto, esto es una cuestión debatida.<sup>77</sup>

### 5.3.2. *¿Es ésta una cuestión semántica?*

Todas las definiciones, como todas las palabras, son claras solamente dentro de un cierto núcleo duro o contenido pétreo. Más allá, están siempre rodeadas de un halo de incertidumbre, en que las dudas siempre existen acerca del significado, extensión o aplicabilidad de la palabra en una situación dada.

No se trata por ello de una cuestión de elegir entre interpretaciones “progresistas” o “conservadoras” de las palabras que se refieren a los derechos humanos.<sup>78</sup> Si el significado de una palabra es claro, entonces la cuestión está resuelta. Si el significado de la palabra está sujeto a razonable discusión, puede no competir al poder judicial establecer cuál es el significado de la palabra. En los casos individuales la determinación final será construida por el tribunal, pero cuando la decisión tiene un claro alcance amplio, por ejemplo cuando define una clase entera de casos, entonces corresponde prestar más atención a quién puede determinar el significado de la palabra, cuando hay cuestiones de importancia sustancial que resolver.

### 5.3.3. *Libertad y administración pública.*

Cabe distinguir entre la libertad personal para elegir el estilo de vida privada que se quiera dentro de la ley, que debe ser enteramente respetado por los demás,

<sup>75</sup>Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, caso 1276, sentencia 1883, año 2004, que adoptó lo que era la posición minoritaria del Tribunal Administrativo de la OIT en la sentencia 2193, año 2003. Posteriormente pasó a ser el criterio unánime del plenario de la OIT, con ausencia de nuestro voto, como explicamos en “Comments by Judge Gordillo,” en World Bank Administrative Tribunal / American Society of International Law, *International Administrative Tribunals and the Rule of Law. Joint Colloquium, op. cit. supra*, nota 41 *in fine*.

<sup>76</sup>Esta línea de razonamiento en GORMAN, R. A., “The Development of International Employment Law,” *European Review of Public Law*, Esperia, Londres, 2004, v. 16, n° 3, p. 631 y ss., especialmente ps. 646-7.

<sup>77</sup>Ver las referencias de las notas 41, 75 y 78.

<sup>78</sup>Como se argumentó en el segundo voto disidente de la sentencia del tribunal administrativo de la OIT número 2193 del año 2003. En todo caso, fuera o no éste el argumento determinante, lo cierto es que el siguiente plenario del tribunal administrativo de la OIT se inclinó unánimemente a favor de esa solución, teniendo en cuenta también el caso líder del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas. Nuestra posición al respecto puede verse en “Frenos y contrapesos en la creación del derecho en organismos internacionales. El caso de la discriminación,” *LL*, 2005-F, 1404; “The administrative Law of International Organizations: Checks and Balances in Law Making —The Case of Discrimination,” cuyos datos de publicación obran *supra*, nota 41.

y las repercusiones institucionales de aplicar en su consecuencia el principio de no discriminación para resolver, en definitiva, el otorgamiento de beneficios asistenciales o de otro tipo.

La libertad individual es libertad frente a la intervención del Estado en nuestras vidas privadas, pero no se traslada fácilmente al sistema de beneficios financieros y no financieros de la administración pública; especialmente no para determinar, como en este tipo de casos, un sistema de pagos. ¿Puede la libertad para hacer algo transformarse en el derecho a ser asistido por ello? Sí, pero solamente a través de la legislación o reglamentaciones generales, no a pesar de sus previsiones opuestas cuando ellas son claras y no parecen inaceptablemente injustas. Los ámbitos de la libertad y la administración pública no necesariamente interactúan y se entrelazan.

Una cosa es disfrutar de la libertad de no tener intervención estatal en la elección del estilo de vida que cada uno esté inclinado a seguir, en tanto no esté razonablemente prohibido por la ley. El mundo ha evolucionado mucho en este sentido en el último medio siglo, admitiendo crecientes libertades. La sociedad se ha vuelto más tolerante, también, aunque siempre se escuchan voces muy autorizadas expresando muy fuertemente su desacuerdo. Sin embargo, lo que está cuestionado en este tipo de casos no es la libertad de elegir la vida privada que cada uno quiera dentro de la ley, sino si el Estado o la administración tiene además la obligación de contribuir asistencialmente al estilo de vida de que se trate.

En algunos casos se ha argumentado que el Estado, por razones de salud pública, debe ayudar materialmente de una u otra manera algunos estilos de vida diferentes. Muchas administraciones hacen campañas de educación pública que consisten en el asesoramiento y libre distribución de preservativos, jeringas, etc. También, la preocupación por los peligros del tráfico de drogas llevan a que algunos Estados ayuden a los drogadependientes a superar su adicción proveyéndoles de tratamiento y medicación que de otro modo sería ilegal. Pero estas excepciones en las cuales el Estado ayuda financieramente a diferentes estilos de vida se fundamenta siempre en graves preocupaciones por la salud o la seguridad pública, no como un reconocimiento del derecho individual a obtener financiamiento estatal, y la decisión inicial es tomada por las autoridades regulatorias, no por iniciativa de los tribunales.

Muchos Estados se ocupan de la protección y tratamiento activo de enfermedades altamente contagiosas y peligrosas, como el HIV o la próxima pandemia aviar, si se vuelve a producir como lo hizo a comienzos del siglo pasado matando decenas de millones de personas; se puede llegar y ha llegado a extremos que parecían de otras épocas, confinando en el año 2007 a un viajero que tenía un tipo de tuberculosis asintomática pero imposible de tratar con los medicamentos existentes, pues contiene una cepa resistente a ellos.

Con la libertad de viajar, ello puede volver a suceder. En algunas enfermedades muy transmisibles no existe confinamiento preventivo posible, dado que el contagio puede producirse antes que los síntomas aparezcan: ¿Quién recibirá las vacunas y las drogas antivirales? ¿Quién será “discriminado” en diferentes grupos que puedan no estar protegidos por la vacuna o el tratamiento? Cuando las leyes y reglamentaciones de las autoridades competentes establecen esas contribuciones asistenciales, ellas se transforman en derechos que pueden ser garantizados por los tribunales. Pero tales derechos no son usualmente creados por los tribunales sobre la base del principio de no discriminación. El Estado puede ayudar y de hecho asiste a que muchas personas ejerciten su libertad de intervención estatal, lo que puede transformarse entonces en el derecho a recibir la ayuda del Estado para el ejercicio de tal libertad o sus consecuencias. Pero eso no puede ser fácilmente construido por los tribunales, sin importar cuán sincera sea la convicción de que no hacerlo equivaldría a una discriminación injusta.

#### 5.3.4. *Algunas conclusiones.*

Aunque el problema de la desigualdad injusta es insoluble por un golpe de pluma, la humanidad creó el concepto de discriminación como la llave maestra para determinar cuando la desigualdad era irrazonable (injusta, incausada) y por lo tanto ilegal. Funcionó, por un tiempo. Muchas declaraciones internacionales establecieron el *standard* de no discriminación por razón de sexo, religión, etc. Obviamente, nadie pretendería hoy en día discriminar abiertamente sobre la base del color de la piel, creencias, etc. y pretender que ello es legal. No lo es. Si se lleva el caso a los tribunales, estos declararían ilegal esa conducta. Pero cada caso tiene que ser visto en un contexto mucho más amplio, porque hay múltiples regulaciones que afectan a diversas clases de personas: Personas de edad, jóvenes, viudos y viudas, fumadores, bebedores, tribus indígenas, extranjeros, personas con diversas habilidades de comunicación y así sucesivamente. Sería una errónea descripción del estado actual del derecho administrativo decir que toda discriminación debe ser declarada ilegal sin prestar atención a las circunstancias y a las reglas emanadas de los órganos competentes para legislar.

Los tribunales deben tomar en cuenta los hechos y valores específicos del caso, y también qué guía puede encontrarse en las reglas dictadas por los órganos competentes ¿Qué hacer cuando el órgano legislativo y el tribunal se encuentran en posiciones distintas? Ese es el dilema de nuestro tiempo.

### 6. *Imprecisión u oscuridad*

La imprecisión u oscuridad del objeto hace también defectuoso al acto: El objeto debe ser cierto,<sup>79</sup> como expresa el art. 7°, inc. c) del decreto-ley; el acto será inválido

<sup>79</sup> Costa Rica, art. 132.1; Honduras, art. 24; México, art. 3.11; Perú, art. 5.2.

si resulta incierto en cuanto a qué especie de acto es, o en qué tiempo o lugar<sup>80</sup> habrá de producir sus efectos, o a qué personas o cosas afecta.<sup>81</sup> Debe tratarse de una imprecisión u oscuridad importante y que afecte una parte principal del acto. Si lo impreciso es tan sólo un aspecto secundario del acto, entonces éste no será obligatorio en ese aspecto, pero por lo demás resultará válido.<sup>82</sup> Además, la oscuridad debe ser insanable o insuperable. En consecuencia, el acto es igualmente *válido* si resulta posible comprender qué ordena, aunque sea con buena voluntad de acuerdo a las circunstancias del caso. El acto es válido, pues, si es posible encontrar el sentido de lo que dispone a pesar de la redacción defectuosa de que pudiera adolecer: Sea a través de su relectura aislada, o relacionándolo también con sus fundamentos o sus antecedentes y realizando en suma un razonable esfuerzo de interpretación conforme a la capacidad intelectual y conocimiento de las circunstancias del caso que cada persona tenga. Muchos pueden entender lo que para otros es incomprensible, y viceversa. Las circunstancias del caso serán, como siempre, necesariamente determinantes.

Sólo cuando ningún esfuerzo de interpretación razonable<sup>83</sup> permita superar la oscuridad o imprecisión del acto,<sup>84</sup> podrá considerarse que el mismo es inválido y en tal caso el acto será inexistente. No podrá decirse que el acto tenga, a pesar de su oscuridad, presunción de legitimidad y exista obligación de cumplirlo, pues no se puede cumplir lo que no se conoce o entiende.

Si realmente no se entiende, entonces es claro que el acto simplemente no es de ejecución posible.<sup>85</sup> Por lo tanto, si se asignara a la nulidad absoluta el efecto de no eliminar la presunción de legitimidad y exigibilidad u obligatoriedad del

<sup>80</sup> PTN, *Dictámenes*, 137: 274, 276; en el caso la concesión o permiso de uso de objeto impreciso había sido otorgada verbalmente. Ambos elementos llevaron a considerar que el acto verbal era irrelevante, esto es, inexistente. Sin embargo, creemos que lo determinante no fue tanto la imprecisión del objeto, que en la especie parecía subsanable, sino el carácter meramente verbal de la decisión. Ver PULVIRENTI, ORLANDO, “¡Confirmado: Existen negocios en la administración pública!” *LL*, 2007-B, 477, quien relata un caso de concesión de uso del dominio público conferido sin formalidad ni procedimiento alguno.

<sup>81</sup> WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, Múnich, Beck, 1968, 7ª ed., p. 340; HUBER, *op. cit.*, p. 731; OBERMAYER, KLAUS, *Grundzüge des Verwaltungsrechts und Verwaltungsprozessrechts*, Stuttgart, 1964, p. 75; CAETANO, *op. cit.*, p. 247; SC Mendoza, *Buschman Garat, JA*, 1968-I, 765.

<sup>82</sup> La nulidad parcial de un acto no perjudica sus otras disposiciones válidas, siempre que sean separables: CC, art. 1039. Comp. PTN, *Dictámenes*, 71: 297. Igual regla en el art. 16 del decreto-ley 19.549/72: “la invalidez de una cláusula accidental o accesorio de un acto administrativo no importará la nulidad de éste, siempre que fuere separable y no afectare la esencia del acto emitido.” Lo mismo es aplicable cuando, no tratándose de una cláusula accidental o accesorio, de todos modos se trata de una cláusula separable.

<sup>83</sup> No, pues, “un verdadero esfuerzo dialéctico.” CS de Mendoza, *JA*, 1968-I, 768.

<sup>84</sup> También puede ser que el acto, en caso de “carecer [...] de una mínima especificidad” en realidad no está allí diciendo nada, lo cual es una variante de no-acto pero sin vicio. Un ejemplo en el decr. 158/83 y su interpretación *in re Videla*, CNFed. Crim. y Correc., Sala I, *LL*, 2000-A, 285, 290, año 1999. Sobre diversos supuestos de no-acto ver también *infra*, cap. XI, § 11, “La inexistencia de acto administrativo; vías de hecho de la administración. Los actos carentes de virtualidad jurídica para modificar la situación jurídica de las partes,” casos a) a e).

