

## BALANCE DE LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ARGENTINA A TREINTA AÑOS DE SU VIGENCIA

Juan Carlos Cassagne\*

*RESUMEN: Ofrece el autor un balance de la ley nacional de procedimientos administrativos de Argentina al cumplirse 30 años. Para ello, luego de una reflexión histórica desarrolla la situación anterior a 1972, fecha de la ley, su trascendencia y la labor de la comisión redactora. En cuanto al fondo, revisa los aspectos fundamentales en materia del acto administrativo, el principio de la competencia y sus caracteres; la regulación que, del acto administrativo, realiza la ley en cuanto a sus requisitos esenciales, publicidad, silencio, caracteres, sistema de nulidades, en fin, revocación. Cierra el trabajo con un breve análisis a las reformas de los años 2001 y un balance final.*

### 1. REFLEXIONES ACERCA DEL TIEMPO DE LA LEY Y SU SENTIDO HISTÓRICO

Cifrar en unas pocas figuras un acontecimiento que ocurrió en el ámbito del derecho administrativo argentino, cuando fue una obra decantada de la doctrina y, en menor medida, del derecho comparado y de la jurisprudencia, implica correr el riesgo que se noten demasiado las omisiones.

Y sería realmente una omisión injustificada no mencionar que en el proceso que condujo a la sanción de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (en adelante LNPA) en el año 1972, figuran dos nombres que fueron, precisamente, los que mayor influencia ejercieron sobre la fisonomía básica del nuevo ordenamiento. La cita, no por obligada, amengua el mérito de la extraordinaria

labor científica que desplegaron MIGUEL S. MARIENHOFF y JUAN FRANCISCO LINARES, juristas de raza unidos por una antigua y firme amistad<sup>1</sup>, al igual que por el empeño con que ambos trabajaron tanto para construir teorías como para proponer normas justas y realistas.

La LNPA cerró un ciclo y abrió otro. Así, el cierre de la etapa caracterizada por la primacía de un derecho doctrinario en formación, con la consecuente falta de unidad en los planteos y soluciones, marcó el comienzo de un ciclo distinto, signado por la certeza que siempre proporciona una codificación, aunque sea parcial, de principios y técnicas que hasta ese momento presentaban una gran movilidad jurídica.

Lo que podía entonces ser imprevisible para los distintos protagonistas del fenómeno jurídico administrativo comenzó, a partir de la LNPA, a tener un grado aceptable de previ-

\* Este trabajo constituye una versión ampliada de la conferencia inaugural pronunciada por el autor en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, que se llevaron a cabo en la ciudad de San Salvador de Jujuy los días 9, 10 y 11 de octubre de 2002.

<sup>1</sup> No resulta casual que haya sido MARIENHOFF quien tuvo a su cargo el discurso de presentación de LINARES cuando éste se incorporó a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el año 1967.

sibilidad y de consenso por parte de la comunidad jurídica, no obstante algunos intentos aislados que pretendieron desde negar su trascendencia primero hasta llegar incluso a la crítica destructiva, cuando no han intentado confundir con alambicadas interpretaciones, en lugar de acudir, lealmente, a las fuentes de las que brota su articulado, entre las que ocupa un lugar destacado la ley española de Procedimiento Administrativo de 1958<sup>2</sup>. Esta anomalía se explica, quizás, porque algo similar ha venido ocurriendo en otros sectores de la vida social y política argentina, cuyo cuadro sociológico ha descripto admirablemente ORTEGA.

Cualquier ley puede valorarse en función del tiempo histórico y de su proyección<sup>3</sup>.

Ese tiempo (el tiempo de la ley) fluye o fluctúa de un modo sucesivo, lo cual condensa el antiguo aforismo que indica que nadie baja dos veces a un mismo río, de manera que la ley hay que mirarla tanto en su concepción originaria como en la actual (que pronto resulta preterita) y, sobre todo, en su devenir, tratando de mantener la fidelidad al pasado, porque en eso radica la estabilidad de cualquier institución jurídica, sin descartar la evolución progresiva ni la aparición de nuevos principios jurídicos.

Si el tiempo de una ley incluye captar lo ocurrido antes de su sanción porque, en cierto sentido, refleja el proceso de formación de sus elementos fundamentales, no puede ignorarse la influencia que han tenido en dicho proceso, además de los ya nombrados, algunos de los creadores del derecho administrativo argentino —como fueron LUCIO V. LÓPEZ, RODOLFO

BULLRICH, RAFAEL BIELSA, FÉLIX SARRÍA, BENJAMÍN VILLEGAS BASAVILBASO, MANUEL MARÍA DIEZ, BARTOLOMÉ A. FIORINI y JORGE TRISTÁN BOSCH.

A ellos, y sobre todo a JUAN BAUTISTA ALBERDI, les debemos muchas de las construcciones más estables de nuestro derecho público, que sólo la ignorancia o la desaprensión de algunos autores dejan en el olvido.

De extenderse ese sentido de ignorancia del pasado en la enseñanza del derecho a las generaciones actuales, ello sería pernicioso porque aparte de producir el cambio de nuestra identidad vernácula por las modas de turno, revela un desconocimiento de lo que sucede en los países más avanzados del mundo, donde las bases históricas, lejos de menospreciarse, integran la cultura de cada comunidad.

El otro problema que contribuye a agravar este estado de cosas es el llamado contrabando ideológico que opera para destruir arraigados principios o imponer nuevos criterios invocando en muchas ocasiones el arquetipo democrático y participativo. A esos fines hasta se utilizan algunas de las ideas económicas de la globalización sobre la base de concepciones populistas para destruir las instituciones existentes. Pese al colapso que han sufrido las ideologías de esa índole en todo el mundo, parece que nuestro país, alentado por doctrinas reaccionarias que practican el desvío ideológico, no ha podido sustraerse a la tentación de sucumbir a esos influjos que generalmente persiguen objetivos políticos personales o de sector, contrarios a los principios y creencias que anidan en el sistema constitucional<sup>4</sup>.

2 Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS y GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, p. 17, Ed. Civitas, 1ª edición, Madrid, 1993, obra que, junto a MARIENHOFF, tuvieron los autores la gentileza de dedicarnos.

3 Desde luego que no es el tiempo absoluto y único de Newton (lo cual se encuentra demostrado por la física moderna). Para captar lo que es el tiempo hay que remontarse a los griegos, como ha escrito BORGES con esa mezcla de sabiduría y estilo inigualable que desplegaba (Cfr. BORGES, JORGE LUIS, "El tiempo", en *Borges, oral*, pp. 83 y ss., Ed. Emecé, Buenos Aires, 1979). Recuerda BORGES —siguiendo a Platón— que el tiempo es algo así como la imagen móvil de la eternidad.

4 Sobre el tema, véase: BALESTRA, RENÉ, "El contrabando ideológico", artículo publicado en el diario *La Nación*, de fecha 23/09/2002, p. 15.

En palabras de BULLRICH, que en el marco actual suenan como proféticas, hay que luchar por evitar el derrumbe de las instituciones existentes porque si bien éstas no son perfectas “habrá entonces que tender a perfeccionarlas pero respetando sus bases fundamentales, notoriamente en lo que concierne a la jerarquía y la libertad alcanzadas por la persona humana, al respeto de la propiedad individual y al cumplimiento exacto de lo que se convenga”<sup>5</sup>.

## 2. SITUACIÓN ANTERIOR A LA LNPA

En la década del setenta del pasado siglo, el derecho administrativo argentino, aunque ahora quedan pocos para recordarlo, era una herramienta prácticamente ignorada por la Administración y los particulares, que desconocían la compleja trama de los procedimientos que afectaban sus derechos y que, muchas veces, los conducían a tener que soportar sacrificios patrimoniales de considerable magnitud.

