

CAPÍTULO III

LA IMPUGNACIÓN Y REVISIÓN DE ACTOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

I. <i>Revocación y anulación</i>	PRA-III-1
1. La teoría de las nulidades en la revisión judicial y administrativa	PRA-III-1
2. Diferencia entre revocación y anulación.....	PRA-III-1
II. <i>Las nulidades de los actos administrativos</i>	PRA-III-2
3. Vicios que originan las distintas nulidades.....	PRA-III-2
4. Actos anulables	PRA-III-2
5. Actos nulos	PRA-III-3
6. Inexistencia de acto	PRA-III-3
III. <i>El derecho a impugnar los actos administrativos</i>	PRA-III-4
7. Diferentes derechos en sede administrativa y judicial.....	PRA-III-4
8. Comparación entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple	PRA-III-4
9. Derecho subjetivo.....	PRA-III-5
10. Interés legítimo.....	PRA-III-5
11. Interés simple	PRA-III-6
IV. <i>La impugnación de actos de carácter general</i>	PRA-III-6
12. Criterio imperante en sede judicial. Crítica.....	PRA-III-6
13. El problema en el procedimiento administrativo.....	PRA-III-8
14. La impugnación de instrucciones y circulares	PRA-III-8
V. <i>Legitimidad y oportunidad</i>	PRA-III-9
15. Control judicial de legitimidad. Control administrativo de legitimidad y oportunidad.....	PRA-III-9

16. Comparación entre legitimidad, oportunidad y actividad reglada y discrecional.....	PRA-III-9
17. Discrecionalidad técnica.....	PRA-III-10
18. Aspectos que abarca el control de legitimidad	PRA-III-11
19. Derechos amparados por el control de legitimidad.....	PRA-III-12
20. Gráfico de legitimidad y oportunidad, facultad reglada y discrecional	PRA-III-13

Capítulo III

LA IMPUGNACIÓN Y REVISIÓN DE ACTOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

I. Revocación y anulación

1. La teoría de las nulidades en la revisión judicial y administrativa

Las reglas que rigen la impugnación y revisión de los actos administrativos y reglamentos, en sede administrativa, son diferentes en algunos aspectos de las que imperan en sede judicial.

Pero esas diferencias, que analizaremos más adelante, no afectan en modo alguno —a nuestro criterio— la teoría de las nulidades de fondo a aplicarse: Dicha teoría de las nulidades de los actos administrativos *es la misma* tanto si la extinción del acto es realizada en vía administrativa como jurisdiccional. Por ello serán también iguales las consecuencias que quepa aplicar a un acto defectuoso, tanto si la extinción se efectúa en la administración o en la justicia.

2. Diferencia entre revocación y anulación

Cabe así indicar, con sentido general, que la extinción de un acto por razones de ilegitimidad no da lugar a indemnizaciones para el administrado a quien el acto beneficia;¹ pero que la extinción de un acto por razones de inoportunidad, cuando afecta los derechos subjetivos del interesado, genera el derecho a percibir indemnizaciones.

A su vez, dentro de la extinción por razones de ilegitimidad, sea ella declarada en sede administrativa (revocación) o judicial (anulación),² las consecuencias a

¹Ello, desde luego, siempre que la extinción por ilegitimidad, si es efectuada en sede administrativa, sea a su vez legítima: 1º) Por haber existido realmente un vicio en el acto extinguido, y haber sido el mismo correctamente apreciado, y 2º) por no haber existido en el acto revocado “cosa juzgada administrativa,” o sea irrevocabilidad del acto. Ver *supra*, cap II, nota 20.

²Los conceptos de “revocación” y “anulación” distan mucho de ser pacíficos en doctrina (ver al respecto DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, p. 297 y ss., 395 y ss.), pero dado que no es este trabajo el lugar oportuno para tratar la cuestión, los usaremos aquí en el sentido que se les

aplicar dependen pura y exclusivamente del vicio del acto impugnado: Si el acto tiene un vicio no muy grave, siendo por ello *anulable*, tanto su revocación por ilegitimidad como su anulación producen los mismos efectos (p. ej., que la extinción pueda ser irretroactiva); si el vicio del acto es grave, siendo por ello *nulo*, tanto su revocación por ilegitimidad como su anulación se rigen por los mismos principios, y la acción será pues imprescriptible, y la extinción producirá efectos retroactivos.

