



EL DERECHO

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Martín J. Acevedo Miño

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

ADMINISTRATIVO

AUTORIDADES

Fundador y Primer Director: JULIO RODOLFO COMADIRA / Director: PEDRO J. J. COVIELLO

Colaboradores: JUAN CRUZ AZZARRI - FABIÁN O. CANDA - MARCELO GUSTAVO CARATTINI - JULIO PABLO COMADIRA - ALEJANDRO A. DOMÍNGUEZ BENAVIDES - CAROLINA GUERRA BIANCIOTTI - MIRIAM IVANECA - LAURA M. MONTI DE HITZFELDER - JORGE MURATORIO - PABLO ESTEBAN PERRINO - ARTURO EMILIO RASPI - PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO - NÉSTOR OMAR SCARLATA - OSCAR AGUILAR VALDEZ - MARÍA SUSANA VILLARRUEL

La delegación administrativa

por JULIO PABLO COMADIRA

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. CONCEPTO, FUNDAMENTO, CARACTERES Y CLASES DE DELEGACIÓN ADMINISTRATIVA. – 3. DIFERENCIACIÓN CON OTRAS FIGURAS: DESCONCENTRACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN, SUPLENCIA, SUSTITUCIÓN, INTERVENCIÓN. LA DELEGACIÓN DE FIRMA. – 4. LA EXIGENCIA DE HABILITACIÓN NORMATIVA. – 5. ALGUNAS CUESTIONES QUE PLANTEA LA DELEGACIÓN ADMINISTRATIVA. 5.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO DE DELEGACIÓN Y LA POSIBILIDAD DE SU IMPUGNACIÓN 5.2. ¿SON TODAS LAS COMPETENCIAS DELEGABLES? 5.3. ¿SE PUEDE DELEGAR EN UN ÓRGANO DE LA MISMA JERARQUÍA? ¿ES LA JERARQUÍA UN PRESUPUESTO DE LA DELEGACIÓN? 5.4. ¿PUEDE EL DELEGADO Oponerse a la DELEGACIÓN? 5.5. ¿SON RECURRIBLES LOS ACTOS DEL DELEGADO EN EJERCICIO DE LA DELEGACIÓN? 5.6. RESPONSABILIDAD DEL DELEGANTE Y DEL DELEGADO POR EL EJERCICIO DE LA DELEGACIÓN. 5.7. LA SUBDELEGACIÓN. – 6. CONCLUSIÓN Y SÍNTESIS.

1 Introducción

En las próximas páginas abordaré uno de los capítulos que hacen a la organización de la Administración pública. Me refiero, concretamente, a la delegación administrativa que, desde ya, no debe confundirse con la delegación legislativa.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Delegación de facultades en materia arancelaria*, por JULIÁN PEÑA, ED, 183-1366; *Breves consideraciones sobre la delegación de firma*, por JORGE H. SARMIENTO GARCÍA, EDA, 2012-447; *El principio de razonabilidad (¿proporcionalidad?) en el derecho administrativo sancionador. Con especial referencia al empleo público*, por PEDRO JORGE JOSÉ COVIELLO, EDA, 2016-461; *Algunas breves reflexiones en torno a la discrecionalidad administrativa y su control judicial*, por GUSTAVO E. SILVA TAMAYO, EDA, 2016-518; *Algunas breves reflexiones en torno a la discrecionalidad administrativa y su control judicial*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, EDA, 2016-518; *El principio de solidaridad en el derecho administrativo. Una visión personalista*, por PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO, EDA, diario n° 14.194 del 2-6-17; *Razonabilidad y legitimidad en el derecho administrativo*, por CARLOS E. GUARIGLIA, ED, 273-853. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

En efecto, no se tratará aquí el tema de la transferencia del ejercicio de la función legislativa del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo, sino el vinculado con aquella técnica que hace a la distribución o redistribución de competencias en la Administración pública centralizada o descentralizada o entre estas.

Para ello, comenzaré por brindar un concepto de delegación administrativa e intentaré, luego, precisar su fundamento, los caracteres y las distintas especies comprendidas en ella.

Posteriormente, y para lograr una cabal comprensión del concepto que procuramos aprehender, diferenciaré la delegación administrativa de otras figuras con las que no debe confundirse, como son la desconcentración, la descentralización, la suplencia, la sustitución y la intervención. En este mismo punto haré referencia a la denominada “delegación de firma”.

Más tarde me detendré en el análisis del requisito esencial que se menciona como necesario para la procedencia de la delegación administrativa: la necesidad de una norma expresa que la autorice.

Una vez concluido el punto anterior, me embarcaré en el estudio de algunas cuestiones puntuales que genera la técnica de la delegación administrativa, como la identificación de la naturaleza jurídica del acto de delegación y su eventual impugnación; las materias delegables; la viabilidad de las delegaciones entre órganos de idéntica jerarquía; la plausibilidad de que el delegado se oponga a la delegación; los recursos contra los actos del delegado; la responsabilidad del delegante y del delegado por el ejercicio de la delegación y la subdelegación.

Por último, recapitularé las conclusiones.

2 Concepto, fundamento, caracteres y clases de delegación administrativa

La delegación es definida como la transferencia parcial del ejercicio de la competencia de un ente u órgano a otro

ente u órgano de donde se genera, respectivamente, la delegación intersubjetiva e interorgánica⁽¹⁾.

Como tal, constituye una excepción a uno de los caracteres de la competencia, que es la improrrogabilidad. En este sentido, no es ocioso recordar que la competencia –entendida como el conjunto de poderes, facultades y atribuciones que el ordenamiento jurídico otorga a un ente u órgano del Estado⁽²⁾– se caracteriza por su improrrogabilidad⁽³⁾, dado que se halla establecida en interés público por una norma estatal⁽⁴⁾.

En esa inteligencia, debe quedar claro que aquello que se transfiere es el ejercicio de una determinada competencia y no su titularidad, con las consecuencias que, como veremos, tal circunstancia supone.

Su fundamento debe buscarse en la necesidad de optimizar la dinámica de la organización administrativa para una mejor satisfacción del interés público involucrado y, por ende, de los derechos de los particulares.

En el esquema que se sigue, entonces, la delegación administrativa constituye una técnica⁽⁵⁾ o un medio técnico⁽⁶⁾

(1) COMADIRA, JULIO R. - MONTI, LAURA (colab.), *Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, t. I, pág. 159.

(2) COMADIRA, JULIO R. - MONTI, LAURA (colab.), *Procedimientos administrativos...*, cit., pág. 116.

(3) Así lo afirma expresamente el art. 3° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549.

(4) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, 5° ed. actualizada, reimpr., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. I, 2000, pág. 594; COMADIRA, JULIO R. - MONTI, LAURA (colab.), *Procedimientos administrativos...*, cit., pág. 158. También la Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes: 246:364; 245:356; 245:179.

(5) Así la conceptualizan FIORINI, BARTOLOMÉ, *Derecho administrativo*, 2° ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, t. I, pág. 140; BALBÍN, CARLOS F., *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2007, t. I, pág. 601; CASSAGNE, JUAN C., *Curso de derecho administrativo*, 10° ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, t. I, pág. 213; HUTCHINSON, TOMÁS, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1985, t. I, pág. 102; MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La competencia administrativa*, en *Procedimiento administrativo*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, 1999, pág. 184 y MARTÍNEZ, PATRICIA R., *Organización administrativa*, en *Manual de derecho administrativo*, Ismael Farrando (h.) y Patricia R. Martínez (dirs.), Buenos Aires, Depalma, 2000, pág. 110.

(6) Coinciden en la conceptualización como un medio técnico: ESCOLA, HÉCTOR J., *Compendio de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1984, vol. I, pág. 275; IVANECA, MIRIAM M., *Principios de la Administración Pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2005, pág. 153; EMILII,

CONTENIDO

DOCTRINA

La delegación administrativa, por Julio Pablo Comadira.....	1
El régimen de subrogaciones, a dos años del fallo “Uriarte”, por Sebastián N. Montenegro Correa.....	5
El conocimiento del vicio y su incidencia sobre la estabilidad del acto administrativo irregular, por Carlos A. Nielsen Enemark (Continuará en el próximo diario Serie Especial Derecho Administrativo).....	9

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Empresas del Estado: Privatización: empresas telefónicas; Programa de Propiedad Participada; bonos de participación en las ganancias; entrega; acción; prescripción; decreto 395/92; validez constitucional; cuestionamiento. Recurso Extraordinario: Procedencia: arbitrariedad (CS, octubre 10-2017).....	17
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

FEDERAL

Daños y Perjuicios: Responsabilidad del Estado: requisitos; fundamentos; acontecimientos de Cromañón; responsabilidad estatal por falta de servicio; configuración; Estado Nacional y CABA; condena; alcances; solidaridad; indemnización. Intereses: Dies a quo: tasa aplicable (CNCont.-qdm. Fed., sala V, septiembre 21-2017).....	18
Poder Judicial: Depósitos judiciales: traspaso al Banco de la Nación; ley 26.764; inconstitucionalidad. Ciudad de Buenos Aires: Autonomía: art. 129 de la Constitución Nacional; interpretación (CNCiv. y Com. Fed., sala III, octubre 3-2017).....	21

de distribución o redistribución de competencias sin que ello implique alterar la estructura administrativa⁽⁷⁾ sino, como recuerda ESCOLA⁽⁸⁾, tan solo su dinámica⁽⁹⁾ para una mejor organización de la Administración pública.

Así concebida, podemos caracterizar a la delegación de la siguiente manera: a) *excepcional*⁽¹⁰⁾, en tanto constituye una excepción a la improrrogabilidad de la competencia y requiere, como veremos, de una “norma expresa” que la habilite; b) *parcial*⁽¹¹⁾, pues no es viable que un órgano u ente transfiera la totalidad de sus competencias a otro órgano u ente; c) *transitoria o temporal*⁽¹²⁾, pues si fuera definitiva supondría, en los hechos, alterar la estructura administrativa o renunciar a la competencia.

Dentro de la delegación, es posible distinguir entre la intersubjetiva y la interorgánica. La primera es la que tiene lugar entre entes públicos, es decir, entre sujetos con personalidad jurídica propia. Recuerda ESCOLA que esta figura es admitida por la doctrina española e italiana, pero no ha sido aún recibida en el derecho administrativo argentino y debería ser regulada normativamente mediante disposiciones legales del mismo rango de aquellas que atribuyeron la competencia objeto de la delegación⁽¹³⁾. Por su lado, la delegación interorgánica es la que se produce entre dos órganos de un mismo ente.

Por último, hay que señalar que el órgano delegante puede revocar la delegación en cualquier momento⁽¹⁴⁾ y asumir, así, el ejercicio de la competencia cuya titularidad retuvo. Además, la delegación no impide que el delegante dicte un acto en ejercicio de su competencia sin que sea necesario, para ello, acudir a la figura de la avocación⁽¹⁵⁾ respecto del delegado, pues, de nuevo, la competencia le sigue perteneciendo a aquel, aunque en concurrencia con este último⁽¹⁶⁾.

3 Diferenciación con otras figuras: desconcentración, descentralización, suplencia, sustitución, intervención. La delegación de firma

Luego de conceptualizar y caracterizar a la delegación administrativa, es oportuno, para comprenderla mejor y

evitar confusiones, precisar algunos aspectos que la diferencian de otras técnicas.

Así, en primer lugar, la delegación administrativa no debe confundirse con la desconcentración. En este sentido, si bien la concentración y la desconcentración también pueden calificarse como técnicas de organización administrativa, la concentración tiene lugar cuando las facultades de decisión son atribuidas solamente a los órganos superiores de la administración centralizada y descentralizada e, inversamente, la desconcentración implica atribuir las facultades decisorias a otros órganos inferiores de la administración centralizada o descentralizada⁽¹⁷⁾. En esta línea, se advierte que la desconcentración supone conferir la titularidad de la competencia a un órgano administrativo mientras que, con la delegación, solo se transfiere el ejercicio de la competencia a otro órgano o ente⁽¹⁸⁾. Además, la delegación es, como vimos, transitoria, mientras que la desconcentración es permanente⁽¹⁹⁾.

Tampoco se identifica con la descentralización, pues esta importa la creación de un ente público estatal, distinto de la Administración central, aunque incardinado en su estructura organizativa, al que se le atribuye el cumplimiento de ciertos cometidos estatales⁽²⁰⁾. No hay una mera transferencia del ejercicio de una competencia reteniendo la titularidad el órgano delegante.

También debe diferenciarse la delegación administrativa de la suplencia, pues en esta no existe una transferencia del ejercicio de una determinada competencia, sino una modificación en la titularidad del órgano de que se trata, sea por vacancia o por imposibilidad material del titular de ejercer sus funciones⁽²¹⁾. Asimismo, la delegación es parcial, por referirse a funciones concretas, mientras que la suplencia es total⁽²²⁾.

A su vez, la delegación administrativa se distingue de la sustitución en que esta última se funda en el control que todo órgano superior ejerce sobre el inferior y tiene lugar en los casos de deficiente o mala administración o cuando se ha producido una dejación de funciones por parte del órgano competente⁽²³⁾.

Tampoco se confunde con la intervención de un órgano o un ente administrativo que tiene lugar, señala CASSAGNE, en el marco del control represivo que ejercen los superiores jerárquicos como consecuencia de su poder de vigilancia y que no siempre implica la sustitución o reemplazo del órgano intervenido⁽²⁴⁾.

Finalmente, cabe precisar que, en lo que suele conocerse como “delegación de firma”, no hay propiamente una delegación administrativa tal como aquí ha sido explicada⁽²⁵⁾. En efecto, la delegación de firma no supone la transferencia del ejercicio de una competencia, sino, simplemente, la descarga material del delegante de una porción de su tarea material⁽²⁶⁾.

Por ello, FIORINI destacó la introducción “promiscua” de este instituto en el derecho argentino y señaló que, si bien concurre en la figura la técnica de la delegación, no está en juego, en ella, la competencia, sino, simplemente, el contenido material de suscribir, documentar o certificar actos que le corresponden al delegante; se trata, sostiene, de una delegación de *gestión*, mas no de competencia⁽²⁷⁾.

También la doctrina española es conteste en señalar que la delegación de firma trasunta un supuesto en el que no existe transferencia de competencias⁽²⁸⁾, sino, exclusivamente, de la atribución de firmar decisiones previamente adoptadas por el órgano delegante⁽²⁹⁾; y, por tal motivo, la resolución firmada de ese modo hay que entenderla como tomada por el titular de la competencia a todos los efectos⁽³⁰⁾.

4 La exigencia de habilitación normativa

Existe consenso en que la delegación procede en la medida en que ella esté autorizada expresamente en una norma.

Sin embargo, la duda se genera ante el interrogante de qué tipo de norma se requiere para la procedencia de la delegación. Concretamente, la cuestión finca en determinar si es preciso que la delegación esté autorizada en una ley formal o resulta suficiente la previsión en un reglamento.

MARIENHOFF responde señalando que, si la delegación de competencia la dispone un órgano creado por el Poder Legislativo en ejercicio de facultades constitucionales propias, la norma habilitante deberá ser una ley formal; en cambio, si la delegación de competencia la efectúa un órgano creado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de atribuciones constitucionales propias, la norma habilitante debe ser un decreto o un reglamento del Ejecutivo por imperio del “paralelismo de las formas”⁽³¹⁾.

Desde otra perspectiva de análisis, se ha señalado que en la Argentina, a nivel nacional, por el art. 3° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos⁽³²⁾, es suficiente la habilitación “normativa” de modo que, en el marco de la citada ley, un reglamento puede operar como fuente de competencia para delegar o delegada⁽³³⁾. En esa línea de razonamiento, se postula que, como el art. 3° dispone que la competencia puede surgir de reglamentos, se concluye que un reglamento administrativo puede autorizar a órganos inferiores a delegar sus atribuciones⁽³⁴⁾. Es decir, se argumenta que hoy no puede sostenerse que la norma autorizativa deba ser una ley en sentido formal si se tiene en cuenta que el reglamento es fuente de la competencia, por lo que la norma que autoriza la delegación puede revestir naturaleza legal o reglamentaria⁽³⁵⁾.

Tal autorización estaría contenida, actualmente, en el art. 2° del Reglamento de la Ley Nacional de Procedi-

EDUARDO O., *Organización administrativa. Competencia. Jerarquía. Deber de obediencia*, en *Estudios de Derecho Administrativo -IX-, El procedimiento administrativo en la República Argentina*, Ediciones Diké, Foro de Cuyo, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo (IEDA), 2003, pág. 137.

(7) FIORINI, BARTOLOMÉ, *Derecho administrativo*, cit., pág. 140.

(8) ESCOLA, HÉCTOR J., *Compendio de derecho...*, cit., pág. 275.

(9) También GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, 10ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009, t. 1, págs. XII/15.

(10) Sin embargo, BALBÍN, luego de referirse a diversas normas nacionales, concluye: “El principio en nuestro modelo, tras idas y vueltas, es el de permisión de las técnicas de delegación entre órganos estatales. En efecto, el alcance de la excepción es tan extenso que se subvierte el principio de prohibición que fijó la ley de procedimientos por el criterio opuesto, es decir, el postulado de permisión” (BALBÍN, CARLOS F., *Curso de derecho...*, cit., pág. 604).

(11) Señala ESCOLA que la delegación administrativa interorgánica solo está referida a una parte determinada de la competencia (ESCOLA, HÉCTOR J., *Compendio de derecho...*, cit., pág. 276). BALBÍN expresa que la delegación consiste en “la transferencia de una competencia específica o puntual...” (BALBÍN, CARLOS F., *Curso de derecho...*, cit., pág. 601).

(12) ESCOLA, HÉCTOR J., *Compendio de derecho...*, cit., pág. 276; BALBÍN, CARLOS F., *Curso de derecho...*, cit., pág. 601.

(13) ESCOLA, HÉCTOR J., *Compendio de derecho...*, cit., págs. 276/277. En el mismo sentido, CASSAGNE, JUAN C., *Curso de derecho...*, cit., págs. 215/216. También IVANECA, con cita de estos dos últimos autores (IVANECA, MIRIAM M., *Principios de la Administración...*, cit., pág. 153).

(14) FIORINI, BARTOLOMÉ, *Derecho administrativo*, cit., pág. 143; GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho...*, cit., págs. XII/16 (quien agrega que la interpretación de la facultad de revocar la delegación debe ser amplia); BARRA, RODOLFO, *Organización y función pública. La Iglesia, en Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1998, t. 2, pág. 223; IVANECA, MIRIAM M., *Principios de la Administración...*, cit., pág. 154; BALBÍN, CARLOS F., *Curso de derecho...*, cit., pág. 604; EMILIO, EDUARDO O., *Organización administrativa...*, cit., pág. 138.

(15) Advértase, pues, que la avocación no es el signo inverso de la delegación. Concretamente, no debe confundirse la avocación con la revocación de la delegación. Como enseña mi padre, “... la primera, en efecto, importa el ejercicio por el superior de la competencia propia del inferior en un asunto concreto y determinado; la segunda, por su lado, implica la reasunción por el delegante del ejercicio de la competencia transferido al delegado y puede ser referida a un asunto particular o a toda la materia” (COMADIRA, JULIO R. - MONTI, LAURA [colab.], *Procedimientos administrativos...*, cit., pág. 165). Cfr., también, la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictámenes: 205:134, donde sostuvo que el delegante puede recuperar en cualquier momento el poder delegado, sin necesidad de recurrir a la figura de la avocación, ya que en el caso la facultad que podría recuperarse es propia de la autoridad que delega.

(16) CASSAGNE, JUAN C., *Curso de derecho...*, cit., pág. 214; ESCOLA, HÉCTOR J., *Compendio de derecho...*, cit., pág. 275.

(17) ESCOLA, HÉCTOR J., *Compendio de derecho...*, cit., pág. 283.

(18) Cfr. BALBÍN, CARLOS F., *Curso de derecho...*, cit., pág. 602.

(19) Ídem.

(20) COMADIRA, JULIO R., *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2003, pág. 422. Ampliar en ESCOLA, HÉCTOR J., *Compendio de derecho...*, cit., págs. 278 y sigs.

(21) ESCOLA, HÉCTOR J., *Compendio de derecho...*, cit., pág. 277. Y agrega el autor: “La suplencia no altera la competencia, sino que la confirma, al asegurar su ejercicio” (pág. 277). También MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho...*, cit., pág. 603; CASSAGNE, JUAN C., *Curso de derecho...*, cit., pág. 215; MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La competencia administrativa*, cit., pág. 184; EMILIO, EDUARDO O., *Organización administrativa...*, cit., pág. 138.

(22) CASSAGNE, JUAN C., *Curso de derecho...*, cit., pág. 216; MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La competencia administrativa*, cit., pág. 184.

(23) ESCOLA, HÉCTOR J., *Compendio de derecho...*, cit., pág. 277. En el mismo sentido: CASSAGNE, JUAN C., *Curso de derecho...*, cit., pág. 216; EMILIO, EDUARDO O., *Organización administrativa...*, cit., pág. 138.

(24) CASSAGNE, JUAN C., *Curso de derecho...*, cit., pág. 216.

(25) IVANECA, MIRIAM M., *Principios de la Administración...*, cit., pág. 155; ALBERTSEN, JORGE, *La delegación, la sustitución y la avocación en la legislación nacional*, en *Organización administrativa, función pública y dominio público*, jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2005, pág. 646. También la Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes: 259:228.

(26) DIEZ, MANUEL M., *Derecho administrativo*, 2ª ed. renovada y actualizada, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, t. II, págs. 48/49; CASSAGNE, JUAN C., *Curso de derecho...*, cit., pág. 216. Para este último autor, la delegación de firma es excepcional y “requiere para su justificación y procedencia el cumplimiento conjunto de dos condiciones: a) debe tratarse de actos producidos en serie o en cantidad considerable; b) el objeto del acto ha de estar predominantemente reglado, sin perjuicio de que reviste carácter discrecional la oportunidad de emitirlo y la elección de la alternativa escogida”. En el mismo sentido que CASSAGNE,

con su cita: ALBERTSEN, JORGE, *La delegación...*, cit., pág. 646. Por mi lado, creo que, si bien normalmente la delegación de firma tendrá lugar cuando se trata de una cantidad considerable de actos que deban suscribirse, no habría que descartar, como principio, que ella pueda tener lugar justificadamente en otras circunstancias que la aconsejen, máxime en las más altas jerarquías estatales.

(27) FIORINI, BARTOLOMÉ, *Derecho administrativo*, cit., pág. 142.

(28) BLANCO DE TELA, LUIS - GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Organización y procedimiento administrativos*, Madrid, Montecorvo, 1975, pág. 212; GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO, *Conceptos y principios jurídicos fundamentales del derecho de organización*, Madrid, Marcial Pons, 2000, págs. 117/118.

(29) COSCULLUELA MONTANER, LUIS, *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992 de 26 de noviembre)*, Madrid, Libros Jurídicos Carperi, 1993, pág. 109.

(30) GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS - GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992 de 26 de noviembre)*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1999, t. I, pág. 750.

(31) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho...*, cit., págs. 599/600.

(32) Dispone el art. 3° de la LNPA: “La competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia. Su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable, a menos que la delegación o sustitución estuvieren expresamente autorizadas; la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario”.

(33) COMADIRA, JULIO R. - MONTI, LAURA [colab.], *Procedimientos administrativos...*, cit., pág. 159; MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La competencia...*, cit., pág. 183; GONZÁLEZ ARZAC, RAFAEL, *La competencia de los órganos administrativos*, en AA. VV., *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975, pág. 90. También ESCOLA, HÉCTOR J., *Compendio de derecho...*, cit., pág. 275.

(34) GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho...*, cit., págs. XII/16.

(35) CASSAGNE, JUAN C., *Curso de derecho...*, cit., pág. 215.

mientos Administrativos⁽³⁶⁾ (RLNPA), cuando autoriza al jefe de Gabinete, los ministros, secretarios de Presidencia de la Nación y órganos directivos de entes descentralizados a delegar facultades en sus inferiores jerárquicos⁽³⁷⁾.

IVANEGA también apunta que, luego de recordar que para que resulte viable la delegación resulta necesario el dictado de una norma que la autorice, que dicha autorización puede estar contenida en una norma de naturaleza constitucional, legal o reglamentaria⁽³⁸⁾.

En sentido contrario, se ha expresado ALBERTSEN argumentando que un reglamento no puede habilitar la delegación de una competencia atribuida por ley, dado que el principio del paralelismo de las formas impone que la competencia atribuida a un órgano solo puede modificarse o dejarse sin efecto por una norma de igual jerarquía y procedencia que aquella por la cual se le concedió⁽³⁹⁾.

Por mi parte, creo que la solución correcta en el derecho positivo vigente a nivel nacional en la Argentina es la que plantea que la delegación puede estar autorizada por una norma legal o reglamentaria u, obviamente, constitucional. En efecto, ya existe una ley (la de procedimientos administrativos) que solo exige que la delegación esté autorizada expresamente y, a su vez, el decreto que la reglamenta, coherente con la interpretación que se propone, contiene, como vimos, tal autorización⁽⁴⁰⁾.

No obstante, es oportuno formular algunas precisiones.

Por un lado, parece claro que, si la competencia que se delega surge originariamente de un reglamento, es suficiente que la delegación esté prevista en un reglamento que, al menos, esté jerárquicamente equiparado a aquel. Es decir, si la competencia es atribuida por una resolución ministerial, la delegación debe estar avalada también por una resolución ministerial o, en su caso, por un decreto del Poder Ejecutivo, pero no por un acto de un órgano inferior⁽⁴¹⁾.

Desde otro ángulo, si la competencia surge originariamente de una ley, coincido con ALBERTSEN en que la posibilidad de delegación debería estar prevista, a tenor del principio de paralelismo de las formas, también en una norma legal en sentido formal. Pero, como dijimos, hoy tal extremo está cumplido, en general, con la LNPA y su reglamento.

5 Algunas cuestiones que plantea la delegación administrativa

5.1. Naturaleza jurídica del acto de delegación y la posibilidad de su impugnación

Quedó dicho antes que la delegación constituye una técnica administrativa que, sin alterar la estructura de la Administración, hace a su dinámica para lograr una mejor organización orientada a la satisfacción del interés público.

Pues bien, la forma de instrumentar la delegación administrativa es a través de un acto de alcance general⁽⁴²⁾.

(36) Dispone el art. 2° RLNPA (t. o. por decreto 894/17): "Facultades del superior. El Jefe de Gabinete de Ministros, los ministros, Secretarios de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN y órganos directivos de entes descentralizados podrán dirigir o impulsar la acción de sus inferiores jerárquicos mediante órdenes, instrucciones, circulares y reglamentos internos, a fin de asegurar la celeridad, economía, sencillez y eficacia de los trámites, delegarles facultades; intervenirlos; y avocarse al conocimiento y decisión de un asunto a menos que una norma hubiere atribuido competencia exclusiva al inferior. Todo ello sin perjuicio de entender eventualmente en la causa si se interpusieron los recursos que fueren pertinentes. A los mismos fines, utilizarán el Sistema de Gestión Documental Electrónica y tramitarán los asuntos mediante expedientes electrónicos".

A su vez, el art. 14 de la Ley de Ministerios prevé: "Los Ministros podrán delegar la resolución de asuntos relativos al régimen económico y administrativo de sus respectivos Departamentos en los funcionarios que determinen conforme con la organización de cada área; sin perjuicio del derecho de los afectados a deducir los recursos que correspondan".

(37) En el caso del Poder Ejecutivo, el art. 13 de la Ley de Ministerios estipula: "Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional para delegar en los Ministros y en los Secretarios de la Presidencia de la Nación facultades relacionadas con las materias que les competen, de acuerdo con lo que determine expresa y taxativamente por decreto".

(38) IVANEGA, MIRIAM M., *Principios de la Administración...*, cit., pág. 154.

(39) ALBERTSEN, JORGE, *La delegación...*, cit., pág. 644.

(40) Sin perjuicio, como vimos, de la autorización también prevista en la Ley de Ministerios para el Poder Ejecutivo (art. 13) y los Ministros (art. 14).

(41) Naturalmente, entonces, un secretario no podrá dictar una resolución que autorice la delegación de competencias atribuidas por una resolución ministerial a un subsecretario.

(42) En contra: BALBÍN, para quien la delegación se concreta por medio de un acto de alcance particular (BALBÍN, CARLOS F., *Curso de derecho...*, cit., pág. 602).

que, en principio, solo tendrá carácter interno⁽⁴³⁾ y es discrecional⁽⁴⁴⁾.

Por lo general, se acepta que las normas que dicta la Administración para su organización interna –como sería, a mi juicio, en nuestro caso, la que dispone una delegación– revisten la calidad de reglamentos autónomos.

Ahora bien, como regla, al concretarse la delegación a través de un acto de alcance general de carácter interno de la Administración que no afecta a terceros⁽⁴⁵⁾, no sería impugnabile por los particulares.

Sin embargo, tal principio no es absoluto y debe ceder cuando la delegación afecte negativamente la esfera jurídica subjetiva de los particulares, en cuyo caso estos podrán impugnarla mediante los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para cuestionar los actos de alcance general⁽⁴⁶⁾.

5.2. ¿Son todas las competencias delegables?

Un aspecto que no ha sido suficientemente tratado por la doctrina finca en esclarecer si todas las competencias son delegables o, en cambio, si existe algún límite más allá de una eventual norma que expresamente lo establezca.

En el caso concreto del Poder Ejecutivo, se admite, en líneas generales, que pueda delegar las que se han denominado facultades de administración y no las de gobierno o políticas. Esta es la postura, por ejemplo, de la Procuración del Tesoro de la Nación⁽⁴⁷⁾.

Asimismo, soy de la opinión de que no podrán delegarse facultades que supongan en el titular una idoneidad técnica específica o hagan a la esencia, o justifiquen la existencia del órgano u ente⁽⁴⁸⁾, o bien que su ejercicio por un órgano distinto del titular pueda comprometer el debido procedimiento previo como garantía del interés público y del derecho de los particulares.

5.3. ¿Se puede delegar en un órgano de la misma jerarquía? ¿Es la jerarquía un presupuesto de la delegación?

El interrogante sobre la posibilidad de que un órgano administrativo delegue en otro órgano de igual jerarquía el ejercicio de una determinada competencia ha recibido un tratamiento disímil por parte de la doctrina. En otros términos, esta cuestión supone indagar si la jerarquía se constituye como un presupuesto de la delegación.

Al respecto, se ha postulado que la delegación es extraña al poder jerárquico y nada tiene que ver con él⁽⁴⁹⁾.

En esa línea de pensamiento, BOTASSI señala que nada impide que la competencia, siempre que esté legalmente prevista, sea transmitida a un órgano de igual rango o a

(43) Para BARRA, el acto de delegación, será un acto interorgánico o intersubjetivo, según los casos (BARRA, RODOLFO, *Tratado de derecho...*, cit., pág. 224).

(44) Coinciden en el carácter discrecional de la delegación o que está librada al juicio de oportunidad o conveniencia del delegante: MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho...*, cit., pág. 599; GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho...*, cit., págs. XII/16; BARRA, RODOLFO, *Tratado de derecho...*, cit. También la Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes: 246:506.

(45) En relación con los reglamentos autónomos –como serían, como se dijo, los que instrumentan las delegaciones administrativas– con acierto se ha dicho que en el marco de los arts. 14 y 19 de la CN, sumado a la prohibición que, como regla, imponen al Poder Ejecutivo los arts. 76 y 99, inc. 3°, de emitir disposiciones de carácter legislativo, no es fácil aceptar su constitucionalidad cuando se pretenda con ellos incidir en la esfera de los derechos individuales (COMADIRA, JULIO R. - MONTE, LAURA [colab.], *Procedimientos administrativos...*, cit., pág. 125).

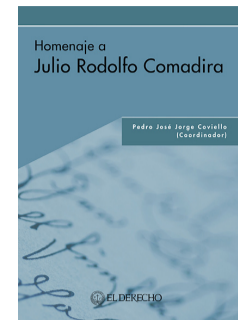
(46) En similar orientación, BARRA expresa que si la actividad delegada pudiese incidir en la esfera subjetiva de algún administrado, el acto de delegación se convierte en acto administrativo, debiendo válidamente reunir los elementos del art. 7° de la LNPA y, por estas razones, la delegación podría ser impugnada por el administrado (BARRA, RODOLFO, *Tratado de derecho...*, cit., pág. 222).

(47) Dictámenes: 174:52, citado por COMADIRA, JULIO R. - CANDA, FABIÁN O., *Administración general del país y delegaciones administrativas en la reforma constitucional*, ED, 163-879. En esta línea, los autores referidos señalan –en criterio que comparto– que el Poder Ejecutivo no podría delegar el nombramiento de un juez inferior a Ministro de la Corte Suprema, con acuerdo del Senado, sobre la base de la terna propuesta por el Consejo de la Magistratura, (art. 99, inc. 4°, CN) (ver nota 32 del trabajo citado); y, del mismo modo, entienden que el jefe de gabinete de ministros no podría delegar la obligación que le impone el art. 101 de la Carta Magna de concurrir al Congreso al menos una vez por mes para informar la marcha del gobierno (pto. 3.3.1).

(48) Por ejemplo, el art. 43, inc. e), del cód. de procedimiento administrativo de la Provincia de Corrientes, ley 3460, dispone que no podrán delegarse "las competencias esenciales del órgano, que le dan nombre o justifican su existencia".

(49) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho...*, cit., pág. 599. Lo sigue: MERTEHKIAN, EDUARDO, *La competencia...*, cit., pág. 183. En la misma línea, MATA, ISMAEL, *Ensayos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2009, pág. 132.

FONDO EDITORIAL



PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO
(coordinador)

**Homenaje
a Julio Rodolfo Comadira**

ISBN 978-987-3790-31-7
366 páginas

"La perduración de la obra del Dr. Julio Rodolfo Comadira se muestra en forma manifiesta en el hecho de que sus publicaciones, que rápidamente se agotan, siguen siendo requeridas por los estudiantes y estudiosos del derecho administrativo de nuestro país y del extranjero".

(Del prólogo del Dr. Pedro José Jorge Coviello).

Venta telefónica: (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

una entidad autárquica⁽⁵⁰⁾. También BARRA enseña que la delegación puede ocurrir entre órganos de igual jerarquía siempre que la norma así lo autorice expresamente, como debe ocurrir con cualquier clase de delegación⁽⁵¹⁾.

ESCOLA, a su vez, opina que la delegación administrativa interorgánica es la que se lleva a cabo "entre un órgano superior y un órgano inferior, que pueden o no estar ligados por una vinculación jerárquica"⁽⁵²⁾.

BALBÍN, al tratar el tema, apunta que solo es posible delegar cuando el nexos entre los órganos es de contenido jerárquico, es decir, órganos con iguales competencias en razón del objeto y distinto grado⁽⁵³⁾.

Creo que hay que precisar algunas distinciones.

Si aludimos y admitimos a la delegación intersubjetiva, no sería necesario, en estos casos, la relación jerárquica.

En cuanto a la delegación interorgánica, si bien el principio es que ella deriva de la jerarquía, creo que, en la medida en que la delegación esté autorizada, no habría obstáculo a que tenga lugar, excepcionalmente, entre órganos de igual jerarquía. De todos modos, lo cierto es que este tipo de delegación –a la que BARRA denomina "interorgánica horizontal"– es muy difícil que se dé en la práctica y, además, debería evaluarse, en cada caso, su razonabilidad, pues, está claro, no podría delegarse una facultad en otro órgano cuyas competencias propias en razón de la materia no tienen ninguna vinculación con la que se delega⁽⁵⁴⁾.

5.4. ¿Puede el delegado oponerse a la delegación?

Evidentemente, la respuesta que se proporcione a esta pregunta dependerá de la vinculación que encontremos entre la delegación y la jerarquía.

En esa línea, en el caso de las delegaciones intersubjetivas en las cuales, como vimos, en principio la jerarquía le es ajena, el delegado podría, eventualmente, rehusarse a asumir la delegación⁽⁵⁵⁾.

(50) BOTASSI, CARLOS A., *Procedimiento administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Librería Editora Platense, 1988, pág. 53; idea que mantiene junto con OROZ EN BOTASSI, CARLOS A. - OROZ, MIGUEL H. E., *Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Librería Editora Platense, 2011, pág. 90.

(51) BARRA, RODOLFO, *Tratado de derecho...*, cit., pág. 222. En el mismo sentido, EMILU destaca que la delegación normalmente se opera en beneficio de un órgano de inferior jerarquía, pero nada impide que pudiera serlo respecto de un órgano de igual jerarquía (EMILU, EDUARDO O., *Organización administrativa...*, cit., pág. 138).

(52) ESCOLA, HÉCTOR J., *Compendio de derecho...*, cit., pág. 276. Interpreto, entonces, que para este autor sería viable, por ejemplo, la delegación de un ministro a un secretario de otra cartera ministerial. En este caso, el delegante sería un órgano superior y el delegado un inferior, aunque no estarían ligados "por una vinculación jerárquica".

(53) BALBÍN, CARLOS F., *Curso de derecho...*, cit., pág. 602. La Procuración del Tesoro de la Nación en alguna oportunidad sostuvo que para la procedencia de la delegación es necesaria la existencia de una relación jerárquica (Dictámenes: 212:214).

(54) Así, por ejemplo, no debería juzgarse de la misma manera una delegación interorgánica entre dos órganos de igual jerarquía pero integrantes de una misma jurisdicción (v. gr., dos secretarías dependientes de un mismo ministerio) que la delegación entre dos órganos de diversa jurisdicción (v. gr., dos secretarías pertenecientes a distintos ministerios).

(55) En el mismo sentido, BARRA apunta que en las relaciones intersubjetivas, "la actuación –que supone la aceptación– del delegado será siempre voluntaria..." (BARRA, RODOLFO, *Tratado de derecho...*, cit., pág. 225).