Fuera de las escasas reglas de un reglamento, que había organizado el recurso jerárquico, no existían prescripciones que ordenaran tan siquiera los conflictos de competencia entre los órganos administrativos ni normas que regularan sus distintas fases en materia de iniciación, ordenación, instrucción y terminación de los procedimientos.

Tampoco se contaba con normas de derecho de fondo sobre el acto administrativo ni acerca de la nulidad y extinción de los actos administrativos, de manera que, salvo determinados principios surgidos de algunos prece-

dentos jurisprudenciales, la principal fuente que nutría las decisiones administrativas era la doctrina de los autores, la cual, por otra parte, estaba lejos de guardar una mínima compatibilidad que hiciera posible la armonización doctrinaria en un sistema coherente y, por ende, sin contradicciones.

De otra parte, en el plano del proceso judicial, sólo existían las arcaicas normas de la ley de demandas contra la Nación de la ley 3952 (Adla, 1889-1919, 490) y no obstante todos los proyectos legislativos y el clamor de la doctrina, nunca llegó a sancionarse en el orden nacional un Código Procesal Contencioso-Administrativo, que reglamentara los procedimientos para acceder a la justicia en esta clase de procesos<sup>6</sup>.

## 3. SU TRASCENDENCIA

A treinta años de su sanción ya se puede medir con certidumbre la proyección que la LNPA ha tenido en el proceso de consolidación de los principios fundamentales que constituyen la razón de ser, la médula del derecho administrativo.

Esa trascendencia se afirma, ante todo, por el reemplazo de un derecho administrativo de raíz esencialmente doctrinaria por normas imperativas que vinculan positivamente a la Administración con los particulares, en un marco de poderes y garantías recíprocas.

De ahí que tras la vigencia de la LNPA se halla consolidado el principio de legalidad de la actuación administrativa, el cual, junto a la razonabilidad o justicia, se integra en el concepto más amplio de legitimidad<sup>7</sup>, que ha

5 BULLRICH, RODOLFO, *Principios Generales de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1942, p. XX.

6 Ver: PERRINO, PABLO E. y CANDA, FABIÁN O., *El proyecto de Código Contencioso Administrativo para la Nación (un examen de sus principales institutos)*, ED, t. 183, pp. 899 y ss.

7 Algunos autores, siguiendo básicamente las ideas de FIORINI, se refieren al principio de juridicidad, pero el concepto de legitimidad refleja, a nuestro juicio, de mejor manera la amalgama que se produce entre el elemento normativo (legalidad) y el valor justicia (razonabilidad). Así lo hemos sostenido en nuestras diferentes obras y trabajos doctrinarios. En el mismo sentido: BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Derecho Constitucional*, p. 119, t. II, Buenos Aires, 1969.

tenido acogida en la jurisprudencia de la Corte<sup>8</sup>.

De otra parte, la LNPA ha sido un campo propicio para la recepción y desarrollo de los principios generales del derecho. Aunque muchos están de acuerdo en que ellos son el fundamento del derecho, algunos sólo reconocen su origen en el derecho positivo mientras que otros sostienen que su causa se encuentra en los valores ético jurídicos de la comunidad en cada momento histórico, en una postura ciertamente relativista. En rigor, el fundamento (si se acepta que hay una única verdad) está en el derecho natural clásico más bien que en el derecho natural racionalista. A su vez, las corrientes positivistas no pueden completar el vacío a que conduce el llamado "horror naturalis" y el consiguiente desprecio por los fundamentos metafísicos, lo cual es algo así como pretender que pueda existir una cabeza sin cerebro, como apuntó certeramente DEL VECCHIO.

La raíz metafísica de los principios generales del derecho constituye una premisa básica cuya existencia el hombre capta por medio del razonamiento jurídico. Pero lo cierto es que tampoco los principios surgen de la razón aunque podría decirse que se encuentran inscriptos en la razón y que hacen básicamente a la dignidad del hombre y a las diferentes especies de justicia (legal o particular).

A su vez, una de las funciones principales de la LNPA consiste en encauzar la tensión entre los poderes de la Administración con los que corresponden a los administrados. Aunque, en general, las leyes de procedimiento administrativo suelen describirse como instrumentos que tienden a resolver una tensión entre el poder y el derecho, este punto de partida resulta erróneo. Supone una confusión de considerable magnitud al partir de una premisa equivocada que atribuye, en forma implícita,

carácter autoritario al ejercicio legítimo del poder público.

En realidad, lo que acontece es que la tensión se da entre dos situaciones jurídicas diferentes (la de la Administración y la del administrado), es decir, entre dos derechos, o si se quiere utilizando la terminología de ROMANO, entre dos poderes, uno de los cuales es el poder público. Claro está que este último trae consigo las prerrogativas públicas compensadas con el reconocimiento de las garantías a favor del particular, las cuales también integran el llamado régimen exorbitante o administrativo.

El ordenamiento, en sentido normativo, interviene en la reglamentación de los derechos individuales a fin de armonizarlos con el interés público, con el objeto de canalizar las respectivas relaciones, establecer los principios fundamentales y las técnicas más adecuadas a aquellos fines para garantizar el equilibrio entre los intereses representados en las relaciones jurídicas.

En suma, no obstante que subsisten tendencias que bregan por el derrumbe de las instituciones e intentos verbales por encubrir la realidad para reemplazarla por formas que seguramente serán efímeras, el papel de la LNPA ha sido el de contener dichas tendencias, procurando armonizar los diferentes intereses en juego, antes que el conflicto.

#### 4. LA LABOR DE LA COMISIÓN REDACTORA

Consciente de esa problemática, a fines de 1970, el gobierno entonces de turno encaró el dictado de una ley con el objeto de poner fin al vacío legislativo, encomendándole su redacción a una Comisión integrada por los doctores ADALBERTO E. COZZI, HÉCTOR JORGE

8 In re "Solá" publicado en ED, Suplemento de Derecho Administrativo, de fecha 17/08/98, con nuestro comentario.

ESCOLA y CARLOS A. YOUNG, quienes pusieron término a su labor en el mes de junio de 1971.

La tarea fue tan ímproba como eficaz ya que al ser enviado el proyecto en consulta a los distintos Ministerios y juristas especializados en la materia, la Comisión redactora tuvo que debatir y, en su caso, rechazar o aceptar las modificaciones que se formularon por parte de las instituciones o personas consultadas, entre los que cabe destacar la colaboración prestada por dos de nuestros más eminentes administrativistas, como fueron los doctores Miguel S. MARIENHOFF y Juan Francisco LINARES.

En esa colaboración, de la cual tuvimos la fortuna de participar por la estrecha vinculación docente que manteníamos con el maestro MARIENHOFF, se encuentra la clave para captar la tendencia seguida en las partes más trascendentes de la ley y la interpretación que se ajusta mejor al espíritu de sus prescripciones.

El resultado del esfuerzo de la Comisión Redactora y de quienes prestaron su colaboración puede calificarse, a casi treinta años de la sanción de la ley, como plenamente exitoso por una serie de razones que, en forma sucinta, corresponde destacar.

En primer término, cabe puntualizar que el dictado de la ley significó el abandono del puro subjetivismo y de la arbitrariedad que caracterizaban a la Administración Pública en la anterior etapa, a través de una actuación cargada de vicios y absolutamente discrecional.

La implantación de principios jurídicos para regir los procedimientos administrativos, junto a una serie de reglas sobre el acto administrativo implicó asimismo, a partir de entonces, la construcción de un adecuado cauce procedimental tanto para la realización del interés público como para las garantías de los particulares.