Esto significa que las consecuencias de la extinción no dependen del instituto empleado (“revocación” o “anulación”), sino simplemente de la nulidad de que padeciera el acto extinguido.

II. Las nulidades de los actos administrativos

3. Vicios que originan las distintas nulidades

Las nulidades que pueden afectar a un acto administrativo o un reglamento son de tres tipos: Anulabilidad, nulidad o inexistencia.

A su vez, los *vicios* que dan lugar a cada uno de estos tipos de nulidades, no están taxativamente enumerados en ninguna ley, y por ello la consecuencia a aplicarse se determina de acuerdo a la importancia y gravedad del vicio en cada caso concreto: Si el acto tiene vicios medianamente graves, el acto es anulable; si es muy grave, el acto es nulo; si es grosero, hay inexistencia de acto.³

Al respecto es de importancia recordar que la consecuencia aplicable (anulabilidad, nulidad, inexistencia) no depende de que al acto le falte algún elemento que pueda reputarse “esencial” o “no esencial,” etc., sino exclusivamente de la importancia o la magnitud de la transgresión al orden jurídico que implique el requisito o la norma concretamente violada.⁴ Si la violación del orden jurídico es grosera, habrá inexistencia de acto aunque él tenga aparentemente todos sus elementos;⁵ si la infracción es de poca importancia, el acto será anulable o incluso válido aunque esté viciado uno de los elementos “esenciales” de éste. Reiteramos entonces que la validez o invalidez del acto no depende de qué elementos están viciados, sino de cuan importante es la trasgresión efectuada al orden jurídico.

4. Actos anulables

Pues bien, si el acto impugnado tenía un vicio medianamente grave, y era por lo tanto anulable, su extinción se rige por los siguientes principios:⁶

confiere en la práctica administrativa: “Revocación” es la extinción del acto realizada por la misma administración, y puede ser por razones de legitimidad u oportunidad; “anulación” es la extinción del acto realizada por los jueces, y es sólo por ilegitimidad.

³ Al respecto ver nuestro trabajo *El acto administrativo*, p. 94 y ss. y especialmente p. 104.

⁴ *Op. ult. cit.*, pp. 108 y 109.

⁵ *Op. ult. cit.*, pp. 100 y 101, donde damos algunos ejemplos, y también en p. 144 y ss. del mismo trabajo.

⁶ Ver nuestra obra últimamente citada, p. 81 y ss.

a) La acción para impugnarlo judicialmente prescribe a los dos años; los términos para recurrirlo administrativamente expiran en sus plazos normales;

b) su extinción produce en principio efectos sólo para el futuro (*ex nunc*), es decir, no produce efectos retroactivos;

c) la administración no puede revocarlo por sí si el acto ha reconocido derechos subjetivos y reúne las demás condiciones de la llamada “cosa juzgada administrativa;”⁷ en esta última hipótesis la administración puede presentarse ante la justicia a pedir la anulación de su propio acto, siempre que la acción no haya prescripto;

d) por último, el acto es susceptible de convalidación o ratificación. Nuevamente aquí, la posibilidad de convalidar o ratificar el vicio depende de la importancia del vicio de que se trata en cada caso concreto: Tratándose en la hipótesis de un vicio que origina sólo la anulabilidad del acto, el saneamiento es posible.

5. Actos nulos

En cambio, si el vicio era muy grave, entonces el acto es nulo y las consecuencias aplicables serán:⁸

a) La acción para impugnarlo judicialmente es imprescriptible, y por lo tanto lo será también, en principio, el recurso para atacarlo administrativamente;⁹

b) su extinción produce efectos retroactivos (*ex tunc*);

c) la administración puede revocarlo por razones de ilegitimidad en todo momento;¹⁰

d) el acto no es susceptible de ratificación o de confirmación: El vicio es insanable.