En los casos de delegaciones interorgánicas entre un órgano superior y otro inferior vinculados jerárquicamente⁽⁵⁶⁾, este no podría oponerse a la delegación por imperio del principio de jerarquía. Mientras que, en las delegaciones entre órganos de idéntica jerarquía, será necesaria la aceptación del delegado⁽⁵⁷⁾. Finalmente, entiendo que, aunque la cuestión es muy opinable y su aplicación en la práctica es remota, si la delegación interorgánica es entre órganos no vinculados jerárquicamente entre sí y de distintas jurisdicciones⁽⁵⁸⁾, será necesaria la intervención del superior del órgano delegado⁽⁵⁹⁾.

5.5. ¿Son recurribles los actos del delegado en ejercicio de la delegación?

Otro tema interesante es dilucidar si los actos dictados por el delegado en ejercicio de la delegación son recurribles –más allá de la reconsideración– y, en su caso, ante quién.

En el caso del recurso de reconsideración, con acierto, el Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos estipula que “si el acto hubiere sido dictado por delegación, el recurso de reconsideración será resuelto por el órgano delegado sin perjuicio del derecho de avocación del delegante. Si la delegación hubiere cesado al tiempo de deducirse el recurso, este será resuelto por el delegante” (art. 85).

En cuanto al recurso jerárquico, según BARRA, los actos del delegado podrán ser recurridos ante su superior orgánico, quien normalmente será el mismo delegante, en cuyo caso este actuará como órgano revisor del delegado y no como delegante. En similar orientación parece inscribirse la opinión de MARIENHOFF, quien únicamente admite que puede recurrirse ante el delegante en los casos en que este ya fuera un superior jerárquico del delegado⁽⁶⁰⁾.

Por mi parte, entiendo que los actos del delegado que actuaría en ejercicio de una competencia válidamente delegada deben equipararse a los efectos de los recursos, a los demás actos dictados por este mismo órgano en ejercicio de sus competencias propias, sin perjuicio de las facultades de control que tendría el delegante. De esta manera, el recurso jerárquico debería resolverlo quien normalmente resuelve esta clase de recursos contra los actos dictados por el delegado en ejercicio de sus propias competencias.

De todos modos, si bien es una cuestión dudosa, exceptúo de este principio a los casos de delegación interorgánica entre órganos inferiores pertenecientes a distintas jurisdicciones, pues, según creo, los actos emitidos en consecuencia de la delegación deberían recurrirse ante el órgano superior del delegante, toda vez que, de lo contrario, a partir de una delegación se estaría privando al órgano superior del control de los actos dictados en ejercicio de una competencia cuya titularidad le corresponde a un subordinado suyo.

5.6. Responsabilidad del delegante y del delegado por el ejercicio de la delegación

Sin duda, el delegado será responsable por los actos dictados en ejercicio de la delegación⁽⁶¹⁾, cuya responsabilidad, eventualmente, podrá ser atenuada –o incluso excluida, según el caso– si ha actuado siguiendo instrucciones del delegante, salvo, en este último supuesto, que la ilegitimidad del acto sea grave y manifiesta.

Ahora bien, en relación con la responsabilidad del delegante por los actos del delegado, la cuestión es más compleja.

GORDILLO explica que, en principio, el delegante es responsable por el modo en que el delegado ejerce la facultad delegada, “aunque podría quizás apuntarse una po-

sible distinción y limitarla a la responsabilidad *in eligendo* e *in vigilando*”, salvo “que el delegado haya actuado por instrucciones escritas u órdenes verbales del delegante, caso en el cual la responsabilidad de este es plena”⁽⁶²⁾. También BALBÍN entiende que al mantener la titularidad el órgano delegante es responsable por su ejercicio junto con el delegado⁽⁶³⁾.

Desde otra perspectiva, MARIENHOFF expresa que en los supuestos de una delegación válida, es decir, autorizada por la norma pertinente, el funcionario delegante no responde por los actos que realice el delegado en ejercicio de la delegación, pues tal supuesto –agrega– es asimilable al de sustitución de mandato autorizada, con designación de persona, ya que la delegación de competencia solo puede autorizarse en la forma que conceda la norma y al órgano público que este indique, siendo indiferente la persona titular del órgano⁽⁶⁴⁾. En similar inteligencia, también ESCOLA e IVANEGA señalan que el delegante no es responsable de los actos y decisiones adoptados por el delegado, habida cuenta de que este actúa en ejercicio de una competencia que le ha sido válidamente atribuida⁽⁶⁵⁾.

Ahora bien, si partimos de la base de que la delegación no supone el traspaso de la titularidad de la competencia, sino simplemente su ejercicio, parece difícil no admitir algún tipo de responsabilidad en el delegante por la ejecución de una competencia que, originariamente, debía ejercer él. En esta línea de razonamiento, mi padre y CANDA señalaron, en un trabajo relativo a la administración general del país y las delegaciones administrativas en la reforma constitucional de 1994, que “el órgano delegante es plenamente responsable por lo actuado por el delegado”⁽⁶⁶⁾.

Por ello, entiendo que, eventualmente, el delegante será responsable, al menos, como plantea GORDILLO, por una responsabilidad *in eligendo* e *in vigilando*.

Por supuesto, también podrá haber al delegante una responsabilidad “política”, tal como ocurre en la Argentina, por ejemplo, en relación con el jefe de Gabinete de Ministros y el ejercicio de la función administrativa cuya titularidad, aun después de la reforma constitucional de 1994, retiene el Poder Ejecutivo.

Tal conclusión –que comparto– se ha postulado a partir, entre otros elementos, del análisis del art. 100, inc. 1°, de la CN, que encomienda al jefe de Gabinete de Ministros “ejercer la administración general del país”, y del art. 99, inc. 1°, que dispone que el presidente de la Nación es el “responsable político de la administración general del país”. Así, se afirma que “al responsabilizar al presidente por la administración general del país, cuyo ejercicio confiere al jefe de Gabinete, la Constitución parece indicar que aquel es titular y responsable de cómo se ejerce dicha administración. En otros términos: la propia Constitución ha conservado la titularidad y consecuente responsabilidad por el ejercicio en el presidente, delegando la concreta ejecución en el jefe de Gabinete”⁽⁶⁷⁾. Ahora bien, como esta delegación no surge del propio órgano de quien se desprende el ejercicio de la competencia, sino que fue el constituyente el que la delegó a través de la Constitución, es que se la califica –siguiendo la terminología de GARCÍA-TREVIJANO FOS– de “impropia”⁽⁶⁸⁾.

(62) *Ibidem*, págs. XII/16/17.

(63) BALBÍN, CARLOS F., *Curso de derecho...*, cit., pág. 601. MARTÍNEZ también señala que en la delegación el delegante es responsable respecto del delegado (MARTÍNEZ, PATRICIA R., *Organización administrativa*, cit., pág. 111).

(64) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho...*, cit., págs. 601/602.

(65) ESCOLA, HÉCTOR J., *Compendio de derecho...*, cit., pág. 275; IVANEGA, MIRIAM M., *Principios de la Administración...*, cit., pág. 153. De todos modos, IVANEGA más adelante señala que “El delegado es responsable por el modo en que ejerce la facultad delegada; sin embargo, también lo es el delegante, como consecuencia de una responsabilidad *in eligendo* e *in vigilando*, salvo que el delegado haya actuado por instrucciones escritas u órdenes verbales del delegante, caso en el cual la responsabilidad de este es plena” (pág. 154).

(66) COMADIRA, JULIO R. - CANDA, FABIÁN O., *Administración general...*, cit.

(67) *Ibidem*, pto. 2.2.

(68) *Ibidem*, con cita de GARCÍA-TREVIJANO FOS, JOSÉ A., *Tratado de derecho administrativo*, 2° ed. corregida, aumentada y puesta al día, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1971, vol. I, t. II, pág. 422. En suma, se habla de una “delegación impropia” de la función administrativa en el jefe de gabinete de ministros. Es una “delegación” porque solo se transfiere el ejercicio de la competencia y no su titularidad; y es “impropia” porque no la decide el órgano titular de la competencia, sino que viene impuesta por una norma, en el caso, la Constitución Nacional.

Por último, cabe apuntar que en los casos de delegación de firma –que, como vimos, en rigor no son supuestos de típica delegación administrativa– el delegante es plenamente responsable por los actos suscritos por el delegado, pues, como recuerda COSCULLUELA MONTANER, la firma se limita a corroborar la manifestación de voluntad del órgano delegante previamente emitida y, por ello, “los actos en que ha operado delegación de firma se imputan plenamente al órgano delegante a todos sus efectos”⁽⁶⁹⁾. En otras palabras, si el acto del delegado es un acto del delegante, las facultades de aquel se limitan a la firma de los actos ordenados por este, quien, en definitiva, asume la responsabilidad por su contenido⁽⁷⁰⁾.

En resumen, el delegante, en principio, continuará siendo responsable por el ejercicio que el delegado efectúe de la competencia transferida.

5.7. La subdelegación

Tal como señala CASSAGNE, al constituir la delegación administrativa una excepción al principio de improrrogabilidad de la competencia, no sería lógico aceptar que la transferencia de funciones pueda ser nuevamente objeto de una segunda delegación por parte del delegado y extender el proceso que podría llegar hasta el órgano de inferior jerarquía en la organización administrativa⁽⁷¹⁾.

Por tal motivo, la subdelegación, en principio, es impropia, salvo que esté expresamente autorizada por la norma⁽⁷²⁾ o medie autorización del delegante originario⁽⁷³⁾.

6 Conclusión y síntesis

A modo de conclusión y síntesis, puedo señalar lo siguiente:

1. La delegación administrativa es la transferencia parcial del ejercicio de la competencia de un ente u órgano a otro ente u órgano de donde se genera, respectivamente, la delegación intersubjetiva e interorgánica.
2. Supone una excepción a la improrrogabilidad de la competencia.
3. Su fundamento debe buscarse en la necesidad de optimizar la dinámica de la organización administrativa para una mejor satisfacción del interés público involucrado.
4. Constituye una técnica o un medio técnico de distribución o redistribución de competencias sin que ello implique alterar la estructura administrativa, sino tan solo su dinámica.
5. Se caracteriza por ser excepcional, parcial y transitoria.
6. Puede ser revocada en cualquier momento por el delegante y, además, no impide que el delegante dicte un acto en ejercicio de su competencia sin que sea necesario, para ello, acudir a la figura de la avocación respecto del delegado.
7. Se diferencia de las siguientes figuras:
 - a. De la desconcentración en que no se transfiere la titularidad de la competencia, sino tan solo su ejercicio y, además, por ser transitoria.
 - b. De la descentralización porque esta importa la creación de un ente público estatal distinto de la Administración central, aunque incardinado en su estructura organizativa, al que se le atribuye el cumplimiento de ciertos cometidos estatales. No hay una mera transferencia del ejercicio de una competencia reteniendo la titularidad el órgano delegante.

(69) COSCULLUELA MONTANER, LUIS, *Comentario sistemático...*, cit., pág. 110.

(70) CASSAGNE, JUAN C., *Curso de derecho...*, cit., pág. 217.

Si perjuicio de lo dicho, eventualmente, cabría hacer excepción a la falta de responsabilidad del delegado por el contenido material del documento suscripto en representación del delegante si la ilegitimidad del acto que se firma surge de este en forma manifiesta, ostensible, notoria o evidente y es de tal entidad como para enervar la presunción de ilegitimidad del acto administrativo.

(71) CASSAGNE, JUAN C., *Curso de derecho...*, cit., pág. 217. En igual orientación: GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho...*, cit., págs. XII/17.

(72) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho...*, pág. 601; BARRA, RODOLFO, *Tratado de derecho...*, cit., pág. 224; GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho...*, cit., págs. XII/17; ESCOLA, HÉCTOR J., *Compendio de derecho...*, cit., pág. 276; IVANEGA, MIRIAM M., *Principios de la Administración...*, cit., pág. 155. Según esta última autora, “La subdelegación no es posible, salvo que se encuentre autorizada expresamente por una norma legal. Ello es lógico si se considera que la delegación es una excepción al principio de la improrrogabilidad de la competencia, y que solo puede llevarse a cabo si previamente se autoriza su ejercicio” (pág. 155).

(73) CASSAGNE, JUAN C., *Curso de derecho...*, cit., pág. 217.

(56) Por ejemplo, entre un ministro y un secretario.

(57) BARRA opina que en estos casos, al no existir relación jerárquica, “el delegado podría resistir a la delegación de no encontrarse esta debidamente motivada y causada, o referirse a una materia totalmente ajena a las posibilidades de actuación del delegado. De lo contrario, la delegación debe ser aceptada porque así lo exige el ‘principio de colaboración’ que plenamente se aplica en el supuesto de esta relación, y que deriva de la participación de todos los órganos en la substancia de una misma organización” (BARRA, RODOLFO, *Tratado de derecho...*, cit.).

(58) V. gr., entre un órgano superior de un ministerio y uno inferior de otro; o entre dos órganos de igual grado, pero de distintas jurisdicciones.

(59) Esto así, para evitar que, sin consentimiento del órgano superior, se amplíen las competencias de un órgano inferior suyo que, en principio, por lo que decimos más adelante en el texto, estarían exentas de su control.

(60) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho...*, cit., pág. 602.

(61) GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho...*, cit., págs. XII/16.

c. De la de la suplencia, pues en esta no existe una transferencia del ejercicio de una determinada competencia, sino una modificación en la titularidad del órgano de que se trata por vacancia o por imposibilidad material del titular de ejercer sus funciones. Asimismo, la delegación es parcial, mientras que la suplencia es total.

d. De la sustitución, en cuanto esta última se funda en el control que todo órgano superior ejerce sobre el inferior y tiene lugar en los casos de deficiente o mala administración, o cuando se ha producido una dejación de funciones por parte del órgano competente.

e. De la intervención, dado que esta se dispone en el marco del control represivo que ejercen los superiores jerárquicos como consecuencia de su poder de vigilancia.

f. De la delegación de firma, dado que esta no es propiamente una delegación en el sentido aquí expuesto, pues no se transfiere el ejercicio de una competencia, sino, simplemente, la descarga material del delegante de una porción de su tarea material.

8. Para que sea procedente la delegación, debe estar expresamente autorizada:

a. Si la competencia que se delega surge originariamente de un reglamento, es suficiente que la delegación esté prevista en un reglamento que, al menos, esté jerárquicamente equiparado a aquel.

b. Si la competencia surge originariamente de una ley, la posibilidad de delegación debería estar prevista, a tenor del principio de paralelismo de las formas, también en una norma legal en sentido formal.

c. Así, en el derecho positivo, vigente a nivel nacional en la Argentina, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, en su art. 3°, señala que la delegación debe estar expresamente autorizada, por lo cual se concluye que

la delegación de facultades atribuidas por ley puede estar autorizada por una ley o un reglamento.

9. No todas las competencias son delegables. En el caso concreto del Poder Ejecutivo, podrá delegar las que sean de administración, no así las denominadas de gobierno o políticas. Y, en general, no podrán delegarse las que supongan en el titular una idoneidad técnica específica o hagan a la esencia o justifiquen la existencia del órgano o ente, o bien, cuyo ejercicio por un órgano distinto del titular pueda comprometer el debido procedimiento previo como garantía del interés público y del derecho de los particulares.

10. La delegación se instrumenta a través de un acto de alcance general interno (normalmente, un reglamento autónomo) que, al no afectar a terceros, no será recurrible. Sin perjuicio de ello, si la delegación afectara la esfera jurídica subjetiva de los particulares, estos podrán impugnarla mediante los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para cuestionar los actos de alcance general.

11. En relación con la necesidad de relación jerárquica entre delegante y delegado:

a. En la delegación intersubjetiva, la jerarquía es ajena.

b. En cuanto a la delegación interorgánica, si bien el principio es que ella deriva de la jerarquía, en la medida en que la delegación esté autorizada, no habría obstáculo a que tenga lugar, excepcionalmente, entre órganos de igual jerarquía. De todos modos, se trata de un supuesto de difícil configuración en la práctica, debiendo evaluarse, en cada caso, su razonabilidad, pues no podrá delegarse una facultad en otro órgano cuyas competencias propias en razón de la materia no tienen ninguna vinculación con la que se delega.

12. En cuanto a la posibilidad de que el delegado se oponga a la delegación:

a. En las delegaciones intersubjetivas donde el principio de jerarquía es extraño, el delegado podría, eventualmente, rehusarse a asumir la delegación.

b. En las delegaciones interorgánicas entre un órgano superior y otro inferior vinculados jerárquicamente, este no podría oponerse a la delegación por imperio del principio de jerarquía.

c. En las delegaciones entre órganos de idéntica jerarquía, será necesaria la aceptación del delegado.

d. Finalmente, aunque la cuestión es muy opinable y su aplicación en la práctica es remota, si la delegación interorgánica es entre órganos no vinculados jerárquicamente entre sí y de distintas jurisdicciones, será necesaria la intervención del superior del órgano delegado.

13. Los actos del delegado deben equipararse, a los efectos de los recursos, a los demás actos dictados por este mismo órgano, salvo el excepcional supuesto de delegación interorgánica entre órganos inferiores pertenecientes a distintas jurisdicciones, donde los actos emitidos en consecuencia de la delegación deberían recurrirse ante el órgano superior del delegante.

14. El delegante, en principio, continuará siendo responsable por el ejercicio que el delegado efectúe de la competencia transferida.

15. La subdelegación, en principio, es improcedente salvo que esté expresamente autorizada por la norma o medie autorización del delegante originario.

VOCES: DERECHO ADMINISTRATIVO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - COMPETENCIA

El régimen de subrogaciones, a dos años del fallo "Uriarte"

por SEBASTIÁN N. MONTENEGRO CORREA

Sumario: 1. CONCEPTO DE SUBROGACIÓN. – 2. ANÁLISIS NORMATIVO. 2.1. REGLAMENTOS DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA NACIÓN. – 3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. – 4. APRECIACIONES DEL PLENARIO DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA NACIÓN. – 5. IMPACTO EN LA JUSTICIA Y LA SOCIEDAD. – 6. CONCLUSIONES.

Habiendo transcurrido dos años del pronunciamiento de la Corte Suprema en la causa "Uriarte", me parece de gran valor práctico recordar cómo fue el camino del régimen de subrogaciones, desde su gestación y contemplando la actividad legislativa, administrativa y pretoriana, para luego analizar el estado de situación actual a partir de la sentencia anteriormente citada y sus consecuencias en el servicio de administración de justicia.

1 Concepto de subrogación

En el camino de la investigación, es imprescindible conocer el significado que tienen las palabras que se van a analizar. En este caso en particular, la palabra clave es "subrogación". Etimológicamente, la palabra "subrogación" proviene del latín *subrogare*. El Diccionario de la Real Academia Española define al verbo subrogar como "sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa"⁽¹⁾. Teniendo en cuenta el concepto de la palabra

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: "Reglamento de Subrogancias" acordada 1027/04 Cámara Nacional en lo Civil, por CARLOS RAÚL SANZ, ED, 207-1039; *Acerca del nombramiento de jueces subrogantes*, por AUGUSTO M. MORELLO, ED, 211-345; *Solo la punta de un iceberg (a propósito de la designación de jueces subrogantes)*, por GERARDO ANCAROLA, ED, 211-347; *Sobre la designación de jueces subrogantes por el Consejo de la Magistratura*, por CARLOS RAÚL SANZ, ED, 212-1043; *La suplencia de la magistratura judicial. Conjuez; juez suplente; juez subrogante, transitorio o interino y juez en comisión. Consecuencias prácticas de aplicar la doctrina del fallo "Rosza" y la doctrina de la acordada de la CS 7/2005*, por FÉLIX ALBERTO MONTILLA ZABALÍA, EDCO, 2009-468; *La inconstitucionalidad del régimen de subrogancias. La garantía del juez natural*, por CARLOS ENRIQUE LLERA, ED, 263-1030. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(1) Ver <http://dle.rae.es/?id=YZ2is6w>.

subrogar, podemos aproximarnos de una mejor manera al instituto de la subrogación en las magistraturas, percibiendo inmediatamente que, de hacerse efectiva, habrá, necesariamente, una sustitución o cambio de un juez.

Continuando con las acepciones que puede tener el término, en materia jurídica, la subrogación es una figura que trata de la delegación o reemplazo de obligaciones hacia otros. La acción pauliana o subrogatoria puede ser ejercida tanto por un deudor como por un acreedor⁽²⁾, y tiene lugar cuando uno de los sujetos mencionados (acreedor) se coloca en lugar del otro (deudor) para hacer ingresar bienes a su patrimonio y así, mantener indemne su crédito, tal como se encontraba legislado en el art. 1196 del cód. civil de Vélez Sarsfield. Aquí puede verse nuevamente cómo la subrogación implica la sustitución de una persona por otra para cumplir con uno o varios actos⁽³⁾.

Habiendo analizado brevemente qué puede entenderse al utilizar el término "subrogación", es preciso adentrarse en el concepto que hará al objeto de este trabajo.

El régimen de subrogaciones tendrá lugar cuando, por renuncia, remoción, muerte, licencia, jubilación, excusación y recusación de jueces, y otras causales, tanto causales judiciales en particular como juzgados y tribunales quedasen acéfalos, es decir, sin su juez natural.

Y mientras tienen lugar los procedimientos que manda la ley para cubrir las vacantes de los juzgados y tribunales, el Estado, responsable de la administración de justicia, se ve en la necesidad de encontrar una herramienta alternativa para responder ante esta situación extraordinaria.

Es por ello que contamos con un régimen de subrogaciones. Es decir, un reemplazo provisorio en el cargo de juez por otro que adquiere esa calidad (este es el caso de los conjueces, que pueden ser abogados de la matrícula o secretarios judiciales), si es que ya no la ostentaba con antelación (juez de otro juzgado o tribunal, ya sea que esté en actividad o que se lo convoque para cubrir la vacante si se encontrase gozando del beneficio jubilatorio).

(2) ALTERINI, ATILIO A., *Derecho de obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pág. 367 y sigs.

(3) A la acción subrogatoria propiamente dicha podríamos agregar el pago en subrogación, plasmado en el art. 768, inc. 3°, del cód. civil de Vélez Sarsfield.

2 Análisis normativo

A pesar de ser la norma más antigua, y teniendo en cuenta la referencia constante que se hace en estos días a la norma, el decreto ley 1285/58, sancionado el 4-2-1958, unos meses antes de que asumiera la presidencia de la Nación el Dr. Arturo Frondizi (presidente desde el 1-5-1958), y bajo el gobierno *de facto* de la "Revolución Libertadora", en cabeza del general Pedro Eugenio Aramburu, no es la primera norma en la que se legisló sobre el sistema de reemplazo de jueces por las diversas causas que pudieran suscitarse, dado que en su redacción original omitía la cuestión.

Más allá de lo mencionado en el párrafo anterior, cada vez que se analiza una subrogación, ya sea en un caso en particular o para redactar una ley o un reglamento, se tiene en cuenta el decreto ley 1285/58, debido a que, con las modificaciones sufridas oportunamente, se transformó en la norma en la que se estableció un sistema de reemplazo de jueces, junto con las causales que producirían aquella necesidad.

El régimen de subrogaciones, entonces, tendrá su primer delineamiento en el año 1987, con la sanción de la ley 23.498. Esta ley dispuso la modificación de los arts. 22 y 31 del decreto ley 1285/58⁽⁴⁾. Aquí se contemplaron las causales de recusación, excusación (ya plasmadas con antelación en los códigos procesales⁽⁵⁾), vacancia y licencia, como motivos para que la Corte Suprema pueda integrarse y funcionar, ya sea en causas en particular o como órgano colegiado⁽⁶⁾. A su vez, en la modificación del art. 22, también se contempló la elaboración de una lista de conjueces para el Máximo Tribunal, en caso de que los presidentes de las cámaras federales y nacionales no estuviesen en condiciones de integrar la Corte.

Es necesario destacar que la figura del "conjuez" ya había sido receptaba en el Reglamento de la Justicia Nacional⁽⁷⁾, en el año 1952.

(4) Ley 23.498, sancionada el 7-4-91 y publicada en el Boletín Oficial el 12-6-91.

(5) Aprobado por ley 17.454, del 7-2-67, con las modificaciones realizadas por la ley 22.434 del 16-3-81.

(6) Decreto ley 1285/58, art. 22.

(7) Conjueces - Art. 74: "Antes del 20 de diciembre de cada año, la Corte Suprema procederá a formar por sorteo listas de diez conjueces para los juzgados nacionales del interior con las nóminas que estos le envíen. Excluirá del sorteo a los candidatos propuestos que no reúnan las condiciones para ser conjuez".

En su camino reformador, la ley 23.498 modificó, además, el art. 31. Aquí estableció que las cámaras y los tribunales federales serían subrogados por los mismos miembros de las cámaras y tribunales, en primer lugar, y por jueces de primera instancia, de los que cada cámara fuese alzada, en segundo lugar⁽⁸⁾. Es relevante aquí destacar que, en el párrafo en que se refiere a las subrogaciones que pudieran producirse en la Cámara Nacional Electoral, amén de establecer el sistema por el cual debería integrarse el tribunal, el legislador decidió colocar dos palabras claves que amplían las causales que antes había establecido para que tenga virtualidad el régimen de subrogaciones: “otro impedimento”⁽⁹⁾.

Al incorporar a la normativa la frase “otro impedimento”, se abrió un abanico de nuevas posibilidades por las cuales podría tener que aplicarse el régimen de subrogaciones. Más allá de la amplia interpretación que pudiese hacerse del término “vacancia”, al haber plasmado en la regulación del instituto que cualquier otro impedimento podría dar lugar al reemplazo de un juez, ha quedado despojada cualquier discusión potencial.

Así las cosas, con el decreto 1285/58 y su modificación a través de la ley 24.398, podríamos decir que comenzó el régimen de subrogaciones a nivel federal y nacional.

Unos años más tarde, en 1991, el régimen de subrogaciones se vio modificado por una disposición de la ley 24.018. En esta norma se dispone que los magistrados jubilados “podrán ser llamados a ocupar transitoriamente en los casos de suspensión, licencia o vacancia, el cargo que desempeñaban en oportunidad de cesar en el servicio u otro de igual jerarquía del Poder Judicial”⁽¹⁰⁾. Aquí podemos ver cómo, en tres tipos de causales taxativas, a pesar de que haciendo una interpretación amplia del decreto ley 1285/58 podría aplicarse bajo cualquiera de las causales y no solo las tres mencionadas, podía disponerse el cese del estado jubilatorio de los magistrados, para su posterior puesta en funciones. Es decir que, al sistema que contemplaba la integración de juzgados y tribunales con jueces de la misma categoría (juez de cámara), o de una inferior (juez de primera instancia), se le sumaba la posibilidad de cubrir vacantes con jueces jubilados. No está de más decir que esa nueva reincorporación a la actividad judicial implicaría, a decisión del magistrado, el percibir la remuneración correspondiente al cargo, en lugar de los haberes jubilatorios⁽¹¹⁾.

Lo que no dejaba claro la ley 24.018 era en qué lugar había que tener en cuenta a los jueces jubilados, léase, antes o después que un juez de primera instancia activo si el primero fuese juez de cámara, por ejemplo.

Culminando el siglo XX, luego de haber sufrido seis golpes de Estado y, a raíz de ellos, varios años de gobiernos *de facto*, en el año 1994, con la democracia asentada en nuestro país, se procedió a reformar la Constitución Nacional. En ella, y como corolario de uno de los temas acordados en el Pacto de Olivos, se introdujo el art. 114.

En el mencionado artículo, se creó el Consejo de la Magistratura de la Nación y se dispuso que una ley especial se encargaría de regular las competencias asignadas por los constituyentes⁽¹²⁾.

Tres años más tarde, se sancionaría la Ley del Consejo de la Magistratura 24.937⁽¹³⁾. En dicha norma, se reglaron las competencias del Consejo. Cómo debería funcionar, su composición y demás temas, entre ellos, las subrogaciones, pero de una manera indirecta. En su art. 7° se mencionan las atribuciones del Plenario del Consejo y, en su inc. 2°, está la de “dictar los reglamentos referidos a la organización judicial y los reglamentos complementarios de las leyes procesales, así como las disposiciones necesarias para la debida ejecución de esas leyes y toda normativa que asegure la independencia de los jueces y la eficaz prestación de la administración de justicia”⁽¹⁴⁾. Y en su art. 13, al referirse a las competencias de la Comisión de Selección y Escuela Judicial, “ejercer las demás funciones que le atribuye esta ley y el reglamento que se dicte en consecuencia”⁽¹⁵⁾.

La ley 24.937 cumplió con el mandato constitucional de la reforma de 1994 regulando al Consejo allí creado, pero sin mencionar explícitamente a las subrogaciones como una de sus competencias, las cuales quedaron aún en cabeza de cada Cámara, para su fuero y jurisdicción, y de la Corte Suprema. Es por ello que en el año 2004, la ley 25.876 modificó el art. 7° de la Ley del Consejo de la Magistratura, incorporando, en el inc. 15, la facultad de “dictar los reglamentos que establezcan el procedimiento y los requisitos para la designación de jueces subrogantes en los casos de licencia o suspensión de su titular y transitorios en los casos de vacancia para los tribunales inferiores”⁽¹⁶⁾. Con esta nueva ley, el Congreso de la Nación depositó en cabeza del Consejo de la Magistratura de la Nación la competencia sobre el régimen de subrogaciones para todas las cámaras, tanto federales como nacionales, y los tribunales y juzgados que de estas dependan; a su vez, mantuvo el sistema de la CS para su organización interior.

Junto con la facultad de designar jueces subrogantes, la ley estipuló los requisitos que debería cumplir aquel que fuese designado juez, y que las subrogaciones no podrían durar más de 12 meses, prorrogables por decisión fundada por otros 6 meses más⁽¹⁷⁾.

Dos años más tarde, el Congreso Nacional sancionaría la ley 26.080⁽¹⁸⁾, en el marco de una nueva modificación a la Ley del Consejo de la Magistratura. En esta oportunidad, entre otras modificaciones, se reduciría el número de integrantes del Plenario del Consejo, motivo que generó grandes controversias y hasta llegó a la Corte Suprema, que en el fallo “Rizzo”⁽¹⁹⁾, terminaría declarando la inconstitucionalidad de la reducción a 13 de los miembros del Consejo. Es importante aclarar que, a pesar del citado precedente, al día de hoy, el Consejo de la Magistratura de la Nación continúa funcionando con 13 miembros, en contravención al fallo de la Corte⁽²⁰⁾, aunque, en palabras del Dr. Eduardo S. Barcesat, “la forma de integración del Consejo de la Magistratura se corresponde con los requisitos de un poder representativo, republicano y federal. Están allí representados, por el voto del pueblo de la nación, los órganos políticos (Legislativo y Ejecutivo) y los estamentos de abogados, jueces y académicos, de todo el territorio de la nación argentina”⁽²¹⁾.

Volviendo al texto de la ley 26.080, y con relación al régimen de subrogaciones, esta reiteraría, como atribución del Plenario del Consejo, la de dictar los reglamentos “necesarios para ejercer las facultades que le atribuye la Constitución Nacional y esta ley a fin de garantizar una eficaz prestación de la administración de justicia”⁽²²⁾.

Ya en 2008, se sancionarían tres leyes con incidencia en el régimen de subrogaciones. En primer lugar, la ley 26.371⁽²³⁾, en la cual, además de crearse la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital⁽²⁴⁾, se volvió a modificar el art. 31 del decreto ley 1285/58, siendo su nueva letra: “La Cámara Federal de Casación Penal, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, los tribunales orales y las cámaras nacionales de apelaciones en lo criminal y correccional federal, en lo criminal y correccional y en lo penal económico se integrarán por sorteo entre los demás miembros de aquellas; luego del mismo modo, con los jueces de la otra Cámara en el orden precedentemente establecido y, por último también por sorteo, con los jueces de primera instancia que dependan de la Cámara que debe integrarse. En caso de recusación, excusación, licencia, vacancia u otro impedimento los jueces de la Cámara Nacional Electoral, esta se integrará por sorteo entre los miembros de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal. No serán aplicables las disposiciones del decreto 5046 del

14 de marzo de 1951 y sus modificaciones a los magistrados que, por las causales indicadas, integren la Cámara Nacional Electoral”⁽²⁵⁾. Así las cosas, quedó dispuesto un régimen legal de prelación para los reemplazos que tuviesen que realizarse, de ocurrir alguna de las causales mencionadas, dentro de las cámaras, aunque sin mencionar a los tribunales y juzgados que de estas dependiesen. Este pequeño vacío legal sería completado, luego, por las leyes 26.371 y 26.376.

El mismo día en que se sancionó la ley 26.371, el Congreso de la Nación también sancionó la ley 26.372⁽²⁶⁾. Esta norma contempló un procedimiento para mantener el servicio de justicia activo en los tribunales orales en lo criminal federal, estipulando, en el mismo tenor que su antecesora, la preferencia en la integración de las vacantes con jueces titulares, de la misma jurisdicción preeminentemente⁽²⁷⁾, y subsidiariamente, por sorteo entre los miembros de las listas de conjueces⁽²⁸⁾.

Por aún quedar al margen los juzgados de primera instancia, fue necesaria la sanción de la ley 26.376⁽²⁹⁾, titulada “Procedimientos para la designación de jueces subrogantes, en caso de recusación, excusación, licencia, vacancia u otro impedimento de los Jueces de Primera Instancia y de los integrantes de las Cámaras de Casación o de Apelación, Nacionales o Federales. Alcances”. En ella se dispuso un orden de prelación para la designación de jueces subrogantes con motivo de las causales mencionadas en el título de la ley. Dicho orden consistiría, en primer lugar, y para los juzgados de primera instancia, en el reemplazo con un juez de igual competencia de la misma jurisdicción o, en su defecto, por sorteo entre uno de los miembros de la lista de conjueces⁽³⁰⁾ aprobada conforme a esta ley⁽³¹⁾, y se remitiría al art. 31 del decreto ley 1285/58 para el caso de las subrogaciones en las cámaras, tanto federales como nacionales, las cuales deberían integrarse, en primer lugar, por sorteo entre lo demás miembros de la cámara o, en su defecto, con miembros de otra cámara, con jueces de primera instancia o con jueces convocados. Es decir, todos jueces designados conforme al régimen constitucional (en actividad o jubilados). Por último, y en caso de que las cuatro posibilidades anteriores no se pudieran cumplir, la ley dispuso, como *ultima ratio*, la de sortear un miembro de la lista de conjueces que debe elaborarse para cada jurisdicción⁽³²⁾.

A casi dieciséis años de la sanción de la Ley del Consejo de la Magistratura 24.937, y tras varias modificaciones, en el año 2013, entró en vigencia la ley 26.855⁽³³⁾, se generó así, una nueva modificación de la norma inicial. En esta norma, se abordó el tema de las subrogaciones en cuatro aspectos; se reiteró como una de las atribuciones del Plenario, aunque en esta oportunidad explícitamente, la de dictar los reglamentos para la designación de jueces subrogantes, en conjunto con la atribución de designarlos conforme a la normativa vigente⁽³⁴⁾. A su vez, se colocó en cabeza de la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial la propuesta al plenario de aquellos elegidos para cubrir las vacantes que se produjeren en forma transitoria⁽³⁵⁾. Se equiparó a los jueces subrogantes con los jueces titulares en cuanto a su legitimación pasiva para potenciales *jury* de enjuiciamiento⁽³⁶⁾. Y, por último, se sustituyó el art. 1° de la ley 26.376. Dicha modificación dejaría establecido un orden de prelación en caso de que tuviese que designarse un juez subrogante de primera instancia, conforme al siguiente orden: “a) Con un juez de igual competencia de la misma jurisdicción, teniendo prelación el juez de la nominación inmediata siguiente en aquellos lugares donde tengan asiento más de un juzgado de igual competencia; b) Por sorteo, entre la lista de conjueces confeccionada por el Poder Ejecutivo Nacional, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 3° de la presente ley”⁽³⁷⁾, continuando así en la misma tesitura de la normativa precedente.

(16) Ley 25.876, art. 1°. Ley sancionada el 17-12-03 y promulgada el 19-1-04.

(17) Ley 25.876, art. 1° *in fine*.

(18) Ley 26.080, sancionada el 22-2-06 y promulgada el 24-2-06.

(19) “Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c. Poder Ejecutivo Nacional Ley 26.855 s/ medida cautelar”

(20) En estos días se está trabajando en un proyecto de reforma de la normativa vigente en cuanto a la composición del Consejo.

(21) BARCESAT, EDUARDO S., *Justicia y poder: El Consejo de la Magistratura para el Poder Judicial de la Nación*, Revista Derecho Público, Infojus, año II, N° 5, pág. 3.

(22) Ley 26.080, art. 3°.

(23) Ley 26.371, sancionada el 21-5-08 y promulgada el 29-5-08.

(24) Ley 26.371, art. 1°.

(25) Ley 26.371, art. 10.

(26) Ley 26.372, sancionada el 21-5-08 y promulgada el 29-5-08.

(27) Ley 26.372, art. 1°.

(28) Ley 26.372, art. 2°.

(29) Ley 26.376, sancionada el 21-5-08 y promulgada el 4-6-08.

(30) Ley 26.376, art. 1°.

(31) Ley 26.376, art. 3°.

(32) Ley 26.376, art. 2° *in fine*.

(33) Ley 26.855, sancionada el 8-5-13 y promulgada el 24-5-13

(34) Ley 26.855, art. 6°, punto 9°.

(35) Ley 26.855, art. 9° *in fine*.

(36) Ley 26.855, art. 6°, punto 15.

(37) Ley 26.855, art. 28.

(8) Decreto ley 1285/58, art. 31.