Y, finalmente, aun cuando incompletas y pese a que algunas de las normas resultan hoy día incompatibles con el principio de la tutela judicial efectiva merece destacarse el avance legislativo que importó la regulación procesal relativa a la impugnación judicial de los reglamentos, efectuada, por primera vez, en el orden nacional.

## 5. ASPECTOS FUNDAMENTALES EN MATERIA DE ACTO ADMINISTRATIVO

### 5.1. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN SENTIDO OBJETIVO CONSTITUYE EL EJE DEL SISTEMA

Es sabido que la fuente doctrinaria de la LNPA concibe al acto administrativo como el producto de la función administrativa en sentido material u objetivo<sup>9</sup>.

Tal es el eje del sistema que no puede interpretarse a la luz del ámbito de aplicación enunciado en el art. 1° de la ley, el cual sólo indica los órganos y entes a los cuales se aplica la LNPA, sin formular proposición normativa alguna acerca de la definición de acto administrativo.

Este criterio, que ha sido confirmado, de un modo expreso, por la ley de procedimientos administrativos de la Ciudad de Buenos Aires<sup>10</sup>, se proyecta a la interpretación de las normas concernientes al acto administrativo que prescriben los arts. 7° y siguientes de la LNPA, lo cual permite, entre otras cosas, la recepción de la teoría del denominado acto privado de la Administración, acto mixto o de objeto privado, reglado en forma parcial por el derecho administrativo, sin perjuicio de la “zona común”, propia del procedimiento administrativo, cuya impronta obedece, sin duda, a una fundamentación subjetiva.

9 Véase: MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, pp. 57 y ss., 3ª edición actualizada, Buenos Aires, 1982; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, 7ª edición, t. II, p. 47, Buenos Aires, 2002.

10 Art. 1° de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires (Decreto N° 1.510/97).

El principal problema se plantea alrededor de la concepción del reglamento como acto administrativo la cual, de algún modo, parecería contradecir la concepción material u objetiva, seguida por el propio MARIENHOFF<sup>11</sup>. A nuestro juicio, se trata de una calificación contradictoria que no llega, sin embargo, a trastocar la base material que exhibe la teoría del acto administrativo.

En definitiva, todo ello es producto de la influencia de las corrientes formalistas que no coinciden necesariamente con los criterios materiales para deslindar las funciones del Estado.

Calificar una actividad por el procedimiento o por la forma es algo así como definir a una persona por su vestimenta. Al derecho le importan, como siempre, las causas y los objetivos finales, puesto que este conocimiento es el que permite encontrar la razonabilidad de la proporción entre los fines y los instrumentos que se utilizan para alcanzarlos.

## 5.2. EL PRINCIPIO DE LA COMPETENCIA

En la doctrina del Derecho Administrativo solía afirmarse que la competencia se distinguía de la capacidad del Derecho Privado (donde ésta constituye la regla o principio general) por constituir la excepción a la regla, que es la incompetencia<sup>12</sup>. Es lo que se ha denominado el postulado de la permisión expresa<sup>13</sup>.

Pero la comparación no puede realizarse –tratándose de entidades– con la capacidad de las personas físicas sino con la correspondiente a las personas jurídicas y, en tal sentido, existe cierta semejanza entre ambas institucio-

nes, en la medida en que sus criterios rectores se encuentran regulados por el principio de la especialidad<sup>14</sup>. La aplicación del principio de la especialidad para la interpretación de los alcances de la competencia de entes y órganos no debe entenderse como un retorno al criterio de la competencia subjetiva. Ello es así, porque la especialidad del órgano de que se trate no va a surgir de su propia voluntad sino de la norma objetiva que establezca las finalidades para las cuales el órgano fue creado, o bien, de su objeto institucional.

De ese modo, el ámbito de la libertad del órgano administrativo va a estar acotado por el fin que emana de la norma y no por el que surja de la voluntad del funcionario.

Una vez determinada la especialidad, y dentro de sus límites, la competencia es la regla. Fuera de aquélla, la competencia es la excepción.

La regla de la especialidad, que supera la necesidad de que la competencia esté expresa o razonablemente implícita en una norma, se invierte con relación a los actos de gravamen y aquellos de sustancia sancionatoria, habida cuenta la prevalencia, en su caso, de los principios del Derecho Penal (*nullum crimen nulla poena sine lege*, la tipicidad y las garantías sustantivas y adjetivas), no rigiendo, en esos supuestos, la analogía ni la interpretación extensiva.

Ahora bien, el principio de la especialidad no desplaza la posibilidad de que la aptitud del órgano o ente surja, en forma expresa o implícita<sup>15</sup>, de una norma completa atributiva de competencia y ello es conveniente en cuanto reduce el margen de actuación discrecional

11 MARIENHOFF, MIGUEL S., *op. cit.*, t. I, pp. 57 y ss., 3ª edición actualizada, Buenos Aires, 1982.

12 MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 572, 4ª edición, Buenos Aires, 1990; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho Administrativo*, 2ª edición, tomo II, p. 40, Buenos Aires, 1976; WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, p. 452, París, 1963.

13 LINARES, JUAN FRANCISCO, "La competencia y los postulados de la permisión", *Revista Argentina de Derecho Administrativo* N° 2, pp. 14 y ss., Buenos Aires, 1971.

14 CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El Acto Administrativo*, p. 191, 2ª edición, Buenos Aires, 1981.

15 SCBA, "Sciammarella, Alfredo c/Prov. de Buenos Aires", ED, t. 99, p. 214.

de la Administración, brindando mayores garantías a los administrados.

Pero la especialidad sigue siendo siempre la regla ya que la finalidad puede surgir no sólo de una norma completa sino también de un principio de normación o de un principio general del Derecho.

En definitiva, el principio de especialidad se vincula con el fin de la competencia de cada órgano u ente, el cual surge no sólo de las atribuciones expresas o implícitas (que suponen siempre un desarrollo o interpretación extensiva de las facultades expresas) sino, fundamentalmente, de la enunciación de objetivos, principios de normación (como las atribuciones genéricas) y de las facultades inherentes, que son aquellas que, por su naturaleza, fundamentan la creación y subsistencia del órgano y sin las cuales, carecen de sentido<sup>16</sup>.

Con todo existe una diferencia fundamental entre capacidad y competencia, pues, mientras el ejercicio de la primera cae dentro del arbitrio de su titular, el ejercicio de la competencia puede ser obligatorio<sup>17</sup>.

#### 5.2.1. CARACTERES DE LA COMPETENCIA

De acuerdo al texto del art. 3º de la LNPA la competencia se caracteriza por ser:

- (a) objetiva, en cuanto surge de la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos dictados en su consecuencia. Esta

prescripción indica que la fuente de la competencia no queda librada a la voluntad del órgano o del funcionario que lo representa sino que surge de una norma interpretada en el marco del principio de la especialidad;

- (b) obligatoria, lo cual ha de entenderse que así será en la medida que el órgano no posea la aptitud para escoger el contenido de la decisión o aun, el momento para dictarla;
- (c) improrrogable<sup>18</sup>, es decir, que el interés público en que ella se funda no permite desplazarla, en principio, a otros órganos, salvo los casos de delegación y avocación que prescribe la ley.

#### 5.1 LA REGULACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

##### a) Generalidades

El acierto fundamental de la LNPA radica en la circunstancia de haber incorporado normas en materia de acto administrativo, a través de una regulación que ha observado una sistematización coherente y orgánica.