6. Inexistencia de acto

Por último, si el vicio es tan grosero que el acto puede reputarse “inexistente;” o mejor dicho, si hay inexistencia de acto,¹¹ las consecuencias aplicables son:¹²

a) La acción para impugnarlo es imprescriptible; por lo tanto, también el recurso administrativo;

⁷ Que son: a) Que se trate de un acto unilateral e individual; b) que cause estado; c) que haya sido dictado en ejercicio de facultades regladas; d) que sea regular; e) que no haya autorización expresa de una norma legal para modificar el acto; y, desde luego, f) que haya reconocido derechos subjetivos. Ver al respecto los autores citados en el cap. II, nota 20.

⁸ Ver nuestro *El acto administrativo*, p. 81 y ss.

⁹ Conf. Dictámenes de la Procuración del Tesoro, 83: 115.

¹⁰ Pues en este caso no es de aplicación la “cosa juzgada administrativa” o “irrevocabilidad” del acto administrativo, porque le falta la condición de ser “regular.” *Supra*, nota 7.

¹¹ Sobre este concepto ver nuestro trabajo citado, p. 97 y ss., 100 y 101.

¹² Ampliar, *op. loc. cit.*

- b) su extinción produce efectos retroactivos;
- c) la administración y los jueces (de cualquier fuero) pueden comprobar en cualquier momento su inexistencia;
- d) el vicio es insanable;
- e) los jueces pueden declarar su inexistencia de oficio (a diferencia de los actos anulables y nulos, en que se requiere —judicialmente— petición de parte interesada), sin necesidad de una investigación de hecho (a diferencia también de los actos anulables y nulos);
- f) el acto o hecho —que no es acto administrativo, sino que sólo aparenta serlo— no tiene presunción de legitimidad, ni obliga por lo tanto a los particulares ni a los funcionarios públicos.¹³

III. El derecho a impugnar los actos administrativos

7. Diferentes derechos en sede administrativa y judicial

Señalamos más arriba que existen algunas diferencias de procedimiento en cuanto a las posibilidades de impugnar determinados actos administrativos en sede judicial o administrativa.

La primera diferencia se refiere al derecho a impugnar el acto: En el *procedimiento administrativo* es posible impugnar un acto no sólo cuando éste desconoce un derecho subjetivo del recurrente, sino también cuando viola un interés legítimo. En el *proceso* (judicial, en la terminología que adoptamos) administrativo nacional, en cambio, sólo puede impugnarse un acto, en principio, cuando se tiene un derecho subjetivo por él afectado.

8. Comparación entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple

Tanto el derecho subjetivo como el interés legítimo y el interés simple son protecciones establecidas por el orden jurídico en favor de los individuos.

Se diferencian en primer lugar porque la protección jurídica es en cada caso distinta, y hay entre ellos una gradación importante: La protección más eficiente es la del derecho subjetivo, y ella va decreciendo cuando llegamos al interés legítimo para ser muy reducida tratándose del interés simple.

Fundamentalmente, en el derecho subjetivo es posible pedir la anulación del acto e indemnizaciones por el perjuicio causado por el desconocimiento de nuestro derecho; en el interés legítimo en cambio no es dable pedir indemnizaciones y sí sólo solicitar la anulación del acto antijurídico; en el interés simple —que es el interés de todo ciudadano en que se cumpla la ley—, la única protección existente

¹³ Sobre estos aspectos y los precedentes, ver *op. ult. cit.*, pp. 87 y ss., 97 y ss.

es por lo general la facultad de interponer denuncias contra el acto ilegítimo, sin derecho a obtener la anulación.

Además de esa diferencia en cuanto a la protección jurídica, existe una diferencia en el procedimiento, que en parte trataremos en este trabajo; pero la otra diferencia que importa señalar es aquella que permite distinguir un derecho subjetivo de un interés legítimo y un interés simple, por su estructura o naturaleza misma, para poder entonces determinar qué derecho tenemos y por lo tanto qué protección nos otorga el orden jurídico en el caso concreto.