<sup>85</sup> FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 304; WOLFF, *op. cit.*, p. 340; HUBER, *op. cit.*, p. 731. Uniforme.

acto administrativo, no queda otro camino que considerar a este tipo de acto como inexistente: En cualquier caso y por cualquier interpretación, no se puede cumplir lo que de buena fe no es posible entender. A su vez, si el acto deja margen a dudas sin ser totalmente incomprensible, esa duda juega en favor del individuo por el principio del error excusable.<sup>86</sup>

### 7. Imposibilidad de hecho

El art. 7, inc. c) del decreto-ley 19.549/72 dispone que “el objeto debe ser cierto y física y jurídicamente posible.”<sup>87</sup> Siguiendo a WOLFF<sup>88</sup> distinguimos tres hipótesis en materia de posibilidad o imposibilidad de hecho, dos de las cuales se refieren a la imposibilidad de hecho de tipo material y una tercera a una eventual imposibilidad por falta de sustrato jurídico.

a) *Por falta de sustrato personal*: El nombramiento en la función pública de una persona fallecida;<sup>89</sup> un acto estableciendo una obligación o sanción de tipo personal (inhabilitación, suspensión, retiro del carnet de conductor, etc.), es imposible de hecho si se dicta después del fallecimiento de la persona obligada por el acto.<sup>90</sup> Por el mismo razonamiento, una pena personal puede también quedar extinguida de pleno derecho si, dictada en vida de una persona, sobreviene su fallecimiento.

b) *Por falta de sustrato material*: Cuando la cosa a que el acto se refiere no existe, o ha desaparecido;<sup>91</sup> o cuando la ejecución de lo que el acto dispone es material o técnicamente imposible. También cabe incluir aquí imposibilidades temporales, como la de utilizar un determinado equipo electrónico cuando él no se halla disponible en el mercado local.<sup>92</sup>

c) *Por falta de sustrato jurídico*: Este supuesto de imposibilidad material por falta de sustrato normativo tiene también antecedentes en otras ramas del derecho. Así puede ocurrir en el derecho penal con la imposibilidad material

<sup>86</sup> FORSTHOFF, *op. loc. cit.*

<sup>87</sup> También Costa Rica, art. 132.1; Honduras, arts. 24 y 34.b; Perú, art. 5.2; Venezuela, art. 19.3; exigen que el objeto sea posible.

<sup>88</sup> WOLFF, *op. cit.*, p. 338; en igual sentido GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, pp. 324 y 373; comp. OBERMAYER, *op. loc. cit.*; HUBER, *op. cit.*, p. 731.

<sup>89</sup> En los ascensos *post mortem* el alcance del acto es conceder válidamente una pensión superior a los deudos y reconocer moralmente ante la comunidad el sacrificio del agente. No parece en cambio que pueda aplicarse una sanción, así sea moral, *post mortem*.

<sup>90</sup> HUBER, *op. cit.*, pp. 732-3.

<sup>91</sup> Un permiso de ocupación de la playa, si ésta desaparece. PICCINI GARCÍA, DORIS, *Teoría del decaimiento de los actos administrativos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1968, p. 62, califica esta hipótesis como decaimiento del acto por inutilidad superviniente: “una circunstancia de hecho que afecta el contenido del acto de manera que imposibilita materialmente y en forma definitiva la producción de sus efectos;” “el acto queda desprovisto de su contenido [...], pasa a ser [...] un acto de papel y por lo tanto, inútil.”

<sup>92</sup> Juzg. Fed. n° 1, Tucumán, *FA-MA y MS Producciones S.R.L. c. AFIP, LL NOA*, 2000-1089.

derivada de la supresión de un organismo judicial,<sup>93</sup> o de la imposibilidad lógica derivada de una incapacidad o incompetencia sobrevenida.<sup>94</sup> Son diversos los supuestos de imposibilidad de hecho como vicio del acto administrativo por falta de sustrato jurídico. Un acto administrativo ya extinguido anteriormente por cualquier causa eficiente<sup>95</sup> no puede, desde luego, lógica ni materialmente, volver a ser “extinguido;”<sup>96</sup> también es inexistente el nombramiento para un cargo que no existe; los actos referidos a personas jurídicas ya extinguidas, o a actos privados absolutamente nulos.<sup>97</sup> Igualmente es inexistente, aunque ha habido vaivenes jurisprudenciales, la aplicación de una sanción disciplinaria, traslado, etc., a quien ya no es funcionario público;<sup>98</sup> la revocación de la aceptación de la renuncia; revocación de una baja,<sup>99</sup> etc. Cuando hay clara y absoluta imposibilidad de hecho el acto es inexistente,<sup>100</sup> no puede cumplirse; el decreto-ley 19.549/72 no prevé expresamente una solución para el caso,<sup>101</sup> pero no hay duda que no hay otra interpretación posible dentro del ordenamiento jurídico.

<sup>93</sup> MAIER, J.B.J., *Derecho procesal penal argentino*, t. I b, Hammurabi, 1989, p. 492.

<sup>94</sup> “En el caso de autos hay una imposibilidad insalvable para que la justicia militar juzgue en el presente caso, ya que hay una norma constitucional que lo prohíbe expresamente y cuya inobservancia acarrearía la responsabilidad internacional del Estado argentino.” CNFed. Crim. y Correc., *Videla, LL*, 2000-A, 285, 288, año 1999.

<sup>95</sup> DE ANDRADE, JOSÉ ROBIN, *A revogação dos atos administrativos*, Coimbra, Atlántida, 1969, p. 27, § 17, “Impossibilidade de revogação de atos anulados.” Ampliar *infra*, cap. XIII, “Extinción.” En el caso del acto extinguido cuya extinción es dejada sin efecto: ¿Hace la extinción del acto extintivo renacer *per se* el acto originariamente extinguido? A veces se lo resuelve expresamente; otras resulta así del contexto de la sentencia. Ver p. ej. CSJN, *Hernández, ED*, 108: 586, con notas de BARRA, RODOLFO C., “La nulidad del acto administrativo y los efectos de su declaración,” *ED*, 108: 586 y BIANCHI, ALBERTO B., “La acción de amparo y los límites de la potestad revocatoria de la administración pública,” *ED*, 108: 592.

<sup>96</sup> Con todo, es algo que la administración gusta hacer. Otro ejemplo, que se dió en el país, fue anular contratos que ya estaban extinguidos por cumplimiento.

<sup>97</sup> HUBER, *op. cit.*, p. 732.

<sup>98</sup> Este caso se ha dado varias veces, considerándose que el acto era nulo. CSJN, *Fallos*, 251: 368, 374, *Magallanes*, 1961; 254: 88, *Paz*, 1962; Cámara Federal de la Capital, *JA*, 1966-IV, 40, *Pascali*, 1966; CNFed. CA, *Pereyra*, causa 310, 9-XII-1980. Con todo, hace ya tiempo se empezó a usar una fórmula en la cual se dispone “dejar constancia en el legajo personal [...] del ex agente [...] que de acuerdo a las conclusiones arribadas en el presente sumario, de haber permanecido en el cargo se habría hecho pasible de la medida disciplinaria de cesantía;” contra ese acto no se admitió el recurso judicial directo: CNFed. CA, Sala I, *Echegaray*, 1975, *LL*, 1975-B, 769. Si no fuera porque no es una solución realista, porque la administración de todos modos no tiene centralizados los datos de sus diferentes agentes, y mal podría comparar el legajo antiguo de un futuro ingresante, parecería un ejemplo de nuestro libro *La administración paralela. El para-sistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, 4ª reimpresión, 2001.

<sup>99</sup> La administración derogó la baja de un agente y ordenó la reincorporación, olvidando que “para reanudar el vínculo no basta la sola voluntad de la administración,” pues “no procede forzar un vínculo laboral compulsivo,” como señaló la 1ª instancia en *Pérez de Aonzo*, 1996, CNFed. CA, Sala I, *LL*, 1996-D, 129, 130. Existe, como se advierte fácilmente, un alto grado de irracionalidad en materia de función pública

<sup>100</sup> Excepto en el caso indicado en la nota 91, en que pareció considerárselo nulo, aunque para nosotros sería un caso de inexistencia.

<sup>101</sup> Comp. SCJBA, *Ibarra*, cons. 4ª, *JA*, 1994-III, 100, con nota de D'ARGENIO, INÉS A., “Valor probatorio del expediente administrativo.”

## 8. Irrazonabilidad

La irrazonabilidad es un vicio del acto,<sup>102</sup> con múltiples hipótesis, también en los vicios de la voluntad del acto.<sup>103</sup>

### 8.1. La contradicción del acto

La contradicción del acto,<sup>104</sup> en cuanto resuelva cosas que son antitéticas, o disponga en la parte resolutive lo contrario de lo que expresaba en los considerandos.<sup>105</sup> La contradicción es a nuestro modo de ver un caso típico e insanable de irrazonabilidad, como que atenta contra el principio lógico elemental de no contradicción. Tan irrazonable, por contradictorio consigo mismo, es el acto que explica y fundamenta una solución en los considerandos y adopta la contraria en la parte resolutive, como el acto que en su propio articulado enuncia proposiciones o decisiones contradictorias. Por ello no nos parecen sostenibles las conclusiones de RIGAUD en el caso de *Sieurs Blanc et Truchet* (1965) del Consejo de Estado de Francia, en que se sostuvo que una contradicción en un decreto no lo vicia a menos que lo haga absolutamente inaplicable, pues un art. puede derogar al otro;<sup>106</sup> por el contrario y aún tomando ese argumento, en caso de contradicción sólo puede razonablemente entenderse que los arts. contrapuestos *se derogan mutuamente*. Siendo ambos arts. simultáneos en el tiempo (pues no se pensará, ciertamente, que los últimos arts. son posteriores en el tiempo a los primeros...) y pensando en un posible efecto derogatorio de uno sobre otro, su igual jerarquía y coincidencia temporal llevan necesariamente a la conclusión de que ambos se derogaron recíprocamente y el acto es inexistente en esa parte. Lo expuesto se refiere a los actos administrativos en sentido estricto (unilaterales e individuales), ya que si un mismo acto contiene una disposición general en determinado sentido y una disposición particular en sentido contrario, no existe contradicción: hay una norma general y una excepción para el caso particular. Allí el acto es válido en ambos aspectos y no se produce tampoco el vicio de apartamiento de una norma general<sup>107</sup> pues la norma general nace ya con esa excepción.

<sup>102</sup> O, como dice LINARES, *Fundamentos...*, op. cit., § 215, p. 258, "Todo acto administrativo debe ser razonable como aspecto de su legitimidad."

<sup>103</sup> *Infra*, cap. IX. Sobre este tema son indispensables las obras de LINARES, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958; *La razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Astrea, 1970, 2ª ed.; *El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Kraft, 1944.

<sup>104</sup> WOLFF, op. cit., p. 340; WINKLER, GÜNTHER, *Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten*, Tübingen, 1960, p. 10; HUBER, op. cit., p. 731.

<sup>105</sup> ZANOBINI, op. cit., p. 313; DE VALLES, Arnaldo, *Elementi di diritto amministrativo*, Padua, 1956, p. 171; CAMMEO, Federico, *Corso di diritto amministrativo*, Padua, 1960, p. 606; LANDI, GUIDO y POTENZA, GIUSEPPE, *Manuale di diritto amministrativo*, Milán, 1960, 4ª ed., p. 265; DIEZ, *El acto administrativo*, op. cit., p. 409.

<sup>106</sup> Ver revista *L'Actualité Juridique, Droit Administratif*, 10: 529, París, 1965, donde se publica el caso mencionado.

<sup>107</sup> *Supra*, t. 1, cap. VII, § 11, "La inderogabilidad singular y sus alcances."



## 8.2. La falta de proporcionalidad

La falta de proporcionalidad<sup>108</sup> entre los medios que el acto adopta y los fines que persigue la ley que dio al administrador las facultades que éste ejerce en el caso,<sup>109</sup> o entre los hechos acreditados y la decisión que en base a ellos se adopta,<sup>110</sup> etc., tornan nulo el acto. En este sentido la jurisprudencia de la Corte Suprema tiene establecido “que las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionalmente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador.”<sup>111</sup> También el Código Civil, en su art. 954, permite obtener la anulación de los actos jurídicos en los cuales una de las partes tuviera “una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada”<sup>112</sup> lo cual muestra la vigencia de un principio general contrario a los actos carentes de proporcionalidad, en los cuales una de las partes pudiere quedar sometida a la otra.<sup>113</sup>

La consagración legal expresa en el derecho administrativo del principio enunciado la encontramos en el art. 7º, inc. f) del decreto-ley 19.549/72, donde se expresa que “las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas” a la finalidad que resulte de las normas respectivas que otorgan las facultades pertinentes al órgano de que se trata. En esta disposición la proporcionalidad se analiza relacionando el fin que tiene la *norma* que otorga la atribución al órgano, con las medidas adoptadas por éste; pero también puede haber falta de proporcionalidad entre los *hechos* que determinan el acto (su causa) y lo que éste dispone.

La desproporcionalidad en el acto administrativo es un vicio del objeto, sin perjuicio de que pueda también aparecer como una forma de arbitrariedad y entonces como vicio de la voluntad. En el caso que consideramos, no se trata necesariamente de un vicio de desviación de poder, pues el funcionario actúa con la misma finalidad prevista por la ley, sólo que excediéndose en los medios empleados. Sería p.ej. el caso de que el Poder Ejecutivo, para impedir la publicación

<sup>108</sup> La proporcionalidad es también exigencia expresa en Costa Rica, art. 132.2.