(9) Decreto ley 1285/58, art. 31, párr. 2°.

(10) Ley 24.018, art. 16, inc. a). Ley sancionada el 13-2-91 y promulgada el 9-12-91.

(11) Ley 24.018, art. 16, inc. b).

(12) Constitución de la Nación Argentina, art. 114.

(13) Ley 24.937, promulgada el 30-12-97.

(14) Ley 24.937, art. 7°, inc. 2°.

(15) Ley 24.937, art. 13.

La última creación normativa, aunque actualmente declarada inconstitucional en el fallo “Uriarte”⁽³⁸⁾, fue la ley 27.145⁽³⁹⁾. Aquí, más que una reforma, como venía haciéndose en etapas anteriores, lo que se buscó fue implantar un nuevo sistema. Así pues, se puso en cabeza del Consejo de la Magistratura de la Nación la facultad de designar jueces subrogantes, por mayoría absoluta de los miembros del Pleno, en todo el fuero federal y nacional, sin distinción entre jueces, secretarios y abogados de la matrícula⁽⁴⁰⁾.

Además, se quitó de la órbita de las cámaras la elaboración de las listas de conjueces, pasando esta competencia a la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación.

Es menester transcribir el art. 9° de la mencionada ley: “Deróganse el párrafo segundo del art. 7° y el art. 31 del decreto ley 1285/58, las leyes 26.372 y 26.376 y toda otra norma que se oponga a la presente”. Aquí puede corroborarse la aseveración antes vertida acerca del cambio de régimen que produjo esta norma. En el art. 9°, el Congreso dispuso quitarle vigencia al sistema por el cual se designaban jueces subrogantes hasta ese momento, haciendo alusión a 3 normas en particular, y cualquier otra que “se oponga” a la ley 27.145.

Lo que sí mantuvo esta última norma fue la competencia de las cámaras y tribunales para nombrar jueces subrogantes en vacancias breves (60 días o menos).

2.1. Reglamentos del Consejo de la Magistratura de la Nación

En la materia que hace al objeto de este trabajo, el Plenario del Consejo de la Magistratura de la Nación ha elaborado tres reglamentos con incidencia en el régimen de subrogaciones.

El primero de ellos data del 29-5-00. Este fue consecuencia de dos dictámenes⁽⁴¹⁾ de la comisión, junto con una resolución del Consejo reunido en pleno⁽⁴²⁾. En aquella oportunidad, y a raíz del art. 16 de la ley 24.018⁽⁴³⁾, se elaboró el Reglamento de convocatoria de Magistrados Jubilados. Allí se dejó establecido que sería la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial la encargada del procedimiento de convocatoria. El art. 4° dice: “Sobre la base de la lista correspondiente y el informe de la Cámara (las Cámaras deben remitir una lista con los magistrados jubilados al Consejo de la Magistratura cada año), la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial desinsaculará un máximo de tres magistrados jubilados y decidirá, por mayoría absoluta de los miembros presentes, cuál de ellos será citado a una entrevista, estableciéndose asimismo el orden en que, de resultar necesario, serán citados los restantes desinsaculados”. Una vez realizada la entrevista, la comisión debía elevar una propuesta al presidente del Consejo, para que este convoque al juez a prestar nuevamente funciones jurisdiccionales.

El reglamento del año 2000 finaliza estableciendo la prescindencia de este en los casos en que aquellos jueces

que decidan jubilarse, antes de hacerlo o dentro del primer año de jubilados, manifestasen por escrito su voluntad de ser convocados para cubrir la vacante que su renuncia produjese.

A diferencia del reglamento que fue analizado más arriba, las otras dos reglamentaciones que emitió el Consejo de la Magistratura de la Nación fueron netamente sobre subrogaciones, tanto es así que fueron titulados: Reglamento de Subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación.

El primero de ellos data del año 2004⁽⁴⁴⁾. Haciendo uso de la letra de la normativa que le antecedió, se apoyó en las causales en aquellas estipuladas para la aplicación del régimen de subrogaciones que disponía este nuevo reglamento; y quedó bajo la competencia de las cámaras la designación de jueces subrogantes en casos de vacancias breves (60 días o menos)⁽⁴⁵⁾.

Lo que vino a introducir el reglamento en este esquema de reemplazo de magistrados, para mantener indemne el servicio de justicia, fue la posibilidad de que los secretarios pudieran subrogar en los juzgados de primera instancia. El art. 2° dice que podrá elegirse “por cualquiera de los siguientes criterios” entre “un juez de primera instancia, con preferencia de aquel que resida en la misma ciudad y, si no lo hubiera, por el magistrado a cargo del juzgado más próximo de la jurisdicción de la Cámara donde se produjo la vacante o ausencia; o por un magistrado jubilado que corresponda de acuerdo a la reglamentación vigente, que haya sido designado con acuerdo del Senado de la Nación, con preferencia de aquel que haya ocupado el cargo de la vacante por cubrir; o por un abogado de la matrícula federal que reúna las condiciones legales para ocupar el cargo, sorteado de la lista que a tal efecto formará la Cámara de Apelaciones (es obligatoria para la confección de estas listas la previa consulta con los Colegios o Foros de Abogados que correspondan a la jurisdicción del juzgado por cubrir, la antigüedad requerida para integrar dicha lista se considerará desde la fecha de expedición del título que acredite la condición de abogado); o por los secretarios, de ambas instancias, a cuyo efecto la Cámara de Apelaciones también deberá formar una lista con quienes estén en condiciones de ejercer la subrogación”.

En vacancias mayores a 60 días, las cámaras y tribunales orales podrían designar a un subrogante *ad referendum* de la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial, o remitirle una propuesta de candidato, o una terna, para que luego la Comisión se expidiera⁽⁴⁶⁾.

Así las cosas, a partir del año 2004, nos encontramos con que, de producirse una vacante, con excepción de que esta se produzca en las cámaras o tribunales orales, habrá más sujetos capaces de acceder a cubrir ese lugar (jueces titulares, jueces jubilados, conjueces –abogados–, y secretarios), pero sin un orden de prelación estipulado, y excluyendo a los secretarios de las subrogaciones en causas⁽⁴⁷⁾.

El último reglamento elaborado por el Consejo de la Magistratura de la Nación fue el del año 2014⁽⁴⁸⁾, bajo la presidencia del Dr. Alejandro Sánchez Freytes⁽⁴⁹⁾.

En este reglamento, se le reconoció cierta estabilidad a los jueces subrogantes, lo que trajo un atisbo de claridad sobre discusiones en torno a la capacidad del Consejo para remover, discrecionalmente, a un juez subrogante nombrado por este cuerpo.

Así las cosas, se estableció: “Los magistrados subrogantes permanecerán en el cargo hasta tanto se reintegre el titular en caso de licencia o suspensión, hasta la designación y jura del nuevo juez titular en caso de vacancia, o hasta que se concluyese la causa judicial en la que interviene en caso de excusación o recusación”⁽⁵⁰⁾.

Este cambio normativo vino a clarificar la situación no solo administrativamente, para el funcionamiento del Consejo, sino, y sobre todo, para la ciudadanía toda.

Luego, mantuvo la competencia del Consejo de la Magistratura de la Nación en las subrogaciones prolongadas de los juzgados de primera instancia, tanto federales como

nacionales, pero colocó en cabeza de las cámaras federales y nacionales, y de los tribunales orales, la facultad de designar a sus jueces subrogantes, sin importar la duración de las vacancias, dejando al Consejo de la Magistratura de la Nación como un órgano de asistencia, en caso de que aquellos no pudieran lograr la cobertura de la vacante⁽⁵¹⁾.

El Consejo sería quien armaría las listas de conjueces, buscando un equilibrio entre abogados de la matrícula y secretarios judiciales⁽⁵²⁾, y quien ratifique o revoque las designaciones que hiciera cada cámara o tribunal para la cobertura de subrogaciones breves.

3 Análisis jurisprudencial

En esta etapa del artículo, haremos un análisis de cuatro sentencias de la Corte Suprema, las cuales, y sobre todo la última, han provocado un ajuste pretoriano del sistema de subrogaciones.

El primer precedente para analizar es “Rosza”⁽⁵³⁾, del año 2007. Aquí se puso en tela de juicio la validez de los actos realizados por un juez subrogante, el cual había sido designado por el Consejo de la Magistratura de la Nación, conforme al reglamento vigente de aquel entonces, siendo este secretario judicial y no juez.

Tanto en el fallo como en el dictamen del procurador general (Dr. Esteban Righi), los funcionarios manifiestan su posición acerca de dos cuestiones fundamentales: la garantía del juez natural (art. 18 de la Constitución Nacional) y la independencia judicial. Con relación a ambos puntos, la Corte entendió que, por no intervenir los tres órganos –en la designación del juez subrogante–, no se respetaba la independencia judicial, fruto de un proceso republicano en el que el Poder Ejecutivo y el Senado no habían intervenido, y que, a raíz de ello, se violaba la letra del art. 18 (primera parte)⁽⁵⁴⁾. El ministro Fayt, citando al Dr. Joaquín V. González, sostuvo en su voto que “ningún poder, persona o reunión de personas no instituidas como jueces por el pueblo o sus representantes pueden administrar justicia en la República”⁽⁵⁵⁾.

Tras un análisis acabado, la Corte resolvió: “Revocar parcialmente la sentencia apelada y declarar la inconstitucionalidad de la resolución 76/04 del Consejo de la Magistratura de la Nación”. Así, confirmó la sentencia, declarando la validez de las actuaciones cumplidas por quien se desempeñó como magistrado al amparo del régimen declarado inconstitucional, en aras de no generar un perjuicio en el desarrollo del proceso en cuestión, y mantuvo en el ejercicio de sus cargos a quienes fueron designados para ejercer la función jurisdiccional en los tribunales vacantes mediante aquel sistema, ya que, de lo contrario, hubiese generado un desequilibrio institucional importante.

Luego, en el año 2013, en “Rizzo”⁽⁵⁶⁾, la Corte tuvo que expedirse acerca de la constitucionalidad de ciertos artículos de la ley 26.855. En primera instancia se había declarado la inconstitucionalidad de los arts. 2°, 4°, 18 y 30 de la ley 26.855. Y la CS falló en la misma sintonía. En este caso, la Corte trató temas relacionados con la composición del Consejo y de sus comisiones, lo que impactaría en forma directa con las mayorías necesarias a la hora de designar jueces subrogantes.

Estas normas que fueron declaradas inconstitucionales buscaban alterar el sistema de frenos y contrapesos, de espíritu republicano, que debe tener lugar entre los diferentes estamentos que se ven representados en el Consejo de la Magistratura de la Nación, como bien lo analizó el Dr. Gelli⁽⁵⁷⁾.

En virtud de esta maniobra, la CS no solo declaró la inconstitucionalidad de las normas mencionadas, sino que

(38) “Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro c. Consejo de la Magistratura de la Nación s/acción mere declarativa de inconstitucionalidad”, FLP 9116/2015/CA1 - CS1.

(39) Ley 27.145, sancionada el 10-6-15 y promulgada el 17-6-15.

(40) Ley 27.145, art. 2°.

(41) Dictámenes 12/00 y 14/00 de la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación.

(42) Resolución Plenaria 333/00 del 22-11-00.

(43) Ley 24.018, art. 16: “a) Los magistrados y funcionarios jubilados en virtud de disposiciones legales específicas para el Poder Judicial de la Nación conservarán el estado judicial y podrán ser llamados a ocupar transitoriamente en los casos de suspensión, licencia o vacancia, el cargo que desempeñaban en oportunidad de cesar en el servicio u otro de igual jerarquía del Poder Judicial o del Ministerio Público de la Nación o de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas. b) Los magistrados y funcionarios jubilados que sean convocados podrán optar por continuar percibiendo el haber o por cobrar la remuneración propia del cargo al que han sido llamados a ocupar y en este último caso se suspenderá la liquidación de aquel haber.

Cuando el período de desempeño transitorio exceda de un mes tendrán derecho a cobrar del Poder Judicial, o del Organismo respectivo, un adicional consistente en la tercera parte del sueldo que corresponda al cargo que ejerzan. c) En el caso en que sin causa justificada el magistrado o funcionario convocado de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior no cumpliera la obligación que le impone el presente artículo, perderá el derecho al haber jubilatorio correspondiente al lapso por el cual no preste el servicio que le ha sido requerido, la Cámara o la autoridad que lo convocó dispondrá el pertinente cese del pago. d) La percepción del haber de jubilación fijado en el artículo, es incompatible; 1. con el ejercicio del comercio; 2. con el desempeño de empleos públicos o privados excepto la comisión de estudios o la docencia; e) En la percepción de los haberes jubilatorios y de pensión los beneficiarios gozarán de los mismos derechos y exenciones que los magistrados y funcionarios en actividad”.

(44) Resolución Plenaria 76/04 del 18-3-04.

(45) Resolución 76/04: “Reglamento de subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación”, art. 2°.

(46) *Ibidem*, art. 10.

(47) *Ibidem*, art. 9°.

(48) Resolución Plenaria 8/14 del 13-3-14.

(49) Alejandro Sánchez Freytes es juez federal en la provincia de Córdoba y representaba a los jueces del interior del país en el Consejo de la Magistratura de la Nación.

(50) Resolución 8/14: “Reglamento de subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación”, art. 1° *in fine*.

(51) Resolución 76/04: “Reglamento de subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación”, art. 2°.

(52) *Ibidem*, art. 3°.

(53) “Rosza, Carlos Alberto y otro s/recurso de casación”, del 23-5-07.

(54) Constitución Nacional, art. 18: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”.

(55) GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía., 1971, pág. 586.

(56) “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo c. Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar” (expte. N° 3034/13).

(57) GELLI, M. A., *Las inconstitucionalidades de la ley del Consejo de la Magistratura. Una sentencia crucial*, La Ley, del 16-6-13.

resolvió dejar sin efecto la convocatoria a elecciones para cubrir los cargos de consejeros jueces, abogados y del ámbito académico y científico.

Dos años más tarde, la Corte se volvió a pronunciar sobre temas relacionados con el objeto de este trabajo en “Aparicio”⁽⁵⁸⁾. En este precedente, un grupo de magistrados inició una demanda contra el Estado Nacional con el fin de que este abonara las remuneraciones percibidas y las que estimaban que deberían haber percibido de haberse cumplido en forma cabal con lo previsto en el art. 110⁽⁵⁹⁾ de la Constitución Nacional.

Con motivo del caso, los miembros de la Corte Suprema y los presidentes de las cámaras federales se excusaron de intervenir, por lo que el Poder Ejecutivo designó con jueces para integrar el Máximo Tribunal.

Lo que más nos interesa del fallo es el procedimiento de conformación de la lista de conjuces. Esta fue impugnada por los accionantes, lo que provocaría la nulidad en la designación de los jueces subrogantes (conjuces).

La impugnación tuvo un argumento central, el cual fue la falta de la mayoría de dos tercios de los miembros del Senado para aprobar la lista mencionada, no respetando, así, el procedimiento constitucional vigente para la selección de magistrados del Tribunal.

Más allá de dejar plasmada la importancia de la administración de justicia, como un servicio y una garantía para todo el pueblo⁽⁶⁰⁾, la Corte sostuvo que “el hecho de que la intervención de estos conjuces resulte excepcional y se circunscriba exclusivamente a la causa que se somete a su consideración, no obsta al principio que antecede (haciendo referencia a las mayorías necesarias para la designación de magistrados en el Senado y a todo el procedimiento constitucional en sí), ello pues –en el caso concreto en que intervienen–, pasan a integrar la máxima instancia jurisdiccional del país en paridad de condiciones con los jueces titulares del Tribunal, ya que, en definitiva, ejercen la misma función que estos, que no es otra que la de administrar justicia como cabeza del Poder Judicial”⁽⁶¹⁾.

Por último, dijo: “En la medida en que las previsiones del referido art. 99, inciso 4° se relacionan –en última instancia– con la garantía del juez natural, toda persona cuya causa deba ser decidida por abogados que no integran el órgano judicial, tiene derecho a que quienes conozcan sobre su litigio hayan sido designados de conformidad con los mecanismos que el constituyente adoptó en garantía de la independencia e imparcialidad del órgano judicial”.

En este precedente, la Corte dejó en claro la preeminencia de la Constitución, conforme su art. 31 y las bondades de su letra, como garantía de los particulares para una correcta administración de justicia. Lo resuelto en “Aparicio” continúa generando inconvenientes en la justicia⁽⁶²⁾.

El último de los fallos que analizaremos es el caso “Uriarte”⁽⁶³⁾. Este proceso se inició con la finalidad de declarar inconstitucional el nombramiento de Laureano Durán como juez subrogante en el Juzgado Federal N° 1 de La Plata, argumentándose que su designación era inconstitucional.

En primera instancia, se hizo parcialmente lugar a la demanda, declarando inconstitucional su designación. El Consejo apeló, y la Cámara revocó. Para así decidir, la Cámara sostuvo que el art. 7° del Reglamento de Subrogaciones establecía un procedimiento extraordinario de nombramiento de subrogantes para situaciones en las que no existía ninguna otra alternativa a fin de evitar la interrupción del servicio de justicia. Y que la ley 27.145 era constitucional en tanto preveía “un mecanismo de selección de magistrados que otorga participación a los tres poderes del Estado, tal como lo instara la Corte Suprema en el fallo ‘Rosza’”.

(58) “Aparicio, Ana Beatriz y otros c. EN-CSJN- Consejo de la Magistratura - art. 110 s/empleo público”, del 21-4-15.

(59) Constitución Nacional, art. 110: “Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones”.

(60) “Aparicio, Ana Beatriz y otros c. EN-CSJN- Consejo de la Magistratura - art. 110 s/ empleo público”, consid. 7°.

(61) *Ibidem*, consid. 20.

(62) Con fecha 3-10-17 y la firma de sus cinco integrantes, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, intimó al Ministerio de Justicia de la Nación para que eleve la nueva lista de conjuces al Senado de la Nación.

(63) “Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro c. Consejo de la Magistratura de la Nación s/acción mere declarativa de inconstitucionalidad”, del 4-2-15.

Agregó que no era óbice a la mentada constitucionalidad de la ley el hecho de que el Consejo de la Magistratura tuviera amplia discrecionalidad para elegir al subrogante. Ello era así porque la Constitución Nacional no fija un sistema de designación de jueces subrogantes, y el mecanismo que el legislador adopte, con relación al orden de prelación entre jueces y conjuces o selección indistinta entre unos u otros, constituye una cuestión privativa del Poder Legislativo, ajena al control judicial cuando, como en el caso, no afecta ni controvierte disposiciones constitucionales.

Luego, interpuesto el recurso extraordinario, la causa llegó a la Corte Suprema. La Corte se expidió sobre la cuestión de fondo al decir que el mecanismo utilizado para la selección del magistrado subrogante era “inconstitucional por no contemplar la necesaria participación de los tres poderes del Estado a los que nuestra Ley Fundamental le encomienda el nombramiento de los jueces”, remitiéndose, en sus argumentos, al fallo “Rosza”.

Esta decisión significó hacer lugar a los fundamentos expresados por la parte recurrente, entre ellos: 1°) que el sistema implantado rompía el orden de prelación a favor de los magistrados, dado que permitía optar indistintamente por un juez o un miembro de la lista de conjuces al momento de designar subrogantes; 2°) que permitía que los subrogantes fueran elegidos discrecionalmente, sin sorteo ni parámetro objetivo alguno; 3°) que establecía el nombramiento de los jueces subrogantes por mayoría absoluta de los miembros presentes del Pleno, es decir, por una mayoría inferior a la requerida para nombrar un juez titular, y 4°) que resultaba incompatible con la jurisprudencia fijada por la Corte en los precedentes “Rosza” y “Rizzo”.

Un punto central del fallo fue la ausencia de “parámetros objetivos”. La Corte sostuvo que la invalidez del nuevo sistema era palmaria, debido al exceso de discrecionalidad conferido al Consejo de la Magistratura para –en todos los supuestos anteriormente mencionados, en que puede ser necesaria la aplicación del régimen de subrogaciones– designar jueces subrogantes, tanto en tribunales como en causas en particular.

En su parte resolutive, la Corte Suprema decidió revocar la sentencia apelada y declarar la inconstitucionalidad de la resolución 331/14 del Consejo de la Magistratura de la Nación, del art. 7° del Reglamento de Subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación, aprobado por la resolución 8/14 del Consejo de la Magistratura, del decreto 1264/2015 y del régimen de subrogaciones establecido por la ley 27.145.

A su vez, declaró la invalidez del nombramiento del doctor Laureano Alberto Durán, así como los de todos aquellos que actualmente se encuentran subrogando y cuyo procedimiento de designación no se haya ajustado a las pautas fijadas en esta sentencia. Además, declaró la invalidez de todas las listas de conjuces aprobadas sin la debida intervención del Consejo de la Magistratura –doctrina de la causa “Rosza”–, con las mayorías agravadas pertinentes. Y culminó diciendo que, en caso de no contar con listas de conjuces elaboradas conforme al sistema estipulado en el fallo, deberá convocarse a un magistrado jubilado (art. 16, ley 24.018).

4 Apreciaciones del Plenario del Consejo de la Magistratura de la Nación

El impacto del fallo “Uriarte” en la estructura y funcionamiento del Poder Judicial de la Nación fue importante. Producto de las inconstitucionalidades declaradas por la Corte, el Consejo tuvo que actuar rápidamente para mantener el servicio de administración de justicia activo. Este “medio excepcional de política judicial”⁽⁶⁴⁾ logró evitar el caos institucional que emergería de la eventual paralización del servicio de justicia y la consecuente frustración del derecho de los justiciables.

Producto de ello, el Plenario del Consejo comenzó con la resolución 1/16⁽⁶⁵⁾ a designar jueces subrogantes, conforme a lo establecido en “Uriarte” y la prelación de jueces titulares en aquel estipulada.

En el consid. 10) de la resolución 1/16, el Consejo sostuvo que “la designación de magistrados subrogantes debe

(64) Doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Reverón Trujillo” y “Chocrón Chocrón”.

(65) Resolución del 4-2-16.

atender a criterios objetivos de razonabilidad y conveniencia funcional, que ponderen la realidad institucional y geográfica de las respectivas Cámaras Nacionales y Federales de Apelaciones, atendiendo particularmente a la cercanía o coincidencia de los domicilios de los tribunales”. Entre otros parámetros objetivos dispuestos, se mencionó: la prioridad en las subrogaciones a los titulares de tribunales que se encuentren dentro de un mismo edificio o asiento territorial; a los jueces titulares del mismo fuero y grado cuando hubiesen varios en la misma jurisdicción; el sorteo entre jueces titulares; número de orden de las vocalías; u otro criterio de similar factura.

Sin embargo, el sistema instaurado, en el que los jueces titulares (y convocados), tendrían prioridad, no pudo hacerse efectivo en la totalidad de los casos. Debido a incompatibilidades de agenda, denegaciones o imposibilidad real de conseguir algún juez designado bajo el procedimiento establecido por la Constitución Nacional, el Consejo terminó por designar secretarios y abogados⁽⁶⁶⁾ (conjuces) como jueces subrogantes.

Muchos han criticado esta decisión del Plenario del Consejo no solo por contradecir lo dispuesto por la Corte en “Uriarte”, sino también por aplicar un sistema similar al estipulado por la ley 27.145.

Aunque atendibles, esas quejas terminan desvaneciéndose ante dos cuestiones fundamentales. Primero, el reducido número de casos, y segundo, pero más importante, la necesidad de cumplir con lo que manda nuestro Preámbulo de la Constitución Nacional, cual es el “afianzar la justicia”.

5 Impacto en la justicia y la sociedad

En la justicia, el impacto del fallo “Uriarte” tuvo efectos múltiples. Por un lado, aquellos que venían ejerciendo subrogaciones y dejaron de hacerlo no recibieron el cambio de la mejor manera. Muchos perdieron su condición de jueces, para volver a ser secretarios o abogados de la matrícula. Por el otro, aquellos magistrados que habían visto sus posibilidades de subrogar truncas, ante secretarios y abogados de la matrícula, recobraron su confianza en el sistema⁽⁶⁷⁾.

En la sociedad, el efecto fue claramente positivo. “Uriarte” trajo cierto orden que contribuyó directamente con el mantenimiento del servicio de justicia. Asimismo, alimentó la confianza de la ciudadanía en el respeto de la ley, especialmente de la Constitución, y de las garantías que en ella se encuentran (juez natural, independencia judicial y debido proceso).

6 Conclusiones

En el punto octavo de la parte dispositiva, la Corte, en el fallo “Uriarte”, estableció una serie de pautas para la designación de jueces subrogantes por parte del Consejo, “hasta tanto el Poder Legislativo sancione un nuevo régimen”.

Las mismas consistieron en lo siguiente: “a) para los juzgados de primera instancia, de acuerdo a los parámetros establecidos en el art. 1°, inciso a, de la ley 26.376, y b) para los restantes tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de acuerdo a los parámetros establecidos en el art. 2°, primer párrafo, de la ley 26.376, norma que remite al art. 31 del decreto ley 1285/58 (texto según ley 26.371); y a lo establecido en el art. 1° de la ley 26.372. Agotadas estas posibilidades, y en la medida en que no existan listas de conjuces que cumplan con los recaudos establecidos en este fallo, deberá convocarse a un magistrado jubilado (art. 16 de la ley 24.018) que haya sido nombrado de conformidad con lo previsto por la Constitución Nacional. A tales efectos, las cámaras, según fuero y jurisdicción, elaborarán un listado de jueces jubilados y la designación se hará por sorteo”⁽⁶⁸⁾. Y dejó en competencia de las cámaras todas aquellas subrogaciones

(66) Resoluciones 2/16 y 642/16.

(67) No es un dato menor que los jueces titulares que se encargan provisoriamente de otro Tribunal perciben un 30 % más de su salario habitual por dicha tarea.

(68) “Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro c. Consejo de la Magistratura de la Nación s/acción mere declarativa de inconstitucionalidad”, punto 8 de la parte resolutive.

que se extendiesen por hasta 60 días (subrogaciones breves), y las que se produjesen en causas en particular.

A su vez, en “Rizzo”, la Corte sostuvo que “en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables (arts. 2°, 4°, 18, 29 y 30 de la ley 26.855 y decreto 577/13) en el considerando precedente, mantendrá su vigencia el régimen anterior previsto en las leyes 24.937 y sus modificatorias 24.939 y 26.080”⁽⁶⁹⁾.

Ahora bien, si la función inherente del Poder Judicial es la jurisdiccional, y la función inherente del Poder Legislativo es la legislativa, habría un conflicto de poderes si la Corte “legisla” acerca de las pautas que seguir para la designación de subrogantes. Cuando la Corte declara inconstitucional una ley formal, emanada del Congreso de la Nación, sancionada en cumplimiento del procedimiento establecido en nuestra Constitución Nacional, ¿la normativa anterior a la que fue declarada inconstitucional vuelve a adquirir vigencia?

Esta pregunta ha tenido lugar dentro del ámbito judicial, y sobre todo del Consejo de la Magistratura de la Nación. Entiendo que, para mantener el equilibrio de poderes y fortalecer nuestro sistema republicano de gobierno, si una ley deroga a otra (de forma expresa o tácita –ley posterior deroga ley anterior–), esta última no vuelve a adquirir vigencia, a menos que así lo disponga el órgano competente para ello, que es el Congreso Nacional, mediante una nueva ley.

No hay que olvidar que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son para el caso en particular, y que,

(69) “Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c. Poder Ejecutivo Nacional Ley 26.855 s/medida cautelar”, consid. 42.

aun ampliando sus efectos, no le corresponde al Poder Judicial legislar.

Más allá de lo mencionado en los dos párrafos anteriores, hay que entender la postura de la Corte en el precedente “Uriarte”, que bajo un estado de situación conflictivo y en el ejercicio de sus competencias decidió, razonablemente, y “hasta que el Poder Legislativo sancione un nuevo régimen”, es decir, provisoriamente, reordenar un sistema tan delicado como es el de decidir quiénes van a ser las personas que juzguen sobre los derechos de la sociedad.

En estos dos años el Consejo ha designado jueces subrogantes amparándose en las pautas dispuestas por la Corte en “Uriarte” en reiteradas ocasiones⁽⁷⁰⁾, ya que se mantiene la incógnita acerca del cuerpo normativo que debe utilizarse.

En un estudio elaborado en conjunto por varias asociaciones se dijo que “la enorme cantidad de jueces subrogantes actualmente en funciones y la inacción de los poderes públicos para resolver esta grave deficiencia, son el fiel reflejo del fracaso no solo del Consejo de la Magistratura sino de todo el diseño del sistema de selección de jueces/zas”⁽⁷¹⁾.

Actualmente hay más de 230 vacantes sobre los 985 cargos de juez que se encuentran bajo la órbita del Con-

(70) Resoluciones del Plenario del Consejo de la Magistratura de la Nación 1/16, 2/16, 161/16, 638/16, 640/16, 641/16, 642/16, 8/17, 34/17, 82/17, 103/17, 104/17, 109/17, 124/17, 127/17, 165/17, 166/17, 168/17, 219/17, 255/17, 256/17, 257/17, 281/17, 282/17, 285/17, 287/17, 288/17, y 290/17.

(71) Principios para una reforma democrática del Consejo de la Magistratura, documento elaborado por ADC, ACIJ, CELS, CIPPEC, Poder Ciudadano y la Asociación de Usuarios y Consumidores, 16-3-10. Disponible en www.adc.org.ar/download.php?fileid=502.

sejo de la Magistratura de la Nación. Claramente, hay una responsabilidad del Consejo como institución, y de todo el sistema de selección de jueces, como bien se sostuvo en el informe mencionado. Esto nos obliga a replantearnos temas que incluso se han debatido en la jurisprudencia y han sido analizados en este artículo: integración del Consejo, cuáles han de ser sus funciones, duración en el cargo de sus integrantes, y, directamente relacionado con este trabajo, el sistema de selección de jueces y el régimen de subrogaciones.

Estoy convencido de que el Consejo de la Magistratura es la institución más apta para aportar calidad y transparencia a los procesos de selección de magistrados, pero para lograrlo necesita de un ordenamiento jurídico que le brinde herramientas suficientes y de una integración que le permita un funcionamiento ágil y objetivo en la toma de decisiones.

Ciertamente, el fallo “Uriarte” era necesario y fue positivo. Sin embargo, habiendo transcurrido dos años desde el dictado de la sentencia de la Corte, es menester el sancionar una ley en sentido material y formal que regule el régimen de subrogaciones y brinde un marco jurídico claro para el funcionamiento del Poder Judicial y para que todas las personas podamos, cada vez que ejercitemos nuestro derecho de peticionar ante las autoridades⁽⁷²⁾, recibir un servicio de justicia eficiente, cuya virtud ordenadora sea la justicia y contribuya con el bien común.

VOCES: PROCESO JUDICIAL - PODER JUDICIAL - JUECES - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA

(72) Art. 14, CN.

El conocimiento del vicio y su incidencia sobre la estabilidad del acto administrativo irregular^(*)

por CARLOS A. NIELSEN ENEMARK

En agradecimiento a Patricio Sammartino.

Sumario: 1. DESCRIPCIÓN DEL MÉTODO DE TRABAJO. – 2. PROBLEMAS RELATIVOS A CONSIDERAR EL CONOCIMIENTO DEL VICIO COMO EXCEPCIÓN A LA ESTABILIDAD DE LOS ACTOS IRREGULARES. – 3. DEFINICIONES TERMINOLÓGICAS. – 4. EL VICIO COMO NOCIÓN GENERAL. 4.1. DERECHO ROMANO. 4.2. DERECHO CIVIL. 4.2.1. El Código Civil y Comercial de la Nación unificado. 4.3. DERECHO COMERCIAL. 4.4. DERECHO PROCESAL. 4.5. DERECHO LABORAL. – 5. ANÁLISIS DE FUENTES REFERIDAS AL VICIO Y SU CONOCIMIENTO EN EL DERECHO PÚBLICO. 5.1. LA NORMATIVA. LA LEY 19.549. 5.2. EL CONOCIMIENTO DEL VICIO EN LA PRÁCTICA ADMINISTRATIVA. 5.2.1. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 5.2.2. Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal. 5.2.3. Procuración del Tesoro de la Nación. 5.3. ANÁLISIS SOBRE LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA, DE LA CÁMARA NACIONAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL Y DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN. 5.4. LA DOCTRINA. – 6. DESCRIPCIÓN DEL VICIO EN DERECHO PÚBLICO. 6.1. NOCIONES GENERALES. 6.2. EL ART. 14 DE LA LNPA. 6.3. LOS VICIOS EN LA VOLUNTAD DEL AGENTE. 6.4. CUESTIONES GENERALES DE VICIOS EN LOS ELEMENTOS DEL ACTO. 6.5. ANÁLISIS REFERIDO A UTILIZAR EN FORMA CONCOMITANTE LOS ASPECTOS SUBJETIVO Y OBJETIVO PARA DEFINIR EL VICIO DEL ACTO ADMINISTRATIVO. 6.6. EL VICIO EN LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD. 6.7. EL VICIO EN LOS DISTINTOS ELEMENTOS. 6.7.1. Criterios generales. 6.7.2. Los vicios en particular. 6.8. CARACTERÍSTICAS DEL VICIO. 6.9. MOMENTO DE OCURRENCIA DEL VICIO. 6.10. PROPIEDADES DEÍCTICAS DEL VICIO. 6.11. LA TEORÍA DE LOS ACTOS COLIGADOS. – 7. DISTINTAS SITUACIONES DEL VICIO. 7.1. EL VICIO IMPOSIBLE DE CONOCER. 7.2. ACTUACIÓN DEL PARTICULAR. 7.3. ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN. 7.4. CONVENIOS SOBRE LAS SITUACIONES VICIADAS. 7.5. TEORÍA DE LA APARIENCIA. 7.6. LA PRESUNCIÓN DEL CONOCIMIENTO DE LAS LEYES EN DERECHO PÚBLICO. – 8. REDISEÑO DEL INSTITUTO. 8.1. PRELIMINARES. 8.2. TEORÍA DE LA RELACIÓN DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA. 8.3. TIPIFICACIÓN DE LOS VICIOS. 8.4. LA BUENA FE EN EL CONOCIMIENTO DEL VICIO. TEORÍA SOBRE LA PRESUNCIÓN DE LA BUENA FE. 8.5. LA CULPABILIDAD. 8.6. IMPUTABILIDAD Y CONSECUENCIAS. 8.7. LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO Y LA TIPIFICACIÓN DE LOS VICIOS. 8.7.1. La suspensión. 8.7.2. La tipificación de los vicios. 8.8. CRITERIOS HERMENÉUTICOS. – 9. CONCLUSIONES. – 10. BIBLIOGRAFÍA.

1 Descripción del método de trabajo

Este trabajo tendrá por objeto analizar el origen, utilización, alcances y las consecuencias del sintagma *conocimiento del vicio*, desde que el uso de esta figura determinará la existencia de una nulidad y la posibilidad de revocar el acto en sede administrativa en vistas a mantener la vigencia de la juridicidad.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Una excepción a la estabilidad del acto administrativo irregular: el conocimiento del vicio por el interesado*, por GRACIELA ELENA CHRISTE, EDA, 01/02-665; *El acto administrativo perfecto. La conjunción de los elementos esenciales del acto administrativo en relación con su elemento teleológico*, por LUIS JOSÉ BÉJAR RIVERA, EDA, 2011-667; *El acto administrativo en el régimen nacional argentino: las bases constitucionales de sus requisitos esenciales*, por MIRIAM M. IVANEGA, EDA, 2013-544; *Precedentes para recordar. Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional de derecho*, por PATRICIO

Como método analítico, en primer lugar se estudiará el origen del instituto, a los fines de comprender su funcionamiento técnico en la actualidad.

Luego, se revisarán las fuentes de derecho administrativo donde figure el *conocimiento del vicio*: aquí, la normativa, la jurisprudencia y la doctrina.

Dentro de la jurisprudencia se analizará la práctica en la Corte Suprema, la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, y la Procuración del Tesoro de la Nación.

M. E. SAMMARTINO, EDA, 2014-724; *La suspensión del acto administrativo irregular con vicio no manifiesto que adquirió estabilidad*, por MARÍA LETICIA SIERRA LOBOS, EDA, 2015-610; *Suspensión administrativa de los efectos del acto administrativo estable en el Estado constitucional y social de derecho*, por FERNANDO GABRIEL COMADIRA, EDA, 2015-691. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(*) Tesina de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Tutor: Patricio M. E. Sammartino.

Asimismo, se aislará el concepto jurídico “vicio” para analizar cómo se da en distintos ámbitos del derecho, para observar cómo funciona el instituto y arribar a su naturaleza jurídica.

Como consecuencia del análisis precedente se efectuará una descripción del instituto en el derecho administrativo, las distintas situaciones que se generan al respecto del vicio y su conocimiento, y se propondrán algunos parámetros para su utilización o modificación.

Como método de investigación se analizará la práctica administrativa dada en los distintos poderes, en uso del criterio mixto de la función administrativa⁽¹⁾.

Asimismo, se revisarán los desarrollos doctrinales dados en otras ramas del derecho, y en especial, al derecho civil, ámbito jurídico al que recurrir para dar significado a ciertos términos del derecho administrativo.

2 Problemas relativos a considerar el conocimiento del vicio como excepción a la estabilidad de los actos irregulares

El instituto *conocimiento del vicio*, considerado en el art. 18 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo (LNPA) y aplicable, por razón jurisprudencial a los actos irregulares, entra en la categoría de *concepto jurídico indeterminado*, el que, aplicado al momento de desarrollar la actividad revocatoria en sede administrativa, debe ser definido por la Administración, aunque ello, sin bases normativas o pautas ciertas, más que la práctica administrativa dada en sede judicial y administrativa. Como correlato de ello, el *conocimiento del vicio* se emplea para revocar en sede administrativa los actos administrativos regulares e irregulares, que hubieran generado o no derechos subjetivos. De esta forma, el *conocimiento del vicio* es actualmente un instituto demasiado trascendente como para no contar con precisiones técnicas.