9. Derecho subjetivo

Según lo hemos expuesto detalladamente en otra parte:¹⁴

1º) *El derecho subjetivo* se caracteriza en esencia por la reunión de dos elementos:

a) Una norma jurídica que predetermine concretamente cuál es la conducta administrativa debida;

b) que esa conducta sea debida a un individuo determinado en situación de exclusividad.¹⁵

10. Interés legítimo

2º) *El interés legítimo* se presenta a su vez en dos aspectos distintos e independientes entre sí:¹⁶

A) *El primer caso, que llamaremos interés legítimo común*, se caracteriza por los siguientes elementos;

a) una norma jurídica que predetermine concretamente cuál es la conducta administrativa debida;

b) que esa conducta sea debida no a un individuo determinado, en situación de exclusividad, sino a un conjunto de individuos, en concurrencia;¹⁷

c) puede agregarse, aunque de todos modos está implícito en el concepto de “interés legítimo,” que el individuo debe en este caso tener también un interés

¹⁴ Nuestra *Introducción al derecho administrativo*, pp. 80-107.

¹⁵ Sobre el concepto de individualidad o exclusividad, que por cierto es algo complejo, ver nuestra *Introducción*, p. 98 y ss.

¹⁶ Para otros criterios, comparar MARIENHOFF, MIGUEL S., *Dominio público. Protección jurídica del usuario*, Buenos Aires, 1955, pp. 30-43, quien sigue a GUICCIARDI, ENRICO, *La giustizia amministrativa*, Padua, 1957, reimpresión, p. 33 y ss.; para una crítica de la teoría de GUICCIARDI ver CANNADA BARTOLI, EUGENIO, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica Amministrazione*, Milán, 1956, pp. 9 y ss., 17 y ss.; comparar, también GARRIDO FALLA, FERNANDO, “El interés para recurrir en agravios,” en *Rev. de Administración Pública*, nº 9, Madrid, 1952, p. 157 y ss.; ZANOBINI, *op. cit.*, t. II, p. 63 y ss.; y sus respectivas referencias.

¹⁷ Respecto al concepto de concurrencia, ver nuestra *Introducción*, p. 98 y ss., e *infra*, cap. IV, par. III, nº 23 y ss.

personal y directo en la conducta administrativa que impugna o por la que reclama.¹⁸

B) *El segundo caso de interés legítimo*, que hemos llamado *interés legítimo especial*, se caracteriza por los siguientes elementos:

a) Ausencia de una norma jurídica que predetermine concretamente cómo debía ser la conducta administrativa, y existencia en cambio de un límite elástico, relativo, al cual la administración está no obstante sometida (p. ej., desviación de poder);

b) que el recurrente tenga un interés personal y directo;¹⁹

c) sin que interese si hay relación de exclusividad —individualidad— o en cambio concurrencia de individuos.²⁰

11. *Interés simple*

3º) En cuanto al interés simple, él se caracteriza por lo general por estos elementos:

a) Una norma jurídica que predetermine concretamente cuál es la conducta administrativa debida;

b) concurrencia;

c) ausencia de un interés personal y directo del impugnante: Basta el mero interés genérico de que se cumpla la ley.

Respecto al punto a), es de señalar que tal vez podría sostenerse que existe también interés simple a que se respeten los límites relativos a la actividad administrativa. (Desviación de poder y otros.)

IV. *La impugnación de actos de carácter general*

12. *Criterio imperante en sede judicial. Crítica*

Dado que en sede administrativa es dable recurrir aunque no se tenga un derecho subjetivo sino un mero interés legítimo, es obvio entonces que no rige el principio establecido en la jurisprudencia de nuestros tribunales, de acuerdo al cual se excluye la impugnación judicial de reglamentos administrativos, entendiéndose que éstos no causan un “gravamen actual,” “por constituir medidas de carácter general.”

¹⁸ Ampliar *infra*, cap. IV, par. III, n° 24 y ss., en lo referente a los caracteres del interés personal y directo.

¹⁹ Lo dicho en nota 18.

²⁰ Es de señalar que cuando hay relación de individualidad, en esta hipótesis de límites relativos, la jurisprudencia ha reconocido en algunos casos concretos de especial gravedad de la violación del límite relativo, no un interés legítimo sino un derecho subjetivo; pero ello es por ahora más bien excepcional; desde luego, la orientación es loable y cabe desear que se afirme y desarrolle.