<sup>109</sup> CSJN, *Spinosa Melo*, 5-IX-06, LL, 10-X-06. A veces la falta de proporcionalidad es también un uso del poder o los recursos para fines distintos a los establecidos por la ley, como en el caso *Torello*, CNFed. CA, Sala II (por error de la publicación se consigna Sala I), LL, 2000-B, 275: “manifiestamente contrarios a los destinos a los cuales deben afectarse,” p. 277.

<sup>110</sup> Cám. Fed. de Rosario, Sala B, *Lapagessi*, JA, 1984-III, 440; CNFed. Civ. y Com., Sala III, *Hendrikse*, LL, 2006-E, 225.

<sup>111</sup> CSJN, *Fallos*, 248: 800, 815, *Sindicato Argentino de Músicos*, 1960, y sus precedentes 171: 348, 362, *Swift de La Plata S.A.*, 1934; 199: 483, *Inchauspe Hnos.*, 1991, para actos dictados en virtud del estado de sitio, pero aplicable a todo tipo de actos administrativos.

<sup>112</sup> Ver el tema y su bibliografía *supra*, t. 1, cap. XI, § 6.5, “Lesión.” Un distinto encuadre conceptual, pero no divergente en cuanto al fondo de las soluciones propuestas, en COMADIRA, *Acto administrativo municipal*, Buenos Aires, Depalma, 1992, pp. 36-7. Más bibliografía comparada, en igual sentido, en CIANCARDI, JUAN, “Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales,” LL, 2000-B, 720.

<sup>113</sup> Dijo la CNFed. CA, Sala II (*sic*), *in re Torello*, LL, 2000-B, 275, 278, “En esas condiciones, la situación planteada colocaría jurídicamente al Instituto en una situación de sometimiento, al imponerle una obligación indemnizatoria que lo forzaría a mantener el contrato.”

de un diario o revista durante el estado de sitio, dispusiera no sólo la clausura del periódico sino también la detención de todos los que han intervenido en su impresión o circulación (obrerros, choferes, repartidores, canillitas, etc.) o que para preservar el orden en la Capital Federal, durante el estado de sitio, ordenara la detención de todos los habitantes de aquélla, etc.<sup>114</sup> Un caso superlativo se ha dado en materia contractual, en que se fijó para el supuesto de revocación o rescisión sin causa, una indemnización cercana a los mil millones de dólares, “Lo que resulta exorbitante si se advierte que las gerencadoras son intermediarias que no necesitan realizar grandes inversiones para llevar a cabo su cometido.”<sup>115</sup>

La falta de proporcionalidad entre el objeto del acto y los fines previstos en la ley vicia el acto;<sup>116</sup> también lo vicia un exceso entre lo que el acto decide y los hechos que lo motivan. P. ej., la administración puede decretar la cesantía de un funcionario público por falta de respeto a los superiores, pero es evidente que no saludar un día intencionadamente a un superior es una falta que en modo alguno justificaría la sanción máxima de cesantía o exoneración; esta sanción sería nula por desproporcionada, sin perjuicio de que sean procedentes sanciones menores<sup>117</sup> y corresponderá sustituirla por una sanción menor, adecuada a los hechos que la determinan. Este principio es aplicable a muchos supuestos, así p. ej. se ha dicho que la fijación de las tarifas por la prestación de los servicios públicos debe guardar “una razonable equivalencia entre ambas prestaciones (servicio realizado y retribución debida), pues donde no hay proporcionalidad tampoco hay razonabilidad.”<sup>118</sup> Otro caso de irrazonabilidad por desproporcionalidad, aún teniendo base legislativa, es el de la facultad incorporada al código de Tránsito de la Provincia de Buenos Aires, de proceder al secuestro de vehículos con deudas impositivas.<sup>119</sup>

<sup>114</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Sobre la judicialización de las cuestiones políticas,” *LL*, 2006-A, 857, quien repite ejemplos de la primera edición de esta obra, de 1963, aunque sin citar la fuente.

<sup>115</sup> CNFed. CA, Sala II (*sic*), *Torello*, *LL*, 2000-B, 275, 278, con nota concordante de GAMBIER, BELTRÁN, “Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad,” *LL*, 2000-B, 274. El tema de los contratos administrativos ha dado lugar no solamente a corrupciones sino también a soluciones irracionales en contra de los derechos del contratista, como lo explican los autores que citamos en la nota 3 de la “Introducción” de este t. 3.

<sup>116</sup> En tal sentido, PTN, *Dictámenes*, 102: 226.

<sup>117</sup> En sentido similar, PTN, *Dictámenes*, *op. cit.*, 102: 226.

<sup>118</sup> SC de Mendoza, *Andrés*, 1967, *LL*, 129: 833, 836, 837; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 142. Sobre el tema de la justicia y razonabilidad de las tarifas ver MAIRAL, “La determinación de las tarifas en la concesión de servicios públicos,” *RADA*, 2: 53, Buenos Aires, 1971; nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. III, “La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios;” *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, p. 138, § 60, “Las ganancias sin límite objetivo alguno.” Comp. BIANCHI, “La tarifa en los servicios públicos (Del *Rate of Return* al *Price-Cap*),” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 503 y ss.

<sup>119</sup> La irrazonabilidad es tanto del precepto normativo como del acto de aplicación; existe también violación al debido proceso legal y al derecho de propiedad: Juzg. CA N° 2, La Plata, *Rodríguez*, 2006, en *LL*, 2006-B, 501, con nota de CRESPO, FERNANDA, “La reacción judicial frente a los super poderes de la Dirección Provincial de Rentas,” *LL*, 2006-B, 502; J. Civ. Com. N° 11, Mar del Plata, 2006, *ADECON*, *LL*, 2006-B, 508.

### 8.3. *La absurdidad del objeto*

La absurdidad del objeto vicia el acto,<sup>120</sup> al igual que la imposibilidad de hecho.<sup>121</sup> Absurdidad e imposibilidad de hecho se superponen en gran medida, aunque no totalmente, ya que cabe concebir, en primer lugar, actos absurdos que no sean imposibles de hecho.<sup>122</sup> A su vez, existen también actos imposibles de hecho que no sean absurdos,<sup>123</sup> pero de todos modos hay un gran número de casos en que ambas circunstancias pueden darse conjuntamente. También el acto puede ser absurdo y tener otros vicios adicionales, como sería un plebiscito preguntando si se puede violar la Constitución.<sup>124</sup>

Si bien a primera vista puede parecer, a tenor de los ejemplos que damos aquí, que la absurdidad es una hipótesis excepcional como para que revista poco interés práctico, no es ello así: lo que ocurre es que a veces la absurdidad, por repetida, parece revestir formas externas de racionalidad y por ello no se la advierte en su total magnitud.

El funcionario que pretende que el individuo pueda impugnar el acto que lo afecta, sin darle vista de los fundamentos y pruebas que han llevado a su emisión, está realizando un comportamiento estrictamente absurdo: en efecto, creer que una persona se puede defender eficazmente de lo que desconoce, es como pretender que una persona pueda pelear con los ojos vendados. Sin embargo, si nadie dudará un instante de que sea absurdo e irracional pretender que una persona se defienda con los ojos vendados frente a otra que los tiene bien abiertos, muchos —sin tanta racionalidad— creen que puede ser admisible que una persona se defienda de alegaciones e imputaciones cuyo fundamento y probanzas desconoce. Cabe tener presente que un acto absurdo no es necesariamente un acto *risible* o *ridículo* (aunque pueda serlo) y que la absurdidad también puede estar presente bajo las apariencias de la mayor seriedad y/o dogmatismo: ello no disminuye, sin duda, el vicio que el acto tiene.<sup>125</sup>

Por lo demás, la absurdidad o irrazonabilidad no está restringida al campo del derecho público, ya que se encuentran ejemplos de ella también en el ejer-

<sup>120</sup> WOLFF, *op. cit.*, p. 340; HUBER, *op. cit.*, p. 731.

<sup>121</sup> PTN, *Dictámenes*, 78: 362 y 363.

<sup>122</sup> En un caso la UBA, “invocando razones presupuestarias, decide no realizar el módico gasto de una medalla de oro. Resulta realmente carente de toda seriedad dejar constancia en un diploma oficial de la obtención de una medalla que no se va a entregar.” CNFed. CA, Sala IV, *Rizzo*, 19-VI-98, cons. VIII, 2º párr. Otro caso es que se exijan formularios sin justificación racional alguna: *El Ateneo*, año 1997, CNFed. CA, sala II, *LL*, 1998-B, 554, con nota “Ninguna justificación racional” en *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, § 82, p. 178.

<sup>123</sup> La orden de la provisión de materiales que se han dejado de fabricar.

<sup>124</sup> TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Acordada Electoral N° 3*, año 1999, *DJ*, 1999-1, 903, con nota de ROSSI, ALEJANDRO, “La consulta popular trunca: claves para la comprensión de un naufragio legal y el rescate de una institución.”

<sup>125</sup> Conf. BUJ MONTERO, MÓNICA, “El acto administrativo: Elementos,” en el libro de ISMAEL FARRANDO (H.) y PATRICIA R. MARTÍNEZ, Directores, *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 190.

cicio de poder por entidades puramente privadas.<sup>126</sup> Es un verdadero principio general del derecho. Todo acto contrario a las reglas de la lógica<sup>127</sup> o que resulta de razonamientos falsos,<sup>128</sup> es también irrazonable y por lo tanto nulo o incluso inexistente en casos de *mucha* gravedad.<sup>129</sup>

### 9. Inmoralidad. La ética pública

La inmoralidad del objeto también vicia el acto. En esto es pacífica la doctrina<sup>130</sup> y no parece que su aceptación dependa de una toma de posición en el problema de si el derecho es o no necesariamente moral, o en qué medida lo es.<sup>131</sup>

En efecto, incluso los autores que postulan que puede haber una regla jurídica inmoral pero válida, aclaran que una ley puede incorporar preceptos morales como parte de las reglas de derecho,<sup>132</sup> en cuyo caso el acto deberá ser moral para ser jurídico. Es lo que ocurre con el art. 953 del Código Civil, aplicable al caso.<sup>133</sup> Pensamos que el sentido que cabe dar aquí a este posible vicio del acto es el de contravenir la “moralidad positiva,”<sup>134</sup> cuyas normas y reglas no son creadas por la ética, sino descubiertas y explicadas por ella.<sup>135</sup> Cobra aquí importancia la cuestión de si “los juicios morales son tan racionalmente defendibles como cualquier otra clase de juicios,”<sup>136</sup> o si en cambio los valores constituyen un a

<sup>126</sup> Un ejemplo en el caso *Bella*, CNCiv., Sala D, LL, 1998-B, 626, que comentamos *supra*, cap. I, § 12.6, “Otros casos. La potestad a medio camino entre derecho público y privado.” La actora le ganó a todos los hombres en tiro con Fusil Mauser y le querían dar, en lugar del premio por el cual había concursado, un premio... especial para damas. La defendió con éxito la Asociación por los Derechos Civiles que preside ALEJANDRO CARRIÓ. Ver ROMÁN, *op. loc. cit.*

<sup>127</sup> HUBER, *op. cit.*, p. 731; OSSENBUHL, FRITZ, *Die Rückname fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte*, Berlín, de Gruyter, 1965, p. 8. Ver la nota siguiente y su remisión.

<sup>128</sup> En este sentido “esta resolución carece [...] de lógica en sus considerandos y aún hay inconsecuencia entre ellos en sí y respecto de parte dispositiva,” SC de Mendoza, JA, 1968-I, 765, 768. Conf. HUBER, *op. loc. cit.*; OSSENBUHL, *op. loc. cit.* Ampliar *infra*, cap. IX, § 8.4, “Actos ilógicamente motivados,” donde analizamos la motivación ilógica como forma de arbitrariedad.

<sup>129</sup> Ampliar *infra*, cap. IX, § 8, “Distintos casos de arbitrariedad,” § 9, “Diferencia entre arbitrariedad y el vicio tradicional de violación de la ley” y § 10, “Error.”

<sup>130</sup> HUBER, *op. cit.*, t. II, pp. 741-2; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, pp. 346 y 543; FIORINI, BAROLOMÉ, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, 2ª ed., p. 373; CRETILLA JÚNIOR, JOSÉ, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Río de Janeiro, Forense, 1966, pp. 157-8; COMADIRA, JULIO RODOLFO, *El Acto Administrativo. En la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2003, cap. 6, § 6.5, p. 104; del mismo autor, con la colaboración de LAURA MONTI, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, comentario a los arts. 14, 15 y 16, § 2.5, p. 307.

<sup>131</sup> Ver p. ej. HARTMANN, NICOLAI, *Ethik*, Berlín, Walter de Gruyter, 1962, 4ª ed., p. 64 y ss.

<sup>132</sup> HART, H.L.A., *Derecho y moral*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, pp. 11-2.