En cuanto a la noción de acto administrativo si bien el ordenamiento no toma partido expreso por ninguna de las corrientes doctrinarias existentes acerca –por ejemplo– del carácter unilateral o bilateral del acto, es obvio que ha instrumentado positivamente una teoría general para el acto administrativo, con la

16 Para COMADIRA el principio de especialidad sirve para definir el contenido de lo implícito (Cfr. *Acto Administrativo Municipal*, Buenos Aires, 1992, p. 24). En un trabajo posterior, recogiendo la crítica que en su momento formulamos, dicho autor reconoce que el principio de la especialidad también define el contenido de lo inherente (Cfr. "Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores", ED, t. 162, p. 1134), con lo que su postura en ese aspecto no puede considerarse totalmente que constituya una tercera posición entre las dos corrientes fundamentales (permisión y especialidad).

17 Cfr. MARIENHOFF, MIGUEL S., *op. cit.*, t. I, p. 572.

18 En la Ley Nº 30/1992 de España (LRJPA) el art. 12.1 prescribe que la competencia es irrenunciable. Sin perjuicio de que este principio también existe como derivación del carácter obligatorio que la competencia posee, lo cierto es que la interdicción de desplazar la competencia, como principio general y sin perjuicio de las excepciones de la delegación y de la avocación, conduce a que sea más correcto caracterizarlo como improrrogabilidad, lo cual, si bien es un resabio del derecho procesal, refleja mejor el sentido del principio que no contempla la posibilidad de renunciar o abdicar de la competencia sino de trasladarla a otro órgano, conservando la responsabilidad y la carga de vigilar su correcto ejercicio.

mayor amplitud conceptual, para poderla aplicar tanto a los contratos como a los actos unilaterales, a los actos de contenido individual como a los reglamentos.

Ello no obsta para que, en diversas de sus disposiciones, se distinga el régimen jurídico de las diferentes especies del acto administrativo considerado como género, así por ejemplo, cuando diferencia los actos de alcance particular de los de alcance general (reglamentos) en materia de publicidad (art. 11).

La influencia que sobre la sistematización de la LNPA han ejercido las opiniones de MARIENHOFF, a más de reconocida por los propios autores de la ley, resulta patente para quien esté familiarizado con el manejo de los conceptos del derecho administrativo. Pero aún así, se han introducido algunas modificaciones que, en ciertos puntos, no guardan conexión con la fuente doctrinaria en que se apoya el articulado.

#### b) Requisitos esenciales

La LNPA estatuye, en sus arts. 7° y 8°, los requisitos esenciales del acto administrativo, concretándolos a través de la regulación de los elementos de dicha figura jurídica que así reciben categorización propia en el derecho sustantivo.

Esta formulación legislativa vino a poner fin a un estado de cosas que conspiraba contra la seguridad jurídica, caracterizado por la extraordinaria disparidad de opiniones que había sobre el punto, susceptibles de generar discusiones típicamente verbales, que desorientaban a quienes debían resolver algún problema vinculado con los elementos del acto administrativo.

Si bien esta tendencia se perfila en el derecho comparado y en la legislación provincial argentina la regulación que llevó a cabo la ley nacional de procedimientos administrati-

vos, en cuanto norma, es mucho más completa que prácticamente todos los elementos del acto.

En esa línea, siguiendo a MARIENHOFF, la LNPA aborda sucesivamente lo atinente a la competencia, causa, objeto, forma y finalidad del acto administrativo, sin incluir el elemento moralidad, al cual la fuente doctrinaria atribuye carácter autónomo considerando que tal requisito es parte del objeto o contenido del acto administrativo<sup>19</sup>.

El dictamen jurídico proveniente de los servicios permanentes de la Administración Pública es considerado esencial (art. 7°, inc. d), segunda parte) cuando el acto fuera susceptible de afectar derechos subjetivos e intereses legítimos, lo cual implicó un avance significativo en el ámbito de la protección de los derechos de los ciudadanos como consecuencia de una vinculación positiva más estricta entre la actuación administrativa y el principio de legitimidad.

#### c) Publicidad

El art. 11 consagra una diferencia entre el régimen de publicidad del acto administrativo de alcance individual y el reglamento, exigiéndose para el primero la notificación y, para el segundo, la publicación. Al seguir una corriente que contaba con el consenso de la doctrina, para los actos de alcance individual, la norma admite que los administrados puedan pedir el cumplimiento de estos actos con anterioridad a la notificación y publicación de no resultar perjuicios a terceros, lo cual, en el caso de los reglamentos, resulta inconstitucional por afectar el principio de igualdad ante la ley, que precisamente la publicación tiende a preservar.

#### d) El silencio administrativo

Una de las normas de la LNPA que tiene mayor trascendencia es la referente al silen-

19 CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, t. II, 7ª edición, Buenos Aires, 2002, postura mantenida en las ediciones anteriores.

cio o ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, el cual, a tenor de lo dispuesto en el art. 10, se interpreta en principio como una negativa, salvo que mediare disposición expresa en contrario. Para consagrar la doctrina del silencio administrativo, como regulación general, se requiere siempre de un precepto legal que así lo prescriba, ya que no podía resolverse como un supuesto de interpretación de la voluntad administrativa, frente a las normas expresas de la legislación civil.

La falta de una norma de esta naturaleza conducía a aplicar un principio propio del Código Civil consistente en afirmar que el silencio no vale como expresión de voluntad, salvo en los supuestos de excepción previstos en la ley.

La solución de la LNPA cuenta con antecedentes en el derecho positivo argentino y comparado y opera como una presunción legislativa fundada en la realidad que tiende a evitar las situaciones de verdadera indefensión en que se pueden encontrar los particulares frente al silencio o ambigüedad de la Administración Pública<sup>20</sup>.

#### e) Caracteres del acto administrativo

En este punto, la LNPA reconoce expresamente dos caracteres del acto administrativo: la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad (art. 12). El relativo a la estabilidad, que un sector de la doctrina engloba den-

tro de los caracteres del acto administrativo, aparece regulado, en cambio, al tratar lo relativo a la revocación (arts. 17 y 18).

La presunción de legitimidad deriva del principio o regla de interpretación constitucional que consagra la presunción de validez de los actos estatales y supone que el acto se ha emitido de conformidad al ordenamiento jurídico.

Pero el reconocimiento de tal carácter no obsta a que se sostenga que los actos que adolecen de nulidad manifiesta carezcan de presunción de legitimidad, en virtud de que tal consecuencia surge del ordenamiento jurídico, en una interpretación confirmada por la jurisprudencia de los tribunales judiciales.

Al propio tiempo, la ejecutoriedad se consolida como un principio del acto administrativo, siguiendo en lo esencial la tesis que oportunamente propiciáramos como un medio para lograr una justa conciliación entre las prerrogativas estatales y los derechos de los administrados, en el marco de la realidad contemporánea y dentro de las normas y principios constitucionales.

Conforme al art. 12 de la LNPA, la ejecutoriedad emergente del acto administrativo faculta a “ponerlo en práctica por sus propios medios, a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieran la intervención judicial” sobre cuyos supuestos configurativos nos hemos ocupado al estudiar el régimen jurídico de la ejecutoriedad<sup>21</sup>.