Esa doctrina jurisprudencial se basa en que no es dable a los jueces resolver en abstracto, y que deben entender únicamente en causas concretas. En tal sentido, se ha dicho que cuando un acto dictado por la administración "... tiene un contenido normativo, en cuanto atañe a cada una de las personas o entidades que comprende dicho sector..., los jueces no pueden invalidarlo sino cuando se plantea su aplicación a un caso particular;"²¹ en otros términos, que una resolución general, aunque modifique un régimen jurídico determinado en el cual se encuentra comprendido un individuo, no es impugnabile judicialmente en tanto no dé lugar a un acto o hecho administrativo que implique la aplicación concreta de dicha reglamentación a un caso particular.²²

Esa solución jurisprudencial es ya algo criticable en sí misma, pues confunde el derecho a impugnar el acto con las consecuencias que la decisión judicial deba tener: El admitir que un individuo impugne judicialmente una medida administrativa de carácter general, no lleva en modo alguno a la conclusión de que el juez deba anular en forma general la medida, ya que puede perfectamente limitarse a declarar su inaplicabilidad al individuo que la cuestiona; por ello el problema se restringe en realidad a determinar si la impugnación individual de un reglamento es o no un "caso abstracto" que el tribunal no pudiera decidir ni siquiera en relación exclusiva a ese individuo.

En ese segundo aspecto tampoco creemos posible compartir la tesis jurisprudencial, ya que la modificación del régimen jurídico en que se encuentra ubicado un particular, si bien no le causa un daño material actual e inmediato, implica no obstante una alteración de sus derechos; en este sentido entendemos que la infracción a los derechos de un individuo o grupo de ellos no se produce recién con el acto que individualmente los afecta en forma *material*, sino que surge con la alteración formal de sus facultades y obligaciones.²³ El orden jurídico y los derechos que de él emergen se caracterizan por ser normas del *deber ser*, esto es, formulaciones abstractas; modificar esas formulaciones es plantear concretamente una controversia jurídica: El que la formulación se concrete o no en hechos es en verdad ajeno a la naturaleza misma de los derechos invocados.

²¹ CSJN, *Federación Gráfica Argentina*, 1957, *Fallos*, 238: 36 y 43; también 238: 380; 202: 14 y 309; 241: 203; 242: 496; 244: 390, etc.

²² CSJN, *La Monumental*, 15-IV-1963, en DJ, 29-IV-1963, n° 1943, con nota editorial; y sus referencias, 248: 649; 252: 130; 253: 235. Por supuesto, dicha "aplicación concreta" será *expresa*, cuando se trate de exigir algo del particular (pagos, prestaciones), o *implícita*, cuando se trate de negarle algo que solicita. En sentido similar, en la doctrina del *proceso* contenciosoadministrativo, ver GUICCIARDI, *op. cit.*, p. 151 y ss., y sus referencias.

²³ Conf. KORNPROBST, BRUNO, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, París, 1959, pp. 132 y 133.

13. *El problema en el procedimiento administrativo*

Pero de todos modos, aquellos principios *no son de aplicación en el procedimiento administrativo*, sea por los fundamentos indicados, o por la circunstancia de que tanto el derecho subjetivo como el interés legítimo pueden ser defendidos en él.

Respecto a lo segundo, es de recordar que una de las características del interés legítimo común es la *conurrencia* en que los individuos se ven afectados por una conducta administrativa antijurídica, concretamente violatoria del orden jurídico por lo tanto, *dada la circunstancia adicional de que ella afecta a una pluralidad de personas, y de que éstas tengan un interés personal y directo en la cuestión, se concluye en que dichos individuos tienen interés legítimo común a impugnar el acto reglamentario.*

Por ello, la conclusión pertinente es que: a) Es posible impugnar administrativamente resoluciones de carácter normativo general, y además, b) que la administración no está limitada a resolver sólo para el caso concreto de quien reclama, sino que puede y debe revocar en forma general la medida si considera en definitiva que la misma es ilegítima.²⁴