<sup>133</sup> “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiesen prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero,” en la nota dice el codificador que “los hechos contrarios al derecho y a la moral, son puestos en la misma línea que los hechos imposibles.”

<sup>134</sup> Ver GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO, *Ética*, México, 1960, 7ª ed., p. 12.

<sup>135</sup> GARCÍA MAYNEZ, *op. cit.*, p. 14 y ss.

<sup>136</sup> HART, *op. cit.*, p. 59.

*priori* emocional<sup>137</sup> que se intuye independientemente de principios lógicos<sup>138</sup> y que se aprende del ejemplo y de la imitación;<sup>139</sup> en otro aspecto, si los valores son objetivos o subjetivos.<sup>140</sup> Por nuestra parte consideramos que si bien cualquiera puede tener según el caso dogmas religiosos o determinadas creencias o principios equivalentes, o emociones o sentimientos tan fuertes que pueden llegar a impedirnos el análisis racional de un problema axiológico concreto, ello es equivalente a las causales de descalificación por falta de imparcialidad en un pronunciamiento jurisdiccional. No importa una crítica a la persona sino la verificación de una situación que le impide el análisis racional. Es la excepción y en la mayor parte de los casos parece posible hacer una ponderación racional de los valores en juego y por ende del carácter no ético de un acto determinado;<sup>141</sup> sin perjuicio de la eventual mutación de algunos dogmas morales clásicos,<sup>142</sup> o el nacimiento de nuevos (protección de determinadas especies, condena de la discriminación por motivos religiosos, raciales, políticos, etc.). Cualquiera sea el criterio que se adopte y aunque no se llegue a una ética científica<sup>143</sup> será posible en muchos casos ponerse de acuerdo sobre el carácter inmoral del objeto. Cuando ello ocurra deberá considerarse ilegítimo el acto, sin que influya, como vimos, la controversia acerca de si el derecho debe ser siempre moral, ya que en el caso la cuestión está consagrada legalmente. Cuando la Convención Interamericana Contra la Corrupción establece en su art. III las medidas y principios preventivos de dicha corrupción, está consagrando, del mismo modo que el Código Civil, principios de *ética pública* cuya violación torna inmoral y por ende nulo el acto.<sup>144</sup>

<sup>137</sup> SCHELER, MAX, *Ética*, t. I, Madrid, 1941, pp. 100 y 101.

<sup>138</sup> SCHELER, *op. loc. cit.* Conf. GARCÍA MAYNEZ: "Los actos a través de los cuales intuimos los valores no son simples actos del conocer, sino del sentimiento o, expresado en forma más sencilla: su carácter no es reflexivo o intelectual, sino emocional e intuitivo" (*op. cit.*, p. 243).

<sup>139</sup> HARTMANN, *op. cit.*, pp. 47 y ss., 116 y ss.

<sup>140</sup> Ver FRONZIZI, RISIERI, *¿Qué son los valores?*, México, 1958, pp. 30 y ss., 103 y ss., 121 y ss.

<sup>141</sup> Comp. TOULMIN, STEPHEN E., *El puesto de la razón en la ética*, Madrid, 1964, pp. 166 y ss., 176, 180, 181 y 185; RUSSELL, BERTRAND, "The Elements of Ethics," en SELLARS y HOSPERS, *Readings in Ethical Theory*, Nueva York, 1962, p. 27 y ss. Lo que en estos y otros trabajos se destaca es la posibilidad de *razonar* una cuestión moral antes que postularla dogmáticamente; o, como dice BERTRAND RUSSELL, que existen "métodos a ser empleados y falacias a ser evitadas al considerar la bondad o maldad intrínseca" (*op. cit.*, p. 28). Comp. también AYER, *op. cit.*, p. 135 y ss.

<sup>142</sup> HUBER, *op. cit.*, p. 741, señala que puede mantenerse el ej. de una casa de prostitución; pero actos que antes eran inmorales hoy son válidos: ciertos libros, películas, revistas; obras de teatro; es como el Código de Convivencia Urbana en la CABA. Para el "retraso de la conciencia moral," ZBINDEN, HANS, "La conciencia moral en nuestro tiempo," en *La conciencia moral*, Madrid, 1961, p. 13 y ss.; comp. WADDINGTON, C. H., *El animal ético*, Buenos Aires, 1963, p. 14 y ss.

<sup>143</sup> Como propone HARTMAN, ROBERT S., *La estructura del valor*, México, 1959, p. 168 y ss.

<sup>144</sup> Ver nuestros arts. "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091; "La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»," *JA*, 2000-IV, 1269; "La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC)," en Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, VIII Encuentro de Asesores Letrados, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10.

La ley 25.188, por su parte, establece en su art. 17 supuestos nuevos de nulidad por las incompatibilidades e inhibiciones y prohibiciones que menciona en sus arts. 13,14 y 15.<sup>145</sup> La inmoralidad tiene muchas manifestaciones, que pueden también encuadrarse según el caso como vicio de la emisión de la voluntad<sup>146</sup> o de procedimiento de formación de la voluntad.<sup>147</sup>

### 9.1. *La ley inmoral*

La ley inmoral constituye una cuestión más difícil. El problema no es solamente de derecho interno pues existen juicios universales acerca de ello, p.ej. en cuanto se consideran delitos de lesa humanidad la esclavitud, el genocidio, el *apartheid*, la tortura, la piratería, etc., todo lo cual permea luego el resto del ordenamiento interno. La corrupción, en el Preámbulo de la CICC, aparece a nuestro juicio como integrando ese nuevo orden público internacional, *in statu nascendi*.

Según HUBER,<sup>148</sup> hay que distinguir el acto inmoral que está dictado en el marco de una ley que no hace sino ejecutar (es decir, el acto en el que la valoración inmoral no procede directamente del funcionario sino más bien de la ley), del acto en el cual el contenido inmoral no está dictado por la ley. Según dicho autor, en el primer caso no habría vicio de inmoralidad en el acto.<sup>149</sup> Sin embargo, pensamos que en tales situaciones lo único que varía es la mayor presunción de legitimidad que tal vez corresponda otorgar a la ley, pero no por ello el acto que ejecuta una ley inmoral se transforma en éticamente valioso. Caso típico pueden serlo las normas y los actos de ejecución de ellas, que puedan en algunos países haber autorizado la eliminación de los enfermos mentales.<sup>150</sup>

HART sostiene que no por ser inmoral la ley deja de ser derecho,<sup>151</sup> criticando la posición contraria adoptada por los juristas alemanes después de la lección del nazismo, *v. gr.* RADBRUCH,<sup>152</sup> pero su posición en última instancia desemboca en lo mismo. Obsérvese que HART postula que en tales casos “las leyes pueden ser derecho aunque sean demasiado malas para ser obedecidas”<sup>153</sup> y dice que RADBRUCH comete “una enorme sobrevaloración de la importancia del hecho desnudo de que se pueda decir de una regla que es una regla válida de derecho, como si

<sup>145</sup> Ley 25.188, art. 17; FRANDSEN, *op. loc. cit.*

<sup>146</sup> Se trata de la maldad como fin, que mencionamos *infra*, cap. IX, § 6.3.1 y nota 147.

<sup>147</sup> El obrar malicioso que siempre ha condenado el derecho: *infra*, cap. IX, § 4.2, “Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima.”

<sup>148</sup> HUBER, *op. cit.*, p. 741.

<sup>149</sup> HUBER, *op. loc. cit.*

<sup>150</sup> A pesar de lo expuesto, es el mismo HUBER quien da este ejemplo y llega a la misma conclusión, aunque diciendo que allí sólo hay “ley aparente” (*Schein-Gesetze*), p. 741.

<sup>151</sup> HART, *op. cit.*, pp. 12, 14, 42 y ss.

<sup>152</sup> RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962. El título original hace un iluminador contraste entre “ley” (*Gesetz*) y derecho (*Recht*), con los prefijos *un* (a, anti, contrario a) y *über* (por encima, sobre, supra): *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*; algo así como “ley antijurídica y derecho suprallegal.”

<sup>153</sup> HART, *op. cit.*, p. 49.

esto, una vez declarado, suministrara una respuesta concluyente a la decisiva pregunta moral: “¿Debo obedecer esta regla de derecho?”<sup>154</sup> Sostener que la ley inmoral es derecho pero no debo obedecerla por ser inmoral, es prácticamente lo mismo que decir que la ley inmoral no es derecho y no debo obedecerla: en un caso obraré según un imperativo moral desconociendo un imperativo “jurídico,” en el segundo obraré según un imperativo moral y jurídico, desconociendo un imperativo positivo. En ambos casos mi conducta ante la ley inmoral debe ser la misma.

## 9.2. *El acto inmoral*

Por lo demás, no debe caerse en el error vulgar de pensar que las reglas de la moral tienen que ver única o principalmente con la moral sexual y que sólo lo pornográfico o procaz cae bajo esta prohibición. Más bien pensamos que si acaso lo inmoral por erótico es de las inmoralidades menos trascendentes; mucho más dañino para la sociedad es la inmoralidad del funcionario que decide una cosa a pesar de que en conciencia sabe que debiera decir otra y no tiene el valor de hacerlo; o la del funcionario que sin profundizar el estudio de un asunto, lo decide —o proyecta su decisión— en contra del individuo, sabiendo que esa circunstancia lo pone a cubierto de críticas de sus superiores,<sup>155</sup> cosa que no siempre ocurre con las decisiones favorables,<sup>156</sup> etc.; con todo, este tipo de inmoralidad se refiere a la voluntad del funcionario antes que al objeto mismo del acto y constituye entonces un caso de desviación de poder.<sup>157</sup> En cualquier caso, el resultado es siempre el mismo, en cuanto a la invalidez del acto.

En suma, el objeto que en sí mismo sea inmoral (y no sólo por trasgresión a los principios de la moral sexual), es con ello nulo. Un acto que exija adhesión a un partido, o a una persona, o a un gobernante, como requisito para ser funcionario público, o contratista del Estado, etc., es también nulo por inmoral. Un acto que tenga por objeto la apología del gobierno, el culto a la personalidad<sup>158</sup> o la exaltación de sus personeros (la construcción de un monumento a una figura del gobierno; la denominación de un lugar público con el nombre del gobernante, etc.), es asimismo nulo.<sup>159</sup> También lo será todo acto de sumisión o de humillación,

<sup>154</sup> HART, *op. cit.*, pp. 44-5.

<sup>155</sup> Ver *supra*, t. 1, cap. III, § 1, “Libertad y autoridad en el derecho administrativo,” § 2 y § 3.

<sup>156</sup> Es inmoral obrar o dejar que se obre impunemente, p. ej. no permitir a una persona defenderse: t. 2, cap. IX, § 10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa).”

<sup>157</sup> HUBER, *op. cit.*, p. 742, cita casos de inmoralidad en los cuales hay también desviación de poder, discriminación, etc.: actos persecutorios por razones raciales o políticas, pero incluye la desviación de poder dentro de la inmoralidad. VEDEL, *op. cit.*, p. 438, recuerda que ya HAURIUO consideraba a la desviación de poder como un vicio de la moralidad administrativa, pues “incorpora a la legalidad ciertos principios de moralidad.”

<sup>158</sup> Aunque hay quienes lo practican ostensiblemente y sin censura social en el ámbito privado. Si además se usa el poder público, la gravedad del ilícito es mayor.

<sup>159</sup> Un acto “dedicado a la glorificación de personas de un régimen,” adolece de “total imposibilidad ético-política,” su objeto es “jurídicamente imposible;” PTN, *Dictámenes*, 85: 103.

de pleitesía y en general todo acto que importe un desconocimiento esencial de la dignidad de la persona humana.<sup>160</sup> El acto inmoral, en principio, es nulo y su vicio insanable,<sup>161</sup> si la inmoralidad es grosera, el acto será inexistente. Pero la variedad de situaciones fácticas puede también dar lugar a la anulabilidad o incluso a la validez según la importancia del vicio.

### 9.3. *El acto inmoral por corrupción o ineficiencia grosera*

La Convención Interamericana Contra la Corrupción,<sup>162</sup> al condenar tanto penal como administrativamente diversos comportamientos corruptos o propensos a la corrupción, constituye también un catálogo de ejemplos de actos de objeto inmoral y desde luego prohibido<sup>163</sup> por corrupción. En efecto, el cap. sobre las medidas preventivas de la corrupción, que la CICC describe, contempla, *a contrario*, supuestos de conductas que son condenadas con el juicio *supranacional* de esta Convención, e *internacional* de la convención de tal índole, en curso de aprobación. Dada la obligatoriedad de los tratados por sobre el derecho interno<sup>164</sup> y que su incumplimiento es de gravedad institucional,<sup>165</sup> extraña que no se la invoque más frecuentemente en los fallos, a pesar del principio *iura novit curia* y de lo que dice el preámbulo de la CICC. No ha de olvidarse, tampoco, que en materia de corrupción nos encontramos posiblemente ante un nuevo orden público internacional, *in statu nascendi*,<sup>166</sup> con sus conocidas implicancias jurisdiccionales extranjeras e internacionales. Será simplista e histórica e internacionalmente desubicada la tesitura que confíe todas sus cartas a la soberanía y territorialidad de la jurisdicción.<sup>167</sup>

<sup>160</sup> Los valores éticos son valores de personas, no de cosas, a diferencia de los valores estéticos, utilitarios, etc. (SCHELER, *op. cit.*, pp. 124-9; GARCÍA MAYNEZ, *op. cit.*, pp. 245-6) y los actos éticamente disvaliosos serán siempre humanamente disvaliosos; HANS REINER, *Vieja y nueva ética*, Madrid, 1964, p. 224, enuncia dos valores “absolutos:” el derecho justo y “el hombre en cuanto ser personal.”