Asimismo, la descripción sobre los vicios contenida en los arts. 14 y 15 de LNPA es una mención a los supuestos en los que se puede dar el vicio, pero no es una tipificación de los casos de vicios, lo que impide catalogar la actividad dada con vicios y, consecuentemente, aplicar sanciones previstas normativamente, en forma posterior a algún análisis valorativo.

Luego, véase que, en derecho privado, la teoría de los vicios se asienta sobre el consentimiento, ya que este es

(1) COMADIRA, JULIO R., *Procedimientos administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2003, t. I, v. nota 2.

necesario para una relación entre partes iguales. Sin embargo, en derecho público no existe una teoría sobre la relación entre los particulares y la Administración y, por lo tanto, los vicios pautados en las normas pueden ser aplicados en forma genérica sobre cualquier situación, y por tanto, tales formas excluyen una imputación precisa de los términos legales, admitiendo la posibilidad de situaciones de arbitrariedad.

Debe considerarse también que en derecho público no se dan los mismos fundamentos que tienen las normas del derecho privado, por lo que las razones de aplicar vicios en uno y otro ámbito no deberían realizarse en forma idéntica.

La práctica administrativa ha admitido la aplicación de inferencias inválidas al momento de revocar actos irregulares bajo la excepción a la estabilidad por conocimiento del vicio, como por ejemplo, cuando se empleó la doctrina que dice que el particular conocía o debía conocer el vicio que invalidaba el acto, como se verá más adelante.

Por su parte, ante las numerosas maneras que tiene de manifestarse la Administración e influir positiva o negativamente sobre las situaciones jurídicas conformadas de los particulares, pueden darse distintos tipos de vicios y no todos son susceptibles de ser conocidos, lo que más se pone de manifiesto es que los vicios, si bien mencionados en la LNPA, no se encuentran tipificados.

En cuanto a la buena o mala fe que pudo haber tenido el particular durante el procedimiento administrativo, en la práctica administrativa tampoco se consideró que no existe una norma que confiera una sanción a la mala fe, y ello no sería sino una sanción aplicada sin fundamento normativo, lo que no es posible bajo el marco constitucional argentino.

También, al no haber previsiones normativas sobre la inculpabilidad, podrían existir supuestos donde el particular, para casos excepcionales y a los fines de resguardar principios superiores a los del procedimiento administrativo, provoque un acto administrativo viciado y, aun así, el acto deba ser revocado: con base en la estricta legalidad se podrían soslayar derechos que gozan de protección constitucional.

Estos son interrogantes que se plantean durante el estudio del instituto del conocimiento del vicio.

3 Definiciones terminológicas

El ámbito de análisis no excederá del ámbito de estudio del *acto administrativo* o de los efectos directos que se produzcan a raíz de los actos bilaterales. No se analizará el vicio que pueda darse en actos de alcance general, sean normativos o no. Desde luego, el conocimiento del vicio no resulta aplicable a los actos de alcance general, ya que no hay un sujeto conocedor del vicio particularizado hasta tanto esta norma de alcance general produzca efectos, así como que, desde lo jurídico, tampoco corresponde analizar la conveniencia o desacuerdo de decisiones políticas cuando un acto de alcance general viciado sería inconveniente.

Es decir, se estudiará el *conocimiento del vicio* en el ámbito del acto administrativo entendido como “declaración emitida por un órgano estatal o un ente público no estatal, en ejercicio de función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales sobre los terceros”⁽²⁾, sin perjuicio de que la LNPA tenga un criterio amplio del concepto de *acto administrativo*, el que resultó ser superado por la doctrina.

Si bien el *conocimiento del vicio* no tiene un desarrollo particularizado, más que algunas menciones marginales en cuestiones de otro grupo más genérico, como pueden ser las nulidades, entiendo que debería considerárselo como un instituto jurídico aislado de las demás nociones a las que se vincula, ya que la precisión sobre su alcance puede hacer variar la suerte que tenga la validez del acto.

A pesar de su mínimo desarrollo doctrinario y jurisprudencial, a los fines prácticos, lo denominaré *sintagma, instituto o locución*, términos que admiten aislar el concepto para convertirlo en un objeto de estudio. En un aspecto gramatical, resulta más precisa la utilización del término *sintagma*, ya que es un grupo sintáctico que le asigna caso al sintagma nominal, es decir, al vicio. Así, la construcción crearía la unidad “vicio-conocido” que es distinto de “vi-

cio” considerado en forma aislada. La utilización del concepto *locución* tiene una relación con la razón funcional y no con la categorial⁽³⁾, por lo que también sería propia su utilización, aunque ello visto desde el aspecto del contenido del término. Esto, como se verá más adelante, también sería una réplica de los presupuestos de fondo al respecto del instituto estudiado.

En cuanto a la expresión *nulidades*, me referiré indistintamente a las que sean predicables de los actos regulares como de los actos irregulares, ya que el *conocimiento del vicio* se proyecta por igual sobre los actos nulos de nulidad absoluta como sobre los actos anulables⁽⁴⁾.

4 El vicio como noción general

4.1. Derecho romano

En derecho romano los vicios se asientan en el consentimiento, tal como lo entendemos actualmente en el derecho civil argentino.

Se denominan elementos esenciales del negocio jurídico (*essentialia negotii*) a aquellos que hacen a su misma existencia, de modo tal que, si falta uno de estos, no existe el negocio jurídico en sí. Ellos son el sujeto, el objeto y la causa⁽⁵⁾.

Sin embargo, el derecho romano consideró más la manifestación de la voluntad que la voluntad en sí misma, de allí que se enfatizó en los modos en que se manifiesta el querer volitivo antes que el querer volitivo en sí mismo, ya que una voluntad no expresada no existe⁽⁶⁾.

A los vicios, en el consentimiento, se los consideraba conscientes o intencionales. Para la simulación, existía la reserva mental o la declaración *iocandi gratia*. Por su parte, los no intencionales eran error, dolo y violencia⁽⁷⁾.

A su vez, la simulación podía ser absoluta, en la que, si bien se expresa la voluntad, no se quiso llevar a cabo el negocio jurídico. Cuando era relativa, ocurría que la celebración del negocio intentaba ocultar al verdadero. Cuando causaba perjuicio a los acreedores, era fraude. El fraude confería dos acciones: de restitución (restituir las cosas que salen fraudulentamente del patrimonio del deudor, es decir, volverlas a su estado anterior al fraude), y la acción pauliana (revocación de la venta para poner los derechos y las cosas enajenados de modo fraudulento a disposición de los legítimos acreedores perjudicados por el negocio).

Asimismo, en derecho romano existía un principio fundamental de este: la publicidad del acto era necesaria para su oposición a terceros, en virtud de la solución de conflictos jurídicos y del tráfico jurídico en general.

Por eso, los romanos le daban preeminencia a la realidad, lo que luego derivaría en la teoría de la apariencia en derecho romano, y se consideraba, con efectos jurídicos, lo que se diera exteriorizado.

4.2. Derecho civil

En el derecho civil argentino, la teoría elaborada por VÉLEZ SANSFIELD sobre la validez de los actos jurídicos, tiene origen en la doctrina de SAVIGNY y subsiste hasta nuestros días⁽⁸⁾.

Esta teoría indica que el acto jurídico requiere la existencia de un sujeto (donde se revisa la capacidad y cómo se exterioriza una voluntad sin vicios), de un objeto, de una forma y de una causa.

Ahora bien, los vicios no se dan sobre los elementos, sino que ellos se subsumen en el elemento *sujeto*. Así, el acto es válido cuando se da sin afectaciones a la voluntad (discernimiento, intención, libertad), no haya dolo, error, violencia, intimidación y simulación (art. 954, cód. civil), y cuando exista una exteriorización de esa voluntad (art. 913, cód. civil). De esta manera, se conforma la voluntad jurídica, la que válidamente se configura si respeta los demás elementos, y lo hace en forma viciada si no lo hace:

(3) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Nueva gramática de la lengua española. Manual*, 1° ed., Buenos Aires, Asociación de Academias de la Lengua Española y Real Academia Española, Espasa, 2010, pág. 12 y sigs.

(4) Para un desarrollo más amplio sobre las nulidades, ver COMADIRA, JULIO R., *El acto administrativo...*, cit.

(5) COSTA, JOSÉ C., *Manual de derecho romano público y privado*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, pág. 376.

(6) *Ibidem*, pág. 377.

(7) *Ibidem*, pág. 382.

(8) CIFUENTES, SANTOS E. (h.), *Teoría general de los vicios en la voluntad*, LL, 2005-C-1408.

por ejemplo, sobre el objeto puede recaer el error; sobre la causa, el dolo; sobre la forma, la simulación.

No debe confundirse la voluntad psíquica con la voluntad jurídica, ya que si bien pueden existir actos involuntarios a nivel psíquico (olvido de pagar), ello puede tener repercusiones jurídicas (exigibilidad de la deuda)⁽⁹⁾.

Sin embargo, si hay vicios sobre la voluntad al momento en que esta se conforma, el acto estará viciado. “Se denominan vicios de los actos jurídicos a ciertos defectos congénitos de ellos, susceptibles de producir la invalidez de los actos que los padecen”⁽¹⁰⁾.

VÉLEZ SANSFIELD entendió que los vicios son sustanciales. Ellos son los practicados por un agente que no los haya celebrado con intención o libertad, o no lo haya hecho con buena fe. El codificador dejó de lado los vicios de forma porque no presentan una sistematización unitaria, atento a que son sumamente variados y acaban subsumiéndose en los denominados vicios sustanciales⁽¹¹⁾.

Los vicios sustanciales, a su vez, tienen dos grupos diferenciados: los vicios en la voluntad (error, dolo, violencia), que recaen en todos los actos voluntarios; y los defectos en la buena fe (simulación y fraude), que únicamente repercuten sobre los actos jurídicos⁽¹²⁾.

La teoría sobre la voluntad sin vicios de las partes en una relación jurídica tiene su razón en que ambas están en un pie de igualdad y, por tanto, requiere de una libertad individual sin vicios para conformar un acto jurídico válido⁽¹³⁾; y esto, como se verá más adelante, no resulta predicable sin más en una situación de derecho público.

Por ejemplo, el art. 900 del cód. civil dice: “[I]os hechos que fueron ejecutados sin discernimiento, intención y libertad no producen por sí obligación alguna”.

Tanto es el énfasis que el codificador puso sobre la voluntad que estableció la intención como elemento indispensable del acto voluntario –conf. arts. 897 y 900 del cód. civil– independientemente de cómo esta se manifestara⁽¹⁴⁾. Sin embargo, téngase presente que ello tiene su morigeración a los fines de la seguridad en el tráfico jurídico: por ejemplo, la víctima no puede alegar sino un error excusable (art. 929, cód. civil), la simulación de los actos jurídicos no afecta a terceros (art. 996, cód. civil), deben repararse los perjuicios que causa un acto inválido (art. 1056, cód. civil)⁽¹⁵⁾, o bien, en el caso de la reserva mental, donde el acto vale por lo que dice y no por lo que se piensa⁽¹⁶⁾.

En caso de que no exista identidad entre la intención del agente y el objeto del acto, el derecho civil resuelve que el acto es inexistente⁽¹⁷⁾, teoría que no es usada por la LNPA⁽¹⁸⁾.

Asimismo, en derecho civil no se identifica el *defecto* con el *vicio de la voluntad*, ya que el *defecto* es la ausencia del requisito, y el *vicio*, la imperfección que este puede padecer⁽¹⁹⁾.

También como vicio del acto jurídico, a partir de la ley 17.711 se definió la *lesión subjetiva*, vicio que estriba en la voluntad de quien resultara perjudicado en un acto jurídico, mediante la explotación de su necesidad, ligereza o inexperiencia, lo que se presume cuando existe una notable desproporción de las prestaciones⁽²⁰⁾.

En cuanto al conocimiento del vicio en el derecho civil, cabe decir que ese acontecimiento resulta inoponible por parte de quien debía o podría conocerlo.

Respecto de la jurisprudencia del ámbito civil, es interesante el fallo de la Corte Suprema respecto de las tierras donadas al Cacique Coliqueo y su tribu, cuya transmisión y escrituración suscitaron un debate jurídico sobre el conoci-

(9) *Ibidem*.

(10) LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, t. II, pto. 1710.

(11) *Ibidem*.

(12) *Ibidem*.

(13) SAUX, EDGARDO I., *La autonomía de la voluntad y los vicios del consentimiento: los proyectos europeos*, LL, 2010-E-857.

(14) LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de derecho...*, cit., pto. 1401.

(15) *Ibidem*, pto. 1402.

(16) *Ibidem*, pto. 1403. En derecho administrativo, resultaría innecesario un desarrollo sobre la reserva mental que pudiera tener el agente, en la medida en que la voluntad del agente es solo efectiva a los fines de materializar la competencia asignada al órgano, por lo que no es relevante analizar la ineficacia de la reserva mental del funcionario.

(17) *Ibidem*, pto. 1714.

(18) SAMMARTINO, PATRICIO M. E., *Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional de derecho*, EDA, 2014-724. Ver pto. VI, 2.2.3.

(19) LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de derecho...*, cit., pto. 1711.

(20) *Ibidem*, pto. 1472 y sigs.

(2) COMADIRA, JULIO R., *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2006, pág. 5.

miento del vicio en esta rama del derecho, los derechos reales, la responsabilidad del Estado y los deberes registrales: en este caso se había efectuado la venta de unas tierras que habían sido donadas en 1866 y 1868, por leyes 474 y 552 del Registro Oficial, por quien no era titular. Sin embargo, el adquirente, al ser una sociedad dedicada a la forestación, no podía desconocer la existencia de tales leyes cuando el título del vendedor había provenido de la irregular sucesión del Cacique Coliqueo. Es decir, el vicio en la transmisión de las tierras debía ser conocido por el adquirente, quien debió actuar con pleno conocimiento de las cosas en todo lo vinculado con la adquisición del inmueble⁽²¹⁾.

En líneas generales, el derecho civil entiende que los vicios de los actos jurídicos se dan sobre la voluntad de alguna de las partes, y eso se llama *vicios sustanciales*, ante cuya presencia el acto es susceptible de ser sancionado de nulidad o anulabilidad.

4.2.1. El Código Civil y Comercial de la Nación unificado

El Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley 26.994⁽²²⁾, utilizó el mismo esquema teórico que tiene el Código de Vélez Sarsfield, aunque dispone de institutos con leves variaciones y nuevas modalidades con respecto a los vicios en la voluntad y con respecto al acto jurídico considerado en sí mismo.

El nuevo Código mantiene la teoría que indica que los vicios se pueden dar en la voluntad de las partes en un acto jurídico, y que pueden existir, también, vicios de los actos jurídicos. Es decir, este nuevo cuerpo normativo dispone de las dos modalidades en que se puede manifestar el vicio: en la voluntad y en el acto jurídico en sí mismo.

Por un lado, en sus arts. 265 a 270, el nuevo Código tiene las previsiones respecto del *error como vicio de la voluntad*. Aquí, el error se caracteriza como error de hecho (art. 265), error reconocible (art. 266), error esencial (art. 267), error de cálculo (art. 268). Ante supuestos de error, la parte que incurrió en él no puede solicitar la nulidad del acto si la otra ofrece ejecutarlo con las modalidades y el contenido que aquella entendió celebrar (art. 269).

En los arts. 271 a 275, el Código unificado contiene las pautas referidas al *dolo como vicio de la voluntad*. Aquí contempló la acción y omisión dolosa (art. 271), el dolo esencial (art. 272) y el dolo incidental (art. 273). El primero es aquel que determina la voluntad de la contraparte y causa un daño importante. El segundo, cuando no determina a la voluntad y no afecta a la validez del acto. El último es aquel que no es determinante de la voluntad y, por ende, no afecta a la validez del acto.

Luego, en sus arts. 276 a 278, el Código establece la *violencia como vicio de la voluntad*. Aquí trata a la fuerza y la intimidación como causales de vicios en la voluntad (art. 276) y sus consecuencias (art. 278).

En cuanto a los vicios de los actos jurídicos considerados en sí mismos, en los arts. 332 a 342, el nuevo Código dispone los términos de la *lesión* (art. 332), que en el código anterior era llamada *lesión subjetiva*; la *simulación*, que puede ser lícita o ilícita y las reglas que aplican en caso de vulnerarse derechos de terceros y las consecuencias de ello (arts. 333 a 337); y por último, el *fraude*, respecto del cual se estipula la modalidad en que se declara su inoponibilidad, los requisitos de procedencia de la acción de inoponibilidad, los efectos frente a terceros, la extinción de la acción y la extensión de la inoponibilidad (arts. 338 a 342).

En resumidas cuentas, el nuevo Código, con respecto a los vicios que pueden afectar al acto jurídico, adoptó el modelo previsto en el Código anterior, aunque modificó la disposición en que estos se dan. El Código anterior preveía como vicios en la voluntad al error, dolo, violencia y simulación, y la lesión subjetiva. Como vicios del acto, la lesión subjetiva y el fraude. El nuevo Código dispone como vicios en la voluntad solamente al error, dolo y violencia (y no la simulación, que es considerada propia del acto jurídico). Y como vicios del acto jurídico, a la lesión, la simulación y el fraude.

4.3. Derecho comercial

En el art. 55 del cód. de comercio se prevé que los libros mercantiles que no cumplan con los requisitos formales que exige la norma “no tienen valor alguno en juicio en favor del comerciante a quien pertenezcan”.

En el art. 16 de Ley de Sociedades Comerciales 19.550 se establece la forma en que se pueden dar las nulidades respecto de la vinculación entre socios de una sociedad comercial.

El mismo cuerpo normativo, en su art. 251, indica: “Toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad por los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada. Los accionistas que votaron favorablemente pueden impugnarla si su voto es anulable por vicio de la voluntad”.

Esta norma importa adjudicar vicios a las resoluciones asamblearias que sean ilegales, y se tiene en cuenta cuál fue la voluntad de los intervinientes si existió vicio en la voluntad. Es decir, aplica un doble sistema: para que proceda la nulidad, la resolución asamblearia debe ser ilegal, y el voto favorable del accionista, dado con vicios de la voluntad.

Ahora bien, esta norma nada dice sobre el conocimiento del vicio, aunque únicamente admite defensas para aquellos accionistas ausentes y los que no hubieran votado favorablemente, por lo que, para la inteligencia de la ley, es irrelevante el conocimiento del vicio por el accionista, a menos que se hubiera dado el supuesto de la voluntad viciada.

En derecho comercial, si bien nada se dice expresamente en cuanto al conocimiento del vicio que pudieran tener un comerciante o un integrante de una sociedad, se puede ver que aquel que conocía la situación viciada no se puede beneficiar de ella, ni la puede alegar como causal de nulidad. De esto se desprende que existe una presunción de mala fe aplicable a aquel que conocía el vicio, de donde no se puede desprender ningún beneficio.

4.4. Derecho procesal

En el derecho procesal se encuentran los vicios en la forma más parecida a como los conocemos en derecho administrativo. Aquí puede observarse que los vicios recaen sobre actos procesales, en forma analogada a como recaen en el acto administrativo, aunque, naturalmente, aquí se dan en el contexto de un proceso judicial.

Por ejemplo, en el caso “Kehoe”, en vía incidental, se planteó una nulidad sobre el traslado de una demanda laboral, ya que se constató que la notificación no se había dado en el domicilio del demandado, por lo que habría quedado rebelde. Si bien se desprendió de las actuaciones que el demandado conocía la existencia de tal pretensión en los estrados, no conocía la jurisdicción, el fuero o la causa de esa demanda por haber sido dirigida a un domicilio distinto del suyo⁽²³⁾.

Aquí se observa que el elemento viciado es extraño a la voluntad de uno de los intervinientes en la causa, siendo que este recae sobre un acto procesal.

Igual tesis se adoptó en la causa “González Terragona”, también de índole laboral: el demandado se agravó de haber sufrido un embargo sin tener noticia de la medida judicial. La Corte resolvió que ello atentaba contra la propiedad, el debido proceso y la defensa en juicio⁽²⁴⁾.

La doctrina procesalista determina que, a partir del conocimiento del acto viciado, comienza el plazo impugnatorio y, por tanto, el de prescripción de la acción⁽²⁵⁾.

4.5. Derecho laboral

En derecho laboral, al no haber previsiones específicas sobre los vicios de los actos jurídicos, también se piensa que ellos se dan sobre el consentimiento, lo que tiene consecuencias en el acto jurídico. En particular, se habla de los mismos vicios que en el derecho civil: error, dolo, violencia, simulación. Además, en derecho laboral existe un énfasis marcado en el instituto de la lesión subjetiva y, lo que es interesante, sugiere que existe una normativa con mínimos y máximos para evitar excesos o defectos en distintos supuestos.

De todas formas, los vicios en el ámbito laboral no tienen un desarrollo teórico diferente al del derecho civil y su conocimiento por las partes no dispone de consecuencias

(23) CS, “Kehoe, Carlos G. c. Droguería del Centro S. A.”, Fallos: 320:448 (1997).

(24) CS, “González Terragona, Mónica M. y otro c. Nazar y Compañía S. A. y otro”, Fallos: 315:2584 (1992).

(25) PALACIOS, LINO E., *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, t. IV, págs. 162/163.

en sí mismas, sino que ello tiene igual solución a la que se da en ese ámbito⁽²⁶⁾.

5 Análisis de fuentes referidas al vicio y su conocimiento en el derecho público

5.1. La normativa. La ley 19.549

La LNPA asumió dos modos para verificar los vicios que pueden revestir los actos jurídicos. Por un lado, el análisis de vicios en la voluntad, los que pueden ser predicados respecto de la voluntad que tenga el agente (error, dolo, violencia, simulación)⁽²⁷⁾. Por otro, los vicios sobre los elementos del acto, lo que ha llevado a una forma moderna de anulación.

La verificación de los vicios en la voluntad de alguna de las partes fue el esquema habitual en el derecho para aplicar una sanción de nulidad. Esto tiene sentido en la medida en que existe un doble juego de igual altura: ambas partes, para estar en pie de igualdad, deben disponer de una voluntad sin vicios para que exista un acuerdo de voluntades amparado por la ley. Entonces, la voluntad es equivalente en ambas partes (justicia conmutativa).

Sin embargo, para el derecho público es menos relevante que los vicios recaigan sobre la voluntad de una de las partes, porque en el ejercicio de las potestades administrativas hay una parte que se encuentra en una posición jerárquica diferente de la otra (justicia distributiva). De allí que la voluntad sin vicios del agente es relevante cuando se trate de actividad eminentemente discrecional, lo que se motrera para el caso de la actividad reglada⁽²⁸⁾.

Así las cosas, la LNPA, en consonancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés y la doctrina nacional⁽²⁹⁾, dispone que los actos son nulos de nulidad absoluta cuando se dictan en incompetencia, carecen de causa, o existe una violación a la ley aplicable, formas esenciales o finalidad. Similar solución tiene la ley española de procedimientos administrativos al calificar de nulos aquellos actos que tengan vicios en la competencia, objeto o procedimiento.

Al respecto del régimen de invalidez del acto administrativo, SAMMARTINO⁽³⁰⁾ expuso que “el acto administrativo es una estructura jurídica formada por un elenco de *piezas indispensables* que funcionan coetánea e interconectadamente. Estas piezas —que en el lenguaje técnico se las conoce como *requisitos esenciales* del acto administrativo (arts. 7° y 8°, LNPA)— reposan sobre un presupuesto, la voluntad sin vicios del emisor del acto (art. 14, LNPA). La observancia de este presupuesto y de los recaudos jurídicos —formales y materiales— indispensables, condicionan la validez del acto administrativo” (la cursiva pertenece al original).

Bajo tales parámetros, continúa exponiendo el autor, la LNPA, aun cuando el acto pueda padecer un defecto leve, es “intangible en sede administrativa” cuando este hubiera sido notificado y generado derechos subjetivos. Esta característica se denomina inmutabilidad o estabilidad, la que tiene excepciones: que el interesado hubiera conocido el vicio; que la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorezca sin causar perjuicio a terceros, y que el derecho se hubiera otorgado expresa y válidamente a título precario. La estabilidad no obsta a que se promueva la revisión o anulación del acto regular viciado en sede judicial⁽³¹⁾.

Con respecto a la “grave ilegitimidad que acarrea la ausencia (o el vicio grave) de un requisito esencial del acto administrativo, determina una discordancia de tal magnitud con la norma condicionante que le impone a la Administración el deber de declarar, por sí y ante sí (art. 17, primera parte, LNPA), la *invalidez* del acto, como principio, o, subsidiariamente, a postular una pretensión judicial con ese objeto”⁽³²⁾ (la cursiva pertenece al original).

(26) GOLDÍN, ADRIÁN (dir.), *Curso de derecho del trabajo y la seguridad social*, Buenos Aires, La Ley, 2013, págs. 258/259.

(27) Las modificaciones previstas en el nuevo Código Civil y Comercial unificado no han producido efectos en cuanto a los términos utilizados en esta parte de la ley 19.549.

(28) COMADIRA, JULIO R., *El acto administrativo...*, cit.

(29) MAIRAL, HÉCTOR, *Los vicios del acto administrativo y su recepción por la jurisprudencia*, LL, 1989-C-1014.

(30) SAMMARTINO, PATRICIO M. E., *Precisiones sobre la invalidez...* cit., ver pto. VI. 2.3.

(31) *Ibidem*, pto. VI. 2.1.

(32) *Ibidem*.

(21) CS, “Terrabón S. A. c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 320:1571 (1997).

(22) B.O. N° 32.985 del 8-10-14.

Es entonces que la declaración de invalidez que tenga fundamento en una ilegalidad grave tiene por consecuencia el restablecimiento del imperio de la juridicidad, como se decidiera en los casos “Furlotti”⁽³³⁾ y “Astilleros Mestrina”⁽³⁴⁾, lo que implica expulsar al acto irregular del ordenamiento jurídico. Cuando se dan estos supuestos, la Administración “dispone la nulidad del acto por cuyo conducto el acto pierde, de manera definitiva, su eficacia jurídica. Concretamente, la nulidad acarrea la *ineficacia definitiva* del acto administrativo”⁽³⁵⁾.

Para arribar a estos extremos, el criterio de la LNPA para discernir los tipos de nulidades “se vincula con la existencia o no de los distintos elementos esenciales que estructuran el acto administrativo, pero también, se anuda con el grado o intensidad que exhiba el defecto”⁽³⁶⁾.

Estas son las pautas que confiere la LNPA para identificar qué tipo de invalidez puede afectar al acto, siendo que “un vicio grave en alguno de los elementos esenciales desemboca en una ilegalidad invalidante que trae aparejada la nulidad y la consiguiente ineficacia definitiva del acto”⁽³⁷⁾.

5.2. El conocimiento del vicio en la práctica administrativa

5.2.1. Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema no se pronunció sobre el conocimiento del vicio sino hasta al caso “Almagro”⁽³⁸⁾, donde se adoptó la posición que ya utilizaba la Procuración del Tesoro⁽³⁹⁾, por la que se extendía a los actos irregulares (art. 17, LNPA) la excepción a la estabilidad del conocimiento del vicio, prevista para los actos regulares (art. 18, LNPA).

Se analizará cómo era la jurisprudencia en forma previa a “Almagro” y cómo se desarrolló posteriormente.

En forma previa, la razón del conocimiento del vicio se explicó en torno al art. 902 del cód. civil (el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas es correlativo con la dimensión de la obligación que asuma el obligado), o también se requería que exista un reconocimiento del vicio en los presupuestos fácticos, es decir, que existan conductas que superen el error meramente opinable, en violación a los presupuestos externos de validez, lo que se refrenda considerando la existencia de fraude u ocultación maliciosa: de esto se desprende que el acto no disponía de cosa juzgada en los términos pautados en “Carman de Cantón”⁽⁴⁰⁾. Sin embargo, esa estabilidad, en casos de evidente ilegitimidad del acto administrativo, cedía aun en sede administrativa⁽⁴¹⁾.

En el caso “Puch”, un caso de previsión social donde el actor había accedido a un beneficio de retiro voluntario, aunque posteriormente continuó trabajando y haciendo aportes a la caja, se puso a juicio si podía percibir la jubilación quien hubiera continuado trabajando luego de recibido el beneficio, para lo que hubiera sido necesario revocar el acto regular que generaba derechos. Aquí la Corte argumentó que el acto que había sido dictado en ejercicio de facultades regladas y conforme a los recaudos para su validez, en cuanto a forma y competencia, debía tenerse por firme e inamovible, es decir, era improcedente lo que hoy conocemos como revocación o anulación, máxime si no hubo error grave que supere lo meramente opinable en cuanto a formas, soslayándose la situación de que hubiera mediado fraude u ocultación maliciosa⁽⁴²⁾. Esta lógica resulta llamativa, en la medida en que, a contrario de lo argumentado, la existencia del conocimiento del vicio excluiría la posibilidad anulatoria.

En “Hochbaum”, caso en el que se debatía la posibilidad de dejar sin efecto un diploma de médico otorgado por la Universidad de Buenos Aires cuando se pudo demostrar la falsificación de un acta de examen, como consecuencia de la cual se dio indebidamente por aprobada una materia, la que no se había aprobado, además de establecer que los

antecedentes fácticos viciados pueden acarrear la nulidad del acto, se determinó que ante esas graves irregularidades es procedente la revocación en sede administrativa⁽⁴³⁾, lo que, en cierto sentido, significó un apartamiento de la doctrina de la estabilidad de los actos conformada en “Carman de Cantón”.

En “Pustelnik”, el máximo tribunal federal analizó las razones por las que se había dictado la revocatoria por el intendente Municipal de la Ciudad de Buenos Aires de una resolución del Secretario de Obras Públicas. En este fallo, que sigue las pautas de “Carman de Cantón”, la Corte extendió el argumento referido al grave error de derecho a los actos anulables: si el acto tenía apariencia de legitimidad, no era posible pensar en su revocación, atento a que este no evidenciaba vicios, apoyándose sobre el argumento de que los actos anulables del derecho administrativo se basan en la ausencia de notoriedad para adquirir esa *anulabilidad*, como puede ocurrir en el derecho civil, y, así, determinar la razón de oportunidad, mérito o conveniencia por la cual se revocó el acto, ya que este no era irregular⁽⁴⁴⁾.

En el caso “Hernández” se inscribió a una alumna en una Escuela Nacional bajo una normativa derogada, lo que constituía un vicio grave en dicha inscripción. La Corte resolvió en única consideración al art. 17 de la LNPA y, por tanto, aplicando la doctrina de la cosa juzgada administrativa. El lado importante del caso (más allá de la ilegitimidad de aplicar normas derogadas) es que en ningún momento se polariza la cuestión sobre el particular, ni sobre su deber de conocer la normativa aplicable o sobre sus conductas u omisiones para provocar el error en el acto viciado, sino que el argumento se centra en la cosa juzgada administrativa⁽⁴⁵⁾.

En el caso “Stamei”, en el que se puso en debate el reclamo indemnizatorio formulado por el adjudicatario de una obra pública, al obviarse la licitación pública durante la contratación, la Corte menciona que “la empresa asumió conscientemente el riesgo de la posterior declaración de nulidad ‘pues concurrió sin reserva alguna y sin que su voluntad estuviera afectada por vicio alguno a la formalización del acto, con pleno conocimiento, mucho más allá del que establece la presunción legal por razones de su especialización en la materia, de las normas que rigen tales contrataciones’”⁽⁴⁶⁾. En esto se puede observar que, al existir un deber de conocer la normativa, los riesgos le son imputables al particular: el conocimiento que pueda haber del vicio, cuando este debía ser conocido, sus consecuencias no son sino aplicables sobre quien debía conocerlo. De todas formas, esto se dice como *obiter dictum*, sin ánimo de configurarse como doctrina del caso.

En el caso “Tele Cable Color”, en el que el Comité Federal de Radiodifusión (COMFER) había sancionado a la empresa por emisiones clandestinas, usó la siguiente locución: “el pleno conocimiento que la actora tenía o debía tener de la ilegalidad de su conducta y de la sanción de decomiso que le correspondía”⁽⁴⁷⁾. Es decir, se supone que si no la conocía, debía conocer la ilegalidad que pesaba sobre su conducta, pauta civilista que fue replicada en numerosos dictámenes de la PTN, como luego se describirá.

En el año 1998 se dio el caso “Almagro”⁽⁴⁸⁾ y se estableció jurisprudencialmente una regla distinta a las expresamente previstas en la LNPA, de modo tal que fuera posible revocar, en sede administrativa, los actos administrativos irregulares cuando el particular conocía el vicio que padecía dicho acto.

En este caso, dos agentes de la planta de personal de la Universidad Nacional de Córdoba habían sido designadas en su cargo mediante la resolución 374/95, norma que fue posteriormente revocada en sede administrativa. Allí, por recurso directo previsto en el art. 32 de la ley 24.521, previno la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba e hizo lugar a la pretensión de las accionantes. Para así resolver, la Cámara entendió que el consejo superior de la Universidad no estaba habilitado para revocar los actos de designación, porque estos estaban firmes y consentidos y habían generado derechos subjetivos que estaban en cum-

plimiento; que, para dejar sin efecto las designaciones, la Universidad tuvo que haber acudido a la vía judicial por lesividad. También indicó que la instancia se había abierto para examinar la legalidad de estas resoluciones y que de las constancias no se podía expedir sobre la nulidad, y menos expedirse sobre el alegado conocimiento del vicio.

La Corte Suprema, en el considerando quinto de la sentencia, indicó que los arts. 17 y 18 de la LNPA deben ser interpretados armónicamente, lo que conduce a sostener que las excepciones a la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el mencionado art. 18 —entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado— son igualmente aplicables al supuesto del art. 17, primera parte.

Los argumentos utilizados para así decidir son dos: (i) si así no se extendieran los supuestos de excepción a la estabilidad a los actos irregulares, el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular, lo que no sería una solución razonable ni valiosa, y (ii) que una inteligencia meramente literal y aislada de las normas antes indicadas llevaría a la conclusión de que habría más rigor para revocar un acto nulo que uno regular, cuya situación es considerada por la ley como menos grave.

Con tales valoraciones, se remitió la causa al tribunal de origen a fin de que se dictara un nuevo pronunciamiento con el alcance indicado⁽⁴⁹⁾.

Con este fallo se consagró jurisprudencialmente la posibilidad de que en sede administrativa se revoque un acto irregular cuando el interesado conocía el vicio, excepción que, normativamente, solo aplicaba para actos regulares.

El resultado del dictado del fallo en “Almagro” significó pasar del Poder Judicial al Poder Ejecutivo la tarea de determinar la existencia del conocimiento del vicio en un acto administrativo, ello, en una inteligencia distinta de la prevista en la LNPA, bajo un razonamiento que podría tener apariencia de validez, aunque en realidad carecía de ella.

En “El Rincón de los Artistas” se trató un caso en el que, mediante la licitación pública 28/92, se contrataría el servicio de comedor y cafetería del Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas, lo que se hizo con diversas irregularidades. Ante la demora del titular del hospital de firmar el contrato de la licitación, la actora intimó por carta documento a que así se actuara. En ese estado, el interventor del hospital dictó la resolución 101/94, por la que dejó sin efecto la licitación pública 28/92, intimó al exconcesionario a que en 60 días desocupara el local y autorizó un nuevo llamado a licitación. Contra esta resolución, la actora agotó la instancia administrativa y se presentó en sede judicial, demandando su nulidad. A esto, el hospital interpuso la acción de lesividad.

El juez de primera instancia hizo lugar a la acción de lesividad y rechazó la demanda interpuesta por la recurrente, lo que fue confirmado por la Cámara.

Además de resolver sobre las formalidades preestablecidas y los contenidos impuestos por normas que prevalecen sobre los pliegos en las contrataciones públicas, hizo una consideración relevante respecto de la extinción de los actos administrativos. En el consid. 20, y respecto de la prórroga que se concediera sobre los pliegos nulos, se hizo extensiva la nulidad de estos a los actos administrativos que de ellos se desprendan, ya que el acto de prórroga tendría por causa un pliego nulo. Y esto aplicando las consideraciones dadas en el caso “Almagro” sobre el conocimiento del vicio.

5.2.2. Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal

Hacia el año 1988, la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal se anticipó doctrinariamente a la Corte Suprema y a la Procuración del Tesoro de la Nación al aplicar la excepción a la estabilidad de los actos irregulares cuando el interesado conocía el vicio. La mala fe no puede ser presumida y, por ende, no todo acto viciado dispone de un vicio cognoscible y conocido, por lo que en cuestiones opinables no corresponde la sanción revocatoria⁽⁵⁰⁾.

En la sala IV se dijo: “No se ignora lo que establece la última parte del art. 17 de la ley 19.549. Pero se ha interpretado al respecto que la excepción a la facultad re-

(33) CS, “Furlotti”, Fallos: 314:322 (1991).

(34) CS, “Astilleros Mestrina S.A. de CYRNICYF c. Estado Nacional Ministerio de Economía s/cobro de sumas de dinero”, del 14-9-10.

(35) SAMMARTINO, PATRICIO M. E., *Precisiones sobre la invalidez...*, cit.

(36) Ídem.

(37) Ídem.

(38) CS, “Almagro, Gabriela”, Fallos: 321:169 (1998).

(39) GUERRERO, ALEJANDRO, *El conocimiento del vicio por el Administrado y la estabilidad del acto administrativo irregular. Reflexión crítica en torno de los arts. 17 y 18 de la Ley de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, ReDA, N° 17, pág. 571 y sigs.

(40) CS, “Carman de Cantón”, Fallos: 175:368 (1936).

(41) CS, “Cáceres Cowan”, Fallos: 250:491 (1961); “O’Brien”, Fallos: 255:231 (1963); y “Puch”, Fallos: 265:349 (1966), entre otros.

(42) CS, “Puch”, Fallos: 265:349 (1966).

(43) CS, “Hochbaum, Salomón I.”, Fallos: 277:205 (1970).

(44) CS, “Pustelnik, Carlos A.”, Fallos: 293:133 (1977).

(45) CS, “Hernández, María E. J. c. Escuela Nacional de Bellas Artes ‘Manuel Belgrano’”, Fallos: 305:2170 (1983).

(46) CS, “Stamei S.R.L. c. Universidad Nacional de Buenos Aires”, Fallos: 310:2278 (1987).

(47) CS, “Tele Cable Color S.A. c. Comité Federal de Radiodifusión”, Fallos: 320:1022 (1997).

(48) CS, “Almagro, Gabriela”, Fallos: 321:169 (1998).

(49) Ídem.

(50) CNCont-adm. Fed., sala III, casos “Guarrochena” del 5-4-88 y “Wainstein” del 11-5-89, citados en COMADIRA, JULIO R., *Procedimientos administrativos*, cit., pág. 365.

vocatoria allí prevista debe ceder cuando al administrado hubiera conocido el vicio, ello por aplicación de lo dispuesto en tal sentido en el art. 18 de la ley citada para la revocación del acto regular, conclusión jurídica razonable si se advierte que no puede tener un trámite más severo la situación considerada por la ley como menos grave (confr. esta Sala, ‘Schvetz’, ‘Campoamor’ y ‘Bidart’, del 15-3-85, 14-5-85 y 7-4-89)⁽⁵¹⁾.

Luego del mencionado fallo “Almagro”, la sala IV de la CNCont-adm. Fed. replicaba textualmente la doctrina labrada en ese precedente de la Corte Suprema en el caso “Villalonga Furlong”⁽⁵²⁾. Igual tesitura mantuvo esta sala en el caso “Peña Onganía”⁽⁵³⁾.

La sala V, en la causa “Galzagorri”, replicó también el criterio dado en la causa “Villalonga Furlong” al respecto de la utilización del conocimiento del vicio como habilitante para proceder en sede administrativa a la revocación de los actos irregulares⁽⁵⁴⁾.

De esta revisión jurisprudencial de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, se puede concluir lo siguiente: mientras en esta Cámara se recurría a la utilización del criterio al respecto del conocimiento del vicio como causal de revocación en sede administrativa del acto irregular, la PTN estribaba en la doctrina de la connivencia dolosa, mientras en la Corte Suprema, aún no se había dado la sentencia en la causa “Almagro”. Al momento en que se emitió esta sentencia por el máximo tribunal federal, hacía ya una década que la Cámara estaba aplicando esta doctrina.

5.2.3. Procuración del Tesoro de la Nación

La Procuración del Tesoro de la Nación usó distintas locuciones para referirse al conocimiento del vicio. Una parte de la doctrina los llamó *estándares hermenéuticos*⁽⁵⁵⁾. Sin embargo, el máximo organismo asesor no utilizó siempre el mismo criterio, ni tampoco se pueden distinguir épocas en que unos criterios fueron remplazados por otros. Se utilizaron en forma aislada, sin un patrón uniforme o pautas que indiquen precisiones al respecto del alcance del conocimiento del vicio. Se puede apreciar que, en cada caso, se adaptó el tratamiento del conocimiento del vicio según como fueran las circunstancias dictaminadas.

En el año 1985, la Procuración entendió que era necesaria la existencia de una connivencia dolosa entre el funcionario y el particular para hacer caer la estabilidad del acto administrativo. En un caso donde se debatían salarios caídos, dijo: “Si el interesado hubiere conocido el vicio que contiene el art. 18 de la ley 19.549, conduciría –partiendo de la base de que nuestro ordenamiento jurídico no admite el error o ignorancia de derecho– a sostener que ningún acto viciado de ilegitimidad, en tanto se trate de cuestiones de puro derecho, es estable en sede administrativa; lo cual desnaturalizaría el sentido de las normas en juego que tiende, precisamente, a garantizar la estabilidad del acto. Dentro de tal marco de referencia, se ha entendido en doctrina que no basta el mero conocimiento que el particular tenga del vicio para que este carezca de estabilidad, requiriéndose específicamente connivencia dolosa entre el funcionario y el particular, con relación al acto de cuya revocación se trata”⁽⁵⁶⁾.

En algún caso, se habló de la entidad del vicio acreditado, el que no podía ser desconocido, tornando aplicable la excepción a la irrevocabilidad, haciendo cita de Dictámenes 170:155⁽⁵⁷⁾.

En otra situación, en la que la decisión administrativa 446/99 dio origen a la disposición ex-SSGP 61/00, por la cual se favoreció retroactivamente a funcionarios de carácter político o extrasalariales, con respecto a requisitos que debían cumplir para el ascenso, el uso del conocimiento del vicio se fundó en el análisis de las circunstancias y los hechos que llevaron al firmante a la convicción, por aplicación del principio de la sana crítica, de que los interesados conocían el vicio del acto atacado, ya que la

normativa condicionante había sido anulada y los particulares eran personas altamente especializadas en aspectos de la Administración pública⁽⁵⁸⁾.

También en un caso en el que la normativa imponía, como requisito de ascenso de un agente, la intervención y calificación de la Comisión Permanente de Carrera Administrativa en forma previa a conceder el ascenso, lo que fue omitido a pesar del ascenso concedido, se desprende (de peticiones para que intervenga determinado organismo) que el particular debía conocer que esa intervención era obligatoria, por lo que “se advierte” que la interesada no podía desconocer el vicio, lo que merece una sanción a su mala fe. Aquí se infiere que el particular hizo un juicio de validez al respecto de la norma aplicable al caso concreto y que la quiso violentar, ello armado con la construcción impersonal “se advierte”⁽⁵⁹⁾.

En otro caso dado en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, al respecto de una designación como conciliador laboral en la que el interesado anotó un dato falso en una declaración jurada, se dijo que el falseamiento de declaraciones juradas implicaba conocer el vicio, ya que la voluntad de la Administración queda excluida por provocar el particular un error esencial⁽⁶⁰⁾. Si bien el interesado, en este caso, actuó con dolo, la Procuración únicamente dio tratamiento al error provocado por administrado, de donde concluyó que existiría conocimiento del vicio por su parte.

Al analizar la adjudicación de una licencia de radiodifusión a una Universidad, cuando la ley 22.285 no lo preveía como uno de los supuestos posibles, la PTN entendió que el particular conocía el vicio, apriorismo extraído de la confrontación de la norma con la conducta, por lo que el acto debía ser revocado, ya que existió un error sobre el derecho aplicable⁽⁶¹⁾.

En otra circunstancia, referida a la percepción de un adicional por título de un agente que había dejado de prestar servicios en el año 1979, ello mediante la incorrecta aplicación retroactiva del decreto 361/90, se determinó que no hubo elementos que fehacientemente acreditaran el conocimiento del vicio por parte del particular, por lo que, si bien se dio una ilegitimidad en la solución adoptada en el ámbito ministerial, debía promoverse la acción de lesividad. En este caso, téngase presente que se dieron tres dictámenes en sentido favorable al particular antes de llegar el expediente a la Procuración del Tesoro⁽⁶²⁾.

En un caso de contratos administrativos, el máximo organismo asesor entendió que el conocimiento del vicio se presume al confrontar el acto viciado con el orden jurídico cuando exista un vicio que sea manifiesto, por lo que debe darse una sanción a la mala fe del particular. Dice la PTN al respecto de sus dictámenes previos: “... invocando doctrina de la Corte Suprema, se expresó que la estabilidad del acto administrativo cede ante errores manifiestos de hecho o de derecho que van más allá de lo opinable, caso en el cual no pueden hacerse valer derechos adquiridos, ni cosa juzgada, ni la estabilidad de los actos administrativos firmes y consentidos, toda vez que la juridicidad debe prevalecer por sobre la seguridad precaria de los actos administrativos que presentan vicios graves y patentes, manifiestos e indiscutibles, y que, por ello, ofenden el interés colectivo primario (conf. Fallos: 265:349⁽⁶³⁾)”⁽⁶⁴⁾.

En una contratación directa con vicios en la competencia de la autoridad que aprobó el contrato (en el caso particular, una contratación directa aprobada por el entonces jefe de la Policía Federal, cuando le correspondía al titular de la jurisdicción donde se incardinaba la institución), en nada se fundó el conocimiento del vicio, pero la revocación se dio por hacer imperar la legalidad y no como una sanción a la mala fe que pudo haber tenido el particular⁽⁶⁵⁾.

Al momento de resolver sobre un reintegro económico para agentes que tuvieran que utilizar guarderías para sus hijos, se determinó que la norma creadora del mencionado reintegro había sido emitida en incompetencia. Allí se dijo que los beneficiarios tenían pleno conocimiento del vicio o debieron tenerlo, por lo que correspondía la revocación del acto, por entenderse que existía un vicio de incompe-

tencia y de violación a la ley aplicable, máxime cuando existen errores manifiestos de hecho o de derecho⁽⁶⁶⁾.

En otra oportunidad, al analizar resoluciones del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas, que habilitaban al pago en efectivo a agentes suspendidos, en contra de la ley 22.328, y la conducta del particular para percibir las sumas que no le correspondía percibir de esa manera, sino mediante el sistema de consolidación de deudas establecido por la ley 25.344, se entendió que este conocía el vicio al haber inconsistencias palmarias entre sus presentaciones y sus conductas: había manifestado su consentimiento para consolidar deudas, aunque luego las había percibido en efectivo. Aquí se fundó la revocación por el resguardo a la legalidad⁽⁶⁷⁾.

5.3. Análisis sobre la doctrina de la Corte Suprema, de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal y de la Procuración del Tesoro de la Nación

La Procuración del Tesoro de la Nación no trató al conocimiento del vicio como un instituto de la LNPA que tuviera un alcance definido, no le dio un concepto uniforme, ni hizo un desarrollo sistemático sobre su uso o alcances, ni tampoco una utilización por períodos de las distintas formas en que se explicó el modo en que puede conocerse el vicio. Por momentos, se utilizaron algunas figuras y, de acuerdo con las distintas circunstancias que revestía el tema analizado, la manera de explicar por qué el particular conocía el vicio fue cambiando.

Sin embargo, RODRÍGUEZ hizo una sistematización sobre los usos de la PTN al respecto del instituto: entiende que existen ocho estándares hermenéuticos al respecto del conocimiento del vicio: a) el conocimiento del vicio como connivencia dolosa; b) el conocimiento del vicio como ausencia de buena fe; c) el conocimiento del vicio como mala fe; d) el conocimiento del vicio sustentado en la entidad del vicio; e) el conocimiento del vicio no puede derivarse de la presunción general del conocimiento del derecho; f) el conocimiento del vicio no requiere mala fe; g) el conocimiento del vicio como mero contraste con el orden jurídico; h) indicios razonables de que el particular conocía el vicio⁽⁶⁸⁾.

Esta compilación de criterios hermenéuticos al respecto del conocimiento del vicio se podría agrupar también sintéticamente de esta forma: a) la mala fe en el conocimiento del vicio, comprensivo de la connivencia dolosa; b) el conocimiento del vicio no puede derivarse de la presunción general del conocimiento del derecho; c) el conocimiento del vicio como mero contraste con el orden jurídico.

Más allá de las distintas categorías en que se pueda agrupar la manera en que se sistematizó el instituto, la que, por la cantidad de veces utilizada tuvo mayor prevalencia, fue la siguiente construcción: *el particular conocía o debía conocer el vicio, por lo que esa mala fe debe ser sancionada*.

Al desmembrar este modo de razonar se pueden observar las siguientes inconsistencias.

En primer lugar, la presunción del conocimiento del vicio no es una presunción legal, no tiene origen normativo, por lo que no sería posible que opere en derecho administrativo una presunción de ese tipo con vistas al principio de legalidad.

Luego, en segundo lugar, si bien las leyes se presumen conocidas, no es posible extraer esa presunción de manera omnímoda al respecto del vicio, ya que eso implica una valoración y una contraposición entre la conducta desarrollada y la norma aplicable. Ese juicio de valor sobre la conducta desarrollada no es lo mismo que el mero conocimiento de la norma: uno es conocer la norma, lo otro implica un juicio de valor sobre una conducta. Lo que supone la locución *debía conocer* es que el particular tuvo que haber hecho ese juicio, asunto que se termina resolviendo en un subsecuente juicio de valor por parte de la Administración sobre algo imposible de conocer y por ende, incierto.

En tercer lugar, con una definición arbitraria o carente de contenido normativo, que es lo mismo, de la construcción “lo que conocía o debía conocer el particular” se impone un juicio de valor sobre lo que efectivamente realizó

(51) CNCont-adm. Fed., sala IV, autos “Peredo, Rodolfo c. OSPLAD s/ juicio de conocimiento”, del 5-10-93.

(52) CNCont-adm. Fed., sala IV, “Villalonga Furlong S.A. c. Encotel s/ contrato administrativo”, causa 51.619/95, del 8-4-99.

(53) CNCont-adm. Fed., sala IV, “Peña Onganía, Matías Guillermo c. E.N. –M° Justicia– CS– Resols. 1411 y 3185 s/ empleo público”, del 26-3-09.

(54) CNCont-adm. Fed., sala V, “Galzagorri, Ricardo Oscar c. Lotería Nacional Soc. del Estado-Resol 37/04 y 68/04”, del 17-12-09.

(55) Ver Punto 5.3 de este trabajo.

(56) PTN, Dictámenes 172:424.

(57) PTN, Dictámenes 277:196.

(58) PTN, Dictámenes 268:172.

(59) PTN, Dictámenes 267:579.

(60) PTN, Dictámenes 261:118.

(61) PTN, Dictámenes 261:26.

(62) PTN, Dictámenes 259:11.

(63) CS, “Puch”, citado en nota 41 de este trabajo.

(64) PTN, Dictámenes 249:547.

(65) PTN, Dictámenes 249:447.

(66) PTN, Dictámenes 249:324.

(67) PTN, Dictámenes 246:703.

(68) Ver en RODRÍGUEZ, MARÍA J., *La aplicación de la LNPA a los contratos administrativos*, en *Procedimientos administrativos*, Oscar Aguilar Valdez, Fernando Juan Lima, Armando N. Canossa, Héctor M. Pozo Gowland, David A. Halperin (dirs.), Buenos Aires, La Ley, 2012, t. II, págs. 111/112.

el administrado y se cataloga de manera disvaliosa una conducta. Se tacha con disvalor lo que se identificó inicialmente de manera arbitraria.

En último lugar, al sancionar la mala fe, se aplica una sanción sin una norma que la preceda, es decir, no está precisada jurídicamente, no hay una categoría jurídica que la comprenda, lo que no es conforme con el principio de juridicidad.

Si bien la construcción puede resultar útil para fulminar algunos supuestos donde efectivamente existió ese proceso volitivo por parte del particular (conocer el vicio y seguir adelante), también es cierto que el mecanismo descripto faculta a la Administración a actuar alejada de la norma, admitiendo el empleo de la arbitrariedad. Sin embargo, esa sanción que supone la revocación, mediante esta técnica, sería arbitraria siempre y cuando no exista alguna manifestación del conocimiento del vicio por parte del particular, lo que se verá más adelante.

También, el máximo organismo asesor sugirió en numerosos dictámenes que el carácter manifiesto de la nulidad, inequívocamente, requiere el conocimiento del vicio y por ende, su revocación, al trasladar esta excepción a la estabilidad desde el art. 18 a los actos nulos⁽⁶⁹⁾. Este modo de razonar sugiere la apreciación del carácter manifiesto de las nulidades como fuera resuelto en el caso "Pustelnik", aunque utilizar el carácter manifiesto de la nulidad a los efectos de llegar a la nulidad absoluta es un razonamiento que, con correcta valoración, fue desechado por la doctrina al confundir la irregularidad del acto con lo manifiesto del vicio⁽⁷⁰⁾.

En casos aislados, la PTN entendió que el particular, al ser especializado en la materia, debía conocer el vicio que afectaba el acto⁽⁷¹⁾. En otro, que el vicio tenía una entidad que necesariamente debía ser conocida⁽⁷²⁾: este modo de razonar parte de apriorismos y pautas no escritas, imposibles de ser usadas actualmente en derecho administrativo.

Ahora bien, téngase especial consideración que uno de los motivos de la suspensión de los efectos del acto es *alegar fundadamente una nulidad absoluta*, lo que es posible aun en los supuestos en que el acto fuera estable.

En la ley originariamente concebida y antes del caso "Almagro", si bien se dieron casos en sede administrativa y en la CNCont-adm. Fed. donde se eludía la doctrina de la estabilidad cuando el interesado conocía el vicio, la pauta era que los actos irregulares que no estuvieran firmes y consentidos y que no hubieran generado derechos subjetivos, debían ser revocados en sede administrativa, y en sede judicial cuando no era posible aplicar alguna de esas dos excepciones.

La inteligencia originaria de la LNPA era considerar a la nulidad absoluta como la instancia más grave, el momento más difícil del procedimiento administrativo, y a la revocación en sede administrativa como la *ultima ratio* de la Administración, como podría ser la declaración de inconstitucionalidad para el Poder Judicial. Ante la mayor gravedad, más difícil es hacer caer la estabilidad del acto administrativo. Y ello, con bastante razón: la mayor sanción amerita mayores garantías.

Para sopesar los graves efectos que pudiera tener un acto nulo de nulidad absoluta existía el remedio de la suspensión de los efectos del acto, según el art. 12 de la LNPA. Ante el simple alegato de una nulidad absoluta (entre otros supuestos), era procedente la suspensión de los efectos del acto, para que luego sea el Poder Judicial quien decida la solución sobre los derechos en juego. Ante una nulidad absoluta en una situación jurídica conformada (acto firme y consentido y que hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo), el remedio inmediato era la suspensión de los efectos del acto; ulteriormente, la acción de lesividad; pero no la revocación. Para quitarle los efectos al acto lesivo al interés público, existía el instituto de la suspensión de los efectos del acto.

Aquí se ve que la revocación en sede administrativa, si bien una obligación solo aplicaba para situaciones inocuas, es decir, casos en que todavía no se habían dado consecuencias jurídicas sobre la esfera de derechos de los particulares: si estaba firme y consentido y hubiere generado derechos que se estuvieran cumpliendo, debía promoverse

la acción de lesividad para extinguir el acto administrativo viciado en sede judicial.

Luego del caso "Almagro" ya fue doctrina uniforme para todos los ámbitos en sede judicial y administrativa aquella que admite la revocación del acto irregular cuando es posible verificar que el interesado conocía el vicio.

Este fallo llevó, en la práctica, a postergar casi definitivamente el instituto de la suspensión de los efectos del acto (a pesar de que parte de la doctrina consideraba equivalentes la suspensión de efectos y la declaración de nulidad⁽⁷³⁾), y, en menor medida, la acción de lesividad. Un efecto secundario de "Almagro" fue detraer del Poder Judicial el control de los actos nulos, lo que implicó un empoderamiento de la Administración al respecto de la posibilidad revocatoria. De no existir la suspensión de los efectos del acto y la acción de lesividad, el fallo dado en la causa "Almagro" sería correcto.

En esto, se puede ver que el sistema legal de la invalidez fue radicalmente modificado luego de "Almagro", ya que ante el supuesto del conocimiento del vicio se volvió posible la revocación de los actos irregulares en sede administrativa.

Sin embargo, la locución *conocimiento del vicio*, al momento, no fue definida en el ámbito de la Corte Suprema, de la Cámara Contencioso Administrativo Federal ni de la Procuración del Tesoro de la Nación; su definición se fue dando con la práctica en cada caso concreto.

Por ello, no haber reglas generales o alguna precisión sobre el conocimiento del vicio, entiendo necesario desarrollar una técnica que resulte útil y justa para limitar la discrecionalidad en la facultad revocatoria de la administración cuando medie el uso del instituto *conocimiento del vicio*.

5.4. La doctrina

DE ESTRADA entendía que la causal de anulación oficiosa de los actos regulares por el mero conocimiento del vicio es aplicable de oficio a los actos irregulares⁽⁷⁴⁾.

GORDILLO expuso, en otro sentido, que "debe entenderse (...) que no basta el mero conocimiento que el particular tenga del vicio del acto para que este carezca de estabilidad; se requiere específicamente *connivencia dolosa* entre el funcionario y el particular con relación a la emisión del acto cuya revocación se trata"⁽⁷⁵⁾. Esta doctrina se fue dejando paulatinamente de lado como único supuesto de la revocación en sede administrativa, ya que además de no existir un estribo normativo para tal posición, suponía un juicio de índole penal para la calificación del dolo, lo que podía llevar a mantener el acto irregular en el mundo de la juridicidad hasta tanto no existiera ese pronunciamiento de índole criminal, ello, con los perjuicios que le fueran propios a la subsistencia de ese acto irregular. A fin de cuentas, esta doctrina acababa premiando al acto viciado⁽⁷⁶⁾. El autor, en su tratado, no revisó los alcances del fallo "Almagro".

MARCECER se suscribió a la doctrina que consideraba al mero conocimiento del vicio como otra de las excepciones a la estabilidad del acto irregular⁽⁷⁷⁾.

DURAND separó estas dos posiciones, denominando a la primera "restrictiva", y a la segunda "amplia"⁽⁷⁸⁾.

CASSAGNE⁽⁷⁹⁾ critica el alcance que se le da a la presunción civilista del conocimiento del derecho (art. 20, cód. civil) en el derecho público, como complementario

(73) MARCECER, ERNESTO A., *La suspensión en sede administrativa del acto administrativo irregular frente al art. 17 de la ley 19.549*, LL, 1981-C-305.

(74) DE ESTRADA, JUAN R., *Revocación y caducidad en la ley nacional de procedimientos administrativos (Dec. ley 19.549/72)*, en JA, t. Doctrina, 1974.

(75) GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2009, t. II.

(76) De todas formas, entiéndase que esta doctrina únicamente es postergable si se la postula como la única doctrina que fundamenta el conocimiento del vicio, ya que en caso de que exista la *connivencia dolosa*, ineludiblemente existió mala fe y, por tanto, conocimiento del vicio, y así, se constituiría en uno de los supuestos por los que se produzca la motivación del conocimiento del vicio.

(77) MARCECER, ERNESTO A., *La suspensión en sede...*, cit. Como se verá, la doctrina no fue observada inmediatamente por la PTN. Paulatinamente se empezó a dejar de lado la doctrina de la *connivencia dolosa* para que se configure esta excepción a la estabilidad del acto administrativo. Posteriormente, en el año 1998 se consagró esta idea en el fallo "Almagro".

(78) DURAND, JULIO C., *El "error de derecho" no implica "conocimiento del vicio" por parte del administrado: una saludable doctrina de la Procuración en materia de revocación de actos nulos*, en Revista de Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, 2007, N° 60, pág. 583.

(79) CASSAGNE, JUAN C., *El Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos de Santiago del Estero*, ED, 211-818.

y fundante, en última instancia, de la doctrina establecida por la Corte Suprema en casos como "Almagro"⁽⁸⁰⁾ y "Cadipsa"⁽⁸¹⁾. Si ello tuviera una aplicación arbitraria, importaría que se dé "el acta de defunción de la cosa juzgada administrativa". Esto lo dice así ya que si el vicio del "acto administrativo se encuentra configurado en la ley, aunque el particular no tenga intervención o participación en su gestación, siempre podrá la Administración alegar que lo conoció o que razonablemente debió conocerlo". Por esto, concluye el autor, que el criterio debería limitarse a los supuestos de invalidez manifiesta⁽⁸²⁾, de mala fe, o a los supuestos en que el vicio le sea imputable al particular.

En un extremo distinto a la discusión dada entre doctrinarios en derecho administrativo puede verse el trabajo de BUTELER, quien expuso, desde una óptica constitucional, que la adquisición de un derecho mediante un acto administrativo, por más nulo que fuera el acto, integra el concepto de *propiedad*⁽⁸³⁾, la que únicamente puede ser privada para su titular en virtud de sentencia fundada en ley⁽⁸⁴⁾. De allí que no existiría posibilidad constitucional de revocar actos nulos de nulidad absoluta en sede administrativa⁽⁸⁵⁾.

Según reseñara COMADIRA⁽⁸⁶⁾, y de acuerdo con lo que expusiera JUAN RAMÓN DE ESTRADA en 1974, como se señaló precedentemente, el conocimiento del vicio como causal de la anulación oficiosa del acto regular es igualmente aplicable de oficio a los actos irregulares. Seguidamente, asumió la posición MARCECER⁽⁸⁷⁾, la Procuración del Tesoro de la Nación y la Corte Suprema, ya que "absurdamente, habría mayor rigor para revocar un acto nulo que uno regular", como se dijo en el caso "Almagro".

COMADIRA expuso que esta posición, que fuera asumida por la Corte en el caso "Almagro", ya había sido parte de la jurisprudencia del fuero civil en el caso "Chutchurru de Marella"⁽⁸⁸⁾, del fuero contencioso administrativo en los casos "Peredo"⁽⁸⁹⁾, "Mainar"⁽⁹⁰⁾ y "Compañía Argentina de Estibajes y Almacenes S.A."⁽⁹¹⁾. Aun así, existía la postura contraria de GUERRERO⁽⁹²⁾.

El mismo autor menciona que la PTN asumió esta postura en el dictamen "Consejo del Menor y la Familia"⁽⁹³⁾.

En cuanto a la configuración del concepto *conocimiento del vicio*, COMADIRA expuso que la PTN en un momento entendió que debía darse un supuesto de *connivencia dolosa* toda vez que no bastaba el mero conocimiento por parte del particular, ya que siempre que hubiera violación a la ley sería procedente la revocación en sede administra-

(80) CS, "Almagro, Gabriela y otra c. Universidad Nacional de Córdoba", Fallos: 321:169 (1998).

(81) CS, "Cadipsa S.A. c. Estado Nacional y otros s/nulidad del acto administrativo", Fallos: 323:1146.

(82) El mencionado autor fundamenta que solo debería darse sobre la invalidez manifiesta: "Porque de lo contrario se le está imponiendo al destinatario del acto la carga de investigar el proceso de formación de la voluntad administrativa para tener la certeza de que no han existido vicios que después puedan ser esgrimidos para justificar la revocación del acto administrativo pertinente", CASSAGNE, JUAN C., *El Proyecto de Ley...*, cit.

(83) En esto cita la causa "Bourdie" de la Corte Suprema, donde dice: "El término propiedad comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos, a condición que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, integra el concepto constitucional de propiedad", v. CS, caso "Metalmeccánica", Fallos: 296:672 (1976).

(84) Art. 17, CN.

(85) BUTELER, ALFONSO, *Revocación de actos administrativos por conocimiento del vicio. Inconstitucionalidad*, LL, 2013-E-1143. A pesar de la apariencia de solidez de la teoría, debería entenderse que la revocación de actos administrativos no atiende a la esfera de derechos del ámbito privado que tienen los particulares, no tiene por objeto limitar la propiedad privada, sino que la revocación ocurre en razón del interés público: No sería la propiedad privada lo que se afecte con la revocación en sede administrativa, sino que la revocación busca restituir a juridicidad aquello que hubiera lesionado gravemente el interés público. De otra forma, se valoraría positivamente la antijurídica e injusta sustracción de derechos pertenecientes a la esfera pública.

(86) COMADIRA, JULIO R., *Procedimientos administrativos*, cit., comentario a los arts. 17 y 18, en especial, pto. 2.1.3, apart. c) y d), pág. 363 y sigs.

(87) MARCECER, ERNESTO A., *La suspensión en sede...*, cit.

(88) CNCiv., sala A, 30-3-78, "Chutchurru de Marella", ED, 79-367, citado en COMADIRA, JULIO R., *Procedimientos administrativos*, cit.

(89) CNCont-adm. Fed., sala IV, sentencia del 5-10-93.

(90) CNCont-adm. Fed., sala IV, sentencia del 18-7-79.

(91) CNCont-adm. Fed., sala III, sentencia del 23-9-87.

(92) GUERRERO, ALEJANDRO, *El conocimiento del vicio...*, cit.

(93) PTN, "Consejo del Menor y la Familia", ED, 185-1206, Dictámenes 233:329; 151:219, pto. II, 4, 207:517, pto. III, apart. 4°; 216:34, pto. III y 233:340.

(69) PTN, Dictámenes 238:535; 234:472; 233:329; 233:340.

(70) COMADIRA, JULIO R., *Procedimientos administrativos*, cit., nota n° 1394.

(71) PTN, Dictámenes 243:191.

(72) PTN, Dictámenes 277:196.

tiva, en atención a que en nuestro derecho no es posible alegar el error o la ignorancia del derecho⁽⁹⁴⁾.

Sin embargo, dicho autor no comparte tal postura, ya que el requisito de la connivencia dolosa no es normativo, sino que debería darse un análisis sobre la buena o mala fe del particular en cada caso, en la medida en que sobre la mala fe estribaría la sanción de la revocación, por lo que no es posible determinar reglas generales. Para eso, haría falta revisar dos pautas: valorar la buena o mala fe con que obró el particular; efectuar dicha evaluación mirando las circunstancias fácticas del caso. Para el caso de que el particular hubiera producido el vicio, desde luego, supone su conocimiento y, con más razón, habilitaría la instancia revocatoria⁽⁹⁵⁾.

La doctrina se dividió en exigir o no la connivencia dolosa al momento de verificar la existencia del conocimiento del vicio. La PTN, en una opinión del 4-5-89, en la que se dictaminó sobre el Expediente Administrativo Provisorio 807-8 de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación, donde se analizaba la regularidad del decreto 49/89⁽⁹⁶⁾, se reseñó que bastaba con que el administrado advirtiera la existencia del vicio y no lo haya puesto en conocimiento de la administración⁽⁹⁷⁾.

Se puso como otro argumento que, como principio de derecho, no es posible presumir la mala fe, lo que no ocurre con la buena fe, y que importa que no todo vicio es susceptible de ser conocido cuando pueda ser una cuestión opinable, de allí que no corresponde la sanción revocatoria⁽⁹⁸⁾.

Con tales análisis, el autor concluye lo que es actualmente la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación: la anulación oficiosa de los actos irregulares procede cuando existe un mero y simple conocimiento del vicio por el administrado, o la exigencia razonable de ese conocimiento, sin que sea menester que ese vicio haya sido causado por el administrado; ello, como consecuencia negativa de su deber de colaborar con la Administración, ya que la buena fe estaría en juego tanto por la omisión maliciosa o improcedente como por la acción dolosa efectiva que agregue un plus de inmoralidad a la omisión⁽⁹⁹⁾.

De allí que la garantía contra la anulación arbitraria radique en la existencia de un dictamen jurídico previo donde se analice la competencia, audiencia previa a la anulación, que se trate de un acto extinguido, dentro del plazo idóneo para la pretensión anulatoria. Igual análisis ameritaría la suspensión de oficio en los términos del art. 12 de la LNPA⁽¹⁰⁰⁾.

La cuestión sobre la revisión de las circunstancias fácticas fue luego retomada por PASQUIER, quien también negó la exclusividad de la doctrina de la connivencia dolosa y agregó que, en algunos casos, existiría un deber calificado de conocer el vicio⁽¹⁰¹⁾.

CARRILLO pensaba que la calidad del sujeto concedor hace al requisito del vicio cognoscible, en la medida en que cualquier vicio en el acto es susceptible de ser conocido, por ende, cualquier acto es revocable en sede administrativa, espíritu que no sería conteste con la LNPA⁽¹⁰²⁾.

J. PABLO COMADIRA, por su cuenta, dice que “si se afirma la presunción de legitimidad de los actos administrativos, resulta incongruente (...) establecer la presunción de que el interesado conoce el vicio con el solo fundamento

de que no se puede alegar la ignorancia del derecho”, por lo que “la presunción de legitimidad que ostentan los actos administrativos, viene a anular la presunción del conocimiento del vicio por el particular”. Luego, dice que “el principio general es que se presume la buena fe”, lo que lleva a suponer que “el particular no conocía el vicio pues, de lo contrario, se lo hubiera comunicado a la Administración”⁽¹⁰³⁾. Esta posición al respecto de la buena fe se verá más adelante.

DUBINSKY y CARDACI MÉNDEZ, en cuanto a los contratos, entendieron (en consonancia con el fallo “Chediak”) que el contratista tiene un deber de diligencia calificado, por lo que si bien es posible la revocación en sede administrativa por haberse dado un acto cuyo vicio fuera conocido, dicho conocimiento debe darse en connivencia dolosa, ello por haberse confrontado la actividad con la normativa condicionante⁽¹⁰⁴⁾.

En resumidas cuentas, el análisis de JULIO RODOLFO COMADIRA exponía que si el conocimiento del vicio era una excepción a la estabilidad del acto irregular, debían extremarse los cuidados para su calificación como tal (ya que, de otra forma, se abriría la puerta a la arbitrariedad de tildar cualquier vicio como conocido), debiendo este superar distintos análisis para que se le pueda conferir el carácter de un vicio conocido (dictamen jurídico previo donde se analice la competencia, la audiencia previa a la anulación, que se trate de un acto extinguido, dentro del plazo idóneo para la pretensión anulatoria, ello, en mérito a las circunstancias que rodean a cada acto y al particular⁽¹⁰⁵⁾).

Luego del caso “Almagro” la doctrina fue uniforme, al admitir la posibilidad de revocar en sede administrativa cuando el particular conocía el vicio. COMADIRA definió algunas pautas para aplicar el instituto: 1.- evaluar el conocimiento del vicio implica valorar la buena o mala fe con que ha obrado el particular; 2.- dicha evaluación debe hacerse efectiva trayendo a examen distintas circunstancias fácticas que rodean a cada caso (en esto, la connivencia dolosa como la producción del vicio por el particular ineludiblemente requieren la revocación en sede administrativa)⁽¹⁰⁶⁾.

6 Descripción del vicio en derecho público

En este capítulo se tratará al vicio en los actos administrativos, en el ámbito del derecho público, a los fines de confrontarlo a cómo este se da en el derecho civil, el que ocurre sobre el consentimiento en la formación de la voluntad.

La idea de estudiar el modo en que puede darse el vicio en derecho público consiste en analizar cómo se conforma, dónde se da, cuáles son sus proyecciones, qué aspectos tiene en su producción, qué características puede tener, en qué momento se puede dar y qué tipo de consecuencias produce.

Se revisarán las nociones generales dadas en el ámbito de la doctrina del derecho administrativo y se postularán algunos extremos jurídicos aún no catalogados respecto del vicio.

6.1. Nociones generales

En los términos de la LNPA es posible que existan actos nulos de nulidad absoluta e insanable y actos anulables. Los primeros son aquellos donde la voluntad del agente fue excluida o son actos que carecen de alguno de los requisitos esenciales, o estos tienen vicios de una gravedad tal que se impone la sanción más grave del ordenamiento jurídico consistente en la expulsión del acto viciado del mundo de la juridicidad. En tanto, los actos anulables son aquellos que disponen de una irregularidad, omisión o vicio que no llega a impedir la existencia de uno de los elementos esenciales.

Es decir, la distinción entre los actos nulos de nulidad absoluta e insanable de los actos anulables radica en que los elementos del acto se hayan dado y ello haya ocurrido sin vicios. Si así fuere, deberá analizarse la gravedad del

vicio a los fines de distinguir el tipo de nulidad que lo afectó, lo que tendrá distintas consecuencias. Asimismo, es condición de validez del acto que no haya sido excluida la voluntad de la Administración.

MARIENHOFF dice: “... quedó dicho que la ‘voluntad’ expresada o exteriorizada debe estar de acuerdo a determinadas reglas o principios de derecho. Cuando esto no ocurra, el acto emitido estará viciado, sea en la expresión de voluntad o en algunos de sus ‘elementos’. Según cual sea la falla ocurrida, así será el vicio pertinente”⁽¹⁰⁷⁾.

En lo que respecta a este trabajo, se analizará el concepto vicio a los fines de precisar la posibilidad de su conocimiento.

6.2. El art. 14 de la LNPA

En derecho administrativo entendemos que el vicio puede recaer sobre la voluntad del agente o sobre los elementos del acto (LNPA, art. 14, incs. a) y b) respectivamente).

En esas pautas se define que el acto administrativo será nulo tanto si la voluntad del agente resultare excluida como si no faltare o hubiere un vicio grave en alguno de sus elementos esenciales.

La precisión sobre el vicio es trascendental, ya que “el examen de validez del acto administrativo supone siempre un juicio lógico-jurídico de comparación entre el acto y sus elementos y las normas aplicables”⁽¹⁰⁸⁾, de donde surgirá o no este defecto.

En igual sentido, MARIENHOFF describe al vicio a partir de las falencias que puede tener el acto perfecto. A estos fines, el acto perfecto es el que reúne las condiciones de validez y eficacia⁽¹⁰⁹⁾.

6.3. Los vicios en la voluntad del agente

Para el caso del art. 14, inc. a), donde el vicio recae en la voluntad del agente, es correcto pensar que se exige de nulidad a aquellos actos eminentemente reglados donde la voluntad del agente se hubiera encontrado viciada sin que se afecte a los elementos esenciales del acto, ya que ella, en actos reglados, no es determinante para definir los efectos del acto administrativo: sea cual sea la voluntad del agente, el resultado sería siempre el mismo. Sin embargo, no puede hacerse igual consideración para los actos eminentemente discrecionales, porque una voluntad afectada podría decidir a favor del resultado equivocado⁽¹¹⁰⁾.

Así las cosas, la ley es tajante e impone que la ausencia de error esencial, dolo, violencia física o moral, o simulación es determinante para la existencia de la voluntad del agente y, por tanto, idónea para generar un acto válido.

Entiéndase por error esencial a aquel que apunta a un objeto distinto al buscado. Un ejemplo de esto sería conceder una habilitación en lugar de imponer una multa: tal modalidad en el uso jurídico del error es una puerta abierta a admitir errores no esenciales, de grave impacto sobre la actuación en juridicidad.

Igual impacto puede tener la noción de simulación: la simulación es “la declaración de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo”⁽¹¹¹⁾. La simulación

(94) Ello, según Dictámenes 153:213; 172:424, pto. II; 175:143, pto. III; 179:135, pto. II, a; 180:125, pto. IV; 195:49, pto. III.2, v. COMADIRA, JULIO R., *Procedimientos administrativos*, cit., pág. 365.

(95) COMADIRA, JULIO R., *Procedimientos administrativos*, cit., nota 1393, pág. 365.

(96) PTN, Dictámenes 172:424.

(97) COMADIRA, JULIO R., *Procedimientos administrativos*, cit.

(98) Ver fallos CNCCont-adm. Fed., ambos sala III, “Guarochena” del 5-4-88 y “Wainstein” del 11-11-89, citados por COMADIRA, JULIO R., *Procedimientos administrativos*, cit. De todas formas, esta argumentación, a pesar de ser el contenido de sentencias de Cámara, no sería correcta cuando el fundamento de los fallos aludidos es el art. 4008 del cód. civil, el que estipula la presunción de buena fe al momento de verificar la adquisición del dominio en la prescripción adquisitiva, supuesto netamente distinto a la incidencia de buena o mala fe del particular en el acto administrativo, tanto por la finalidad de las normas (Código Civil y LNPA), como de las consecuencias (producción de la prescripción adquisitiva por paso del tiempo y producción de la excepción de la estabilidad del acto administrativo). De allí que no podría ser un principio general de derecho trasladable del ámbito privado al público.

(99) COMADIRA, JULIO R., *Procedimientos administrativos*, cit., pág. 367.

(100) *Ibidem*, págs. 367/372.

(101) PASQUIER, JUAN S., *El conocimiento del vicio en la revocación por ilegitimidad en sede administrativa: hacia una posible sistematización*, en *Revista de la Administración Pública*, N° 35, agosto de 2006, pág. 33.

(102) CARRILLO, SANTIAGO R., *¿Legalidad vs. Seguridad Jurídica? El conocimiento del vicio como fundamento de la anulación del acto*, LL, 2004-A-324.

(103) COMADIRA, JULIO R., *¿Cuándo el particular “conoce el vicio” del acto administrativo? A propósito del art. 18 de la LNPA*, en *elDial.com*, DC20C.

(104) DUBINSKY, GUIDO - CARDACCI MÉNDEZ, ARIEL, *Una vuelta de tuerca a las formalidades del contrato administrativo (a la sombra de Ing. Omega)*, LL, 2010-F-169.

(105) COMADIRA, JULIO R., *Procedimientos administrativos*, cit., comentario a los arts. 17 y 18, pto. 2.1.4.

(106) COMADIRA, JULIO R., *Procedimientos administrativos*, cit., nota 1393.

(107) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, N° 399.

(108) COMADIRA, JULIO R., *El acto administrativo...*, cit., pág. 89.

(109) MARIENHOFF dice al respecto: “Antes de considerar los vicios, irregularidades o defectos de que es susceptible el acto administrativo, corresponde recordar cuándo dicho acto reviste calidad de ‘perfecto’.

Para que un acto administrativo se considere ‘perfecto’, debe reunir dos condiciones: ‘validez’ y ‘eficacia’.

‘Válido’ es el acto que ha nacido de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente.

‘Eficaz’ es el acto que, siendo válido, reúne los requisitos para ser cumplido, para ser puesto en práctica. De modo que la ‘eficacia’ del acto solo se vincula a la ejecutoriedad, a su fuerza ejecutoria. Así, por ejemplo, el acto que no haya sido objeto de la respectiva publicidad (publicación o notificación, según el caso) o comunicación, no es eficaz (...). De lo expuesto resulta, además, que la ‘perfección’ del acto administrativo puede resultar viciada en cualquiera de sus dos requisitos: en la validez o en la eficacia del acto. Todo depende de qué vicio se trate”. MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho...*, cit., n° 474.

(110) COMADIRA, JULIO R., *El acto administrativo...*, cit., pág. 94. Si bien COMADIRA entiende que, en especial, en una situación de violencia, los vicios en la voluntad del agente en un acto eminentemente reglado, no serían condicionantes de la validez del acto administrativo en tanto ello no haya producido un vicio en los elementos esenciales, debería extenderse ese mismo razonamiento a las situaciones de error, dolo y simulación.

(111) LLAMBIÁS, JORGE J., *Tratado de derecho civil*, cit., pto. 1797.

no es reprobada por la ley cuando no tiene un fin ilícito (art. 957, cód. civil). Pero la actuación estatal debe ceñirse estrictamente y siempre a la legalidad que la condiciona. Por tanto, cualquier tipo de simulación es ilícita en derecho administrativo: por ejemplo, al simular una licitación con oferentes falsos para adjudicar al único verdadero se estaría produciendo un acto que en sí mismo es legítimo (adquisición de bienes), pero cuya simulación destruiría el sentido mismo del procedimiento de contratación. En derecho público siempre está en juego la juridicidad, por lo que, cuando la simulación modifique el alcance del objeto del acto, producirá un acto nulo de nulidad absoluta, mas no cuando esta se dé sobre algún aspecto no esencial.

También véase que la voluntad, aunque viciada, puede existir, por lo tanto, la locución “excluida” empleada en la norma no sería la mejor redacción posible. Este inconveniente sobre la existencia o inexistencia de voluntad viciada había sido superado antiguamente en el derecho civil⁽¹¹²⁾.

Respecto de este inc. a) del mencionado art. 14, MARIENHOFF tiene dicho que “[l]a capacidad o incapacidad ‘natural’ del agente público –resultantes del proceso biológico– se rigen por la legislación civil⁽¹¹³⁾”.

Sobre ello, téngase presente la modificación dada sobre el Código Civil y Comercial unificado, según se reseñara en el punto 4.2.1 de este trabajo.

6.4. Cuestiones generales de vicios en los elementos del acto

Por el inc. b) del art. 14 de la LNPA, ante un vicio grave en los elementos o ante la ausencia de uno de ellos, el acto es nulo de nulidad absoluta. Si bien este inciso no tiene una correlación semántica con los requisitos esenciales del art. 7º, hay una “relación inescindible” entre los requisitos esenciales y el régimen de invalidez⁽¹¹⁴⁾, lo que se verá en detalle más adelante en el punto 6.7.

6.5. Análisis referido a utilizar en forma concomitante los aspectos subjetivo y objetivo para definir el vicio del acto administrativo

Este ensamble del vicio en su faz subjetiva y objetiva genera el siguiente inconveniente: siempre que haya un vicio en algún elemento existirá un vicio en la voluntad del agente (por lo menos, error) y, por tanto, el acto viciado en algún elemento también dispondría de un vicio en la voluntad administrativa y, en consecuencia, el inc. b) sería innecesario. E incluso más: para el caso de que por error se haya producido un acto válido, es decir, el agente pretendía un acto inválido pero, por error, produjo un acto válido, el acto sería igualmente nulo de nulidad absoluta e insanable.

De este análisis se puede observar que no siempre el vicio es producido por el particular, sino que la Administración puede ser el factor del vicio y, por ende, producir un acto nulo que el administrado no puede salvar.

6.6. El vicio en la manifestación de la voluntad

Conceptualmente, para que haya una voluntad sin vicios del agente debe existir una voluntad sin vicios de error, dolo, violencia o simulación, y ella debe estar correctamente exteriorizada, y estos términos tienen un vínculo estrecho con los conceptos del derecho civil.

Como se vio en el capítulo referido a otras ramas del derecho, histórica y jurídicamente el vicio reposó en la voluntad de las personas intervinientes en el acto jurídico. Así, se podía ver cómo el error, el dolo, la violencia física o moral y la simulación podían viciar la voluntad al momento de la celebración del negocio jurídico, y que eso repercutía en los demás elementos del acto jurídico (objeto, forma, causa).

Sin embargo, en derecho privado nunca se había considerado que si una de las partes conocía el vicio que pudiera tener la voluntad de la otra parte era procedente la nulidad. Esto tenía una base: que cada cual actuaba en autonomía de la voluntad y que ambas voluntades debían ser equivalentes, en la medida en que el tráfico jurídico requiere de una seguridad⁽¹¹⁵⁾.

En derecho público se supone que la voluntad de la Administración se cohesionan con la del particular, ya que ambos se deben recíprocamente su existencia como sujetos jurídicos: la Administración existe para los particulares,

y los particulares (en su faz de administrados) deben su existencia a la administración.

En caso de que no haya una cohesión de voluntades entre el particular y la Administración, no puede haber consecuencias jurídicas válidas cuando el fin del Estado reside en los particulares, los que a su vez no pudieron haber delegado en el Gobierno sino algo a su favor⁽¹¹⁶⁾. De todas formas, no toda actuación administrativa es favorable al administrado; es posible que existan actos de gravamen sin perjuicio de la subsistencia de esta teoría.

En derecho público, la voluntad de la administración tiene un desdoble. Existe la voluntad psíquica del agente, el que, emitiendo un acto administrativo, exterioriza la voluntad de la Administración. Es decir, hay dos voluntades: una –la administrativa– generada por otra –la del funcionario– en base a la teoría del órgano.

La teoría del acto administrativo, al requerir ciertos elementos esenciales, limita la voluntad individual del funcionario para que esta genere una voluntad del órgano conforme con las normas y a las necesidades del interés público.

Con la evolución del derecho, se pudo percibir que había actos sobre los que se exteriorizaba una voluntad sin vicios, aunque el acto producía efectos negativos o disvaliosos. Por ejemplo, en el caso de la lesión subjetiva o en el vicio de arbitrariedad.

Sin embargo, hasta épocas recientes, nunca se había considerado que si una de las partes conocía el vicio que pudiera tener la otra parte, era procedente la nulidad. Esto tenía una base: que cada cual actuaba en autonomía de la voluntad y que ambas voluntades, como se dijo, se encontraban en pie de igualdad al momento de la celebración del acto.

De allí que la mirada civil sobre la voluntad sin vicios del agente no resulta completa en derecho administrativo. Pareciera que el concepto de la voluntad sin vicios del agente o del funcionario amerita un desarrollo teórico.

6.7. El vicio en los distintos elementos

6.7.1. Criterios generales

COMADIRA, siguiendo la posición de ESCOLA, apuntó que el examen de validez del acto administrativo supone siempre un juicio lógico-jurídico de comparación entre el acto y sus elementos y las normas aplicables: así, se confrontan las exigencias del ordenamiento con la realidad del acto administrativo emitido. Cuando los elementos se dan correctos, no presentan vicios, ya que su presencia genera la falta o incorrección de los elementos⁽¹¹⁷⁾.

MAIRAL expuso que existen dos teorías mediante las cuales se explica el vicio en el acto administrativo. Una, donde la gravedad del vicio dependerá del elemento afectado; otra en la que se mira el vicio en sí mismo. La primera repara en los efectos que el vicio produce sobre el elemento, es decir, la afectación que el vicio produce y su consecuencia, la nulidad o anulabilidad; la otra, no en el vicio en sí mismo con independencia de la afectación que pueda producir, sino que se enfatiza el grado que pueda tener la gravedad del vicio, sin observar los efectos que pueda producir sobre el elemento afectado. En esta última teoría se enrolan autores como GORDILLO, MARIENHOFF, DIEZ Y CASSAGNE⁽¹¹⁸⁾.

MAIRAL entiende que la LNPA, en su art. 14, menciona las causales de nulidad sin mayor correlación con los elementos del art. 7º. Sin embargo, para las cuestiones anulables se dan criterios generales. La jurisprudencia, ante estos criterios legales y doctrinarios, partiendo de la presunción de legitimidad del art. 12, estableció el principio de *favor acti*, es decir, de la interpretación favorable a la validez del acto o, en su defecto, su anulabilidad, y llegando a las pautas del art. 14 como una excepción. Es decir, las nulidades deben ser restrictivamente interpretadas.

Así las cosas, el art. 14 no sería completo y podría haber causales de nulidad no enumeradas, como la falta de motivación, de acuerdo con como se resolviera en “Cabuli”⁽¹¹⁹⁾. De esta forma, la jurisprudencia, en fallos como “Borgo”⁽¹²⁰⁾ y “Binaghi”⁽¹²¹⁾, habría definido la falta

(116) LOCKE, JOHN, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Buenos Aires, Libertador, 2009.

(117) COMADIRA, JULIO R., *El acto administrativo...*, cit.

(118) MAIRAL, HÉCTOR, *Los vicios del acto...*, cit.

(119) CNContadm. Fed., voto del Dr. Hutchinson en “Cabuli c. Estado Nacional”, ED, 115-340.

(120) CS, “Borgo, Hermes F. c. Junta Nacional de Granos”, Fallos: 308:108.

(121) CNContadm. Fed., sala IV, “Binaghi c. Estado Nacional”, del 24-12-85.

de recaudos esenciales y sustanciales como causantes de la nulidad absoluta. Esto significa que la pauta del art. 15, *a contrario sensu*, sería la regla para definir la nulidad absoluta: la falta de un elemento o de un recaudo sustancial o esencial acarrea la nulidad absoluta del acto, esté ello incluido o no en el art. 14.

Además, –continúa diciendo MAIRAL– desde la doctrina francesa se creó una teoría llamada *de los argumentos o cuestiones de orden público*, mediante la cual el tribunal podría tratar de oficio cuestiones no planteadas: existen ciertas reglas jurídicas que son tan fundamentales que su violación generalizada pondría en peligro el sistema jurídico. Estas reglas pueden ser la incompetencia, la inexistencia de acto, la retroactividad de un reglamento, el desconocimiento de la cosa juzgada y el dictado de un acto fuera del ámbito de la ley.

6.7.2. Los vicios en particular

Se enumerarán en particular cada uno de los vicios posibles que puede tener el acto, de acuerdo con cómo fue elaborado por la doctrina administrativista.

Afectación a la voluntad. Como vicios en la voluntad, siguiendo las pautas del derecho privado, siendo que el acto administrativo deviene afectado de nulidad absoluta cuando la voluntad de la Administración resultare excluida por error esencial, violencia física o moral ejercida sobre el agente o simulación absoluta. Para el caso del dolo, que este haya sido idóneo para tener por existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos, ello dilucidado a partir del mecanismo de supresión hipotética⁽¹²²⁾.

Vicio de incompetencia. La competencia es un elemento esencial del acto administrativo⁽¹²³⁾. El vicio de incompetencia se da cuando la atribución para actuar que tiene el órgano excede sus límites materiales, territoriales (acarrearía la incompetencia absoluta), temporales⁽¹²⁴⁾ y de grado, ello con las modulaciones de la delegación, sustitución y avocación. El único que resulta subsanable sería la incompetencia en razón del grado. Debe considerarse la incompetencia absoluta (cuando un poder aborda las competencias de otro⁽¹²⁵⁾) y la relativa (cuando la invasión de facultades se da en la misma persona administrativa).

Vicio en la causa. De acuerdo al art. 14, inc. b), es nulo de nulidad absoluta el acto cuando falte su causa, por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados⁽¹²⁶⁾, siendo que ellos deben concurrir al momento de dictarse el acto⁽¹²⁷⁾. Igual suerte tendrían aquellas situaciones donde exista un grosero error de derecho, como podría darse al invocar una norma inaplicable al caso. Sin embargo, cuando a pesar de los vicios que pudieran darse, si se considera que existe suficiente sustento del acto⁽¹²⁸⁾, es posible predicar su validez⁽¹²⁹⁾.

Violación de la ley. Importa la contradicción del objeto del acto con una norma jerárquicamente superior⁽¹³⁰⁾. La Corte Suprema ha calificado este vicio como aquello que supere lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley⁽¹³¹⁾, además de otras normas sublegales y otras fuentes de derecho administrativo. Considérese también que se da el conflicto cuando el acto se contradice con el reglamento emanado del mismo órgano que dicta el acto⁽¹³²⁾, teoría receptada doctrinariamente como *inderogabilidad singular del reglamento*.

Violación de las formas esenciales. Este vicio supone la violación a las pautas de exteriorización del acto consistentes en la forma escrita, la mención del lugar y fecha de emisión y la firma de la autoridad que lo dicta. Ellas están en el art. 8º de la LNPA. MAIRAL entiende que también debería considerarse una violación a las formas esenciales la ausencia de motivación, enumerada como requisito

(122) MAIRAL, HÉCTOR, *Los vicios del acto...*, cit., pto. III, 1.

(123) CS, “Cima c. Telam”, Fallos: 298:172 (1977).

(124) CS, “Bodegas y Viñedos Giol EELYC”, Fallos: 310:380 (1987).

(125) CS, “Antinori”, Fallos: 321:2288 (1988).

(126) CS, “Rodríguez Blanco de Serrao”, Fallos: 304:898 (1983).

(127) V. CFed. Córdoba, “Expreso Córdoba al Este S.R.L. c. Gobierno Nacional”, JA, 1978-IV-89, citado en MAIRAL, HÉCTOR, *Los vicios del acto...*, cit.

(128) CNContadm. Fed., sala III, “Indegar S.A. c. Dirección Nacional de Vialidad”, 20-2-86, citado en MAIRAL, HÉCTOR, *Los vicios del acto...*, cit.

(129) CS, “Universidad Bartolomé Mitre”, Fallos: 273:134, citado en MAIRAL, HÉCTOR, *Los vicios del acto...*, cit.

(130) CNCiv., sala E, “Hernández c. Municipalidad de la Capital”, JA, 1984-III-595, citado en MAIRAL, HÉCTOR, *Los vicios del acto...*, cit.

(131) CS, “Pustelnik, Carlos”, Fallos: 293:133 (1975).

(132) CNContadm. Fed., sala III, “Galizia c. Estado Nacional”, 22-5-86, citado en MAIRAL, HÉCTOR, *Los vicios del acto...*, cit.

(112) *Ibidem*, pto. 1714.

(113) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho...*, cit., N° 401.

(114) COMADIRA, JULIO R., *El acto administrativo...*, cit.

(115) LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil*, cit., pto. 1402 y sigs., y pto. 4.1 de este trabajo.

esencial del acto administrativo. Debe distinguirse la ausencia de causa de la ausencia de motivación: una significa la inexistencia de los antecedentes, la otra, la falta de su exteriorización. En esto, si no se exteriorizan los motivos, la nulidad será absoluta, aunque ello puede tener matices si la motivación se da posteriormente al dictado del acto y se considera aplicable la teoría de la subsanación⁽¹³³⁾. Aquí, véase que la locución “formas esenciales” del art. 14, inc. b), se corresponde con el requisito esencial “procedimientos esenciales y sustanciales” del art. 7°, inc. d).

Desviación de poder. Este vicio constituye una violación de la finalidad que tuvo en miras el legislador al otorgar la facultad en cuestión al organismo administrativo⁽¹³⁴⁾.

Vicios en el procedimiento administrativo. Este vicio no se encuentra en el art. 14, LNPA, y supone que se hayan dado procedimientos con defectos que lo invaliden, ya sea por haberse dado otro procedimiento o no haberse dado un procedimiento en absoluto. La gravedad del error procedimental producirá una nulidad absoluta o significará un vicio intrascendente. Para arribar a una nulidad absoluta debe darse la ausencia del debido procedimiento previo como la inobservancia de aquellos recaudos vinculados con el orden público administrativo en cuanto provean garantía a los actos administrativos⁽¹³⁵⁾. Pero un vicio en el procedimiento puede resultar intrascendente cuando no se demuestra el perjuicio que habría generado la conducta supuestamente indebida. En cuanto al dictamen jurídico previo exigido en el art. 7°, inc. d) de la LNPA, su ausencia puede subsanarse en etapas recursivas posteriores⁽¹³⁶⁾ y en casos donde no esté en juego el derecho de defensa, lo que no sería esencial⁽¹³⁷⁾.

Vicio de arbitrariedad. MAIRAL⁽¹³⁸⁾ entiende que puede existir arbitrariedad o irrazonabilidad cuando la solución de la administración es desproporcionada o excesiva, lo que estaría contemplado en el art. 7° de la LNPA. Asimismo, el mencionado autor cita jurisprudencia donde se entendió que la razonabilidad es un requisito de validez de los actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, “en la necesaria y proporcional adecuación entre el fin que se procura y el medio utilizado, excluyendo toda iniquidad”⁽¹³⁹⁾.

6.8. Características del vicio

Ahora bien, definido el vicio, corresponde anotar algunas de sus características a los fines de verificar las consecuencias de su conocimiento: una de ellas es su *indisponibilidad*⁽¹⁴⁰⁾.

Se presenta el problema de si quien debe invocar la invalidez de un acto viciado puede apartarse de esa decisión. A esto, con miras al principio de legalidad, la administración debe ceñirse estrictamente al cumplimiento de la juridicidad que la condiciona, de allí que no resulta posible disponer del vicio. Esto no es sino la faceta del principio de juridicidad replicada ante una situación viciada, lo que tiene un correlato con el principio de inderogabilidad singular del reglamento y del principio de igualdad con respecto a los demás administrados. Es decir, el deber de revocar atiende al respeto por la legalidad y la igualdad.

(133) MAIRAL, HÉCTOR, *Los vicios del acto...*, cit., pto. 5.

(134) CS, “Ciapusio c. Estado Nacional”, ED, 122-704, n° 1855. Citado en MAIRAL, HÉCTOR, *Los vicios del acto...*, cit.

(135) CS, “Sudamericana de Cambio c. Nación Argentina”, Fallos: 306:1138, citado en MAIRAL, HÉCTOR, *Los vicios del acto...*, cit.

(136) CS, “Duperial c. Nación Argentina”, Fallos: 301:953 (1979) y “Soñes c. Administración Nacional de Aduanas”, ED, 123-644, citados en MAIRAL, HÉCTOR, *Los vicios del acto...*, cit.

(137) CNCont-adm. Fed., sala III, “Moszkowicz de Rubel c. Consejo Nacional de Educación”, sentencia del 17-4-84.

(138) MAIRAL, HÉCTOR, *Los vicios del acto...*, cit., pto. 8.

(139) CS, “Salerno de Valiño c. Estado Nacional”, del 20-9-84, citado en MAIRAL, HÉCTOR, *Los vicios del acto...*, cit.; CS, “Almirón c. Nación Argentina”, Fallos: 305:1489 (1983) y CS, “Arenzón c. Nación Argentina”, Fallos: 306:400 (1984).

(140) Al respecto, dice MARIENHOFF: “Para finalizar con lo atinente a los elementos o cláusulas ‘accidentales’ del acto administrativo, corresponde aclarar si en el supuesto de que dichas cláusulas fuesen ilegales, tal vicio puede o no sanearse por aceptación o conformidad de la persona facultada a invocar la invalidez. Pueden presentarse dos casos. (...) Las ‘normas’ o ‘principios’ de derecho público vulnerados por la cláusula accidental de referencia, no pueden ser dejados sin efecto por voluntad de la Administración Pública ni por voluntad del administrado: ambos deben someterse a dichos principios y normas que, por su naturaleza, son inderogables en los casos particulares. Mientras esos ‘principios’ y ‘normas’ estén vigentes, son obligatorios por cuanto integran el ‘bloque de la legalidad’ (véase el tomo 1°, n° 9, pág. 70, texto y nota 83), importando un correlativo límite a la actividad jurídica de la Administración Pública”. MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho...*, cit., t. II, n° 425.

Téngase presente asimismo que el vicio es *imprescriptible*, atento a que es posible que amerite un acto nulo de nulidad absoluta⁽¹⁴¹⁾, lo que impide que el paso del tiempo subsane el defecto.

Luego, es *improrrogable*, por cuanto al ser este conocido, no resulta posible dilatar su tratamiento.

6.9. Momento de ocurrencia del vicio

El momento en que se da el vicio es relevante a los fines de admitir distintas posibilidades de corrección (por revocación o subsanación) a la propuesta de la Administración o del particular.

Un vicio puede darse en forma previa al acto, al momento del dictado del acto o con posterioridad a él.

En forma previa, cuando se configuran en el expediente antecedentes de hecho o de derecho que son falsos o que no son los que se corresponden con el objeto del acto, o cuando el acto tiene un procedimiento distinto al reglado. Desde luego, el acto administrativo no podrá dictarse de presentarse alguna de estas situaciones.

Al momento del dictado del acto, cuando lo firma una autoridad incompetente o lo hace quien no es la autoridad en su remplazo. Asimismo, en este momento se configurarían todos los demás vicios del acto, de no haberse identificado.

Con posterioridad al dictado del acto, cuando el acto esté supeditado a alguna condición y esta se dé en forma viciada.

Este análisis es importante al confrontarlo con la actividad del particular, ya que esta precisión es determinante para que se configure o no la mala fe, o bien, se activen procedimientos para determinar mediante presunciones⁽¹⁴²⁾ la mala fe del particular, aunque, desde luego, no excluye otros supuestos nulificantes.

6.10. Propiedades décticas del vicio

El vicio no siempre tiene una repercusión trascendente sobre el acto donde se asienta, a pesar de que aislada y objetivamente se trate del mismo vicio. Puede ocurrir que el vicio, teniendo la misma entidad, en un caso afecte al acto de nulidad absoluta y en otro no. Es decir, es posible entender que el vicio puede tener una morfología flexiva.

Por ejemplo, en un reclamo salarial una diferencia de mil pesos puede resultar relevante para el administrado, mientras que en una redeterminación de precios en un contrato de obra pública quizás tal diferencia no afecte en absoluto al acto redeterminante.

Para esto debe tenerse presente que se puede hacer un análisis de objetividad y subjetividad para catalogar la gravedad del vicio. Objetividad en cuanto se tiene que precisar el vicio en sí mismo, medido o descrito según parámetros objetivos y alejados del interesado; y subjetividad en cuanto apreciación valorativa para el afectado, siendo posible que el afectado, a veces, sea el Estado.

Es decir, el vicio adquiere gravedad en razón de la óptica que se tenga para analizarlo y será grave según dónde se sitúe el afectado. Y si no resulta grave o relevante para llevar al acto a una nulidad absoluta o relativa respectivamente, es intrascendente y, por ende, sin interés para los juristas.

Ahora bien, en cuanto al conocimiento del vicio y en lo que ahora importa, se observa que dicho conocimiento debe darse por parte del beneficiario sobre el vicio que padece el acto.

En este sentido, no es lícito presuponer un conocimiento del vicio sin que exista un pronunciamiento sobre el vicio –tácito o expreso– por parte del afectado, ya que tal vicio podría ser irrelevante por razones objetivas o subjetivas.

De allí que, en forma previa a darle consecuencias jurídicas al conocimiento del vicio, debe existir un pronunciamiento sobre el vicio por parte de quien lo padezca, tanto para dar lugar a una apreciación sobre el conocimiento del vicio como para permitir una conducta correctiva por parte de quien se estuviera beneficiando.

Como consecuencia de ello, para los vicios menos graves corresponderá la anulabilidad y para los vicios que revistan gravedad, la revocación.

También, y al solo efecto de su apreciación y no de la valoración de su gravedad, no todos los tipos de normas son susceptibles de tener la misma ostensibilidad al momento de verificar su violación. Por ejemplo, es fácilmente constatable que un automóvil se encuentra mal estaciona-

do; pero no es sencillo percibir una violación al alcance de la ley de política aérea, determinar criterios objetivos para establecer situaciones de riesgo de lavado de activos, etc.

De allí que también el vicio se muestra diferente de acuerdo con el tipo de norma que está viciando, cuando no todas las normas son iguales, razón que amerita observar al vicio no solo considerado aisladamente, sino según el tipo de norma que está viciando.

6.11. La teoría de los actos coligados

En la doctrina de los actos coligados o ligados al contrato⁽¹⁴³⁾, los vicios que se dan en algún paso del procedimiento administrativo repercuten en la validez del instrumento que acaba conformando una relación jurídica entre el particular contratista y la administración.

Esta doctrina tiene especial relevancia al momento de determinar los plazos de caducidad para impugnar judicialmente la actuación administrativa, o bien se impugna el acto viciado en sí mismo o su resultante final, es decir, el contrato.

En lo que aquí respecta, al existir un vicio en la formación de la voluntad administrativa, entiendo que no es menester que se conforme la relación jurídica al final del *iter* procedimental para revocar, modificar o sustituir el acto viciado o para que cualquier interesado pida su nulidad, cuando el transcurso de los pasos restantes no modificarían *per se* el acto viciado. Es decir, desde que haya un vicio conocido, la suerte del procedimiento será la misma, en tanto no exista una actuación administrativa que revoque, modifique o sustituya actos nulos de nulidad absoluta o actos anulables. Si se da una actuación nulificante, el plazo de impugnación judicial ocurrirá desde el agotamiento de la instancia administrativa sobre esa actuación. Si no se da la revocación, sustitución o anulación en sede administrativa, el interesado, en uso de la doctrina de los actos coligados, podrá hacerlo a partir de la conformación de la situación jurídica.

Aquí, entiendo que la doctrina de los actos coligados resulta inconveniente, cuando admite el desarrollo de procedimientos administrativos que padecen vicios conocidos y que ulteriormente producirían una nulidad, llevando al procedimiento a un final cuyo destino ya se encontraba predefinido, máxime cuando podrían existir intereses de otros participantes o posibles participantes, como podría ser el caso de los oferentes en una licitación. Así también es útil a los fines de extender la posibilidad impugnatoria más allá de la conformación del acto viciado.

(Continuará en el próximo diario
Serie Especial Derecho Administrativo)

(143) BARRA, RODOLFO C., *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, Buenos Aires, Ábaco, 1989. Antes de “Serra”, en una disidencia, BARRA ya había mencionado la doctrina de los actos coligados en el caso de un concurso universitario, en la causa “Martín, Estela Delia Correa de c. Universidad Nacional de San Juan”, CS, Fallos: 315:2899. Ver también, CS, “Serra, Fernando H. y otro c. Municipalidad de Buenos Aires”, Fallos: 316:2454; CS, “Gypobras S.A. c. Estado nacional –Ministerio de Educación y Justicia–”, Fallos: 318:441; CS, “Ruiz, Daniel”, Fallos: 333:2001; CNCont-adm. Fed., sala III, “Carmas S.R.L. y otro c. Poder Judicial de la Nación”, LL, 2001-A-383; CNCont-adm. Fed., sala I, “Luis Pérez Empresa Constructora S.A. s/quebra c. Banco de la Nación Argentina”, LL, 2004-D-1029; CNCont-adm. Fed., sala III, “Construcciones Tadia S.A. c. Banco Nación Argentina s/daños y perjuicios”, LL, 2012-F-435; Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Ciudad de Buenos Aires c. Scrum S.A.”, La Ley del 1-9-04, pág. 15.

JURISPRUDENCIA

Empresas del Estado:

Privatización: empresas telefónicas; Programa de Propiedad Participada; bonos de participación en las ganancias; entrega; acción; prescripción; decreto 395/92; validez constitucional; cuestionamiento. **Recurso Extraordinario:** Procedencia: arbitrariedad.

1 – Si bien, en principio, no constituye materia federal lo referido al término de prescripción aplicable a su cómputo, ello no es óbice para que la Corte pueda conocer los casos cuyas particularidades hacen excepción a dicho principio con base en la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que, con esta, se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el

(141) CS, “Cabanas, Ramón”, Fallos: 311:160 (1988).

(142) Ver pto. 8.4 de este trabajo.

debido proceso, exigiendo que las sentencias de los jueces sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (del dictamen de la PROCURADORA FISCAL SUBROGANTE que la Corte comparte y hace suyo).

2- Es arbitraria la sentencia que rechazó la demanda interpuesta por los actores con el propósito de que les entreguen bonos de participación en las ganancias, así como también la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el dictado del decreto 395/92 –que exige a las empresas telefónicas como la accionada de emitir tales bonos–, sin expedirse sobre la constitucionalidad de esta norma, omitiendo, así, examinar una defensa que resulta conducente para la debida solución de la controversia, cual es la vinculada con la periodicidad anual de su derecho a percibir dividendos y su incidencia en orden al cómputo de los plazos de prescripción. Máxime cuando, en la causa “Domínguez”, esa Corte se ha pronunciado respecto de análogos planteos, sosteniendo que, a los efectos de declarar la prescripción de la acción de inconstitucionalidad, debía valorarse que el hecho que creaba el título de la obligación dineraria a favor de los accionantes y el correlativo daño por su insatisfacción se habían ido produciendo, de manera periódica, en cada oportunidad en que se abonó el dividendo (art. 231, ley 19.550), según las ganancias que, eventualmente, resultaran de cada balance, por lo cual no podía válidamente ubicarse el dies a quem para todos los períodos litigiosos en la oportunidad en que fue publicado el decreto cuestionado (del dictamen de la PROCURADORA FISCAL SUBROGANTE que la Corte comparte y hace suyo).

3 – Por lo dispuesto en el art. 280 del cód. procesal civil y comercial de la Nación, el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia es inadmisibile (del voto en disidencia de la doctora HIGHTON DE NOLASCO).

1031 – CS, octubre 10-2017. – Spagnuolo, César Antonio y otros c. Telefónica de Argentina S.A. y otro s/programa de propiedad participada (CCF 7845/2007/1/RH1).

DICTAMEN DE LA PROCURADORA FISCAL SUBROGANTE ANTE LA CORTE: I. La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, el 20/02/14, confirmó la sentencia de grado que había rechazado la demanda promovida por los actores contra Telefónica de Argentina S.A. y el Estado Nacional, con el propósito de obtener los bonos de participación en las ganancias (por el período no prescripto y, año a año, en adelante hasta el dictado de la sentencia definitiva, o hasta la extinción del contrato de trabajo de cada actor); como así también la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el dictado del decreto 395/92 (cf. fs. 10/16, 274/277 y 329/332, del expediente principal, al que me referiré en lo sucesivo, salvo aclaración en contrario).

Sostuvo que la procedencia de la acción está supeditada a la impugnación constitucional del decreto 395/92, que en su artículo 4 exige a la accionada de cumplir con la entrega de los bonos reclamados. Agregó que tal acción se encuentra prescripta, por encontrarse cumplido el plazo decenal previsto por artículo 4023 del Código Civil –hoy derogado–, computado desde la fecha de promulgación de la norma (B.O. 10/03/92) hasta la de interposición de la demanda (08/08/07, fs. 16 vta.), con base en los fundamentos expuestos por esa Sala en la causa “Tamargo, Enrique Santos y otros c/ Telefónica de Argentina S.A. y otro s/programas de propiedad participada”.

Por otro lado, entendió inaplicable lo resuelto por esa Corte en la causa “Domínguez” (Fallos: 336:2283), sobre la base de que en el caso se analiza el plazo decenal y en el referido precedente el trienal. Asimismo, considera que no sólo se reclama un crédito sino, ante todo, la remoción del obstáculo jurídico que lo impide. Añadió que el pago de los bonos de participación y el de su sucedáneo está subordinado a la previa declaración de inconstitucionalidad del decreto 395/92, por lo que el plazo extintivo de esta pretensión no puede correr desde otro momento que no sea el dictado de la norma y, en esa inteligencia, concluyó que se encuentra prescripto.

Contra esta decisión, los actores interpusieron recurso extraordinario que, rechazado por ausencia de materia federal, dio lugar a la presente queja (fs. 335/354 y 383; y fs. 54/58 del cuaderno respectivo).

II. Los recurrentes tachan de arbitraria la sentencia en tanto considera prescripta la acción. Al respecto, sostienen la demanda por la entrega y pago de los bonos está sujeta a

un plazo de prescripción y que, en esa lógica, han limitado el reclamo al período que va desde 1996 en adelante. Agregan que se trata de obligaciones de vencimiento periódico, cuya época de pago es con los dividendos, año a año, una vez aprobado el balance (art. 231 de la ley 19.550).

Arguyen que, contrariamente a lo sostenido por el tribunal, la acción por inconstitucionalidad del artículo 4 del decreto 395/92 es imprescriptible, ya que la Constitución nacional es de orden público y su defensa no tiene límite temporal alguno.

Solicitan, por último, la aplicación al caso de lo resuelto por esa Corte en la causa “Domínguez”, por resultar análogo a la presente, en lo que refiere a la naturaleza de la obligación y en cuanto a la determinación del inicio del plazo liberatorio. Finalmente, aducen que la sentencia también incumple el fallo de esa Corte *in re* “Gentini” (Fallos: 331:1815), al aplicar el decreto 395/92, declarado inconstitucional.

III. Si bien, en principio, no constituye materia federal lo referido al término de prescripción aplicable y a su cómputo, ello no es óbice para que la Corte pueda conocer de los casos cuyas particularidades hacen excepción a dicho principio con base en la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con ésta se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias de los jueces sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos 327:2631).

Esos supuestos de excepción los aprecio configurados en el supuesto de autos, dado que los magistrados dispusieron el rechazo de demanda, sin expedirse sobre la constitucionalidad del decreto impugnado, omitiendo examinar una defensa que, en principio considerada, resulta conducente para la debida solución de la controversia, cual es la vinculada a la periodicidad anual de su derecho a percibir dividendos y su incidencia en orden al cómputo de los plazos de prescripción. Nótese que la periodicidad del derecho fue invocada en todas las instancias (v. fs. 265 vta. y 296 y sigs.).

Por ello, la decisión apelada no satisface las exigencias de fundamentación necesarias para considerar el pronunciamiento como un acto judicial válido (Fallos: 332:1098, entre otros).

Por lo demás, cabe señalar que esa Corte se ha pronunciado respecto a análogos planteos en la causa “Domínguez” el 10/12/13 (Fallos: 336:2283). Allí, el Tribunal sostuvo que a los efectos de declarar la prescripción de la acción de inconstitucionalidad, debieron valorarse los planteos en relación a que el hecho que creaba el título de la obligación dineraria a favor de los actos y el correlativo daño por su insatisfacción, se fueron produciendo, de manera periódica, en cada oportunidad en que se abonó el dividendo (cf. art. 231 de la ley 19.550), según las ganancias que, eventualmente, resultaran de cada balance. Y, en ese contexto, concluyó que no podía válidamente ubicarse el *dies a quem* para todos los períodos litigiosos en la oportunidad en que fue publicado el decreto 395/1992.

No es ocioso agregar en cuanto al decreto cuestionado, que el Máximo Tribunal en la causa “Gentini”, en orden a la inconstitucionalidad del decreto 395/92 (Fallos: 331:1815).

IV. Por lo expresado, considero que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso, dejar sin efecto la sentencia y restituir la causa al tribunal de origen, a sus efectos. Buenos Aires, 12 de diciembre de 2016. – Irma A. García Netto.

Buenos Aires, 10 de octubre de 2017

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa Spagnuolo, César Antonio y otros c/ Telefónica de Argentina SA y otro s/ programas de propiedad participada”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que las cuestiones planteadas por los recurrentes encuentran adecuada respuesta en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Hágase saber, acumúlese la queja al principal y devuélvase el expediente al tribunal

de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. – Ricardo L. Lorenzetti. – Juan C. Maqueda. – Carlos F. Rosenkrantz. – Elena I. Highton de Nolasco (en disidencia).

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a esta queja, es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la queja. Hágase saber y, previa devolución de los autos principales, oportunamente, archívese. – Elena I. Highton de Nolasco.

Daños y Perjuicios:

Responsabilidad del Estado: requisitos; fundamentos; acontecimientos de Cromañón; responsabilidad estatal por falta de servicio; configuración; Estado Nacional y CABA; condena; alcances; solidaridad; indemnización. Intereses: *Dies a quo*: tasa aplicable.

1 – La responsabilidad del Estado y su correspondiente deber de indemnizar pueden resultar tanto de su actividad legal como de su actividad ilícita y requieren, para su procedencia, la efectiva existencia: a) de un perjuicio, b) de una relación de causalidad –directa e inmediata– entre el daño alegado y la conducta estatal, y c) una imputabilidad jurídica de los daños al Estado (del voto del doctor GALLEGOS FEDRIANI).

2 – El ejercicio de funciones estatales no impide la responsabilidad del Estado en la medida que se prive a alguno de su propiedad o se lo lesione en sus atributos esenciales (del voto del doctor GALLEGOS FEDRIANI).

3 – Si bien en nuestro ordenamiento, al tiempo de los acontecimientos acaecidos, no había una norma específica que consagrara la responsabilidad estatal en forma explícita –con carácter genérico–, el fundamento jurídico reposa en la Ley Fundamental, que garantiza la igualdad ante la ley (art. 16), la inviolabilidad del derecho de propiedad (arts. 14 y 17) y el afianzamiento de la justicia, y toda ofensa a tales derechos adquiridos y reconocidos, aun por la actividad del propio Estado, origina la obligación de repararlos, sin que sea necesaria la existencia de una ley concreta que reconozca el derecho a la indemnización del voto (del doctor GALLEGOS FEDRIANI).

4 – La responsabilidad que se atribuye al Estado Nacional en los acontecimientos de Cromañón no es la del supuesto conocido como actividad lícita, sino el principio general que viene del derecho francés de responsabilidad objetiva por faute de service, pues surge de la causa penal respectiva que, en tal evento, tanto el Estado Nacional como el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no tomaron los reparos mínimos para evitar los daños producidos (del voto del doctor GALLEGOS FEDRIANI).

5 – Los agravios del Estado Nacional respecto de haber sido considerado civilmente responsable por los acontecimientos de Cromañón, cuando no ha sido demandado sino citado como tercero, son inadmisibles, pues si bien es cierto que, conforme surge del escrito de inicio, los actores solo demandaron al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y este fue el que citó al Estado Nacional, no lo es menos que el tercero citado puede ser condenado como el principal demandado; ello con el fin de evitar futuras multiplicidades de procesos (del voto del doctor GALLEGOS FEDRIANI).

6 – Por los acontecimientos de Cromañón corresponde condenar a cada una de las personas individuales (excepto a los funcionarios), en un 30 % en conjunto y al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al Estado Nacional en un 35 % a cada uno (incluidos los funcionarios). Ello, sin perjuicio de que la solidaridad fijada por el Sr. juez a quo implica que cualquiera de los condenados se encuentra obligado a pagar la totalidad de la deuda, y sin perjuicio de la posibilidad de repetir, en un proceso posterior contra los restantes condenados en la medida que exceda su porcentaje de responsabilidad (del voto del doctor GALLEGOS FEDRIANI).

7 – Le asiste derecho al Gobierno de la Ciudad respecto de que la ejecución de la sentencia que lo condena por los aconteci-

mientos de Cromañon deberá hacerse bajo la forma prescripta por la ley local 189 (del voto del doctor GALLEGOS FEDRIANI).

8 – La tasa aplicable de interés aplicable a la suma de condena es la pasiva que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina.

9 – Con relación al momento a partir del cual deben computarse los intereses de condena, así como la tasa de interés aplicable, cabe remitirse a lo expresado en los considerandos XIII y XIV de la causa “Lombardía, Facundo Manuel y otro c. GCBA y otro s/daños y perjuicios”, del 5-9-17. En consecuencia, salvo que la sentencia hubiera fijado la indemnización a valores actuales, los intereses deben computarse a partir del momento en que ocurrió el hecho –en el caso, los acontecimientos de Cromañon–, a la tasa prevista en la comunicación 14.290 del Banco Central de la República Argentina (del voto del doctor ALEMANY).

10 – Las cuestiones planteadas en autos –respecto de la responsabilidad estatal en los acontecimientos de Cromañon– resultan sustancialmente análogas a las analizadas por esta sala en la causa “Rossi, María Luján c. EN - M° Interior - PFA y otros s/daños y perjuicios”, a cuyos fundamentos cabe remitirse (del voto del doctor TREACY).

11 – En lo sustancial, cabe remitirse a los fundamentos expuestos en las sentencias dictadas en las causas “Lombardía, Facundo Manuel y otro c. BCBA y otro s/daños y perjuicios” y “Rossi, María Luján c. EN - M° Interior - PFA y otros s/daños y perjuicios”, falladas el 5-9-17 (del voto en disidencia parcial del doctor ALEMANY).

12 – En cuanto a la determinación de la medida de la responsabilidad de cada uno de los condenados por los acontecimientos de Cromañon, cabe aclarar que, en el supuesto en que el Estado Nacional pagase el total de la indemnización, podrá reclamarle al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires el 25 % de esa deuda, mientras que, en el caso de que este último pagara el total de la indemnización, podrá reclamarle al Estado Nacional el 25 % de esa deuda. Todo ello sin perjuicio de las eventuales acciones de regreso que cada uno de ellos pueda ejercer en un proceso ulterior contra sus respectivos funcionarios (cfr. art. 130 de la ley 24.156; art. 56 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires; y art. 1123 del cód. civil, por analogía); y contra los organizadores y demás particulares condenados en sede penal, por la mayor medida en que son responsables en la causación del daño; y sin perjuicio de las defensas que oportunamente pudieran hacer valer aquellos no citados a este pleito (del voto en disidencia parcial del doctor ALEMANY). R.C.

1032 – CNCont.-adm. Fed., sala V, septiembre 21-2017. – B., L. A. y otro c. GCBA y otros s/daños y perjuicios.

En Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 21 días del mes de septiembre del año dos mil diecisiete, reunidos en Acuerdo los señores Jueces de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, para conocer del recurso interpuesto en autos “B., L. A. y otro c/ GCBA y otros s/ Daños y Perjuicios”, respecto de la sentencia de fs. 892/903 el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El señor Juez de Cámara Doctor Pablo Gallegos Fedriani dice:

I. Que por sentencia de fs. 892/903, la Sra. Jueza de la anterior instancia hizo lugar a la demanda entablada por los Sres. L. A. B. y R. Z. Z., en su carácter de padres de G. A. B., muerto en el hecho ocurrido en el local bailable República Cromañon, el 30/12/2004.

Condenó concurrentemente al GCBA, al Estado Nacional Ministerio del Interior, a C. R. D., P. S. F., C. T. J., D. C., J. C., E. R. D., E. A. V. y D. M. A., a pagar las sumas que surjan de la liquidación a practicar en la etapa de ejecución de Sentencia, con costas.

II. Que a fs. 905 apeló el GCBA y a fs. 909 el Estado Nacional - Ministerio del Interior.

A fs. 918/926 expresó agravios el GCBA y a fs. 927/950 hizo lo propio el GCBA, traslados que fueron contestados por la actora a fs. 952/966.

A fs. 968/969 dictaminó el Sr. Fiscal General y a fs. 972/973 se suspendió el llamado de autos para Sentencia; y se ordenó correr traslado por Secretaría a los terceros citados: P. S. F., J. C., E. R. D., E. V., C. T., D. H. C., C. R. D., D. M. A. y C. V. de los agravios del Gobierno Nacional

y de la Ciudad de Buenos Aires, los que habiendo sido notificados no contestaron los traslados.

Por ello, a fs. 976 se reanuda el llamado de autos para sentencia de fs. 971.

III. Que se agravia en primer término el Estado Nacional de que el *a quo* no trató la defensa de falta de legitimación pasiva por lo que se afecta directamente la garantía de defensa en juicio y debido proceso, solicitando por ende la nulidad de la sentencia recurrida.

IV. Que a los fines de desestimar tal agravio no cabe sino remitirse a los claros términos del Sr. Fiscal a fs. 968/969, los que comparto en un todo. A mayor abundamiento decretar la nulidad por una cuestión procesal que ha sido salvada por el tratamiento de la cuestión de fondo implicaría un dispendio jurisdiccional que iría contra el principio de la tutela judicial efectiva.

V. Que cabe poner en relieve que de todos los condenados, solo el Estado Nacional y el GCBA apelaron, en lo que respecto de los demás, la Sentencia recurrida ha pasado en autoridad de cosa juzgada.

VI. Que superado el valladar procesal y aclarada la situación de quienes no recurrieron a la sentencia, corresponde entrar en el fondo de la cuestión.

VII. Que en términos genéricos, la responsabilidad del Estado y su correspondiente deber de indemnizar pueden resultar tanto de su actividad legal, como de su actividad ilícita y requiere para su procedencia la efectiva existencia de: a) un perjuicio, b) de una relación de causalidad –directa e inmediata– entre el daño alegado y la conducta estatal y c) una imputabilidad jurídica de los daños al Estado (conf. Miguel S. Marienhoff: “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo IV, página 703 y siguientes).

El principio según el cual la garantía del patrimonio de los administrados queda cubierta –en principio– frente a toda posible lesión producto de la acción administrativa, no ha sido sin embargo, tarea fácil ni en nuestro propio derecho, ni en el panorama del Derecho Comparado. Muy por el contrario, la afirmación de un principio general de responsabilidad del Estado y de la Administración Pública ha exigido recorrer un largo camino cuyo término sólo ha podido vislumbrarse bien entrado el corriente siglo (conf. esta Sala *in re*: “Meza, Ernán Gustavo c/ Estado Nacional (M° de Educ. y Just. Subs. de Just.) s/ juicios de conocimiento”, sentencia del 20-8-96).

Con relación a tales principios es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el ejercicio de funciones estatales no impide la responsabilidad del Estado en la medida que se prive a alguno de su propiedad o se lo lesione en sus atributos esenciales (conf. causa: “Rebesco, Luis Mario c/ Policía Federal Argentina [Estado Nacional-Ministerio del Interior] s/Daños y Perjuicios”, sentencia del 12-3-95).

En efecto, si bien en nuestro ordenamiento al tiempo de los acontecimientos acaecidos no había una norma específica que consagrara la responsabilidad estatal en forma explícita –con carácter genérico–, el fundamento jurídico reposa en la Ley Fundamental que garantiza la igualdad ante la ley (art. 16), la inviolabilidad del derecho de propiedad (arts. 14 y 17) y el afianzamiento de la justicia, y toda ofensa a tales derechos adquiridos y reconocidos aun por la actividad del propio Estado, origina la obligación de repararlos, sin que sea necesaria la existencia de una ley concreta que reconozca el derecho a la indemnización (conf. esta Sala *in re*: “Urundel del Valle S.A. c/ Estado Nacional [Poder Ejecutivo Nacional] s/ Varios”, sentencia del 22-6-98).

En tales condiciones ya no es más el ejercicio razonable de los poderes propios el tema que rige el principio de la reparación, lo que no significa que si se ha actuado con irrazonabilidad no se deban reparar los daños causados. Es decir, el Estado puede actuar razonablemente con sus poderes y deber una indemnización, cuando afecta un derecho adquirido de un particular. Ello no significa recoger la teoría de la especialidad del daño para deber la reparación sino centrar el enfoque en el perjuicio que se le ocasiona a un particular en sus derechos subjetivos, cuando el Estado ha actuado en beneficio de la comunidad. No significa que el daño sea especial en una sola persona, sino que, más bien, una persona pueda acreditar que se le ha visto desconocido un derecho subjetivo (conf. Pedro Aberastury (h) “El Problema de la Responsabilidad del Estado en la Ju-

risprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con Particular Referencia a la del Estado Legislador”, en “Revista Jurídica de Buenos Aires”- 1985, pág. 248).

VIII. Que resulta evidente que la responsabilidad que se atribuye al Estado Nacional en el caso *sub examine* no es la del supuesto conocido como actividad lícita, sino el principio general que viene del derecho francés de responsabilidad objetiva por *faute de service*.

En efecto, respecto de los acontecimientos de Cromañon surge de la causa penal que tanto el Estado Nacional como el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no tomaron los reparos mínimos para evitar los daños producidos.

IX. Que se agravia el Estado Nacional de haber sido condenado cuando no ha sido demandado sino citado como tercero. En efecto conforme surge del escrito de inicio, los actores solo demandaron al GCBA y este fue el que citó al Estado Nacional - Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina (ver resolución de fs. 174 y vta.).

Tal pretensión del Estado Nacional debe ser desestimada desde que, como lo ha reconocido la jurisprudencia, el tercero citado puede ser condenado como el principal demandado; ello con el fin de evitar futuras multiplicidades de procesos.

Máxime cuando, como en el caso de autos ha podido ejercer su derecho de defensa y ha sido parte en la causa penal.

X. Que se agravia el Estado Nacional de la condena penal y de la aplicación al caso de autos.

Tal agravio no puede prosperar desde que la sentencia penal es la que determina y obliga al juzgador en materia de responsabilidad respecto de la existencia de los hechos y la responsabilidad de los implicados en ellos; lo que no quiere decir que el juez que resuelve sobre la responsabilidad pecuniaria por los daños y perjuicios no pueda tener en consideración circunstancias diferentes que pudieron no haber sido materia de pronunciamiento específico en sede penal, siendo suficiente fundamento para una condena resarcitoria.

XI. Que se agravian ambas partes de la procedencia de los rubros y del monto de ellos otorgado por la Sra. Juez.

XII. Que el artículo 386 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación determina que salvo disposición en contrario: “... los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa”. La libre apreciación de las pruebas reconoce en nuestro ordenamiento el marco legal de la “sana crítica”, expresión que comprende la necesidad de valorar los distintos medios, explicando las razones que ha tenido el juez para formar su convicción al ponderar con un sentido crítico la variedad de pruebas.

La sana crítica se sintetiza en el examen lógico de los distintos medios, la naturaleza de la causa y las máximas de experiencia, es decir el conocimiento de la vida y de los hombres que posee el juez, simples directivas, indicaciones o consejos dirigidos al sentenciador y respecto de los cuales éste es soberano en su interpretación y aplicación. Naturalmente que si es arbitraria o absurda no puede pretenderse la validez de tal determinación judicial (Conf. Fenochietto-Arazi, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires”, Editorial Astrea, Tomo 2, página 356; esta Sala *in re*: “Ayerbe, Lázaro c/ Ministerio de Justicia de la Nación”, sentencia del 26-5-98; “Martínez, Eliseo David c/ Instituto de Servicios Sociales Bancarios”, sentencia del 16-3-2001).

Dicho lo anterior, no puede sino coincidir con lo tenido por probado por la Sra. Jueza de la anterior instancia.

XIII. Que cabe precisar que el daño moral se caracteriza por los padecimientos o molestias que hieren las afectaciones legítimas de quienes los sufren, y que su valuación no está sujeta a cánones estrictos. Corresponde por ende a los jueces de la causa establecer su procedencia y, en definitiva, el *quantum* indemnizatorio, tomando en cuenta para ello, la gravedad de la lesión espiritual sufrida, y el hecho generador de responsabilidad. Asimismo, la jurisprudencia es conteste al sostener que ninguna relación forzosa existe entre el perjuicio material y moral ya que ambos

cuentan con presupuestos propios y concurren a su determinación razones diferenciadas (conf. CNACAF Sala II *in re* "Aramburu Fernando c/ OSPLAD s/ Empleo público", sentencia del 29/9/94). Así se ha decidido que corresponde indemnizar el daño moral de la actora cuando de las constancias de autos se da cuenta suficiente de su padecimiento anímico y espiritual, generados, fundamentalmente, a raíz de la situación sufrida (conf. CNACAF, Sala I *in re* "Rava Marta c/ Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas s/ Empleo Público", sentencia del 3/11/95).

XIV. Que a mi juicio, tal medida y prudencia han existido por parte de la Sra. Jueza en el caso en examen.

XV. Que en cuanto al agravio de los montos fijados por la Sra. Jueza, entiendo que conforme lo dispone el art. 165 del C.P.C.C.N., son correctos y ajustados a derecho.

XVI. Que se agravia el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires respecto de los intereses que la Sra. Juez hace correr desde el momento del acaecimiento de los daños y no desde el momento de la sentencia. Resulta evidente que tal agravio no puede tener cabida, ya que dicho deber nace desde el momento del hecho.

XVII. Que se agravia el Gobierno de la Ciudad sobre la proporcionalidad del monto de la condena ya que se lo condenó en un 60 %, y al Estado Nacional y a C. R. D. en un 10 %. Considero que le asiste razón al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sin perjuicio de ello, cabe recordar que la solidaridad fijada por el Sr. Juez *a quo* implica que cualquiera de los condenados se encuentra obligado a pagar la totalidad de la deuda, sin perjuicio de la posibilidad de repetir en un proceso posterior contra los restantes condenados en la medida que exceda su porcentaje de responsabilidad.

Dicho ello, corresponde condenar a cada una de las personas individuales (excepto a los funcionarios), en un 30 % en conjunto y al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al Estado Nacional en un 35 % a cada uno (incluidos los funcionarios).

XVIII. Que se agravia el Gobierno de la Ciudad ante la falta de aplicación de la Ley 189 de la CABA. Sobre tal punto resulta claro que, le asiste derecho al Gobierno de la Ciudad que, al tiempo de ejecutarse la sentencia deberá hacerse bajo la forma prescripta por la reglamentación local.

XIX. Que se agravia el Estado Nacional por el rubro reconocido como tratamiento del daño psicológico, entendiéndose que no constituye un daño autónomo. Tal aserción no es ajustada a derecho, en la medida que si bien integran los daños materiales, tienen una característica específica como podrían ser también los medicamentos que deban comprarse o los traslados en ambulancia, entre otros.

XX. Que se agravia por último, el Estado Nacional en relación a la imposición de las costas, por entender que no le pueden ser impuestas por no resultar vencido.

Como se ha dicho más arriba, aún siendo citado como tercero puede ser condenado; por lo que, la condena en costas resulta adecuada y debe ser mantenida.

XXI. Por su parte, se agravia la Procuración de la CABA respecto de la tasa de interés aplicable, toda vez que entiende que debe ser la pasiva y no la activa.

Sobre el punto cabe recordar que es una facultad de los jueces la de determinar la tasa de interés aplicable, y que de acuerdo a la normativa vigente y a la jurisprudencia constante del fuero federal en lo Contencioso Administrativo, la tasa aplicable es la pasiva que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina, en virtud de lo cual, debe admitirse el presente agravio.

El Juez de Cámara, Dr. Jorge F. Alemany, dijo:

I. Que, en lo sustancial me remito a los fundamentos expuestos en las sentencias dictadas en las causas "Lombardía Facundo Manuel y otro contra BCBA y otro Sobre Daños y Perjuicios" (expte. CAF 33770/2007/CA1); y, "Rossi, María Luján c/E.N. M° Interior - PFA y otros s/ daños y perjuicios" (expte. N° 1.452/2007), falladas el 5 de septiembre de 2017, sin perjuicio de reiterar lo expresado con relación a las siguientes cuestiones:

II. Que en la sentencia dictada por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal del 20 de abril de 2011 se explican con todo detalle las circunstancias de hecho expuestas en la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal

N° 24, que motivaron el incendio y dieron fundamento a las condenas. En resumidas cuentas, el suceso fue el resultado de la correlación simultánea de cuatro factores de riesgo: la utilización de elementos de pirotecnia solamente aptos para ser detonados en lugares abiertos; la cobertura del cielo raso del local con materiales inflamables, el desmesurado número de concurrentes cuya entrada fue admitida, y la obstrucción de los lugares para una evacuación rápida de los asistentes. Tales factores de riesgo eran conocidos tanto por el explotador del local, el señor O. E. C., por su colaborador o ayudante; así como por el representante del conjunto musical "C." y todos sus integrantes.

Según los hechos probados en sede penal, el explotador del local, su colaborador o ayudante, y el representante del conjunto musical y sus integrantes, organizaron de manera conjunta el concierto musical, y acordaron distribuirse (descontados los gastos) las ganancias en un 30 % para el primero y 70 % para los segundos, que tomaron a su cargo determinados aspectos de la organización y preparación del evento. Las muertes se produjeron principalmente como resultado de la inhalación de los gases tóxicos resultantes de la combustión de los elementos situados en el cieloraso como consecuencia del encendido de los artefactos de pirotecnia introducidos de manera clandestina y sin control. La utilización de artículos pirotécnicos era habitual en los "recitales" del grupo o conjunto musical en cuestión, y, además, de las constancias de la causa, surge que en ocasiones anteriores habían sido transportados en las cajas de guarda de los instrumentos musicales (fs. 486, 488 y 489 de la sentencia de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal). En el local situado en la calle Bartolomé Mitre ... el cielo raso había sido cubierto con espuma de poliuretano, "guata" y tela sintética, es decir, materiales inflamables cuya combustión originó gases tóxicos, que previamente habían dado lugar a dos principios de incendio que tuvieron lugar el 1 de mayo y el 25 de diciembre de 2004, y pudieron ser extinguidos de inmediato; circunstancias conocidas por los organizadores del espectáculo musical. Además, de acuerdo con las constancias de la plancheta de habilitación, el local tenía capacidad para albergar 1031 personas, y los organizadores, más precisamente, los integrantes del conjunto musical, imprimieron 3500 entradas y contaron con cierto espacio adicional para las personas invitadas; por lo que la concurrencia de público fue aún mayor. Además, la denominada "puerta alternativa", de grandes dimensiones, próxima al escenario y que según la plancheta municipal constituía la vía de evacuación en caso de incendio pues conducía a un corredor habitualmente utilizado como entrada y salida de vehículos, había sido cerrada con un candado; y la denominada "puerta de emergencia" era utilizada para el ingreso y egreso de personas, y se hallaba obstruida con vallas; circunstancias que también le constaban al explotador, que estaba presente, a su ayudante y colaborador, y a los integrantes del grupo musical, que no pudieron hacer entrar los equipos de música por ese lugar. Además, las condiciones edilicias en el interior del local también habían sido alteradas.

Por omisión del funcionario policial a cargo del control del operativo, el Subcomisario C. R. D., que había destacado un carro de asalto en la esquina del local y cerrado la calle, asistieron más de 3500 personas, sin que esa autoridad hubiera intervenido. De acuerdo con la sentencia penal, tal omisión fue deliberada y producto de haber recibido determinadas sumas de dinero para brindar "seguridad" y permitir las múltiples contravenciones que tuvieron lugar durante el evento, por lo que ese funcionario fue condenado en sede penal por el delito de incendio seguido de muerte en concurso real con el de cohecho pasivo.

Asimismo, el incendio se produjo por la omisión culpable de los funcionarios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, F. F., A. M. F., y G. J. T., condenados por el delito de incendio seguido de muerte en concurso real con el de omisión de los deberes de funcionario público. Al respecto, en la sentencia penal referida se da cuenta que, en virtud de las actuaciones iniciadas de oficio por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad el 27 de enero de 2004 con el número 631/04, se solicitó a la Subsecretaría de Control Comunal que informara sobre el número de locales de baile habilitados y la situación de cada uno de ellos con respecto a las instalaciones y medidas de prevención contra incendios. La Subsecretaría de Control Comunal, F. F., fue puesta en conocimiento de las graves irregularidades que existían en los locales de baile de la Ciudad de

Buenos Aires, y las transmitió a los funcionarios dependientes de ella, G. J. T. y A. M. F. Al mismo tiempo, el Defensor del Pueblo solicitó y fue informado por el Jefe de la División Prevención de Incendios de la Superintendencia de Bomberos de la Policía Federal Argentina sobre la nómina de los locales que habían solicitado la inspección, la "certificación inicial" de las instalaciones y medidas contra incendios, y el cumplimiento de las exigencias establecidas en la Ordenanza N° 50.250.

De la información recibida resultó un alto grado de incumplimiento, circunstancia que dio lugar a que el Defensor del Pueblo requiriese a la Subsecretaría de Control Comunal que arbitrara todos los medios a fin de intimar a los locales de baile clase "c" al estricto cumplimiento de las reglamentaciones vigentes. Se constató que en octubre de 2004 sobre un total de 200 locales cuanto menos el 70 %, si no más, no había observado los requisitos reglamentarios vigentes en esa materia. Después de varias reuniones con los funcionarios referidos, en las que participó la Directora Adjunta de Fiscalización y Control, A. M. F., esta última libró 164 intimaciones, y una de ellas fue específicamente dirigida al local que funcionaba en la calle Bartolomé Mitre ... En respuesta a ese requerimiento, el 10 de junio de 2004 el representante de la sociedad que entonces era titular de la habilitación presentó una copia de la plancheta de habilitación, el certificado de inspección final de los bomberos, expedido el 24 de noviembre de 2003 y ya vencido, dos carátulas de fotocopias de los planos de habilitación, y tres de los planos relacionados con las medidas contra incendios.

En suma, a pesar de que el local había sido inspeccionado por última vez el 29 de marzo de 2003, y a tiempo de los hechos no cumplía con los requisitos necesarios para permanecer abierto, los funcionarios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires omitieron dar cumplimiento a sus deberes específicos, es decir inspeccionar y, en particular, verificar la observancia de lo establecido en la Ordenanza 50.250 sobre la prevención contra incendios, cuyo incumplimiento trae aparejada la clausura inmediata. En cambio, permitieron que en el local prosiguieran las actividades materia de la habilitación en las condiciones de gravísimo riesgo ya descriptas, con la certificación de la Superintendencia de Bomberos ya vencida, y sin haber realizado ninguna verificación posterior en el lugar. Una sola inspección hubiera sido suficiente para evitar el incendio y no se llevó a cabo, a pesar de las múltiples irregularidades que ya les habían sido comunicadas varias veces, y hecho públicas por medio de noticias periodísticas que dieron lugar a una solicitud de información por parte de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires.

III. Que, de conformidad con el principio establecido en el artículo 1102 del Código Civil vigente al tiempo de los hechos, reiterado en el artículo 1776 del Código Civil y Comercial, la sentencia penal condenatoria tiene los efectos propios de la cosa juzgada respecto de la existencia del hecho principal y de la culpa de los condenados. En tales condiciones, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, así como el Estado Nacional, son responsables con fundamento en la doctrina de la "falta de servicio", según lo resuelto en Fallos 306:2030 y reiterado en Fallos 330:563, y deben responder de manera directa por los daños ocasionados por la prestación irregular del servicio por parte de sus agentes o funcionarios.

Se ha argumentado que cuando el funcionario ejerce sus funciones de manera abiertamente ilegítima, con intención maliciosa, o con el fin de obtener un enriquecimiento personal comete una "falta personal" separable del servicio (TC, "Quitman", 21 de junio de 2004). Sin embargo, en el texto del artículo 1112 del Código Civil, vigente al tiempo de los hechos, solamente se exige como requisito para responsabilizar al Estado el cumplimiento irregular de las obligaciones impuestas a sus funcionarios, con prescindencia de si han obrado de manera intencional o con culpa (cfr. Fallos 203:30; 318:2133; 325:1277; 326:820; 334:376).

En tal sentido, cabe tener presente que si el delito es cometido en ejercicio de la función y valiéndose de una manera determinante de las atribuciones, así como de los medios confiados al funcionario o agente, no es posible afirmar que carece de vinculación con el servicio en la medida necesaria y suficiente para dar lugar a la responsabilidad del Estado. Así se ha entendido en los innumerables precedentes relativos a la privación ilegítima de la libertad

o de la muerte causada por los delitos cometidos por los funcionarios nacionales y provinciales en cumplimiento irregular de sus funciones (Fallos 311:1007; 317:88; 318:2133; y 328:4175, entre otros).

IV. Que, como regla, en el proceso, nadie puede ser constreñido a proponer una demanda que no quiere proponer, o a proponerla contra quien no quiere (cfr. Martínez, Hernán J., *Procesos con sujetos múltiples*, Buenos Aires, La Rocca, 1987, pp. 41/43 y 346). Sobre el particular se ha sostenido que "... en las relaciones con multiplicidad de sujetos, cuando la ley no dispone otra cosa, es siempre lícito obrar por sí solo o contra uno solo, con tal de que la demanda por el hecho de ser propuestas por uno solo o contra un solo no pierda toda utilidad práctica..." (cfr. Chioyenda, Giuseppe: *Principios de Derecho Procesal Civil*. Ed. Reus. Madrid, 1925; T° II pág. 607, y Nota 2 al pie de página). La sentencia dictada en el juicio civil obliga a los demandados, así como a los traídos al pleito en carácter de tales, es decir, con el consentimiento del demandante. La condena puede ser hecha extensiva a los terceros siempre que, sin oposición, hayan sido citados al pleito como demandados, y hayan tenido oportunidad de ejercer plenamente su derecho de defensa (Fallos 321:767; 330:1060).

V. Que, con respecto a la responsabilidad del Estado Nacional y de la Ciudad de Buenos Aires por las faltas cometidas por sus funcionarios, cabe señalar que se ha sostenido que se trata de un supuesto de obligaciones *in solidum* o concurrentes (Fallos 307:1507, consid. 11°; 308:966; 312:2481, consid. 5°; 320:536, consid. 171; 325:1585, consid. 4°; 329:1881, consid. 16°; 330:2748, consid. 7°; entre otros); que se caracterizan por la existencia de un solo acreedor, un mismo objeto, pero distintas causas en relación a los deudores. La responsabilidad de los primeros se rige por el derecho administrativo, federal o local, y se origina en la prestación irregular del servicio (Fallos 308:966 y 329:1684); mientras que la de los funcionarios, y la de los terceros condenados en sede penal, se rige por el derecho civil (cfr. arts. 1096; 1100; 1109, segunda parte, 1112, 1123 y concordantes del Código Civil vigente al tiempo de los hechos que dieron lugar a la causa).

Al respecto se ha expresado que "... Las diferentes culpas de los obligados concurrentes bastan, indistintamente, para darle al damnificado el derecho al resarcimiento del total del daño contra cualquiera de los responsables *in solidum*. Pero después de desinteresado aquél, queda en pie una eventual responsabilidad compartida que puede ser alegada por cualquiera de los deudores, a fin de que el monto de la indemnización sea cubierto, en definitiva, por todos los deudores concurrentes, en la medida, desde luego, en que cada uno contribuyó a causar el daño. La acción recursoria a tal fin promovida, no es una consecuencia propia de la estructura de la deuda concurrente pues en ésta no existen —a diferencia de la solidaridad— relaciones internas de contribución entre los co-deudores, sino que encuentra su fundamento en razones de justicia y equidad que obstan a que alguien soporte, en definitiva, un daño mayor que el que causó" (cfr. Fallos 312:2481, consid. 5°, y su cita).

A similar solución se llegaría por aplicación del artículo 1109, segunda parte, del Código Civil vigente al momento de los hechos, en el que se dispone que "cuando por efecto de la solidaridad derivada del hecho uno de los coautores hubiere indemnizado una parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción de reintegro"; y al Gobierno de la Ciudad y al Estado Nacional no les puede ser atribuida la intención de dañar, por lo que están legitimados para demandar el reintegro en los términos de ese artículo.

En consecuencia, el pago de la indemnización puede ser exigido a cada uno de los deudores concurrentes, sin perjuicio de que ulteriormente puedan ejercer las acciones de regreso o contribución contra sus respectivos funcionarios (cfr. art. 130 de la ley 24.156; art. 56 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires; y art. 1123 del Código Civil, por analogía), así como contra los restantes autores del hecho condenados en sede penal, en la medida en que cada uno de ellos contribuyó a causar el daño.

VI. Que, de la reseña de los hechos probados en sede penal resulta que los organizadores del espectáculo introdujeron todas las condiciones necesarias y suficientes para que se produjera el resultado dañoso, es decir, los cua-

tro factores individualizados en la sentencia penal dictada por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal; mientras que los funcionarios del Estado Nacional y del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires introdujeron condiciones necesarias, pero por sí solas insuficientes para la causación del hecho. En tal sentido, se ha expresado que el vínculo o relación de causalidad debe ser necesario, en el sentido de que la consecuencia no podría haber tenido lugar sin la acción u omisión del sujeto; pero no se requiere que sea suficiente, en el sentido de que puede haber sido, desde el punto valorativo, la única o sólo una de las varias causas relevantes, en cuyo caso se las denomina como "concausas". A los fines de determinar la responsabilidad civil cabe atenderse a las conductas y hechos probados en la causa penal, tanto a las positivas, es decir, a las acciones, como a las negativas, vale decir, a las omisiones; porque lo que debe ser tenido en cuenta no es la causalidad en sentido físico sino la relevancia jurídica, el valor o disvalor, de los respectivos comportamientos que de manera concatenada condujeron a la producción del resultado. La circunstancia de que todas ellas, en conjunto, hayan contribuido a ocasionar el daño no implica que necesariamente deba serle atribuida la misma incidencia en sentido causal ni el mismo grado de responsabilidad ya que, desde el punto de vista valorativo, no resultan "equivalentes". Si se acepta el principio de que los particulares son enteramente libres para ejercer la industria y el comercio con sujeción a las reglamentaciones de policía aplicables a la actividad respectiva, también debe aceptarse que deben asumir la responsabilidad de responder por los daños que ocasionan a terceros, cuando la ejercen de manera ilícita; sin que ello en modo alguno implique eximir de responsabilidad a los funcionarios que, de manera irregular, ejercieron las funciones de habilitación, prevención y control destinadas a evitar los riesgos inherentes a tales actividades (cf. Rogelio Arturo Bárcena Zubieta: "La Causalidad en el Derecho de Daños", disponible en [www.http://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/7633/trabz.pdf?sequence=1](http://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/7633/trabz.pdf?sequence=1)).

VII. Que, en virtud de lo expuesto, y con respecto a lo solicitado en cuanto a la determinación de la medida de la responsabilidad de cada uno de los condenados, cabe aclarar que en el supuesto en que el Estado Nacional pagase el total de la indemnización podrá reclamarle al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires el 25 % de esa deuda, mientras que en el caso de que este último pagara el total de la indemnización podrá reclamarle al Estado Nacional el 25 % de esa deuda. Todo ello sin perjuicio de las eventuales acciones de regreso que cada uno de ellos pueda ejercer en un proceso ulterior contra sus respectivos funcionarios (cfr. art. 130 de la ley 24.156; art. 56 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires; y art. 1123 del Código Civil, por analogía); y contra los organizadores y demás particulares condenados en sede penal, por la mayor medida en que son responsables en la causación del daño; y sin perjuicio de las defensas que oportunamente pudieran hacer valer aquellos no citados a este pleito.

VIII. Que, con relación al momento a partir del cual deben computarse los intereses de condena, así como la tasa de interés aplicable, cabe remitirse a lo expresado en los Considerandos XIII y XIV de la causa "Lombardía Facundo Manuel y otro contra GCBA y otro Sobre Daños y Perjuicios" (expte. CAF 33770/2007/CA1), del 5 de septiembre de 2017. En consecuencia, salvo, que la sentencia hubiera fijado la indemnización a valores actuales, los intereses deben computarse a partir del momento en que ocurrió el hecho; a la tasa prevista en la comunicación 14.290 del Banco Central de la República Argentina.

Con relación a los aspectos restantes, así como en cuanto al importe de la indemnización objeto de la condena apelada, coincido con lo expuesto en el voto que antecede. Así voto.

El Sr. Juez de Cámara, Dr. *Guillermo F. Treacy* dijo:

Que las cuestiones aquí planteadas resultan sustancialmente análogas a las analizadas por esta Sala en la causa "Rossi María Luján c/EN-M° Interior – PFA y otros s/ daños y perjuicios" (Expte. Nro. 1452/07, sentencia del día de la fecha), a cuyos fundamentos cabe remitirme y que pueden ser consultados en la página web del Poder Judicial de la Nación (www.pjn.gov.ar - "Consulta de Causas Judiciales").

En concordancia con ello, adhiero en lo sustancial a los votos que anteceden, con excepción a los considerandos

VI y VII del voto del Dr. Alemany. De este modo, en lo que concierne a la condena y los porcentajes de distribución (en miras a eventuales acciones de repetición), debe estarse a lo dispuesto en el considerando XVII del voto del Dr. Gallegos Fedriani. Así voto.

En atención al resultado del Acuerdo que antecede, *se resuelve*: I) Confirmar la sentencia de fs. 892/903, en cuanto al monto indemnizatorio determinado y también respecto a la imposición de costas. II) Modificarla en cuanto a los porcentajes fijados condenando a cada una de las personas individuales (excepto a los funcionarios), en un 30 % en conjunto y al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al Estado Nacional en un 35 % a cada uno (incluidos los funcionarios); y en cuanto a la tasa de interés aplicable será la pasiva, computada desde el hecho dañoso. III) Imponer las costas de esta instancia en el orden causado (art. 68, segundo párrafo del CPCCN). Regístrese, notifíquese —al Sr. Fiscal General en su público despacho— y devuélvase. — *Pablo Gallegos Fedriani* (por su voto). — *Jorge F. Alemany* (en disidencia parcial). — *Guillermo F. Treacy* (por su voto).

Poder Judicial:

Depósitos judiciales: traspaso al Banco de la Nación; ley 26.764; inconstitucionalidad. **Ciudad de Buenos Aires:** Autonomía: art. 129 de la Constitución Nacional; interpretación.

1 – *En el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, el Congreso Nacional no puede legislar en materias exclusivamente locales, toda vez que la regla que se desprende del art. 129 de la Constitución Nacional consiste en la plena autonomía de la primera, por lo que la Nación solo puede restringirla en la medida que sea necesaria para la protección de sus propios intereses y siempre que la ciudad continúe siendo la capital de la Nación.*

2 – *Puesto que la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación, las provincias y la CABA es la regla y no la excepción, la Constitución Nacional debe ser interpretada de modo que las autoridades de aquella y de estas se desenvuelvan armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales, y viceversa, y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse, por lo cual, no cabe una interpretación extensiva del inc. 30 del art. 75 de la Ley Fundamental no autorizada por su texto ni exigida por la naturaleza misma de la facultad en él otorgada al Congreso Nacional.*

3 – *La ley 26.764, en la medida en que dispone que los depósitos judiciales de los tribunales nacionales y federales de todo el país se efectuarán en el Banco de la Nación Argentina, modificando para ello las leyes 20.785 y 21.799 (arts. 2° y 3°) y derogando la ley 16.869 (art. 4°), es inconstitucional, pues cercena la autonomía local, sin que la demandada que haya logrado demostrar que las medidas adoptadas en la ley 26.764 contribuyan al logro del interés nacional ni que el mantenimiento del régimen anterior resulte perjudicial a sus intereses.*

4 – *En tanto que el dictado de la ley 26.764, que dispuso que los depósitos judiciales de los tribunales nacionales y federales de todo el país se deben efectuar en el Banco de la Nación Argentina, se debió a que la ciudad de Buenos Aires estaba gobernada por un partido político distinto al de la mayoría legislativa y un modo de perturbarlo era privar al banco oficial de esta de una masa de depósitos que para ese Banco Ciudad era importante, cabe concluir que esta finalidad espuria la priva de legitimidad constitucional (del voto de la doctora MEDINA). R.C.*

1033 – CNCiv. y Com. Fed., sala III, octubre 3-2017. – Banco de la Ciudad de Buenos Aires y otro c. Banco de la Nación Argentina s/ acción meramente declarativa.

En Buenos Aires, a los 03 días del mes de octubre del año dos mil diecisiete, hallándose reunidos en acuerdo los Señores Vocales de la Sala III de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal a fin de pronunciarse en los autos "Banco de la Ciudad de

Buenos Aires y otro c/ Banco de la Nación Argentina s/ acción meramente declarativa”, y de acuerdo al orden de sorteo, el doctor *Ricardo Gustavo Recondo* dijo:

I. El Banco de la Ciudad de Buenos Aires (“BCBA”) promovió acción declarativa de certeza en los términos del art. 322 del Código Procesal contra el Banco de la Nación Argentina (“BNA”), solicitando que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 1°, 2° y 4° de la ley 26.764 (B.O. 17/9/12), disposiciones mediante las cuales se estableció que los depósitos judiciales deberían realizarse en el BNA a partir de los treinta días de su entrada en vigencia, se modificó la ley 20.785 –ordenándose el depósito de los bienes secuestrados en dicha entidad bancaria– y se derogó la ley 16.869. Destacó los evidentes perjuicios que ese régimen legal le causaba al sustraer del flujo de sus recursos los depósitos señalados. Fundó su pretensión en el art. 129 y la Disposición Transitoria Decimoquinta de la Constitución Nacional, que le reconocen a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (“CABA”) un régimen autónomo de gobierno con facultades propias de legislación y jurisdicción, y en las leyes 25.488 y 16.869 todavía vigentes. Sostuvo que la CABA mantiene los poderes que le otorga la Constitución, que es continuadora de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y que, por lo tanto, sólo su legislatura local tiene atribuciones constitucionales para derogar la ley 16.869, la cual prescribe que los depósitos judiciales de todos los tribunales con asiento en la Capital Federal deben hacerse en el BCBA. Pidió que se pusiera fin al estado de incertidumbre generado por la ley 26.764 y que se instara a la restauración de la situación existente anterior a su entrada en vigencia. Concluyó solicitando el reintegro de los fondos transferidos y el reconocimiento de sus atribuciones para el futuro. En lo tocante al sujeto pasivo de la acción, explicó que demanda al Banco Nación porque es el beneficiario del régimen impugnado, en la medida en que todos los depósitos judiciales y bienes secuestrados deben llevarse a cabo en sus sedes (fs. 122/166).

II. Una vez conocido el magistrado de este fuero que habría de conocer en la causa (ver pronunciamiento de fs. 185/vta. y proveído de fs. 190), se presentó el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (“CPACF”), el cual adhirió a la demanda y pidió ser tenido como parte de acuerdo a lo previsto en el art. 90, inc. 2°, del Código Procesal (fs. 315/323vta.).

Corrido el traslado de ley (fs. 342), se presentó el Banco de la Nación Argentina y planteó las defensas de falta de legitimación pasiva respecto del Banco de la Ciudad de Buenos Aires y de falta de legitimación activa y pasiva del Colegio Público de Abogados (fs. 371/424).

El señor juez de primera instancia desestimó las defensas opuestas por el BNA y admitió la intervención del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal con el alcance previsto en el art. 90, inc. 2°, del Código Procesal (fs. 452/455), pronunciamiento que fue confirmado por la Sala (ver fs. 518/521).

A fs. 567/571 el Estado Nacional compareció en estas actuaciones mediante letrada apoderada, solicitando ser admitido como tercero de intervención voluntaria, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 90, inc. 2°, 92 y 93 del Código Procesal. El Juzgado de la anterior instancia hizo lugar al pedido en los términos solicitados y, en lo que respecta al alcance de la intervención admitida, entendió que correspondía hacerlo conforme a lo previsto en el inc. 2° de la norma citada, pronunciamiento que fue confirmado por la Sala (fs. 610/612).

Una vez firme la decisión adoptada por el magistrado en cuanto a la declaración de la cuestión como de puro derecho (ver fs. 623) y previa vista al Fiscal Federal (fs. 626/638 vta.), el señor juez de primera instancia rechazó la acción declarativa de certeza en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial y de inconstitucionalidad impetrada por el BCBA a la cual adhirió el CPACF contra el BNA y en la que el Estado Nacional actuara como su litisconsorte en los términos del art. 90, inc. 2, del código de forma, con costas por su orden (fs. 642/647 vta.).

Para así decidir, el juez de grado primeramente entendió que en ejercicio de sus atribuciones legislativas en materia judicial, económica y financiera, el Congreso Nacional sancionó la ley 26.764 que modificó el destino de los depósitos judiciales, lo que tuvo como lógica consecuencia la derogación de la ley 16.869. Es verdad –continuó– que existe un ámbito de competencia jurídica propio

de la CABA en los términos que surgen de la reforma constitucional de 1994; sin embargo, ello está sujeto a la supremacía de la Constitución Nacional y de las leyes nacionales dictadas. En función de ello, el magistrado estimó que no compete a los jueces valorar el mérito, oportunidad y conveniencia de las normas.

Seguidamente, juzgó que la sanción de la ley 26.764 sobre los depósitos judiciales de los tribunales nacionales y federales no origina un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica, pues sus disposiciones son claras y la derogación de la antigua ley 16.869 puso de manifiesto la voluntad del legislador de modificar el régimen imperante hasta entonces, decisión que no excedió sus facultades constitucionales. La modificación de las leyes por otras posteriores –sustuvo– no da lugar a cuestión constitucional alguna, ya que nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentos ni a su alterabilidad.

Contra dicha decisión se alzaron el Fiscal Federal (fs. 649), el BCBA (fs. 650) y el CPACF (fs. 652), recursos que fueron concedidos libremente a fs. 654, fundados a fs. 658/673, 674/683 y 685 y replicados a fs. 692/706.

III. A fin de dar adecuada respuesta a los planteos esgrimidos por las recurrentes, estimo pertinente efectuar de manera previa un relevamiento de las disposiciones legales en juego.

A comienzos de 1966 entró en vigencia la ley 16.869 que estableció que los depósitos judiciales de todos los tribunales con asiento en la Ciudad de Buenos Aires debían radicarse en el Banco Municipal (hoy BCBA), exceptuando aquéllos provenientes del fuero civil.

Este criterio fue ratificado por la Carta Orgánica del Banco de la Nación Argentina. En efecto, el art. 2° de la ley 21.799 dispone que “Los depósitos judiciales de los Tribunales Nacionales en todo el país deberán hacerse en el Banco de la Nación Argentina, excepto en jurisdicción de la Capital Federal donde únicamente se depositarán los que al respecto determine la ley que rija en esa materia”. Remite, en consecuencia, a la ley 16.869.

Más de una década después se llevó a cabo la reforma constitucional de 1994, oportunidad en la cual se agregó al texto de la Ley Fundamental el art. 129. Esta última disposición legal reconoce expresamente a la ciudad de Buenos Aires “un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción”. Por su parte, la disposición transitoria séptima –referente al art. 75, inc. 30, de la Constitución Nacional– establece que el Congreso ejercerá en la Ciudad de Buenos Aires, mientras sea capital de la Nación, las atribuciones legislativas que conserve con arreglo al art. 129. Tales directivas se completan con la disposición transitoria decimoquinta, que en su primer párrafo dispone que “hasta tanto se constituyan los poderes que surjan del nuevo régimen de autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, el Congreso ejercerá una legislación exclusiva sobre su territorio, en los mismos términos que hasta la sanción de la presente”.

A ello se agrega lo dispuesto en la ley 24.309 declarativa de la necesidad de la reforma constitucional, que delimitó la materia susceptible de modificación. Al definir la finalidad, el sentido y el alcance de la reforma habilitada, estableció que la Ciudad de Buenos Aires será dotada de un “status constitucional especial”. Esto suscitó una profusa discusión doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la ciudad que llegó a ser definida de muchas maneras. La primera novedad aportada por la reforma constitucional de 1994 consistió en la referencia concreta a la Ciudad de Buenos Aires en varias disposiciones de la Norma Básica, mediante las cuales se le otorgó a aquélla un perfil distintivo y diferenciado de la Capital Federal, de las provincias y de los municipios.

El esquema trazado por el Constituyente se completa con la ley 24.588, mediante la cual el Congreso de la Nación reconoció que el Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires habría de regirse por las instituciones locales previstas en el Estatuto Organizativo que se dictase al efecto (art. 4°); que era “continuadora a todos sus efectos de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, aclarando que la “legislación nacional y municipal vigente en la Ciudad de Buenos Aires a la fecha de entrada en vigencia del Estatuto Organizativo al que se refiere el artículo 129 de la Constitución Nacional seguirá siendo aplicable, en tanto no sea derogada o modificada por las autoridades nacionales o locales, según corresponda” (art.

5°); y que “la Ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravenacional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales” (art. 8°).

Ahora bien, durante el año 2012 el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.764 que dispuso que los depósitos judiciales de los tribunales nacionales y federales de todo el país se efectuarán en el Banco de la Nación Argentina a partir de la entrada en vigencia de la presente ley; modificó el art. 2° de la ley 20.785 y de la ley 21.799 (arts. 2° y 3°) y derogó la ley 16.869 (art. 4°).

IV. En el contexto normativo descripto, la solución del *sub examine* entraña dilucidar si el Congreso Nacional, al sancionar la ley 26.764, ejerció una facultad legislativa que se encontraba en cabeza de la CABA en razón de lo dispuesto por la Constitución Nacional –art. 129 y disposición transitoria decimoquinta– y por las leyes involucradas (16.869, 21.799 y 25.588). A su vez, implica discernir necesariamente el marco normativo creado por la reforma de 1994 respecto de la Ciudad de Buenos Aires y el alcance que sobre tal aspecto hubo de conferírle la “Estatuyente” de dicha ciudad.

Pues bien, como quedó dicho supra, el art. 129 de la Constitución Nacional institucionalizó el nuevo status jurídico de la Ciudad de Buenos Aires y creó un régimen autónomo de gobierno. Es así que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires se dan sus propias instituciones autónomas, organizan sus poderes, dictan sus leyes de procedimientos, y designan a sus jueces sin intervención alguna del gobierno federal pues, al hacerlo, ejercen poderes no delegados, sino originarios o concedidos (CSJN Fallos: 329:4542).

Es en el marco del mandato conferido en el último párrafo del art. 129 que el Congreso Nacional dictó la ley 24.588, la cual –por ende– es directamente reglamentaria del art. 129 de la Constitución Nacional, por lo que desconocer lo dispuesto en aquélla mediante una ley de inferior jerarquía conllevaría, sin más, a que el proceso de institucionalización de la Ciudad de Buenos Aires quede sometido *sine die* a la voluntad del Poder Ejecutivo Nacional, menoscabándose de esta manera la autonomía reconocida en el art. 129 de la Ley Fundamental. Dicha restricción, no avalada por la ley 24.588, importaría una indebida injerencia del Gobierno Nacional que se encuentra vedada por el art. 4° de esta última.

Recuerdo al respecto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que la delimitación concreta de competencias entre la Nación y la Ciudad de Buenos Aires no fue realizada por el constituyente de 1994, circunstancia demostrativa de que las relaciones entre ambas en este proceso de transición no surgen de la Constitución Nacional. Por el contrario, el art. 129 de la referida Carta delegó tal delimitación a los poderes ejecutivo y legislativo federales y a la Convención Estatuyente de la ciudad. Es en el marco de este proceso de institucionalización del “status constitucional especial” de la ciudad, que se dicta la ley 24.588 con el objeto de asegurar el pleno ejercicio de los poderes atribuidos a las autoridades del gobierno de la Nación mientras la ciudad sea Capital de la República y declara que la Nación es titular de todos aquellos bienes, derechos, poderes y atribuciones necesarios para el ejercicio de sus funciones. Dicha ley es la que, en definitiva, vino a esclarecer los aspectos conflictivos de la relación Nación-ciudad. En tal sentido es directamente reglamentaria del art. 129 de la Constitución Nacional y, por revestir tal carácter, importa una referencia imprescindible para la Convención Estatuyente de la Ciudad. La norma legal, en lo que aquí interesa, establece como regla que el Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires habría de regirse por las instituciones locales previstas en el Estatuto Organizativo que se dicte al efecto y que la legislación nacional y municipal vigente en la ciudad de Buenos Aires a la fecha de entrada en vigencia del Estatuto Organizativo al que se refiere el art. 129 de la Constitución Nacional seguirá siendo aplicable, en tanto no sea derogada o modificada por las autoridades nacionales o locales, según corresponda, y que la ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravenacional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales (Fallos: 320:875).

En síntesis, las atribuciones legislativas del Congreso quedaron circunscriptas al dictado de la ley de garantías del Estado Federal y en tanto los intereses de éste así lo requieran (conf. Gelli, María A., -Constitución de la Nación

Argentina. Comentada y concordada, tomo II, Bs. As., La Ley, p. 634).

V. Debe partirse, entonces, del art. 129 de la Constitución Nacional como norma basal en torno a la cual debe dirimirse la cuestión relativa a las facultades del Congreso de la Nación para legislar en el ámbito de la CABA. Lo expresado en aquella disposición legal –en punto a la autonomía de la Ciudad y sus facultades propias de legislación y jurisdicción– debe ser interpretado conforme los términos de la respectiva ley reglamentaria y de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Esta última dispone en el segundo párrafo de su art. 1° que la Ciudad “ejerce todo el poder no conferido por la Constitución Nacional al Gobierno Federal”.

Recuerdo aquí que la Asamblea Estatuyente de la Ciudad de Buenos Aires declaró no conocer otros límites para su labor que no sean los que surgen de la Constitución Nacional, y rechazó las limitaciones impuestas a la plena autonomía de la ciudad establecidas en la ley de garantías, en cuanto impone restricciones al régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción establecidas en la Constitución.

Ocurre que las normas reglamentarias deben ser interpretadas conforme a los alcances de la ley reglamentada, a la que debe otorgarse preeminencia para respetar lo establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional en cuanto establece el orden jerárquico de las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico.

Es en el contexto de esta pauta hermenéutica que debe analizarse el art. 75, inc. 30, según el cual el Congreso de la Nación conserva la atribución de ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Ciudad. Sin embargo, esta disposición debe armonizarse con la cláusula transitoria séptima, en tanto limita aquella facultad de legislación del Congreso en orden a lo dispuesto en el art. 129 de la Ley Fundamental. Es así que la atribución del Congreso no debe impedir que la Ciudad ejerza sus propias facultades legislativas, pues éstas le son reconocidas expresamente en el art. 129 referido. Es que el art. 75, inc. 30, de la Constitución Nacional establece como facultad del Congreso legislar para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional, aunque respetando el poder de policía e imposición local en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines (Fallos: 325:723).

En definitiva, la producción del Congreso debe circunscribirse a las leyes que corresponda dictar sobre la Ciudad de Buenos Aires en su calidad de asiento de las autoridades nacionales. A dicha conclusión se arriba después de efectuar una interpretación armónica de las normas en juego, ya que ninguna de las disposiciones de la Ley Fundamental de la Nación puede ser interpretada en forma aislada, desconectándola del todo que compone; la exégesis de la Constitución Nacional, que es la tarea más significativa a cargo de un tribunal, debe hacerse mediante una integración de las normas en la unidad sistemática de aquella, comparándolas, coordinándolas y armonizándolas de forma tal que haya congruencia y relación entre ellas (Fallos: 312:2192, entre muchos otros). Se trata, en síntesis, de entender a la Ley Fundamental como un todo orgánico.

Lo dicho lleva a la única conclusión de que el Congreso Nacional no puede legislar en materias exclusivamente locales, toda vez que la regla que se desprende del art. 129 de la Constitución Nacional consiste en la plena autonomía de la CABA, por lo que la Nación sólo puede restringirla en la medida que sea necesaria para la protección de sus propios intereses y siempre que la ciudad continúe siendo la capital de la Nación.

VI. Ello conduce directamente a analizar la ley 26.764 en la medida en que dispone que los depósitos judiciales de los tribunales nacionales y federales de todo el país se efectuarán en el Banco de la Nación Argentina (art. 1°), modificando para ello las leyes 20.785 y 21.799 (arts. 2° y 3°) y derogando la ley 16.869 (art. 4°).

Recuerdo aquí que la exclusión de la jurisdicción local debe limitarse a los casos en que su ejercicio interfiera con la satisfacción del propósito de interés público que requiere el establecimiento nacional (Fallos: 240:311; en el mismo sentido, Fallos: 319:2458). Pues todo cuanto signifique

un exceso en las limitaciones aludidas encierra el riesgo de cercenar ilegítimamente las autonomías locales con el consiguiente quebrantamiento de los arts. 5, 104, 105, 106 y 107 y concordantes de la Constitución Nacional, que trasuntan el sentido histórico de la organización nacional (Fallos: 302:1461, disidencia del juez Pedro J. Frías).

El extremo apuntado en el párrafo precedente no se verifica en autos, a poco que se advierta que la demandada no ha logrado demostrar que las medidas adoptadas en la ley 26.764 contribuyan al logro del interés nacional ni que el mantenimiento del régimen anterior resulte perjudicial a sus intereses.

Al contrario, la actora ensaya una línea argumental consistente en poner de manifiesto los perjuicios que la ley 26.764 le ocasionaría, los cuales no son meramente conjeturales, sino que responden a la finalidad esencial del sistema financiero de la Ciudad que –por imperio del art. 55 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires– consiste en canalizar el ahorro público y privado, con una política crediticia que promueva el crecimiento del empleo, la equidad distributiva y la calidad de vida, priorizando la asistencia a la pequeña y mediana empresa y el crédito social.

La conclusión que antecede no finca en una defensa en abstracto del régimen de la ciudad, sino que se sustenta en el resguardo no sólo del dominio institucional de la CABA sobre su territorio, sino también de las posibilidades de asegurar el crecimiento del empleo, la equidad distributiva y la calidad de vida.

En definitiva, la regla –y no la excepción– consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación, las provincias y la CABA, debiendo en consecuencia ser interpretada la Constitución Nacional de modo que las autoridades de aquella y de éstas se desenvuelvan armiosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse. Por lo tanto, no cabe una interpretación extensiva del inc. 30 del art. 75 de la Ley Fundamental no autorizada por su texto ni exigida por la naturaleza misma de la facultad en él otorgada al Congreso Nacional.

Resta agregar que no se trata en el caso de juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia del dictado de la ley 26.764, pues dicho cuerpo normativo, que –por lo dicho– resulta violatorio de diversas disposiciones contenidas en la Ley Fundamental, no supera el test de constitucionalidad.

Por los fundamentos que anteceden, corresponde: 1) revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la acción meramente declarativa interpuesta por el Banco de la Ciudad de Buenos Aires en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con costas de ambas instancias en el orden causado (arts. 68, segunda parte, y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); 2) declarar la inconstitucionalidad de la ley 26.764, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal federal; 3) ordenar la inmediata devolución de los depósitos; 4) librar oficios de estilo a las respectivas Cámaras de los fueros de la Justicia Nacional en lo Comercial, de la Justicia Nacional del Trabajo, de la Justicia Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional y de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional, adjuntándose copia certificada de la presente resolución; 5) notificar la presente resolución a las partes, al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, al señor Fiscal Federal y al Estado Nacional –Ministerio de Justicia y Derechos Humanos–.

Así voto.

La doctora *Graciela Medina* dijo:

I. Esta causa pone a consideración uno de los temas más complejos a que he debido enfrentarme en mi ya muy extensa actividad judicial, cual es el fundamento y alcance del control judicial de constitucionalidad.

Desde los orígenes de nuestra República se ha afirmado que los jueces deben hacer prevalecer la Constitución Nacional. Es en definitiva lo que dispone la ley 27 de Organización de la Justicia Nacional, sancionada el 13 de octubre de 1862; en efecto, en su art. 3, refiriéndose a las funciones de la Justicia Nacional, declara que “Uno de sus objetos es sostener la observancia de la Constitución Nacional,

prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella”.

De modo pues que los jueces nacionales tenemos legalmente definido como uno de nuestros objetivos, sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo de las disposiciones de los otros poderes que la contradigan.

En tiempos mucho más recientes, el reconocimiento de la atribución de los jueces de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes –o de los actos administrativos– importa la ratificación más evidente del inmenso poder que ha sido conferido al Poder Judicial.

Claro es que ello no está exento de objeciones. Los fundamentos dados por Hamilton para justificar el control de constitucionalidad han sido puestos en tela de juicio por una copiosa doctrina, afirmándose que ello implica la prevalencia de un poder –el judicial– sobre los otros siendo que es el poder que por el modo de elección de sus miembros y el hecho de su inamovilidad y por lo tanto no renovación periódica, es el que menos credenciales democráticas exhibe. Un autor de reconocido prestigio ha resumido la cuestión diciendo que el problema de la justificación del control de constitucionalidad –englobado bajo la crítica al carácter contra mayoritario del poder judicial– se origina en que en Argentina como en otros países con regímenes semejantes, la “última palabra” en materia constitucional la tienen los jueces, por lo que problemas de gran relevancia dentro de la vida social no son resueltos en última instancia conforme a la voluntad soberana de la ciudadanía o sus representantes sino a partir de los criterios que primen en los tribunales superiores (Gargarella, Roberto, “Democracia y control judicial de constitucionalidad”, en Rivera (h) - Elías - Grosman - Legarre, “Tratado de los Derechos Constitucionales”, Abeledo Perrot, Bs. As., 2015, tomo I, pág. 599 y sigs.).

En este mismo trabajo el profesor Gargarella cuestiona uno a uno los argumentos que tradicionalmente se han expuesto para dar sustento a la facultad judicial de declarar la inconstitucionalidad de los actos emanados de los otros poderes. No es del caso hacer aquí un examen de tales contraargumentos que desarrolla el publicista, pues ello debe quedar para los trabajos académicos como el que en la misma obra publica Sebastián Elías (“Sobre la justificación del control judicial de constitucionalidad”, págs. 573 y ss.).

Lo que a efectos de adoptar una decisión en este proceso judicial concreto me interesa particularmente es la conclusión a que llega el citado Gargarella. En su trabajo el autor parte de una premisa necesaria: cuando se trata de determinar si el control de constitucionalidad judicial es o no conforme con la democracia, previamente ha de precisarse qué concepto de democracia es el que estamos usando. Y para ello el autor explica que su concepción es la de la deliberación democrática (énfasis del original, pág. 612), según la cual el sistema democrático se justifica sólo y en la medida que se tomen decisiones imparciales para lo cual resulta indispensable apoyarse en un proceso igualitario de discusión colectiva. En esta concepción entonces, la regla mayoritaria es un recurso necesario pero no –necesariamente– suficiente para la adopción de decisiones imparciales. De allí en adelante el autor celebra las decisiones adoptadas por tribunales constitucionales extranjeros que han invalidado decisiones legislativas por haber faltado el debate que es indispensable para que pueda entenderse válido el proceso de aprobación de las leyes.

Y concluye: “Finalmente, lo que ocurre es que, si una parte de una concepción deliberativa de la democracia, luego no puede considerar que el mero hecho de que muchas manos se levanten al unísono sea sinónimo de decisión democrática. Tal requisito no basta para darle legitimidad constitucional a una ley: en democracia es necesario conocer las razones que justifican las decisiones que se quieren tomar...” y luego de otras consideraciones igualmente valiosas cierra el párrafo diciendo: “una democracia constitucional no debe tolerar nunca el abuso de la fuerza, así se trate, por supuesto, de la fuerza abrumadora, estrepitosa, aplastante, de los números” (pág. 618).

¿Por qué he dado tanta relevancia a este trabajo del reconocido académico? En primer lugar porque es quien ha



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1
Tucumán 1436/38 (1050) Capital Federal

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

TEL. / FAX: 4371-2004 (líneas rotativas)

E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

expuesto de manera enjundiosa observaciones al control judicial de constitucionalidad, tratando de ceñirlo para evitar que los jueces simplemente sustituyan la ley por su propio sentimiento de justicia; criterio que deberían tener en cuenta muchos de nuestros colegas que –en otras materias– encuentran inconstitucionalidades e inconventionalidades por doquier, habiéndose llegado a declarar inconstitucional el precepto del Código Civil y Comercial de la Nación que declara madre a quien pare al niño.

Y en segundo término, porque en este caso concreto: (i) la regla mayoritaria es insuficiente para justificar la adopción de la ley cuestionada; y (ii) porque la ley cuestionada es un verdadero abuso de la mayoría legislativa.

Paso a fundar ambas proposiciones.

II. INSUFICIENCIA DE LA REGLA MAYORITARIA

La ley ha sido sancionada con una mayoría que ha sido cuestionada por el Banco Ciudad (ver escrito de demanda, núm. V.2.4 [v] fs. 154 y vta.), y con un trámite legislativo también observado por la falta de intervención de la comisión de asuntos constitucionales de la Cámara de Diputados y del Senado (fs. 152) y por el hecho de que en la sesión de la Cámara de Diputados convocada para su tratamiento no se había conseguido el quórum necesario por lo que los representantes de los bloques no oficialistas se retiraron del recinto (ver fs. 153 in fine punto V.2.4).

De modo pues que podría sostenerse la inconstitucionalidad de la ley por no haberse seguido el procedimiento para su correcta sanción.

Pero creo que existe otro argumento que es mucho más decisivo. Hemos dicho que en democracia es necesario conocer las razones que justifican las decisiones que se quieren tomar.

Bien: en el debate parlamentario –de algún modo hay que llamarlo– se han expuesto algunas razones, pero ninguna es la verdadera. La única razón por la que se ordenó el traspaso de los fondos del Banco Ciudad de Buenos Aires al Banco Nación fue que la Ciudad de Buenos Aires estaba gobernada por un partido político distinto al de la mayoría del Congreso y del PEN del momento. Y privar al Banco Ciudad de los depósitos judiciales era un modo de evitar que este pudiera concretar una política crediticia acorde con lo establecido en su carta orgánica, que como en todo banco público tiene una orientación de fomento de la inversión y amparo de las clases más necesitadas. Así lo había puesto de relieve el gran profesor y entonces Senador de la Nación Santiago Carlos Fassi cuando fundara el proyecto que se convirtió en ley 16.490. Dijo en aquella oportunidad el recordado maestro y hombre público de destacada trayectoria: “Dentro de cada Estado Federal, los depósitos judiciales correspondientes a la jurisdicción local se efectúan en los Bancos Provinciales y sirven para alimentar el crédito que atiende a los intereses de la respectiva provincia... No hay razón para que se siga un criterio distinto, y un principio de justicia autoriza a reclamar que la masa de dinero que forman los depósitos judiciales se destine a fines útiles a la colectividad que los efectúa. A ello tiende el presente proyecto de ley. El Banco Municipal de la Ciudad de Buenos Aires responde a la necesidad de toda gran urbe que es el crédito al necesitado...” (fs. 3).

Es también lo que ha expuesto el Banco actor en este caso en su demanda y que ha acreditado con el Informe técnico de los Depósitos Judiciales acompañado como Anexo 5 a fs. 31/47, donde se explica que el Banco Ciudad ha montado “su modelo de negocio teniendo como fuente de recursos los depósitos judiciales y que ello le ha permitido, otorgar créditos a largo plazo- al momento del informe – con carácter único en el mercado como los préstamos hipotecarios a 20 años a tasa fija de interés, tanto dirigidos a individuos como a empresas radicadas en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. También ha sido un factor clave para sostener la llamada “Banca Social”, cuyos precios y condiciones facilitan el acceso al crédito de los sectores sociales de menos recursos”. Por otra parte el Banco Ciudad se encuentra a la vanguardia en la

informatización de los pagos y depósitos judiciales... mediante un sistema realizado después de 10 años de trabajo conjunto con la Corte Suprema de Justicia de la Nación denominado “Extranet Judicial”. Asimismo desde el año 2002 al año 2012 el Banco Ciudad creció sostenidamente en los préstamos otorgados al sector privado no financiero, cosa que no ha realizado el Banco Nación, según se advierte en el gráfico acompañado a fs. 35. Por otra parte en la asistencia a grandes empresas el Banco Ciudad ha favorecido a aquellas que emplean mucha mano de obra, quedando en claro que en este aspecto también se verifica el rol social que le cupo al Banco. Por lo demás el Banco Ciudad colocó el 40 % de los créditos para Pequeñas y Medianas Empresas otorgados en la CABA en el periodo 2009-2012... Nuevamente cabe señalar que “en este segmento de la producción crediticia tan ligado al desarrollo de la producción y demandante de mano de obra, el Banco Ciudad no hubiera podido brindar las condiciones especiales en materia de tasas de interés y plazos de no haber contado con el fondeo estable judicial” (fs. 40) Igualmente es de destacar la importantísima labor social que cumple el Banco Ciudad en el financiamiento de la primera vivienda, así como también en los créditos familiares para la refacción de viviendas, ello se advierte en el porcentaje de los activos del banco destinados a este rubro, siendo el Banco que mayor participación de activos dedicaba al crédito hipotecario al año a 2012; más aún que el Banco Hipotecario, como se denota claramente del gráfico acompañado a fs. 42. Finalmente hay que destacar el gran aporte del Banco Ciudad al Préstamo Hipotecario Social, que ha recibido reconocimiento internacionales, quedando en claro que este segmento también se verifica el rol social que le cupo al Banco en estos años. Debo enfatizar que me permití señalar todos estos aspectos que surgen del Informe Técnico Sobre Depósitos Judiciales” porque la prueba aportada por el actor ha sido reconocida expresamente por el Banco Nación demandado en el acuerdo procesal que luce a fs. 613/614, sobre todo el punto segundo.

Por lo demás, es obvio que el traspaso de los fondos al Banco Nación no implicaba para éste un cambio significativo. Es que la magnitud del Banco Nación, siempre el banco número 1 en el ranking de depósitos, hace que la transferencia de los fondos judiciales no varíe significativamente sus ratios y por ello no incrementa de manera importante su capacidad crediticia. Por lo demás, el Banco de la Nación no estaba preparado para recibir los depósitos provenientes de los fueros nacionales comercial, laboral y penal de la Capital Federal, lo que se evidenció en las quejas que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal expuso en reiteradas oportunidades.

III. Ello me lleva de la mano a exponer que éste fue un cambio resistido también por los profesionales abogados, directamente interesados en la materia de que se trata. Es particularmente relevante en el caso que la institución con mayor representatividad de los abogados de la Ciudad de Buenos Aires, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, haya asumido el carácter de parte como litisconsorte adhesivo a la posición del Banco actor. El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal ha manifestado enfáticamente las razones por las cuales objeta el traspaso de los depósitos; así, a fs. 682 vta. dice hemos quedado “como usuarios cautivos de un único Banco, por imperio de decisiones que nada tienen que ver con la Justicia, sino con los siempre parciales intereses políticos sectoriales, cuando no mezquinos en su origen...”.

Por otra parte el CPACF señala que “Los abogados, principales usuarios de este tipo de servicios, en forma intempestiva, involuntaria e inconsulta vieron modificada radicalmente su forma habitual de realizar los depósitos judiciales, privándoles de las instalaciones que a tal efecto habían destinado en el CPACF, en su propio ámbito y obligándolos a largas esperas pérdidas inestimables de tiempo útil y el consecuente cansancio físico, en muchos casos inhabilitante, derivado de serle impuestas interminables filas

a la intemperie y bajo las inclemencias del tiempo, so pena de no poder cumplir en tiempo con los requerimientos de la justicia, sus clientes y sus propios honorarios profesionales” (fs. 682).

IV. En suma, se trata de una modificación de la situación que imperaba hasta ese momento que: (i) nadie reclamaba; (ii) perjudica al Banco de fomento de la Ciudad de Buenos Aires; (iii) no beneficia al Banco de la Nación Argentina, antes bien le produjo severos trastornos por no estar preparado para afrontar el cúmulo de trabajo que ello significó; (iv) fue resistido por los propios abogados de la Capital Federal.

Entonces la pregunta es: ¿cuál fue la razón –verdadera– por la cual se votó esta ley? Es obvio que ello se debió a lo que anticipé: la ciudad estaba gobernada por un partido político distinto al de la mayoría legislativa y un modo de perturbarlo era privar al banco oficial de la Ciudad de una masa de depósitos que para ese Banco Ciudad era importante.

V. EL ABUSO DE LA MAYORÍA

Las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes muestran a las claras que el hecho de que muchas manos se hayan levantado al unísono, no da legitimidad constitucional a esta ley. Es un caso claro de abuso de la mayoría, en tanto ha elegido un camino aparentemente legal pero sólo para causar daño a uno de los destinatarios de la ley, el Banco Ciudad, a quien se priva de una masa de depósitos que vino administrando durante décadas y con ello prestando un servicio razonablemente eficiente –a estar a los dichos del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y al reconocimiento del Banco Nación– y sirviendo a la comunidad al utilizar tales recursos para concretar una política crediticia acorde con su carácter de banco de fomento que le asigna su carta orgánica.

Esa finalidad espuria de la ley la priva de legitimidad constitucional. Es que la actividad legislativa debe estar dirigida a “afianzar la justicia” (Bidart Campos, Germán José, “Inconstitucionalidad por injusticia”, “¿Pueden los jueces juzgar la inconstitucionalidad de una ley” ED 119-319) y –agrego– a “promover el bienestar general”, como lo indica el Preámbulo de la Constitución, y por ello la ley que no persigue esos propósitos sino que ostensiblemente perturba el bienestar general con la sola finalidad de obtener algún rédito político en una jurisdicción gobernada por la oposición, debe ser declarada inconstitucional.

Por lo tanto y en razón de los fundamentos aquí expuestos, adhiero a las conclusiones y fundamentos a que arribara mi colega preopinante. Así voto.

Y *Vistos*: Lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo precedentemente transcripto, el Tribunal *resuelve*: 1) revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la acción meramente declarativa interpuesta por el Banco de la Ciudad de Buenos Aires en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con costas de ambas instancias en el orden causado (arts. 68, segunda parte, y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); 2) declarar la inconstitucionalidad de la ley 26.764, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal federal; 3) ordenar la inmediata devolución de los depósitos; 4) librar oficios de estilo a las respectivas Cámaras de los fueros de la Justicia Nacional en lo Comercial, de la Justicia Nacional del Trabajo, de la Justicia Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional y de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional, adjuntándose copia certificada de la presente resolución; 5) notificar la presente resolución a las partes, al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, al señor Fiscal Federal y al Estado Nacional –Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

El doctor Guillermo Alberto Antelo no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RJN).

Regístrese, notifíquese, ofíciense, publíquese y devuélvase. – Ricardo G. Recondo. – Graciela Medina.