14. *La impugnación de instrucciones y circulares*

Se cuestiona si las circulares e instrucciones “internas” pueden ser objeto de recursos administrativos. En base a su carácter “interno” y a la afirmación de que no producen efectos jurídicos inmediatos sino para el funcionario, y que no vician el acto dictado en contraposición a ellas, es que se sostiene por parte de la doctrina que tales circulares e instrucciones no son susceptibles de recurso administrativo, mientras no se plantee un acto administrativo concreto respecto a la cuestión.²⁵

Sin embargo, hemos sostenido que las circulares e instrucciones, en virtud del art. 1112 del Código Civil, son obligatorias para el funcionario no sólo respecto al Estado, sino también respecto a los administrados, los que tienen derecho

²⁴ Conf. respecto a la posibilidad de recurrir administrativamente contra medidas generales, Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, 53: 275; BIELSA, *op. cit.*, pp. 76-7; FIORINI, *op. cit.*, p. 25; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición,” en *Rev. de Adm. Pública*, Madrid, 1960, n° 29, p. 164 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 59 y ss. Es conveniente recordar que la limitación que la doctrina o legislación suele establecer en materia *contenciosoadministrativa* no puede aplicarse analógicamente en el procedimiento administrativo, porque aquí, además, se excita el control jerárquico del superior, que es en principio amplio.

²⁵ MARIENHOFF (*op. ult. cit.*, JA, t. III, 1962, p. 80, sec. doct.), rechaza la posibilidad del recurso, pero no aclara expresamente si se refiere al recurso contenciosoadministrativo, o también al simple recurso administrativo; por sus referencias de doctrina, con todo, podría interpretarse que se refiere sólo al recurso contenciosoadministrativo, ya que tanto VEDEL como JÉZE, que cita, se refieren implícitamente sólo a tales recursos. Comp. JÉZE, GASTÓN, *Principios generales del derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, 1949, p. 73; VEDEL, GEORGES, *Droit administratif*, París, 1961, pp. 142 y 143. Según dijimos *supra*, nota 23, entendemos que esa doctrina del contenciosoadministrativo es inaplicable al procedimiento administrativo.

a exigir su cumplimiento. Esto surge de que dicha norma hace responsable al funcionario frente a los administrados por el regular cumplimiento de sus obligaciones legales, y entre ellas se encuentra el cumplimiento de las circulares e instrucciones. De allí se desprende que el funcionario, en cuanto órgano estatal —y no sólo a título personal— es responsable frente al particular por el cumplimiento de éstas, y que el particular tenga *a fortiori* derechos subjetivos y reflejos emergentes de tales circulares.²⁶ De ello se deduce que la instrucción o circular produce efectos jurídicos inmediatos, con tal alcance, y que la violación de las mismas puede afectar la validez del acto.

Por tales razones, y porque además los recursos administrativos pueden también presentarse cuando el interés legítimo es eventual (o, dicho de otra forma, cuando el daño no es inmediato, pero sí inminente),²⁷ entendemos nosotros que es posible impugnar administrativamente este tipo de actos; a lo que cabe agregar la crítica efectuada al concepto mismo de actos “internos” de la administración.²⁸

V. Legitimidad y oportunidad

15. *Control judicial de legitimidad. Control administrativo de legitimidad y oportunidad*

Otra de las diferencias en lo que respecta a la revisión del acto administrativo en el procedimiento administrativo y en el proceso judicial, es que *el administrador* puede extinguir el acto tanto por razones de ilegitimidad como de inoportunidad, mientras que el *juez* sólo puede hacerlo por razones de ilegitimidad.

La distinción entre ilegitimidad e inoportunidad es también de interés dentro del propio procedimiento administrativo, ya que algunos recursos administrativos han sido interpretados a veces en el sentido de que proceden únicamente por razones de legitimidad.²⁹

16. *Comparación entre legitimidad, oportunidad y actividad reglada y discrecional*

Es muy fundamental destacar que los conceptos de “legitimidad” y “oportunidad” no se confunden ni se asimilan a los conceptos de “facultad reglada” y “facultad discrecional.”