<sup>161</sup> CSJN, *Fallos*, 179: 273, *Tiburcio López*, año 1937; FIORINI, *op. cit.*, p. 373.

<sup>162</sup> Ver *supra*, nota 144.

<sup>163</sup> GAVEGLIO, ADRIÁN JAVIER, “Control de razonabilidad, técnica y delegación legislativa,” *LL*, 1998-D, 1211.

<sup>164</sup> *Hagelin*, 1993, *Fallos*, 316: 3176; *Fibraca Constructora S.C.A.*, 1993, *Fallos*, 316: 1669. Desarrollamos el tema *supra*, t. 1, cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo;” “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno,” *La Ley Actualidad*, 17-IV-1990 y cap. III de *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2007; “La creciente internacionalización del derecho,” en FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE (coord.), *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*, México D.F., UNAM, 2002, pp. 71-92.

<sup>165</sup> CSJN, *Riopar S.R.L.*, *LL*, 1997-A, 227, año 1996.

<sup>166</sup> Ver t.1, cap. VI, § 2.3, “Convención Interamericana contra la Corrupción” y cap. V, § 5.3, “El régimen supranacional contra la corrupción” y las referencias de la nota 144.

<sup>167</sup> En nuestros países se demora mucho en percibir el modo en que iguales cuestiones son vistas en los países de mayor desarrollo y con capacidad de ejercer una jurisdicción extranjera o internacional conforme al derecho de gentes que nuestra propia Constitución reconoce desde siempre, hoy en el art. 118. Nos remitimos a lo expuesto en el cap. VII, “Fuentes supranacionales,” del t. 1. También resultan ilustrativos los fundamentos del primer fallo (anulado) de los *Law Lords* en *Regina v. Evans*, 1998, aquí publicado como *La Reina c/Evans y ot.*, *LL*, 1999-A, 432; ver también WILLIAM, SYLVIA MAUREEN, “El derecho británico y la inmunidad soberana,” *LL*, 1998-F, 1233.



El avance progresivo del orden público internacional ya ha cubierto como *jus cogens, erga omnes*, el terreno del genocidio,<sup>168</sup> la tortura sistemática, la desaparición forzada de personas,<sup>169</sup> el terrorismo o piratería internacional y la toma de rehenes<sup>170</sup> o el cautiverio. A nuestro juicio no cabe duda que se apresta a avanzar sobre alguno o algunos de los delitos que integran el conjunto que ahora los Estados formalmente engloban bajo la conexión sinérgica “corrupción — crimen organizado — narcotráfico — lavado de dinero — desestabilización del régimen democrático y del Estado mismo — negación de los derechos económicos y sociales.” Adviértase que esta vinculación no es imaginación nuestra, sino que la hace en forma expresa el Preámbulo de la CICC, de nivel supralegal y supranacional. Para no tomar sino uno de los ejemplos que brinda la CICC, un acto que implique el dispendio ineficiente de recursos públicos ya no entra en el mero campo de la oportunidad, conveniencia o mérito: Es un coadyuvante de la corrupción, de objeto plenamente *inmoral* conforme a estas normas, formalmente antijurídico. No postulamos que la corrupción no pueda funcionar sin gasto público ineficiente; sí parece en todo caso a la inversa, que casi siempre funciona con él. No *solamente* con él, pero casi inexorablemente con él. Puede haber corrupción con gasto eficiente y puede en teoría haber gasto ineficiente ingenuo, pero lo más normal es que el gasto groseramente ineficiente preanuncie la corrupción. Ésta aparece del brazo *coadyuvante*, a veces incluso condicionante, del gasto ineficiente. Es la forma más apta para generar los fondos corruptos.<sup>171</sup> En todos los casos nos referimos a las grandes erogaciones ineficientes, que es donde anida la gran corrupción. Esto pone nuevas cargas sobre el intérprete y el control judicial, pero no podrá

<sup>168</sup> Así lo resolvió la CSJN en *Priebke, JA*, 1996-I, 328, año 1995, señalando que a su juicio el caso encuadraba *prima facie* en los preceptos de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (cons. 2° y 3°), pero “Que la calificación de delitos contra la humanidad no depende [...] sino de los principios de *ius cogens* del Derecho Internacional,” cons. 4°.

<sup>169</sup> CNFed. Crim. y Correc., Sala II, *Astiz, DJ*, 2000-2, 605.

<sup>170</sup> Nuestro país ha ratificado por ley 23.956, del año 1991, la Convención internacional contra la toma de rehenes, también invocada en el precedente *Regina v. Evans* citado *supra*, nota 167, una de cuyas aplicaciones, en materia jurisdiccional, fuera el conocido y allí recordado caso de *Entebbe*. El hecho de que no esté incorporada al texto constitucional en el art. 75, no quita que está vigente, incluso por ser parte del *ius gentium*, de igual modo que para todos los delitos de lesa humanidad lo ha entendido la CSJN *in re Priebke*, 1995, *supra*, nota 168, cons. 4°. El avance empírico es el mismo en materia de tribunales arbitrales: GRACIARENA, MARÍA CAROLINA, *La inmunidad de ejecución del Estado frente a los laudos del CIADI*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, pp. 195-203.

<sup>171</sup> De allí el empleo que estamos haciendo de la traducción “necesitado de coadyuvante” que preferimos del vocablo *mitwirkungsbedürftige* en su referencia al acto administrativo, en el derecho alemán, que requiere la aceptación del particular. En la antigua Prusia se los encuadraba dentro de los actos administrativos de sumisión, que postulara OTTO MAYER (*Verwaltungsakten auf Unterwerfung*) como recuerdan GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Madrid, Civitas, 1998, 5ª ed., p. 95; en la 1ª ed. argentina de la 9ª ed. española, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Buenos Aires, Thomson/Civitas, La Ley, 2006, p. 105 no se encuentra ya la referencia por considerar los autores que todo ello es “arcaizante.” Sea un acto de sumisión prusiana o un acto necesitado de coadyuvante, en ambos casos creemos que encuadra asimismo en la hipótesis constitucional penal del art. 36 de la Constitución de 1994, tanto para el funcionario como para los particulares.

nadie hacerse el desentendido en derecho desde que está vigente la CICC: No le conviene tampoco, pues puede para *su* sorpresa encontrarse, el día de mañana, enfrentado a una decisión como la de los *Law Lords* a que nos referimos en la nota 167. Bien puede ser, como ya lo advertimos, *ius cogens, erga omnes, in statu nascendi*. El tiempo dirá, pero conviene al operador estar prevenido.

#### 9.4. *La degradación de la moral y la ética*

Debe prestarse atención a la degradación que algunos falsos moralistas pretenden introducir a la ética pública, fulminando todo con la moral y el bien común, o postulándola como elemento esencial, pero olvidándose que hay otros elementos éticos que no pueden desconocerse. Son los mismos que después defienden el abuso y la vejación y en general la violación de los derechos humanos, pero también los que apoyan a pleno el autoritarismo y la corrupción, la adulación y el sometimiento y están siempre al servicio del poder. Eso también es inmoral.

De todas maneras y para darle momentáneamente un tono ligero al tema, conviene recordar una de sus manifestaciones secundarias, de interés anecdótico, es la pretensión que la falta de pago de la matrícula profesional constituya una infracción “ética” a las normas profesionales. La idea es vieja y ha sido de antaño ridiculizada: esa tasa “no es parte del contenido esencial del acto de inscripción ya que la finalidad del cumplimiento de esta prestación patrimonial es extrínseca, marginal al fin fundamental del acto de inscripción;” hay así “una absoluta divergencia entre el fin del acto y los fines de la prestación pecuniaria del particular;” esta última no es, “ni mucho menos, en relación al acto de inscripción, un presupuesto de legitimidad ni una condición;” son “intereses marginales” de la administración. Podrá haber consecuencias pecuniarias del incumplimiento pero no reducir o desmejorar los efectos de la inscripción.<sup>172</sup> Con ese comienzo “ético” después algunos no distinguen el contenido y deber ético de mejorar su cultura y servir al régimen democrático.

Pero no todo es risueño. Dejemos al lector la búsqueda de los inmorales de la política, el poder, y la corrupción.

#### 9.5. *La omisión de resolver como corrupción*

Estamos demasiado acostumbrados a mirar la omisión administrativa de resolver una petición concreta como un mero ejemplo de desidia, lentitud, mora o simple ineptitud administrativa. Pero todo aquel que tiene que cobrar un cheque que está emitido y sabe que hay alguna distancia dineraria entre ese momento y la efectiva percepción del cheque, sabe que el silencio y la omisión pueden ser corrupción. Igualmente cuando el funcionario que debe otorgar la razón y sabe que el parti-

<sup>172</sup> Análogas consideraciones caben respecto de la mora insustancial en el pago de la tasa de patentes. Ver *Hendrikse*, citado *supra*, notas 46 y 110; PERINI, MICHELE M. G., *Osservazioni sull'accertamento costitutivo nel diritto amministrativo*, Padua, Cedam, 1953, pp. 64-5.

cular la tiene, pero demora hacerlo ¿esperando una contraprestación ilegal? Es así como la administración extorsiona con el silencio y la mora: no son sólo los ineptos, son también los corruptos, que omiten decidir. Por eso es tan indispensable que la justicia cumpla siempre con su función en la materia, pues es uno de los modos de prevenir esta corrupción extorsiva por la simple omisión.<sup>173</sup>

### III. Competencia

#### 10. Concepto y alcances

La competencia es el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente ejercer, en razón de la materia, el territorio, el grado y el tiempo.<sup>174</sup> Coincide la doctrina que la competencia en principio es improrrogable.<sup>175</sup> Hay quienes piensan que la competencia debe surgir de norma legal expresa, quienes consideran que puede surgir expresa o implícitamente de una norma legal y quienes consideran que surge en forma implícita del objeto o fin mismo del órgano; a esto último, algunos autores lo llaman principio de especialidad.<sup>176</sup> El art. 3° del decreto-ley 19.549/72 se inclina por la regla de la competencia expresa,<sup>177</sup> pero no solamente de origen legal directo e inmediato, sino también de origen derivado, emergente de reglamentos dictados en consecuencia de leyes atributivas de competencia.<sup>178</sup>

#### 11. Competencia en razón del grado

La competencia en razón del *grado* se refiere a la posición que ocupa un órgano dentro del orden jerárquico de la administración y, puesto que la competencia es en principio improrrogable, no puede el órgano inferior tomar la decisión que corres-

<sup>173</sup> Ver ETCHERRIGARAY, PEDRO, "Eficacia al amparo por mora: Entre el derecho a peticionar y la ética pública," *LL*, 2007-A, 250.

<sup>174</sup> La competencia no debe confundirse con el ejercicio de la función y por ello no puede haber una competencia para la ilicitud; es posible imputar a un órgano estatal un hecho ilícito, pero en virtud de la noción de ejercicio de función y no de competencia. Ver *Gauna*, CSJN, *Fallos*, 320-I: 875, año 1997; *Multicambio SA*, Plenario CNFed. CA, *JA*, 1996-I, 140, año 1995. *Supra*, t. 1, cap. XII, § 6, "La competencia" y § 7, "Distinción entre competencia y ejercicio de la función;" LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 259 y ss.; COMADIRA, JULIO RODOLFO, "El acto administrativo, hoy," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *El derecho administrativo argentino, hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 50 y ss.; COMADIRA, *Acto administrativo municipal, op. cit.*, pp. 20-5 y 76 y ss.

<sup>175</sup> Brasil, art. 11; Costa Rica, art. 66; Honduras, art. 3°; Perú, arts. 63 y 65; Venezuela, art. 26. Ampliar en FRANCHINI, FLAMINIO, *La delegazione amministrativa*, Milán, Giuffrè, 1950, p. 28; *supra*, t. 1, cap. XII, § 8.4, "Competencia en razón del grado;" CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 6ª ed., p. 136. Este autor considera que el vicio de incompetencia da lugar a la nulidad (nulidad absoluta, en sus palabras) en todos los casos, pp. 196-8; en igual sentido URZÚA RAMÍREZ, CARLOS FERNANDO, *Requisitos del acto administrativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1971, § 38, p. 71. A nuestro juicio corresponde distinguir algunos supuestos, como lo hacemos en el texto.