20 PERRINO, PABLO E., “La inactividad administrativa y su control judicial”, RAP Nº 269, pp. 11 y ss.

21 La crítica que un sector de la doctrina ha formulado a la regla de la ejecutoriedad (e implícitamente a nuestra doctrina) asimila, básicamente, la ejecutoriedad (que constituye el principio) con la ejecución forzada o coactiva (que es una forma excepcional). Esta postura, que venimos sosteniendo desde nuestro primer libro sobre el tema, publicado en el año 1971, ha sido recepcionada (prácticamente con todos los detalles de las reglas aplicativas del principio) en la ley de procedimientos administrativos de la Ciudad de Buenos Aires (Cfr. art. 12). Allí se prescribe: Presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria. El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios, a menos que deba utilizarse la coacción contra la persona o bienes de los administrados, en cuyo caso será exigible la intervención judicial. Sólo podrá la Administración utilizar la fuerza contra la persona o bienes del administrado, sin intervención judicial, cuando deba protegerse el dominio público, desalojarse o demolerse edificios que amenacen ruina, o tengan que incautarse bienes muebles peligrosos para la seguridad, salubridad o moralidad de la población, o intervenir en la higienización de inmuebles. Los recursos que interpongan los administrados contra los actos administrativos no suspenderán su ejecución y efectos, salvo norma expresa que disponga lo contrario. Sin embargo,

A su vez, como consecuencia de la consagración del principio de la ejecutoriedad, se estatuye la regla de que los recursos que se deduzcan contra actos administrativos no provocan la suspensión de su ejecución y efectos, salvo que un texto expreso disponga lo contrario, lo cual concuerda con lo sostenido por un sector de la doctrina<sup>22</sup>.

Sin embargo, en lo atinente a las causas de suspensión del acto administrativo, la regulación adoptada es susceptible de algunas críticas:

- 1º) En primer lugar, porque al consagrar el criterio del daño no se reconoce el principio de que el acto deba suspenderse cuando su cumplimiento genere mayores perjuicios que su suspensión;
  - 2º) En cuanto prescribe –en forma errónea– la suspensión del acto cuando se alega una nulidad absoluta, en vez de haber utilizado la categoría de la “nulidad manifiesta”;
  - 3º) Finalmente, porque no recoge el principio que afirma que la alegación de la ilegalidad o nulidad manifiesta obliga a la Administración a suspender el acto.
- f) Sistema de nulidades. El saneamiento

En esta materia, los redactores de la LNPA siguieron, en lo esencial, la tesis de MARIENHOFF, clasificando a las nulidades en

dos grandes categorías: absoluta y relativa, también denominadas nulidad y anulabilidad<sup>23</sup>. El criterio central sobre el que reposa la clasificación es el de la gravedad del vicio, concretada en la afectación de algún elemento considerado esencial (Arts. 14 y 15)<sup>24</sup>.

En su momento, objetamos la inclusión de la irregularidad u omisión intrascendente como un supuesto de “anulabilidad”, ya que es sabido que esos defectos no generan invalidez del acto, y porque además, tal criterio contradecía lo estatuido en materia de invalidez de cláusulas accesorias en el Art. 16 donde, en una solución correcta, se considera que ella no importa la nulidad del acto, siempre que fuera separable y no afectase la esencia del acto. La reforma de la LNPA efectuada en el año 1977 acogió nuestra crítica y modificó esa parte de la norma cuestionada (Art. 15).

Con relación al saneamiento, la LNPA prescribe que el acto anulable resulta susceptible de ser saneado mediante la ratificación y la confirmación del mismo, retro trayéndose los efectos a la fecha de emisión del acto administrativo pertinente (Art. 19).

Apartándose de la fuente doctrinaria, el Art. 20 de la LNPA incluye la figura de la conversión, cuyos efectos rigen a partir del momento en que se perfecciona el nuevo acto como consecuencia de la integración de los elementos válidos de un acto nulo, en otro que fuera válido. Esta figura, no obstante el poco uso que suele hacerse de ella por parte de la Administración, ha permitido, en algunos ca-

#### Continuación nota 21

la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, cuando la ejecución del acto traiga aparejados mayores perjuicios que su suspensión o cuando se alegare fundadamente una nulidad ostensible y absoluta.

22 Véase: CASSAGNE, JUAN CARLOS, “La suspensión del acto en sede administrativa y los efectos de la interposición de recursos”, *Acto Administrativo*, publicación de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, Católica de Tucumán, 1982.

23 Conf. PERRINO, PABLO E., “Teoría de la invalidez del acto administrativo”, obra colectiva “Acto administrativo y reglamento”, RAP, p. 124, Buenos Aires, 2002.

24 HUTCHINSON, TOMÁS, *Ley nacional de procedimientos administrativos. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, t. I, p. 303, Ed. Astrea, 1ª reimp. corregida, Buenos Aires, 1987.

sos, combinando el principio de eficacia con los intereses públicos y privados, que se opere el saneamiento del acto administrativo.

g) La revocación del acto administrativo

En materia de extinción del acto administrativo la LNPA vino a superar la incertidumbre que provocaba la falta de unidad doctrinaria. El art. 17 de la LNPA denomina revocación tanto a la extinción del acto por razones de ilegalidad como por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, estableciendo la obligación de la Administración Pública de revocar el acto portador de una nulidad absoluta, a excepción del que hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, cuya subsistencia y efectos sólo pueden impedirse mediante acción judicial de nulidad (artículo 17, texto conforme a la ley 21.686 –Adla XXXVIII-A, 5–).

Sin definir el acto regular, el art. 18 de la LNPA consagra la estabilidad cuando del acto hubieran surgido derechos a favor de los particulares, admitiendo excepcionalmente su revocabilidad en ciertos supuestos, entre los que cabe destacar el relativo al carácter precario del derecho acordado.

En general, puede reconocerse que desde el caso “Carman de Cantón” la Corte Su-

prema ha sostenido que la Administración carece de facultades para revocar un acto por razones de ilegitimidad cuando el mismo estuviera afectado de nulidad relativa, al par que ha aceptado la procedencia de la revocación frente a la presencia de vicios de nulidad absoluta. Pero esta conclusión, señalada a nivel doctrinario<sup>25</sup>, no había sido objeto de sistematización en la doctrina del Alto Tribunal, cuyo criterio era casuístico<sup>26</sup>.

A la luz de la evolución de la nueva concepción que la Corte introdujo en la materia en el caso “Carman de Cantón”, LINARES escribió su clásica obra acerca de la cosa juzgada administrativa en la jurisprudencia del Alto Tribunal realizando la construcción dogmática (es decir, de los principios) de la institución<sup>27</sup>. Paralelamente, en el mismo año, apareció el trabajo de BOSCH<sup>28</sup>, en el que describió la situación jurisprudencial en la misma línea. De allí en más, la nueva concepción –que fue evolucionando hasta su consagración en el Art. 17 de la LNPA– se impuso definitivamente en el Derecho Administrativo argentino.

En efecto, la construcción dogmática de Linares fue seguida por casi toda la doctrina posterior<sup>29</sup> sustancialmente en las obras que estudiaron la figura del acto administrativo como las de Diez, Gordillo y la que nosotros escribimos<sup>30</sup>, las cuales, no obstante algunas

25 MARIENHOFF, MIGUEL S., *op. cit.*, t. II, p. 622, 3ª edición, Buenos Aires, 1975.

26 Como ejemplo de la evolución que se opera en la jurisprudencia de la Corte cabe señalar que se ha reconocido que además de los vicios de error grave, incompetencia en razón de la materia y defectos esenciales de forma, el vicio en el elemento causa (falta de causa) autoriza la revocación del acto en sede administrativa. Véase: caso “Hochbaum”, RADA Nº 3, pp. 111 y ss.

27 LINARES, JUAN F., *Cosa juzgada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 1946.

28 BOSCH, JORGE T., “La extinción de los actos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional de Justicia”, separata de la *Revista Argentina de Estudios Políticos* Nº 3 y 4, pp. 33-41, Buenos Aires, 1946.

29 Véase: MARIENHOFF, MIGUEL S., *op. cit.*, t. II, pp. 612 y ss.; sin embargo, Fiorini, aunque sin fundamentar claramente su posición crítica, adhirió a la concepción de la anulación de oficio considerando que la tesis de la cosa juzgada administrativa resulta confusa (FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Derecho Administrativo*, t. I, pp. 557-558, Buenos Aires, 1976), no obstante haberla ponderado en otras partes de su obra (*op. cit.*, t. I, pp. 550-555) llegándola a calificar como una “conquista de legalidad”.