Es este un error que algunas veces se desliza en fallos o libros, más por inadvertencia que por oposición de criterio, y es por ello necesario advertir formalmente contra él.

²⁶ Ver nuestros trabajos *Estudios de derecho administrativo*, p. 73 y ss., e *Introducción al derecho administrativo*, pp. 56-58.

²⁷ Este criterio no es unánime. Ver *infra*, cap. IV, n° 29 y ss.

²⁸ KRÜGER, HERBERT, *op. loc. cit.*; *supra*, cap. I, n° 6 y ss.

²⁹ Así en la doctrina tradicional del recurso jerárquico impropio. Ver *infra*, cap. IX, n° 33-4.

Hay facultad reglada sólo cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir;³⁰ pero el control de legitimidad abarca no sólo el ejercicio de las facultades regladas, sino también el de las discrecionales, en la medida en que haya normas o principios jurídicos que puedan resultar limitativos de ella.³¹ Es así posible mencionar entre los límites de las facultades que son considerados en el control administrativo de legitimidad: a) Los que hemos dado en llamar “límites concretos” a la actividad administrativa, es decir, normas jurídicas que sin referirse directamente a la administración predeterminan no obstante su conducta en algún sentido determinado;³² b) los principios generales del derecho en cuanto puedan ser de aplicación;³³ c) algunos principios especiales nacidos como límites elásticos a la actividad administrativa: Razonabilidad;³⁴ desviación de poder,³⁵ buena fe³⁶ y eventualmente la equidad.³⁷

De ello resulta que el concepto de “legitimidad” es notablemente más amplio que el de “facultad reglada,” y que “oportunidad” sea un concepto mucho más restringido que el de “facultad discrecional,” con lo que, en definitiva, el control administrativo de “legitimidad” abarca la totalidad de las facultades regladas de la administración y también buena parte de sus facultades discrecionales.

17. *Discrecionalidad técnica*

También es importante señalar que la llamada “discrecionalidad técnica” *integra igualmente el concepto de legitimidad.*

Afirma ALESSI que si discrecionalidad “es una libertad, más o menos limitada, de apreciación del interés público a los fines de valorar la oportunidad de la acción y del contenido a dar a la acción misma... es errado hablar de una discrecionalidad

³⁰ Ver nuestra *Introducción*, p. 71 y ss.

³¹ LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958, p. 41 y ss.; DIEZ, *op. cit.*, p. 16 y ss.; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 406 y ss.; CAIO TÁCITO, *op. cit.*, p. 86; GUICCIARDI, *op. cit.*, p. 27: “...en los actos discrecionales puede darse tanto la ilegitimidad como la inoportunidad...”; AMORTH, ANTONIO, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milán, 1939, p. 16 y ss.

³² Nuestra *Introducción*, *op. cit.*, p. 74 y ss.

³³ Ver JEANNEAU, BENOÎT, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, París, 1954, p. 7 y ss.; REAL, ALBERTO RAMÓN, *Los principios generales del derecho en la Constitución uruguaya*, p. 9 y ss., p. 57 y ss.; Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, 84: 27: “...el reglamento... no puede estatuir contra los principios generales del derecho, uno de los cuales es el de la irretroactividad de la norma...”

³⁴ LINARES, *op. loc. cit.*; del mismo autor, *El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, 1944; BIDART CAMPOS J., “Razonabilidad, arbitrariedad y contralor judicial,” en *Rev. del Colegio de Abogados de La Plata*, n° 6, La Plata, 1961, p. 343 y ss.; nuestro trabajo *El acto administrativo*, p. 133 y ss., y los fallos allí citados.

³⁵ Las mismas referencias de la nota precedente, y también FIORINI, *op. cit.*, p. 110 y ss.; DIEZ, *op. cit.*, p. 405.

³⁶ CSJN, *Fallos*, 182: 502, 547 y 548; CNFed. CA., *JA*, 1944-IV, 515 y 522; *LL*, 37: 230; PTN, *Dictámenes*, 70: 219; 77: 311; 83: 180, etc. Estos precedentes aplicaron la “buena fe” como principio jurídico en los contratos administrativos.