<sup>176</sup> Nos remitimos a la exposición efectuada en el t. 1, cap. XII, § 6, "La competencia."

<sup>177</sup> Costa Rica, art. 59.1 y Perú, art. 61.1.

<sup>178</sup> Ver también IVANECA, MIRIAM MABEL, "Los principios constitucionales en el acto administrativo," en AA.VV., *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo en Homenaje a Juan Bautista Alberdi*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2005.

ponde al superior y viceversa,<sup>179</sup> salvo los casos de admisibilidad de la avocación<sup>180</sup> y delegación.<sup>181</sup> Si a pesar de todo lo hace, el vicio es por regla subsanable, en razón de existir jerarquía<sup>182</sup> entre los órganos. Si tal relación jerárquica no existe, la nulidad es insanable.<sup>183</sup> Esto último es claro si un Secretario de Educación toma una decisión de competencia de una Universidad. Está en cambio en penumbra si un Secretario de Energía puede válidamente tomar una decisión de competencia de un ente regulador: ENRE o ENARGAS,<sup>184</sup> porque la independencia de estos entes nunca ha sido verdaderamente respetada por el poder central. En nuestro concepto no debería tener tales atribuciones, pues ellas contrarían directamente el explícito objetivo de la creación del ente regulador.

El acto puede estar viciado de incompetencia en razón del grado en dos hipótesis esenciales: *a)* Cuando al *órgano* le ha sido conferida antijurídicamente una competencia determinada; en este caso, aunque el órgano no se salga de la competencia que le ha sido conferida, el acto puede no obstante estar viciado en razón de que dicha competencia es ilegítima; *b)* cuando, siendo legítimo el otorgamiento de competencia al órgano, éste se excede de ella incluso en el campo de lo implícito.<sup>185</sup>

*a)* Caso en que la competencia ha sido ilegítimamente conferida: Es éste un problema que surge en materia de intervención, descentralización y delegación. En el caso de la intervención, el órgano interventor sustituye la voluntad del órgano intervenido, con lo cual aún siendo inválida la sustitución<sup>186</sup> se aplica la misma regla del funcionario *de facto*, que veremos.

<sup>179</sup> Ver CNFed. CA, Sala I, *Miño, LL*, 1993-B, 101, 103, año 1992.

<sup>180</sup> Cuando ella es admisible, lo que no siempre ocurre. Ver CSJN, *Peña de Tuero*, 1983, *Fallos*, 305: 171, 177, cons. 4° y 5° del voto de la minoría. Minoría y mayoría tienen coincidencia en la nulidad, aunque la mayoría ubica el vicio como incompetencia en razón de la materia. Ver *supra*, t. 1, cap. XII, § 11, “La avocación.”

<sup>181</sup> Ver *supra*, t. 1, cap. XII, § 9, “Delegación.” El art. 13 de la ley 22.520, t.o. por decreto 438/92, dispuso: “Facúltase al Poder Ejecutivo a delegar en los ministros y en los secretarios de la Presidencia de la Nación facultades relacionadas con las materias que les competen.” Ante la falta de delegación la regla general, pero no absoluta, es que el acto es anulable y susceptible de saneamiento: PTN, *Dictámenes*, 198: 115.

<sup>182</sup> CNFed. CA, *Miño, LL*, 1993-B, 101, 102, cons. 2°; CSJN, *Fallos*, 301: 953, *Duperial SAIC*, año 1979; 302: 535, *Austral*, año 1980.

<sup>183</sup> CSJN, *Peña de Tuero, Fallos*, 305: 171. Es el caso de un Ministro de Educación pretendiendo tomar una decisión de competencia de un órgano de una Universidad: HOSTIOU, RENÉ, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, París, LGDJ, 1975, p. 248, notas 58 y 59; VINCENT, FRANÇOIS, *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, París, LGDJ, 1996, p. 78 y ss. Ver también *infra*, t. 4, cap. XI, § 2.3.1, “La evolución en materia de Universidades nacionales.”

<sup>184</sup> Ver *infra*, t. 4, cap. XI, § 2.3, “Tendencia normativa a la supresión de la alzada,” § 3.4, “Entes reguladores.”

<sup>185</sup> *Supra*, t. 1, cap. XII, § 6, “La competencia” y § 7, “Distinción entre competencia y ejercicio de la función.”

<sup>186</sup> Utilizamos el término del control sustitutivo, aunque es poco frecuente entre nosotros. Ver ESPOSITO, ENRICO, *Il potere sostitutivo*, Nápoles, Jovene, 1968, 2° ed., § 4, p. 22 y ss.

El COMFER, p.ej., por un no resuelto ajuste entre el decreto-ley que establece la composición de su Directorio<sup>187</sup> y la realidad, se encuentra intervenido sin solución de continuidad. No se ha cuestionado siquiera, por este motivo, la validez de los actos del interventor. Órganos desconcentrados a los que se suponía inmunes a la ingerencia del poder político, como el INDEC, también han sucumbido a las apetencias del poder central.

Discutíase además si la descentralización sólo podía hacerse por ley<sup>188</sup> o si podía serlo por decreto.<sup>189</sup> Nos hemos inclinado siempre por la primera solución, que es la consagrada por la legislación.<sup>190</sup> En lo que respecta a la delegación, hay en cambio acuerdo doctrinario acerca de que ella sólo es posible cuando la ley la autoriza.<sup>191</sup> adviértase el contrasentido de que alguna doctrina admitía<sup>192</sup> la descentralización por decreto, pero la delegación sólo por ley. En el derecho argentino se han dictado diversas leyes autorizando al Poder Ejecutivo en el caso concreto, la delegación de facultades;<sup>193</sup> además, el decreto-ley 19.549/72 en su art. 3° faculta al P.E., por vía reglamentaria, a autorizar la delegación de atribuciones. Ella está pues autorizada por ley. La descentralización por decreto está en cambio prohibida por las leyes 25.152 y 25.565 y el Congreso no puede tampoco facultar el P.E. a hacerlo, ni lo ha hecho, ante la prohibición contenida en el art. 76 de la Constitución nacional.<sup>194</sup> En consecuencia, es antijurídica una descentralización dispuesta por decreto, o una delegación legislativa al P.E. que exceda el art. 76, pero en cambio es válida la delegación de competencias dentro de la administración. Ello es así salvo, en el caso de leyes especiales facultando la delegación, la que se efectúa delegando más facultades que las que la ley autorizó a delegar en el caso, o delegando a órganos distintos de los que la ley dispuso que podrían recibir la delegación, etc.

¿Qué vicio tendrán los actos dictados en el ejercicio de una competencia ilegítimamente conferida? En base a los antiguos principios en materia de funcionarios de hecho, si la competencia descentralizada o delegada tenía una apariencia de legitimidad, un color de título, los actos dictados en virtud de esa competencia eran

<sup>187</sup> Que prevé representantes de cada una de las tres fuerzas armadas.

<sup>188</sup> BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 1955, 5ª ed., pp. 248-9; LUQUI, JUAN CARLOS, "División de poderes y delegación de facultades en el sistema de la Constitución argentina," *LL*, 107: 1045, nota 8; PISA ESCALANTE, RODOLFO, "Rasgos fundamentales de la autonomía institucional en Costa Rica," en el libro *IV Semana de estudios sobre la reforma administrativa*, Madrid, 1966, p. 95 y ss., p. 108.

<sup>189</sup> MARIENHOFF, *Tratado...*, t. I, *op. cit.*, p. 382 y ss.; COMADIRA, *op. loc. cit.*

<sup>190</sup> Ley 25.152 de solvencia fiscal, art. 5º inc. a), modificado por la ley 25.565.

<sup>191</sup> Lo que ocurre en virtud del decreto-ley 19.549/72: *supra*, t. 1, cap. XII, § 6, "La competencia," § 9, "Delegación" y § 10, "Admisibilidad y caracteres de la delegación."

<sup>192</sup> Antes de la ley 25.152 de solvencia fiscal con la modif. en igual sentido de la ley 25.565

<sup>193</sup> La mas reciente es la ley 22.520, t.o. por decreto 438/92, cuyo art. 13 dispuso: "Facúltase al Poder Ejecutivo a delegar en los ministros y en los secretarios de la Presidencia de la Nación facultades relacionadas con las materias que les competen."

<sup>194</sup> *Supra*, t. 2, cap. VII; t. 1, cap. VII, § 13.2, "La Constitución de 1994" y § 13.3, "A quiénes se puede delegar."

en principio *válidos*.<sup>195</sup> El problema debiera ser resuelto diversamente luego del art. 36 de la Constitución de 1994, que determina la invalidez en todos los casos allí previstos. En el caso de la delegación, si ella existe pero no está publicada,<sup>196</sup> es susceptible de saneamiento<sup>197</sup> la incompetencia en razón del grado que deviene de la falta de delegación. Si, en cambio, falta la apariencia de legitimidad y el vicio es obvio y grosero (*v.gr.*, una delegación o descentralización de facultades constitucionales propias del Poder Ejecutivo, tales como el indulto, la declaración de estado de sitio por conmoción interior en receso del Congreso, la proposición de magistrados al acuerdo del Senado, etc.), el acto debe ser considerado nulo e incluso, en algunos casos, inexistente.

b) Caso en que la competencia ha sido legítimamente conferida (por descentralización, desconcentración o delegación) pero el órgano se excede de ella.<sup>198</sup> En este caso corresponde distinguir dos hipótesis: 1º) aquella en que el órgano inferior ejerce competencia propia del superior; 2º) aquella en que el órgano superior ejerce competencia que corresponde al inferior.

Si bien el primer caso parece más grave por atentar contra el orden jerárquico, tan caro a algunos, constituye una hipótesis excepcional. El funcionario de menor jerarquía prefiere elevar el problema a consulta de “la superioridad.” Lo prudente es no decidir y consultar al superior. Con todo, en un raro caso de asunción de responsabilidades y competencias del órgano superior, si un coordinador zonal traslada a un funcionario y limita sus funciones, siendo ello de competencia del Ministerio, se ha resuelto que el acto es susceptible de saneamiento y éste produce efecto retroactivo.<sup>199</sup> Salvo la excepción que acabamos de referir en la jurisprudencia, en verdad lo más frecuente es que la ilegitimidad se produzca por la intervención de un superior invadiendo lo que es facultad del inferior, aunque la fuerza de la relación jerárquica hace a veces innecesario recurrir a la formalidad del dictado del acto, bastando generalmente indicarle verbalmente al inferior cómo el superior quiere que resuelva.

Otra hipótesis es que el superior tenga la facultad de avocación, aunque ella no siempre es admisible.<sup>200</sup> No procede p. ej. y en primer lugar, cuando la compe-

<sup>195</sup> Ver GARRIDO FALLA, *op. cit.*, 10ª ed., pp. 418-20; JÈZE, GASTÓN, *Los principios generales del derecho administrativo*, t. II-1º, Buenos Aires, Depalma, 1949, pp. 350-1; DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, *op. cit.*, p. 314.

<sup>196</sup> La remanida tesis de la existencia pero no eficacia del acto, que ya hemos criticado en los primeros caps. de este vol.

<sup>197</sup> CSJN, *Fallos*, 301: 953, cons. 5º, *Duperial SAIC*, 1979.

<sup>198</sup> Aquí se incluye también el caso en que el órgano se excede de una competencia ilegítimamente conferida, pero con apariencia de legitimidad.

<sup>199</sup> SCJBA, *Sánchez Saizar, JA*, 1981-III, 103, 104. FRANCHINI, *op. cit.*, pp. 197-8, no admite la delegación tardía y considera que la nulidad es insanable, al igual que por la falta de autorización y dictamen jurídico.

<sup>200</sup> Así en CSJN, *Fallos*, 305: 171, *Peña de Tuero*, 1983, con la consecuencia de decretar la nulidad absoluta e insanable del acto; pero la solución oscila con la anulabilidad y posibilidad de saneamiento, PTN, *Dictámenes*, 198: 115.

tencia ha sido atribuida al órgano en virtud de una idoneidad específica que él tiene.<sup>201</sup> Este criterio es a nuestro entender especialmente aplicable en el caso de los entes reguladores independientes<sup>202</sup> previstos en el art. 42 de la Constitución nacional. En tales casos el acto ha sido en ocasiones considerado anulable,<sup>203</sup> aunque parece más razonable postular directamente su nulidad.<sup>204</sup> Lo mismo ocurre con la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, que hasta tanto no sea “implementado” el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia creado por la ley 25.156, ejerce la competencia asignada a aquél.<sup>205</sup> Se han considerado nulos, mediando declaración judicial de oficio en tal sentido, los actos dictados por las secretarías del Ministerio de Economía y Producción en ejercicio de competencias específicas de la citada Comisión.<sup>206</sup>

Por lo demás, si el acto ha sido dictado por funcionario incompetente, pero *ad referendum* de la autoridad competente, hay precedentes en el sentido de que estaríamos en la hipótesis de un mero acto preparatorio, de un proyecto sin efecto jurídico hasta tanto la autoridad competente adopte alguna decisión al respecto.<sup>207</sup> En este caso el órgano inferior no habría tenido voluntad de dictar el acto productor de efectos jurídicos y por ello no podría hablarse de acto

<sup>201</sup> Ver *supra*, t. 1, cap. XII, § 11.2, “Procedencia de la avocación” y cap. XV, “Los entes reguladores;” t. 2, caps. VI y VIII. La tesis de la improcedencia de la avocación en el caso de competencia técnica específica del inferior fue primero expuesta en nuestro proyecto de 1964, de donde pasó a la doctrina nacional: MARIENHOFF, GONZÁLEZ ARZAC, BEZZI, CASSAGNE, COMADIRA, citados por este último en *Acto administrativo municipal, op. cit.*, p. 22, nota 46.

<sup>202</sup> Junto a la improcedencia de la alzada, intervención, remoción, revocación, reglamentación, etc.; es la fractura del poder que los precedentes norteamericanos contemporáneos ven como equivalente actual a la teoría antigua de los frenos y contrapesos del poder.

<sup>203</sup> Ver PTN, *Dictámenes*, 57: 274; 69: 253; el acto es “susceptible de una ratificación por parte de la autoridad competente para haberlo dictado;” BIELSA, *op. cit.*, t. II, 5ª ed., p. 124; la solución viene de la vieja ley española de procedimiento, art. 53, inc. 20; GONZÁLEZ PÉREZ, *Justicia administrativa*, Madrid, 1958, p. 116.

<sup>204</sup> PTN, *Dictámenes*, 70: 178: es nulo el acto del presidente de un órgano colegiado que dicta actos de competencia de éste. También hay nulidad absoluta si un Decano ejerce competencia del Consejo Superior, *v.gr.* declarando cesante a un profesor titular: CNFed. CA, Sala IV, *Fippo*, causa 23.940, sentencia del 14-IV-94.

<sup>205</sup> Entramos así a los supuestos de tribunales administrativos independientes, que hemos comentado en “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa”, en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 955-962.

<sup>206</sup> CNFed Civ. y Com., Sala I, *Recreativos Franco S.A., LL* del 23-X-06.

<sup>207</sup> CSJN, *Mallet v. Provincia de Mendoza*, JA, 8: 8, año 1922; *Anselmo Gómez c/Provincia de Buenos Aires*, 1914, Fallos, 120: 57; CNFed CA, Sala I, *Herpazana SRL, ED*, 168: 414; CSJN, *Herpazana SRL*, 1997, Fallos, 320-3: 2808, cons. 9º y 10: no puede “generar por sí mismo efectos jurídicos para ninguna de las partes [...] pues [...] su eficacia estaba sometida a un hecho futuro e incierto (doctrina de Fallos: 314: 491);” en igual sentido *Maruba SCA*, CNFed. Civ. y Com., LL, 1998-A, 151, 152: “A lo sumo podría haberse considerado como un acto preparatorio, supeditado a que la autoridad competente lo refrendara;” PTN, *Dictámenes*, 80: 71; HUTCHINSON, TOMÁS, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1995, 3ª ed., p. 84. Es una situación similar a la de los actos sujetos a condición suspensiva, que la doctrina no admite (*infra*, cap. XIII, § 6.1.3, “Cumplimiento de la condición,” nota 61) y los actos no notificados, que para nosotros igualmente no han nacido aún. Pero existe una tendencia diversa, que exponemos en el texto y nota siguiente.

administrativo viciado; la voluntad del superior de dictar el acto propuesto no importaría pues convalidación ni aprobación retroactiva, sino un acto nuevo de efectos constitutivos, es decir, para el futuro.<sup>208</sup>

Pero otros pronunciamientos consideran, muy a la inversa, que no existe discrecionalidad alguna en el órgano que debe dictar el refrendo y que puede tratarse en suma de “un supuesto de actividad reglada en la que la función del superior está limitada a una supervisión de legalidad que no incluye potestades discrecionales.”<sup>209</sup> Hay por fin fallos que destacan supuestos en los cuales la voluntad administrativa era claramente producir efectos jurídicos inmediatos, p.ej. el traslado de un funcionario de inferior nivel jerárquico. A pesar de tratarse, en el caso, de un acto *ad referendum* del superior, se entendió que “en el sublite no cabe duda de que la intención del coordinador era la de poner inmediatamente en ejecución sus decisiones, pues comienza a ejecutarse antes de la ratificación. Bajo ningún aspecto entendió dictar un acto preparatorio, a resultas de la posterior decisión del superior.”<sup>210</sup>

También se ha sostenido que una adjudicación *ad referendum* de la autoridad superior *obliga* al oferente en el sentido que no puede retirar su oferta pendiente el dictado del acto de la autoridad superior. A nuestro juicio la solución depende exclusivamente de si el oferente se encuentra aún obligado, por el pliego, a mantener<sup>211</sup> su oferta al momento de producirse el refrendo. La decisión que de este modo criticamos pretende extender, de hecho, ese plazo.

## 12. Competencia en razón de la materia

La competencia en razón de la materia se refiere a las actividades o tareas que *legítimamente* puede desempeñar el órgano, es decir, al *objeto* de los actos y a las situaciones de hecho ante las que puede dictarlos.<sup>212</sup>

### 12.1. Incompetencia respecto a materias judiciales

Ello ocurre cuando la administración adopta decisiones que sólo pueden ser dictadas por la justicia,<sup>213</sup> como la decisión con fuerza de verdad legal de controversias entre partes,<sup>214</sup> casos en los cuales se ha resuelto consistentemente que el acto es

<sup>208</sup> CNFed. CA, Sala I, *El Principado S.A.*, causa 36.038/96, sentencia del 7-X-1998.

<sup>209</sup> CSJN, *Fadlala de Ferreyra*, Fallos, 306: 126; *ED*, 108: 460, año 1984, cons. 7°. La solución fue justa en el caso, pero no constituye un principio rector.

<sup>210</sup> SCJBA, *Sánchez Saizar*, *JA*, 1981-III, 103, cons. 3° *in fine*.

<sup>211</sup> Ver *supra*, t. 2, cap. XII, § 5.7, “Mantenimiento de las propuestas.”

<sup>212</sup> Ver y comparar SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 433.

<sup>213</sup> Lo cual no tiene relación con la mal denominada jurisdicción administrativa, que tratamos *supra*, t. 1, cap. IX, “Las funciones del poder,” § 7 a § 19.

<sup>214</sup> CSJN, Fallos, 247: 646, *Fernández Arias*. En CSJN, *Di Salvo*, *LL*, 1988-D, 271; *Lapiduz*, *LL*, 1998-C, 371, se aplicaban penas sin recurso judicial suspensivo. PRIERI BELMONTE, DANIEL A., “Inconstitucionalidad de los arts. 10 y 11 de la ley 24.765 (clausuras),” *LL*, 1998-E, 519.



nulo;<sup>215</sup> aunque en varios supuestos la doctrina entiende que puede ser considerado inexistente.<sup>216</sup> Ej.: Declarar caduca la venta de determinadas tierras fiscales, dejando sin efecto las respectivas transmisiones de dominio y mandando tomar razón de ello en el Registro de la Propiedad.<sup>217</sup> En materia de entes reguladores, y en adición a la exigencia de control judicial suficiente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que no pueden ejercer funciones materialmente jurisdiccionales sobre cuestiones de derecho común, por carecer de imparcialidad e independencia. Por consiguiente, son ilegítimos los actos dictados por dichos entes con el objeto de dirimir controversias entre particulares, si carecen de imparcialidad e independencia.<sup>218</sup>

### 12.2. *Incompetencia respecto a materias legislativas*

Cuando los órganos administrativos dictan resoluciones sobre cuestiones que sólo pueden ser resueltas por el Congreso: Creación de sanciones sin previsión de ley o al menos razonable delegación legislativa constitucionalmente válida,<sup>219</sup> disposición de fondos sin autorización presupuestaria;<sup>220</sup> venta de inmueble del Estado sin ley que lo autorice; aumento de tasas de la Inspección General de Justicia,<sup>221</sup> modificaciones introducidas por la misma administración al sistema jubilatorio,<sup>222</sup>

<sup>215</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madrid, Abella, 1964, p. 318; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 518; CNFed. CA, Sala I, *Autopistas del Sol*, LL, 1998-E, 601; Y.P.F. c. *Enargas*, LL, 1996-C, 36; *Cien notas...*, *op. cit.*, p. 95, § 31, “Enargas: interpretación restrictiva de su «jurisdicción»,” CSJN, *Estrada*, 2005, y mi nota “Ángel Estrada,” JA, 2005-III, n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducida en *Res Publica*, *Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, n° 2, México, 2005, pp. 307-311.

<sup>216</sup> Ver ARNANZ, RAFAEL A., *De la competencia administrativa*, Madrid, 1967, p. 70; confr. DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, *op. cit.*, p. 313.

<sup>217</sup> CSJN, *Fallos*, 190: 142, *Los Lagos*; *De Seze*, 1958, 241: 384, etc.

<sup>218</sup> CSJN, *Ángel Estrada*, LL, 2005-D, 439, con nuestra nota “Ángel Estrada,” *op. loc. cit.* Es mucha la producción al respecto. Ver GARCÍA MIRA, SANTIAGO J., “El caso Estrada y sus proyecciones sobre la teoría del acto administrativo. Metodología y lenguaje,” en prensa.

<sup>219</sup> *Supra*, t. 1, *Parte general*, 8ª ed., 2003, cap. VII, § 13, “Reglamentos delegados o de integración,” p. 31 y ss.; cap. IX, § 6, p. 9 y ss.; CSJN, *Federación de Empresarios de Combustibles de la República Argentina y otros c. Secretaría de Energía*, LL, *Supl. Adm.* (setiembre), 2005, pp. 49/52, con nota de BARBIERI, GALA, “El valladar del artículo 18 vs. la potestad sancionatoria de la Administración,” pp. 49/50, y los precedentes *Delfino*, *Fallos*, 148: 430 y *Mouviel*, *Fallos*, 237: 636; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2005, 3ª edición, p. 79.

<sup>220</sup> CSJN, *Fallos*, 7: 19, *J. F. López*, 1869; 82: 390, *Bosio*, 1899; 129: 184, *Cordeiro*, 1919.

<sup>221</sup> CNFed. CA, Sala IV, *Rodelia S.A.*, LL, 2000-A, 142, 1999; Sala III, *Sacoméd S.C.A.*, LL, 1998-D, 205, 1997.

<sup>222</sup> CNFed. CA, Sala V, *Boerio*, LL, 2000-B, 743, 1999; CNFed CA, Sala III, *Gómez Escalante*, LL, *Supl. Adm.*, 2005 (setiembre) 25, con nota de VÓCOS CONESSA, JUAN MARTÍN, “Sólo por ley...”, pp. 25-31. Sin embargo, la Corte Suprema modificando la constante jurisprudencia del fuero federal, resolvió que el régimen establecido por el decreto 894/01 es constitucional, CSJN, *Saralegui*, 2006, LL 2006-C, 743; pero sin embargo ha declarado inconstitucional la no actualización proporcional de todos los haberes previsionales en *Badaro*, con nota de ROBELDO, NÉSTOR D., “El caso *Badaro* ¿La Corte Suprema va hacia un nuevo rol institucional?” LL, 2007-A, 240. Sin perjuicio de otras referencias, ver el magnífico trabajo de BONINA, NICOLÁS, “El ocaso de los dogmas sobre la inejecutabilidad del Estado,” en *Res Publica Argentina*, RAP, 2006-1: 91-109, especialmente p. 94, nota 14 y sus remisiones; para el derecho internacional ver GRACIARENA, *op. cit.*, pp. 195-203.

otorgamiento sin ley de una concesión de servicios públicos, que por implicar una restricción a la libertad de trabajar y ejercer industria lícita debe ser objeto de una ley formal,<sup>223</sup> y en general, todas las limitaciones al derecho constitucional de trabajar y ejercer industria lícita,<sup>224</sup> reducciones salariales dispuestas por el Poder Ejecutivo provincial sin habilitación legislativa,<sup>225</sup> etc. También los decretos que en su origen se hallan viciados de inconstitucionalidad<sup>226</sup> por haber sido dictados por el Poder Ejecutivo con exceso de sus facultades reglamentarias, no son susceptibles de purga o subsanación mediante la ratificación parlamentaria ulterior,<sup>227</sup> sin perjuicio de que la nueva ley tenga eficacia para el futuro.<sup>228</sup> En todos los casos el acto es nulo,<sup>229</sup> de *nulidad absoluta e insanable* como dice el inc. 3 del art. 99 de la Constitución<sup>230</sup> y, tratándose de decretos del Poder Ejecutivo, no parece que pueda darse normalmente la hipótesis de inexistencia, en el derecho constitucional anterior a 1994,<sup>231</sup> salvo aberración.<sup>232</sup> Sin embargo, en un muy interesante caso resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, se resolvió correctamente que si la incompetencia ya llega a invadir la Convención Constituyente, “los actos [...] deben considerarse inexistentes.”<sup>233</sup>

Hemos explicado en la *Introducción* el contexto del problema institucional argentino, y a él nos remitimos. Hace algo más de una década que el supuesto más frecuente de incompetencia respecto a materias legislativas lo dan los decretos delegados, de necesidad y urgencia,<sup>234</sup> etc., producto de una abdicación del Poder Legislativo en el cumplimiento de sus funciones constitucionales, tolerando y hasta autorizando que el poder ejecutivo avance sobre materias que les están

<sup>223</sup> CSJN, *Pessina v/Provincia de Tucumán*, 1927, *JA*, 24: 9.

<sup>224</sup> CCA y T CABA, Sala II, 23-II-2001, *Ermini, Enrique B. c. G.C.B.A.*, con nota de CARRILLO, SANTIAGO R., “Un adecuado encauce en materia de reglamentación de derechos individuales,” *LL*, 2001-D, 36 y sus referencias.

<sup>225</sup> Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 126, *Laugle*, 15-IV-2004, ejecutoriada.

<sup>226</sup> Ver ejemplos locales en OROZ, MIGUEL H. E., “La emergencia bonaerense y su inconstitucionalidad sobreviniente,” *JA*, 2003-III, 1362, § I, p. 1363, notas 5 y 7. PULVIRENTI, ORLANDO, “¿Luz roja para el Código de Tránsito?” *LL*, 2007-B, 1349.

<sup>227</sup> CSJN, *Fallos*, 322: 1868, *Franco*, 1999; CNFed. CA, Sala IV, *Langenauer*, *LL*, 2000-D, 576; *ED*, 26-IV-2000.

<sup>228</sup> Uno de los votos en CSJN, *Guida*, *LL*, 2000-C, 824; *DJ*, 2000-2, 1086. Ver también OROZ, “La emergencia bonaerense...,” *op. cit.*, § I, p. 1364, nota 8.

<sup>229</sup> CSJN, *Chinici Hnos.*, 1921, *JA*, 7: 514; *Fallos*, 322: 1318, *Tantucci*, 1999; *supra*, nota 215; PTN, *Dictámenes*, 69: 235; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 318; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 518.

<sup>230</sup> Lo recuerda la CNFed. CA, Sala IV, *in re Rodelia S.A.*, 1999, *LL*, 2000-A, 142.

<sup>231</sup> Por la eterna discusión acerca de sus facultades reglamentarias: ver *supra*, t. 1, cap. VII, § 9, “Concepto y clasificación de los reglamentos,” a § 17, “El reglamento como fuente del derecho administrativo;” t. 2, cap. VIII. Ello olvida, desde luego, que para la CorteIDH, cuyas sentencias y opiniones consultivas son obligatorias en el derecho interno según la CSJN, *in re Giroldi, Bramajo, Arce*, etc., sólo una ley en sentido formal, dictada por el Congreso e intrínsecamente justa, puede limitar los derechos individuales: t. 2, cap. VI y nota 3.13.

<sup>232</sup> Creación de delitos, penas, etc. Ver ARNAZ, *op. cit.*, p. 70.

<sup>233</sup> TSJ de Neuquén, *Boselli*, acuerdo 620 del 21-III-2000, cons. VII, unánime. El P.E. había bajado los salarios de los integrantes del Tribunal de Cuentas, que en la Constitución provincial se equiparan a los magistrados judiciales.

<sup>234</sup> Lo explicamos *supra*, t. 1, cap. VII, § 12, “Reglamentos de necesidad y urgencia.”

vedadas, lo cual es creciente.<sup>235</sup> Si bien en estos casos han tomado intervención tanto tribunales laborales<sup>236</sup> como civiles y comerciales, según la materia concreta en discusión, la CSJN ha entendido que si se cuestiona la competencia constitucional del Poder Ejecutivo en relación al Poder Legislativo, debe intervenir la justicia procesal administrativa, mal llamada contencioso administrativa.<sup>237</sup>

En algún caso en que el avance sobre la competencia legislativa ocurre en materia procesal penal, ha sido la justicia penal la que ha intervenido y declarado, de oficio,<sup>238</sup> la inconstitucionalidad de la norma.<sup>239</sup> Son tantas las infracciones constitucionales que los jueces no dan abasto para declararlas.

### 12.3. *Incompetencia respecto a materias administrativas de otros órganos*

Ejemplos: Una decisión correspondiente al Ministerio de Defensa adoptada por el Ministerio de Economía; orden de instruir una información sumarial dispuesta no por la subsecretaría de Hacienda del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, sino por la Subsecretaría de Coordinación Administrativa y técnica del mismo Ministerio.<sup>240</sup> Si el vicio no es muy grave, el acto será tan sólo anulable,<sup>241</sup> pero también puede darse el caso de un vicio muy grave o grosero,<sup>242</sup> p. ej. si el Secretario de Educación da de baja a un agente de una Universidad,<sup>243</sup> o el Decano remueve a un profesor titular designado por concurso, lo que es competencia del Consejo Superior.<sup>244</sup> En estos supuestos hay también incompetencia en razón del grado.<sup>245</sup>

<sup>235</sup> Como dice BIANCHI, "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica," LL, 1991-C, 141, pareciera que tales actos fueran la fuente principal del derecho administrativo. Ver la evolución del tema en GELLI, "Controles sobre los decretos de necesidad y urgencia. De Rodríguez a Verrocchi. ¿El regreso de Peralta?," LL, 2000-A, 86; *Constitución...*, op. cit., p. 695 y ss.; MAIRAL, "La degradación del derecho público argentino," op. loc. cit.

<sup>236</sup> Así la CNApel. Trabajo en el caso *Verrocchi*, año 1999, resuelto en igual sentido por la nulidad absoluta por la CSJN, LL, 2000-A, 88. En este y otros fallos no se han objetado la competencia de estos tribunales, como sí se lo hace en *Orígenes*, LL, 2000-D, 215.

<sup>237</sup> *Orígenes*, LL, 2000-D, 215. Los tribunales de grado se pronuncian frecuentemente por la nulidad absoluta e insanable, la CSJN por la validez.

<sup>238</sup> También en otras cuestiones: TOral Criminal Federal n° 3, *Miraldi*, LL, 2000-D, 766.

<sup>239</sup> En la especie, se trataba del decreto 102/99 que atribuye facultades procesales penales a la Oficina Anticorrupción, en lo que se consideró una alteración del Código Procesal Penal de la Nación y de la distribución constitucional de atribuciones acusatorias a un ministerio público independiente y no a funcionarios de la administración: *Administradores de Argentina Televisora Color S.A.*, Juzg. Fed. Crim. y Correc. N° 3, LL, 2000-D, 232. La CSJN resolvió lo contrario *in re Gostanian*, 2006.

<sup>240</sup> PTN, *Dictámenes*, 198: 115. Se consideró que el acto era anulable y el vicio subsanable con efecto retroactivo.

<sup>241</sup> Ello, porque además la invasión de competencia suele en estos casos no ser clara y manifiesta. Comp. GONZÁLEZ PÉREZ, *Justicia administrativa*, op. cit., p. 116, quien parece indicar que la incompetencia en razón de la materia es siempre causal de nulidad; a diferencia de la incompetencia en razón de la jerarquía, que lo sería siempre de anulabilidad.

<sup>242</sup> Ver MARIENHOFF, op. cit., p. 519; GARRIDO FALLA, op. cit., 10ª ed., p. 421.

<sup>243</sup> CSJN, *Peña de Tuero*, Fallos, 305: 171, 1983.

<sup>244</sup> CNFed CA, Sala IV, *Fippo*, causa 23.940, sentencia del 14-IV-94.

<sup>245</sup> *Supra*, § 11, "Competencia en razón del grado," notas 181, 194, 199.

### 13. Competencia en razón del territorio

Comprende el ámbito espacial en el cual es legítimo el ejercicio de la función: excederlo determina la nulidad o inexistencia del acto.<sup>246</sup> La inexistencia es a veces la solución obligada, cuanto se trata de invocar el acto en otra jurisdicción: la autoridad local competente ha necesariamente de ignorarlo.<sup>247</sup>

A veces la incompetencia en razón de la materia, de la Nación sobre las provincias o de éstas sobre los municipios, puede parecer incompetencia en razón del territorio.<sup>248</sup> También el exceso territorial puede ir complicado con una pretensión de *extender* realmente el ámbito espacial, que puede así estar controvertido, sea en forma activa o pasiva.<sup>249</sup> Ello complica mucho más el análisis. En todo caso, si una municipalidad dicta actos (permisos, concesiones) para ser aplicados en un lugar claramente ubicado fuera de su territorio, o si la policía de la Provincia labra un acta por infracciones de tránsito en plena Ciudad de Buenos Aires, etc., es claro que tales actos son inexistentes,<sup>250</sup> por la mayor gravedad.

### 14. Competencia en razón del tiempo

La competencia en razón del tiempo, por último, se refiere a los casos en que un órgano tiene determinadas facultades concedidas sólo durante un lapso determinado. Son así nulos el veto extemporáneo de una ley, el nombramiento que el Presidente haga por sí sólo de oficiales superiores del Ejército y la Armada no estando en el campo de batalla (art. 99, inc. 13), la declaración de estado de sitio por conmoción interior estando reunido el Congreso (art. 99, inc. 16), etc. Sin embargo, la práctica local ha sorteado el principio usando al efecto la distinción que la mayor parte de los autores postula, entre la existencia y la perfección, por una parte y la eficacia por la otra. Se admite entonces que si el acto ostenta una fecha que según el calendario corresponde al lapso durante el cual la competencia existía, el acto es válido aunque se lo modifique hasta dos y tres meses<sup>251</sup>

<sup>246</sup> GARRIDO FALLA, *op. cit.*, 10ª ed., p. 421; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 520; ARNAZ, *op. cit.*, p. 75; DIEZ, *op. cit.*, t. II, 2ª ed., 1976, p. 315.

<sup>247</sup> Ver *infra*, nota 250, el caso de Charlottenburg.

<sup>248</sup> Así los ejemplos que dimos en primigenias ediciones, pero que en las últimas hemos suprimido por gentil sugerencia de ADRIÁN JAVIER GAVEGLIO.

<sup>249</sup> Un caso problemático es la competencia en aguas marítimas que otros consideran nacionales, como es el caso del ámbito de exclusión, o internacionales.

<sup>250</sup> O incluso años, en un caso sorprendente: C1ª CA, Córdoba, *Celotti, LL Córdoba*, 2000, 843, año 1999. Ver *infra*, cap. II, § 2.3, "La cuestión de la notificación;" cap. X, § 11.3.1.4, "Plazo para la notificación válida;" cap IX, § 11.3, "Simulación," 11.3.1, "Simulación y eficacia del acto. Antedatado y retroactividad," a 11.3.4, "Morosidad y simulación administrativa."

después.<sup>252</sup> Con todo, no debe pensarse que siempre que el orden jurídico establece un término dentro del cual debe o puede producirse determinado acto, la consecuencia de dictarlo fuera de él sea necesariamente la nulidad o inexistencia del acto. Hay actos procedimentales, p.ej., que de realizarse fuera de término son igualmente válidos, sin perjuicio de la responsabilidad del agente;<sup>253</sup> tal es el caso del envío de las actuaciones al superior a pedido de parte, cuando el órgano rechaza la reconsideración.<sup>254</sup> Deberá distinguirse, en consecuencia, el tipo de plazo y finalidad que él tiene en el caso concreto: Si el plazo constituye un límite al ejercicio de potestades administrativas, su transgresión vicia el acto<sup>255</sup> y a nuestro modo de ver corresponde la sanción de nulidad.<sup>256</sup> Si el plazo es en favor del individuo —en cuyo caso se repite la situación anterior—, el acto es de todos modos válido sin perjuicio de la responsabilidad pertinente.<sup>257</sup>

En lo que hace a la responsabilidad del agente, ella es no sólo administrativa —sanciones disciplinarias— sino también civil, en la medida en que la omisión de cumplir el plazo ocasione un daño al particular: éste podrá en consecuencia exigir la reparación del perjuicio ocasionado tanto al funcionario personalmente como al propio Estado.<sup>258</sup>

<sup>252</sup> Naturalmente, lo consideramos erróneo, pues la maniobra *in fraudem legis* es en tales casos manifiesta. El tema se vincula con la simulación como vicio, *infra*, cap. IX, § 11.3, § 11.3.1, § 11.3.2, 11.3.4; cap. X, § 11.1, “¿La publicidad no integra el acto?” y 11.3, “Notificación.”

<sup>253</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo, op. cit.*, p. 334.

<sup>254</sup> Decreto 1759/72, art. 88.

<sup>255</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *op. ult. cit.*, p. 335.

<sup>256</sup> De acuerdo a la legislación española, GONZÁLEZ PÉREZ estima que el acto es en tales casos anulable: *op. cit.* p. 335.

<sup>257</sup> Comp. GONZÁLEZ PÉREZ, *op. loc. cit.*

<sup>258</sup> Ver *supra*, t. 2, caps. XIX y XX.