30 DIEZ, MANUEL M., *El acto administrativo*, pp. 334 y ss., Buenos Aires, 1961; GORDILLO, AGUSTÍN, *El Acto Administrativo*, pp. 143 y ss., Buenos Aires, 1969; y nuestro *Acto Administrativo*, pp. 382 y ss., Buenos Aires, 1981.

disidencias insustanciales y opiniones discordantes sobre determinados aspectos de la institución, representan la línea que finalmente ha prevalecido en el Derecho Público que rige esta materia.

No vamos a efectuar aquí la disección del magnífico libro de Linares, habida cuenta que nuestro propósito se limita a exponer los dos puntos esenciales que sirvieron para el ulterior desarrollo de la institución de la cosa juzgada administrativa.

El primero de estos puntos estriba en la admisión de la cosa juzgada para los actos de la Administración activa (no jurisdiccional), que en la postura tradicional de Bielsa, aferrada al sentido histórico de la institución, era inconcebible extender fuera del ámbito del Derecho Privado.

Al refutar esta teoría extrema Linares anota que la posición ecléctica (que hunde sus raíces en la obra de MAYER<sup>31</sup> es la que debe preferirse en virtud de que “la institución de la cosa juzgada jurisdiccional constituye un aspecto del derecho que aflora en todo el orden jurídico y que atañe a la validez y vigencia de las normas jurídicas, pero que en las normas

individuales, en cuanto son vigentes y generan así una situación de hecho, presentan una modalidad especial”<sup>32</sup>. Tal era la línea de pensamiento de MERKL<sup>33</sup>, así como de Hauriou, Jèze y Fernández de Velasco que influyeron en la obra de SARRÍA<sup>34</sup>, con lo que nuestro derecho vino a recibir por esta vía y en esta materia, el aporte de la ciencia jurídica francesa, española y germánica<sup>35</sup>, con las adaptaciones propias al sistema vernáculo, que se llevaba a cabo a través de la aplicación analógica de los preceptos del Código Civil.

El otro punto resaltable, en la descripción jurisprudencial y consecuente construcción dogmática que efectuó Linares, versó sobre el concepto de acto regular como presupuesto para la extensión de la cosa juzgada al Derecho Administrativo y, en consecuencia, de la inmutabilidad que cabe atribuir a los actos administrativos, cuando éstos han dado nacimiento a derechos subjetivos en cabeza de los administrados.

Así, la estabilidad del acto se conecta con la clasificación de las nulidades, aspecto más complejo acerca del cual no existía, en ese momento de la evolución histórica de nuestro

31 MAYER, OTTO, *Le Droit Administratif Allemand*, t. I, p. 52, Paris, 1904.

32 LINARES, JUAN F., *op. cit.*, pp. 51-52.

33 MERKL, ADOLFO, “Teoría General del Derecho Administrativo”, pp. 275 y ss., *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1935, a quien, en lo sustancial, ha seguido Linares.

34 SARRÍA, FÉLIX, *Estudios de Derecho Administrativo*, pp. 73-76, Córdoba, 1934.

35 Esto es una demostración del pluralismo que existe en las fuentes de nuestro derecho administrativo, que algunos le atribuyen exclusivamente al derecho francés (cuando también ha sido importante la influencia de los derechos español e italiano). Últimamente, han surgido opiniones que afirman, sin demostrarlo, que la fuente principal debiera ser el derecho norteamericano dado que nuestra Constitución ha seguido el modelo constitucional de ese país (el cual parece admisible aunque algunas instituciones sean difíciles de trasladar pues resultan incompatibles con nuestra idiosincrasia) y hasta se ha ubicado a Linares en esa línea de pensamiento sin tener en cuenta lo que ha escrito este gran jurista y aun desconociendo, aparentemente, las opiniones de Alberdi, asunto del que nos ocupamos recientemente (véase: “De nuevo sobre la categoría del contrato administrativo en el derecho administrativo argentino”, *ED*, diario del 30-IX-2001, pp. 1-2). En este punto, tanto Linares como Díez y Marienhoff tenían muy claro el panorama de las fuentes de nuestro derecho administrativo. En particular Linares, de quien podía suponerse lo contrario por algunas expresiones incidentales y el buen manejo que hizo siempre de los principios de derecho norteamericano, llegó a decir, luego de señalar la relatividad de la aplicación del derecho europeo, que “también difiere nuestro derecho administrativo del sistema iuspublicista vigente en los Estados Unidos de Norteamérica, pese a cierta similitud de nuestra Constitución con la de aquel país, porque: 1) el sistema federal es distinto; 2) el *common law* americano, pese a regir casi exclusivamente para el derecho privado, imprime a su derecho administrativo objetivo, legislado y científico, ciertas valoraciones y criterios interpretativos singulares de difícil aplicación al nuestro” (Cfr.: LINARES, JUAN F., *Derecho Administrativo*, p. 20, Buenos Aires, 1986).

Derecho Administrativo, uniformidad doctrinaria ni jurisprudencial. De todas maneras, una cosa resulta clara en la sistematización de los fallos de la Corte que lleva a cabo Linares y es que la protección que brinda la cosa juzgada administrativa a los actos regulares comprende tanto los actos válidos como aquellos que adolecen de un vicio de nulidad relativa (anulables en la terminología al uso). Como Linares y la Corte, a diferencia de Bielsa, no aceptan la categoría de acto inexistente, los actos que pueden revocarse son los “absolutamente nulos”<sup>36</sup>. En suma, los actos administrativos dictados por error de hecho, como son aquellos decretos que conceden jubilaciones o pensiones con base en errores en el cómputo de los servicios de los agentes, entran según la Corte —a partir del *leading case* objeto de este comentario—, dentro de la categoría del acto regular y están protegidos por la garantía de la estabilidad y alcanzados por el instituto de la prescripción. Tal fue también la interpretación que hizo BOSCH<sup>37</sup> en el sentido de que, después del transcurso del plazo de dos años, no era posible interponer la acción judicial de nulidad.

En lo esencial, la cosa juzgada administrativa desarrollada en la tesis de Linares fue adoptada y seguida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>38</sup> alcanzando su recepción normativa a través del art. 17 de la LNPA, si bien en forma más amplia al extender la protección debida a los derechos de los particulares nacidos de actos administrativos irregulares<sup>39</sup>.

Por último, el art. 18 *in fine* de la LNPA prescribe la revocabilidad del acto por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare al administrado sobre la base de la doctrina de MARIENHOFF en una fórmula que ha venido planteando una serie de problemas interpretativos que se agudizaron a la luz de las nuevas normas constitucionales (art. 76 CN). Como lo hemos puesto de relieve, para que esta norma pueda tener efectividad se requiere el dictado de una ley previa que declare el interés público de la revocación por oportunidad al igual que lo que acontece en materia expropiatoria (art. 17 CN).

#### 5.4. LAS NORMAS PROCESALES

En su momento, constituyó una novedad la circunstancia de haber tratado la LNPA lo atinente a la impugnación de actos administrativos ante órganos judiciales, lo cual, con independencia del acierto de las prescripciones que regulan esta materia, acusa una deficiencia de técnica legislativa, en mérito a que se trata de normas propias del denominado “contenciosoadministrativo” o bien, pertenecientes al derecho procesal administrativo.

En el sistema procesal de la LNPA hay mucha tela para cortar si se quiere que el principio de la tutela judicial efectiva constituya una auténtica realidad y no quede relegado a una mera fórmula verbal.

Pero no se puede desconocer que, en líneas generales, las reglas de la LNPA que regu-

36 Cfr. LINARES, JUAN F., *op. cit.*, pp. 25 y ss.

37 Cfr. BOSCH, JORGE T., *op. cit.*, p. 39.

38 Fallos 177:194; 181:425; 186:42; 188:135; 192:45; 194:254; 197:548; 201:329, entre otros.

39 Hay autores que se han ocupado en resaltar la falta de coherencia de la doctrina jurisprudencial de la Corte y en tal sentido puede consultarse el estudio de Comadira, uno de los más exhaustivos efectuados sobre dicha doctrina (Cfr. COMADIRA, JULIO R., *La Anulación de Oficio del Acto Administrativo. La denominada “Cosa Juzgada Administrativa”*, pp. 91 y ss., Buenos Aires, 1981). Cabe apuntar, sin embargo, que la estabilidad del acto regular y, en definitiva, la afirmación de una tendencia garantística, protectora de los derechos de propiedad y de las libertades de los ciudadanos, ha constituido una constante en la jurisprudencia de la Corte y en la mayoría de la doctrina administrativa argentina.

laron el proceso contencioso-administrativo significaron un avance pese al obstáculo que sigue representando el mantenimiento de los plazos de caducidad<sup>40</sup>, de naturaleza perentoria, para demandar al Estado que una interpretación razonable, como la que en su momento propiciamos<sup>41</sup>, podría haber generado a favor del buen orden de los litigios. Porque no se puede desconocer que el mantenimiento de plazos de caducidad imperativos y perentorios más que constituir una carga para adquirir el derecho de acceder a la justicia traducen un formidable estímulo para la promoción de juicios contra el Estado, dado que ningún administrador de personas jurídicas, o en cualquier caso, un particular determinado, van a consentir los efectos perjudiciales y arbitrarios de un acto administrativo que ha generado una alteración en los derechos de fondo que resulta susceptible de reputarse consentida por el mero transcurso de los plazos de caducidad.

## 6. LAS REFORMAS A LA LNPA INTRODUCIDAS POR EL DECRETO N° 1.023/2001 Y LA LEY N° 25.344

En el año 2001, a través del dictado del Decreto N° 1.023/2001, por el que se aprobó el nuevo régimen de contrataciones del Estado<sup>42</sup>, y la Ley N° 25.344, de emergencia económica financiera<sup>43</sup>, se efectuaron numerosas y relevantes modificaciones a la LNPA.

Por el primero de los cuerpos normativos indicados se modificó el art. 7° último pá-

rrafo de la LNPA, que establece la forma en que se aplican las disposiciones de su Título III respecto de los contratos celebrados por los entes integrantes del llamado Sector Público Nacional. En dicho decreto también se reguló lo atinente al alcance de la indemnización en los supuestos de extinción contractual por razones de oportunidad, cuestión sobre la cual el citado art. 18 de la LNPA, guardada silencio.

A su vez, por la Ley N° 25.344 se modificó el texto de los arts. 30 a 32 de la LNPA, que prescriben el régimen del reclamo administrativo previo.

En sustancial síntesis las reformas incorporadas por las normativas citadas fueron las siguientes.

### 6.1 DECRETO N° 1.023/2001

#### 6.1.1 REFORMAS AL ART. 7° DE LA LNPA

El art. 36 del Decreto N° 1.023/2001 modificó la redacción del último párrafo del artículo 7° de la Ley N° 19.549 al establecer que los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación "directa" del Título III de la Ley N° 19.549 en cuanto fuere pertinente.

Principalmente, los cambios producidos residen, por un lado, en la sustitución de las expresiones "*contratos que celebre el Estado*" por la de "*contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional*"<sup>44</sup>, con lo

40 Ver: MUÑOZ, GUILLERMO A., *Naturaleza de los plazos establecidos por la ley 19.549 para la impugnación judicial de los actos administrativos*, publicado en la obra de MUÑOZ, GUILLERMO A. y GRECCO, CARLOS M., *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, pp. 637 y ss., Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.

41 CASSAGNE, JUAN CARLOS, "Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado Nacional", ED, t. 45, p. 829.

42 El Decreto N° 1.023/2001 (B.O. de 16/08/2001) se dictó en ejercicio de las facultades delegadas al Poder Ejecutivo por el art. 1° inciso II, apartado e) de la Ley N° 25.414.

43 B.O. del 21/11/2001.

44 El denominado Sector Público Nacional está definido en el art. 8° de la Ley N° 24.156, texto según art. 70 de la Ley N° 25.565.

cual se apuntó ha expandir la aplicación del Título III de la LNPA a contrataciones que antes no estaban alcanzadas por dichas disposiciones (v. gr. contratos celebrados por sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria).

A su vez, se reemplazó la expresión “*aplicación analógica*” por “*aplicación directa*”. Se trata de una reforma de menor entidad y sin proyecciones relevantes dado que no se ha modificado la situación anterior. Ello es así, porque al no haberse eliminado la expresión “*en cuanto fuere pertinente*”, contenida en la parte final de este párrafo, la aplicación del Título III de la LNPA a los contratos celebrados por los entes y jurisdicciones integrantes del Sector Público Nacional sólo corresponderá una vez agotada la posibilidad de aplicar las leyes especiales que rigen cada contrato.

Además, también se suprimió la mención a “*los permisos y las concesiones administrativas*”. La misma valoración que efectuamos respecto de la enmienda antes indicada nos merece esta reforma. Es que, los permisos administrativos –al igual que los contratos– se rigen principalmente por las normas especiales dictadas al efecto y en lo que en ellas no esté previsto, dada la condición de acto administrativo, por las disposiciones del Título III de la LNPA.

Por su parte, la eliminación de las concesiones del texto del art. 7º es acertada pues al constituir típicos contratos administrativos su mención era sobreabundante.

#### 6.1.2 EL ALCANCE DE LA INDEMNIZACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR RAZONES DE OPORTUNIDAD, MÉRITO O CONVENIENCIA

La facultad de la Administración Pública de revocar actos administrativos por motivos

de mérito, oportunidad o conveniencia está reconocida en el art. 18 de la LNPA, más dicha norma no precisa cuál es el quantum indemnizatorio que en tal supuesto corresponde abonar al perjudicado<sup>45</sup>.

Esta omisión se intentó superar, respecto de los contratos administrativos, a través del párrafo final del art. 12 inc. a) del Decreto Nº 1.023/2001, el cual dispone que la extinción del vínculo contractual por las razones referidas no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante.

La limitación del quantum indemnizatorio establecido en el citado precepto nos lleva a formular dos consideraciones. La primera concierne, tal como lo hemos señalado anteriormente, a la necesidad de armonizar la norma contenida en el art. 18, in fine, de la LNPA con la garantía constitucional de la propiedad, consagrada en el Art. 17 de la Constitución Nacional, la cual exige que todo sacrificio patrimonial sea precedido de una ley declarativa de la utilidad pública y, como es sabido, el precepto constitucional prevalece sobre cualquier prescripción legislativa.

Si todo sacrificio de un derecho privado en razón del interés público se halla sujeto a la garantía que exige la sanción de una ley que lo declare, junto a la previa indemnización (conforme se desprende del art. 17, Constitución Nacional), es evidente que la delegación al Poder Ejecutivo que prescribe el artículo 18 *in fine* de la LNPA, no puede configurar una delegación genérica ni en blanco, ya que ello se encuentra vedado, aun cuando se trata de materias administrativas, por lo dispuesto en el art. 76 de la Constitución Nacional que prescribe la necesidad de que el Congreso fije un plazo para el ejercicio de la delegación y establezca sus bases (lo que es a todas luces incompatible con una delegación genérica).

45 Nosotros siempre sostuvimos el criterio que abona la indemnización integral, comprensiva del daño emergente y lucro cesante (ver: *El contrato administrativo*, pp. 97/98, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999).

En segundo lugar, no parece justo ni razonable que las consecuencias reparatorias de la extinción de un contrato administrativo por razones de oportunidad sea la misma prevista en el régimen de la expropiación, y al mismo tiempo negar su aplicabilidad en un aspecto tan trascendente, como es el de las garantías constitucionales, máxime cuando se reconoce que se trata de situaciones que se rigen por principios similares.

## 6.2 LA LEY N° 25.344 DE EMERGENCIA ECONÓMICA FINANCIERA

Mediante el art. 12 de la Ley N° 25.344 se efectuaron modificaciones al régimen del reclamo administrativo previo (arts. 30 a 32 de la LNPA) que, salvo algunas de carácter técnico, afectan en su mayoría el derecho a la tutela judicial efectiva al dificultar el acceso a la jurisdicción, ya sea porque se establecen nuevas trabas para ello, se amplían los supuestos en que resulta obligatorio deducir el reclamo administrativo y se posibilita la prolongación de la duración del trámite de dicha vía.

La reforma efectuada por la Ley N° 25.344 a la LNPA va a contramano de las tendencias actuales en la materia, que postulan la supresión de las antiguas restricciones y cautelas que impiden la libre entrada en los tribunales de los justiciables para la defensa de sus derechos e intereses frente al Poder Público y el control pleno de los actos estatales<sup>46</sup>.

Los cambios introducidos a los Arts. 30 a 32 son los siguientes. Han sido agrupados según que afecten o no el derecho a la tutela judicial efectiva.

- A. Reformas de carácter técnico que no afectan el derecho de tutela judicial efectiva
  - (i) Se elimina la mención “*Comando en Jefe que corresponda*” (art. 30).
  - (ii) Se agrega a la nómina de órganos ante los cuales se puede dirigir el reclamo previo a las Secretarías de la Presidencia (art. 30).
  - (iii) Se suprimieron los casos en los cuales se permitía el uso del reclamo previo para impugnar actos administrativos (art. 30).
  - (iv) Se precisa que el acto por el que se desestima el reclamo es irrecurrible en sede administrativa (art. 31).
- B. Reformas que afectan el derecho de tutela judicial efectiva
  - (i) Se autoriza la ampliación de los plazos para resolver el reclamo, se encuentren o no en curso. El inicial de 90 días hasta un máximo de 120 y el de 45 días, a contar a partir de la solicitud de pronto despacho para la configuración del silencio negativo, hasta un máximo de 60 días (art. 31).
  - (ii) Si bien la redacción del art. 31 no es muy clara, entendemos que se abandonó el criterio mayoritariamente compartido por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>47</sup>, al establecerse la aplicación del plazo de caducidad del art. 25 para demandar al estado cuando se rechaza el reclamo previo por acto expreso (art. 31).

46 Estas opiniones fueron vertidas por nosotros y PABLO E. PERRINO en la revista *La Ley* respecto de “La reforma de la Ley N° 25.344 y las garantías del administrado”, LL Actualidad del 15/11/2001.

47 Fallos: 312:1017; 314:1147 y 315:2346; conf. Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, causa “Greppi”, sent. del 28/11/200, LL, Supl. de Der. Adm. del 17/8/2001, con nota de CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El plazo de caducidad no rige en las acciones tendientes al reconocimiento de derechos*.

- (iii) En virtud del equívoco y contradictorio texto del citado precepto surgen dudas acerca de la aplicación del plazo de caducidad para promover un pleito contra el Estado en los supuestos en que se ha configurado el silencio en la vía del reclamo. A nuestro entender, frente a la compleja situación que depara la redacción del nuevo art. 31, con base en el principio *in dubio pro actione, la naturaleza* de opción procesal del instituto del silencio negativo, y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que enseña que no corresponde la aplicación de los plazos de caducidad para la promoción de la demanda contencioso administrativa cuando concurre la denegatoria por silencio de la Administración<sup>48</sup>, sostenemos que no corresponde aplicar el plazo de caducidad ante la configuración del silencio negativo<sup>49</sup> (art. 31).
- (iv) Se regula el incidente de habilitación de la instancia, de origen pretoriano, y se reconocen facultades a los jueces de primera instancia para examinar de oficio los requisitos de admisibilidad de la pretensión (art. 31).
- (v) Se restringieron las excepciones al reclamo administrativo previo a sólo dos supuestos: repetición de lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o un gravamen pagado indebidamente; y los reclamos de daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual. Quedaron eliminados numerosas e importantes excepciones. En particular cabe destacar aquella que au-

torizaba a soslayar la deducción del reclamo “*cuando mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento transformando el reclamo previo en un trámite inútil*”. Con acierto se ha escrito que a pesar de la supresión de la excepción ella aún subsiste toda vez que se funda directamente en la garantía constitucional de la defensa en juicio (art. 18) y en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional<sup>50</sup> (art. 32).

Asimismo, se suprimió el inc. f) del 32 de la LNPA, por el cual se exceptuaba el tránsito por la vía del reclamo previo frente a las entidades autárquicas. Concorde con ello se agregó a la lista de autoridades antes las cuales corresponde dirigir el reclamo previo a las autoridades superiores de los entes autárquicos (art. 30).

## 7. BALANCE FINAL

A la hora de hacer el balance de la LNPA hay que tener en cuenta que “en todas las cosas hay ocasiones y hay causas, y motivos y razones”<sup>51</sup>.

La ocasión fue una buena oportunidad para sentar principios estables, cuya vigencia se ha venido manteniendo en forma ininterrumpida desde 1972.

Su origen, proveniente de un gobierno de facto, al igual que el que tuvo en su momento la legislación española, no constituyó

48 Fallos: 315:656; 316:2477 y 318:1349.

49 Conf. opinión vertida por nosotros y PABLO E. PERRINO en la revista *La Ley* respecto de “La reforma de la Ley Nº 25.344 y las garantías del administrado”, LL Actualidad del 15/11/2001.

50 PERRINO, PABLO E., “La excepción del ritualismo inútil y su vigencia a pesar de su derogación por la ley de emergencia 25.344”, *Revista de Derecho Administrativo* Nº 37/28, 407.

51 Como dijo SHAKESPEARE en *Enrique V*.

un obstáculo para que su vigencia fuera compatible con el advenimiento de los regímenes constitucionales democráticos. La pretensión de algunos de restarle jerarquía de ley, sosteniendo que se trata de un decreto-ley, traduce un desacuerdo formal, fundado en una categoría arcaica, toda vez que los sucesivos parlamentos han consentido su vigencia como ley.

Las razones que inspiraron la sanción de la LNPA a través de la armonización de una serie de prerrogativas de poder público con las garantías prescriptas a favor de los ciudadanos

y empresas se han proyectado hasta nuestros días demostrando el equilibrio de la regulación positiva entonces sancionada.

Tal es la fortaleza esencial de la LNPA la cual, sin perjuicio de las transformaciones que en el futuro cabría quizás introducir al compás de una evolución justa y razonable de sus instituciones fundamentales, ha construido una base sólida que consolida el camino<sup>52</sup> que debemos recorrer para el mejor desarrollo del derecho administrativo argentino, en línea con los países más avanzados del mundo.

---

52 El otro camino, el de la crítica destructiva fundada en una suerte de "nihilismo jurídico" sin formulaciones precisas, cuando no con interpretaciones extremas que invierten el principio de "in dubio pro administrado" así como las que propugnan soluciones que el Estado no puede razonablemente solventar, aparte de conducir a la anarquía choca con la tradición de nuestra cultura jurídica y no contribuye a la realización plena de la justicia.