³⁷ *Dictámenes*, 79: 77; 83: 180.

meramente técnica, ya que los dos términos *discrecionalidad* y *técnica* son esencialmente inconciliables: ...Cuando se trata de una cuestión meramente técnica ella es resuelta exclusivamente en base a criterios técnicos y a reglas técnicas, y la administración pública no tiene ninguna facultad de apartarse de tales reglas...”³⁸

Señala DIEZ en sentido similar que “La discrecionalidad no existe en el aspecto técnico, que es preciso, sino en el administrativo ya que el agente tiene cierta libertad de apreciación. Como es natural, los vicios sobre la operación técnica influyen en la legitimidad del acto administrativo.”³⁹

Pero aun sin decidirse expresamente por el criterio de que la llamada “discrecionalidad técnica” no integre estrictamente la discrecionalidad, es claro al menos que —sea dentro de lo reglado o lo discrecional— integra de todos modos el concepto de “legitimidad.” “Aquí se ve cómo y por qué en el ejemplo de la aplicación de la norma general: «Si hay epidemia deben cerrarse los espectáculos públicos,» no es razonable el acto que determina «Dada la epidemia de paludismo debe ser el cierre de los cinematógrafos.» La política técnico-científica que supone este acto, es errada. Es ella irrazonable técnicamente, y de allí que lo sea también jurídicamente, desde que carece de objetividad racional.”⁴⁰

18. Aspectos que abarca el control de legitimidad

En la práctica administrativa argentina, toda vez que ha tocado aplicar el principio de la “legitimidad,” se lo ha hecho en sentido amplio, de la manera indicada;⁴¹ comprendiendo, pues:

- a) El ejercicio de las facultades regladas,
- b) los límites concretos del orden jurídico aplicables a la actividad administrativa,
- c) el contralor de la razonabilidad,
- d) el contralor de la desviación de poder,
- e) el contralor de la buena fe,
- f) el contralor de la equidad,
- g) el contralor de la apreciación técnica.

Con todo, es obvio destacar que el contralor de fórmulas elásticas tales como “razonabilidad,” “desviación de poder,” “buena fe,” “equidad,” se ejercita con cierta prudencia, y sólo cuando la irrazonabilidad, desviación, etc., sean claras y evidentes, se procede a revocar el acto. Lo mismo cabe decir de los errores

³⁸ ALESSI, RENATO, *Diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1949, p. 145.

³⁹ DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, 1956, pp. 113-4; quien sigue a VITTA, *Diritto amministrativo*, t. I, Turín, 1948, p. 303.

⁴⁰ LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958, p. 275.

⁴¹ Ver *supra*, notas 31 a 37.

técnicos: Sólo cuando los técnicos de las instancias superiores consideran que hay terminante error en el cálculo técnico efectuado por el inferior, o éste sea ilógico o contradictorio, se procede a su revisión. Estas afirmaciones, desde luego, se refieren a los casos en que el contralor del Poder Ejecutivo es solamente de “legitimidad,” tal como ocurre en la doctrina tradicional respecto a los recursos jerárquicos contra decisiones de entidades autárquicas (“recurso jerárquico impropio.”)

19. *Derechos amparados por el control de legitimidad*

Comparando los conceptos de derecho subjetivo, interés legítimo, e interés simple, con las nociones de legitimidad y oportunidad, resulta a su vez que la “legitimidad” abarca tanto al derecho subjetivo como al interés legítimo y al interés simple.

Ello, porque los principios jurídicos que integran la legitimidad son los mismos que a su vez fundamentan la existencia de tales derechos: En el caso del derecho subjetivo y el interés legítimo común, una norma concreta; en el caso del interés legítimo o derecho reflejo especial, un principio jurídico elástico (desviación, etc.); en el caso del interés simple, una norma concreta.

De allí surge que en aquellos casos en que el administrador deba limitarse a apreciar únicamente la legitimidad del acto, existe no obstante protección de los tres tipos de derechos.

20. Todo lo expuesto puede representarse gráficamente de la siguiente manera:

