

**EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA:
RELEVANCIA DE SU INCORPORACIÓN AL
DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO.
RELACIÓN CON OTRAS INSTITUCIONES**

Luis Eduardo Rey Vázquez

**EL PRINCIPIO DE CONFIANZA
LEGÍTIMA: RELEVANCIA DE SU
INCORPORACIÓN AL
DERECHO ADMINISTRATIVO
ARGENTINO. RELACIÓN CON
OTRAS INSTITUCIONES**

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA

2014

EDICIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Volumen LVIII

Rey Vázquez, Luis Eduardo

El principio de confianza legítima: relevancia de su incorporación al Derecho Administrativo argentino: relación con otras instituciones / Luis Eduardo Rey Vázquez - 1ª ed. - Córdoba: Advocatus; Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2016.

370 p.; 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-551-314-3

1. Derecho Administrativo. I. Título.

CDD 342

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS
Copyright © 2014, Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)
Impreso en Argentina - Printed in Argentina

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

*AUTORIDADES
(Período 2013 - 2016)*

JUAN CARLOS PALMERO
Presidente

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA
Vicepresidente

JORGE DE LA RÚA
Secretario

ARMANDO S. ANDRUET (h)
Tesorero

LUIS MOISSET DE ESPANÉS
Director de Publicaciones

EFRAÍN H. RICHARD
Revisor de cuentas

CHRISTIAN G. SOMMER
Secretario Técnico

Dirección: Gral Artigas 74- 5000 – Córdoba
Tel. (0351) 4214929 – FAX 0351-4214929
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en la
Página Web: www.acaderc.org.ar
REPÚBLICA ARGENTINA

Presidente Honorario
LUIS MOISSET DE ESPANÉS

RESOLUCIÓN N° 24/2014

Córdoba, 29 de octubre de 2014

Y VISTO:

Que en sesión ordinaria del día 28 de octubre se aprobó por unanimidad el dictamen emitido por el Jurado del Premio Publicación Tesis Sobresalientes «*Dalmacio Vélez Sársfield*» Edición 2014.

Y CONSIDERANDO:

Que los miembros del jurado evaluaron la tesis presentada por el Dr. Luis Eduardo REY VÁZQUEZ, aprobada por la Universidad Nacional del Nordeste; titulada «*El principio de confianza legítima: Relevancia de su incorporación al derecho administrativo argentino. Relación con otras instituciones*».

Que la tesis sometida a consideración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, se valoró como de distinguida elaboración en razón que se ha presentado una investigación doctoral de trascendental interés al derecho nacional, en las cuestiones relacionadas al derecho administrativo y comparado. El tesista ha desarrollado con profundidad y solvencia el estudio del instituto, utilizando una nutrida doctrina nacional e internacional con interpretaciones diversas, que permite señalar la constatación de las hipótesis propuestas oportunamente, todo lo cual ha sido sorteado con seriedad y razonamiento.

Que dicho premio brinda a su vez, una oportunidad a quienes no encuentran otras vías para la publicación de sus tesis, permitiendo que a través de Instituciones que no persiguen fines de lucro, como la Academia Nacional de Derecho

de Córdoba, se den a conocer a la comunidad jurídica en particular y en general a toda la población, las investigaciones científicas que con sus aportes contribuyen al progreso del derecho y las ciencias sociales.

Por ello,

LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA,

RESUELVE:

Art. 1º: Adjudicar el **Premio Publicación Tesis Sobresalientes «Dalmacio Vélez Sársfield» Edición 2014** a la tesis doctoral *«El principio de confianza legítima: Relevancia de su incorporación al derecho administrativo argentino. Relación con otras instituciones»* del Dr. **Luis Eduardo Rey Vázquez**, aprobada por la Universidad Nacional del Nordeste

2º) Fijar oportunamente fecha y hora para la entrega de la distinción al galardonado.

4º) Comuníquese y archívese.

Jorge de la Rúa
Académico Secretario

Juan Carlos Palmero
Académico Presidente

Agradezco:

- a Jorge Barraguirre, por haber aceptado ser mi director de tesis, por su inestimable guía e inteligentes consejos, y especialmente por haberme convocado a integrar el equipo a cargo de la defensa del Estado Argentino en el Área de Asuntos Internacionales de la Procuración del Tesoro de la Nación durante el año 2005, donde pude tomar contacto de primera mano con el arbitraje internacional y apreciar la utilización del principio de confianza legítima o expectativas legítimas por conducto de estándar de trato justo y equitativo presente en numerosos Tratados Bilaterales de Inversión.

- al Jurado que con gran generosidad evaluara mi tesis doctoral, Dres. Mirta Sotelo de Andreau, Rodolfo Roquel y Oscar Blando.

- a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, por el premio otorgado para la publicación de la tesis doctoral.

- especialmente a mi familia, mis padres, mi esposa Silvia por el amor, la paciencia y el acompañamiento en todo este tiempo, y a mis hijos María Emilia y Santiago, que nacieron durante la elaboración de la tesis, y que con su llegada me han demostrado qué es lo verdaderamente importante.

ACLARACIÓN

La tesis doctoral que aquí se publica, ha sido la culminación de la Carrera de Doctorado en Derecho cursada entre los años 1998 y 2001 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste, cuyo proyecto se aprobara en el año 2002, que fuera presentada para su defensa en noviembre de 2010 y defendida en el mismo mes del año 2012, con la que de manera inalterada participara en el Concurso Tesis Sobresalientes Dalmacio Vélez Sársfield del año 2014, obteniendo el premio correspondiente a este último.

La aclaración precedente tiende a evidenciar que ha sido fruto de una labor que fue madurando durante el período de elaboración, tomando en cuenta algunos hitos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales de ese momento.

Como señala Barraguirre en el prólogo, la presente constituye una elaboración de tipo dogmático, a partir del modelo metodológico similar al utilizado por Alchourrón y Buligyn a efectos de dilucidar los casos para cuya solución pudiera acudir al principio de confianza legítima, que no tuvieran respuesta de institutos autóctonos del derecho argentino.

Por lo tanto, no ha sido un análisis que pretendiera abarcar la totalidad del ordenamiento jurídico argentino, sin perjuicio de que cada vez que se hace utilización de normas legales y criterios doctrinarios y jurisprudenciales, se ha procurado dar cuenta de modo ejemplificativo de cada uno de los tópicos analizados.

De allí que no se encontrarán referencias a otras normas sancionadas con posterioridad, como ser el Código Civil y

Comercial -ley 26994- en vigor desde el 1° de agosto de 2015, la ley 26944 de Responsabilidad del Estado Nacional, así como criterios jurisprudenciales de fallos de clara incidencia en el principio aquí analizado, bien que solucionados quizás por apelación a otros institutos, como los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa «Grupo Clarín»¹, o la causa «Faifman»², por sólo citar algunos. Quedará en todo caso, para una futura segunda edición de la presente obra, la incorporación -y actualización- de todas las novedades normativas, doctrinarias y jurisprudenciales ocurridas con posterioridad al año 2010.

¹ C.S., 29/10/2013, en autos: «Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción meramente declarativa» (G.439.XLIX [REX], G.445.XLIX, G.451.XLIX-R.H.) - [ED, (24/12/2013, N° 13.391)].

² C.S., 10/3/2015, autos: «Faifman, Ruth Myriam y otros c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios», causa CSJ 712/2013 (49-F).

PRÓLOGO

Tuve el enorme placer de acompañar al Dr. Luis Rey Vázquez en el proceso de elaboración de su tesis doctoral. Aquí, ahora, la publica. Trata de establecer por qué razón y en qué medida debemos proteger las expectativas que los particulares se formaron a través de su interacción con las autoridades, fundamentalmente, cuando las acciones y decisiones de éstas descansan sobre poderes discrecionales -ya sea en materia procesal o sustantiva- o frente a casos, a primera vista, vacíos de regulación. En definitiva, la tesis se ocupa de cuán dispuestos estamos (o debemos estar) para preservar la estabilidad de las relaciones preexistentes, como y bajo qué condiciones podemos cambiar el rumbo y abrir otro futuro y cuáles son las consideraciones de política pública, costos y beneficios que habremos de pesar cuidadosamente en la balanza de la justicia.

Para Luis no hay una respuesta sencilla, fácil y que se sienta irracionalmente atraída por la importación de instituciones. La respuesta es más bien tentativa y exploratoria. Reconoce que es necesario estabilizar criterios de actuación, pero, bajo su definición de lo que protege la confianza plausible, hay demasiadas semejanzas con otras instituciones afines como la buena fe, la doctrina de los actos propios, el principio de razonabilidad, el principio de proporcionalidad, la responsabilidad por acto lícito, el sometimiento voluntario a un régimen jurídico, la ausencia de derecho contra el cambio de régimen normativo, la desviación de poder y el abuso de derecho, sólo por citar algunos de los parientes adultos de esta gran familia. Luis los va considerando de modo artesanal, con

la tranquilidad de su trato, discurrendo sobre «Cerro Vanguardia», «Exolgan», «Ramos», «Gil», «Valdez» y «Parrilla El Mirador».

Todo ello considerando tanto la metodología que proponían Alchourrón y Bulygin como la extrema complejidad de fuentes del derecho actual: su esfuerzo es básicamente dogmático y comparado. Es dogmático porque reflexiona analíticamente a partir de la tradición y de lo dado, como si se tratara de establecer una nueva «naturaleza jurídica». Es comparado porque, en un formidable capítulo sobre derecho público y arbitraje de inversión, recurre a las respuestas que dieron algunos tribunales arbitrales (a partir de «Tecmed v. México» y considerando la litigación argentina.)

Más allá de sus conclusiones -más o menos escépticas sobre el campo para germinar que la institución tratada tiene aquí un trabajo miniaturista; un trabajo que, en estas épocas de abundancia de escrituras y sin sentidos, merece la pena que lo leamos. Un ejercicio para pensar.

Jorge Alberto Barraguirre (h)

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. Origen de la noción

El principio de la confianza legítima o expectativa plausible halla su origen en el derecho germánico¹, exportado luego al derecho comunitario europeo y a diversos países, tales como España y Venezuela, y tímidamente comenzó a introducirse en la Argentina, hallando diversos pronunciamientos jurisprudenciales que lo receptan así como alguna doctrina que se dedica a su análisis.

Entonces, previo a ello, se determinará lo más acabadamente posible el contenido y alcance del principio de «con-

¹ Se asigna el origen del instituto a un pronunciamiento del tribunal administrativo superior de Berlín, del 14/11/56, en el que se reconoció el derecho de protección de la confianza invocada por la viuda de un funcionario que vivía en la entonces República Democrática Alemana, a quien se le había oficialmente certificado que si se trasladaba a Berlín occidental tendría derecho a percibir su pensión, por lo que, en consecuencia, concretó el cambio de radicación, con los gastos que ello significaba, y comenzó a percibir su pensión; empero, luego se comprobó que no cumplía las condiciones legales, por lo que se le exigió que devolviera las sumas indebidamente abonadas. La protección invocada por la viuda tuvo acogida en el tribunal alemán, decisión esta que fue confirmada por la Corte federal el 25/10/57. Lo más interesante del caso es que se resolvió no sólo que no correspondía la revocación *ex tunc* del acto, sino tampoco *ex nunc*, por lo que la Administración tuvo que continuar pagando la pensión [Conf. COVIELLO, Pedro José Jorge, «La confianza legítima», E.D. 177-894].

fianza legítima», conforme fuera concebido en su país de origen (Alemania)², analizando los distintos pronunciamientos jurisprudenciales que fueron delineando la figura (caso del Tribunal de Luxemburgo de la Comunidad Económica Europea), y de los supuestos de hecho tenidos en mira para emplear la noción, como manera de resolver los casos.

La tarea de delinear acabadamente los contornos ciertos de la noción que nos ocupa, que fuera por mí propugnada al formular el proyecto de tesis como uno de mis objetivos -y no obstante la existencia de importantes trabajos ya por enton-

² Sostiene GARCÍA MACHO, Ricardo, en su obra «Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», Revista Española de Derecho Administrativo, N° 56, octubre-diciembre de 1987, Civitas, Madrid, p. 557, al estudiar los orígenes germánicos de la noción, que: «... Con carácter general las leyes y normas administrativas no tienen efectos retroactivos. Aquellas normas jurídicas que excepcionalmente mantienen tales efectos pueden entrar en conflicto con los principios propios del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y la protección de la confianza legítima», citando a F. OSSENBÜHL: *Die Quellen des Verwaltungsrechts*, en «*Allgemeines Verwaltungsrecht*», Berlín, 1986, p. 127.

«Esta tesis -agrega el autor- ha sido reafirmada por el Tribunal Constitucional alemán en varias sentencias», citando entre otras, vid. dos Sentencias del Tribunal Constitucional alemán de 23 de marzo de 1971 (BVerfGE 30, 367, 385 y ss., y 30, 392, 402 y ss.) y una tercera Sentencia de 22 de enero de 1975 (BVerfGE 39, 128, 143 y ss.), en las que se establece que las leyes retroactivas son normalmente incompatibles con el principio del Estado de Derecho, uno de cuyos elementos esenciales es la seguridad jurídica, que, a su vez, para el ciudadano significa ante todo protección de la confianza legítima» (la negrita me pertenece).

Sentado dicho principio, refiere el autor que «... en estas mismas sentencias, sin embargo, se admiten excepciones al principio general en casos concretos, en que la confianza legítima no es posible protegerla, porque no se puede justificar tal protección. Así, por ejemplo, no es justificable la infracción de la confianza legítima si la normativa era provisional, pues el interesado debía contar con una nueva regulación, o bien si los intereses de la comunidad o generales justifican la retroactividad por encima de la protección de la confianza legítima, o bien si este principio es afectado muy levemente por la norma retroactiva...».

ces³-, a la fecha en cambio se ha visto modificada en buena medida pues se han elaborado en los últimos años, amén de numerosos trabajos doctrinarios publicados en revistas especializadas⁴, importantes obras bibliográficas que se han dedicado exclusivamente a su estudio, tanto en nuestro país⁵ como en el extranjero⁶, especialmente en Latinoamérica⁷.

³ En España, por caso, la tesis doctoral de CASTILLO BLANCO, Federico A., *La protección de confianza en el derecho administrativo*, con prólogo de Luciano PAREJO ALFONSO, Marcial Pons, Madrid, 1998; en el Reino Unido, la obra de SCHONBERG, Soren J., *Legitimate expectations in administrative law*, Oxford University Press, New York, 2000.

⁴ Por su extensión, remito a la Bibliografía consultada citada al final del presente trabajo.

⁵ Caso de la excelente tesis doctoral de COVIELLO, Pedro José Jorge, *La protección de la confianza del administrado. derecho argentino y derecho comparado*, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2004. Este autor, define en la p. 462 al instituto en los siguientes términos: «*La protección de la confianza legítima es el instituto de derecho público, derivado de los postulados del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y de la equidad, que ampara a quienes de buena fe creyeron en la validez de los actos (de alcance particular o general, sean administrativos o legislativos)*», *comportamientos, promesas, declaraciones o informes de las autoridades públicas, que sean jurídicamente relevantes y eficaces para configurarla, cuya anulación, modificación, revocación o derogación provoca un daño antijurídico a los afectados, erigiéndose, bajo la observancia de esos componentes, en un derecho subjetivo que puede invocar el administrado, y que consiste, en su aspecto práctico, en la limitación de los efectos de la anulación, de tratarse de un acto (de alcance individual o general) inválido o del reconocimiento del derecho a una indemnización de no ser ello posible; de tratarse de un acto o comportamiento válido, su continuidad o permanencia; y en los supuestos de revocación o modificación de actos válidos o de derogación de actos normativos (administrativos o legislativos), en la posibilidad del reconocimiento del derecho a una indemnización*».

⁶ En España, la excelente obra de GARCÍA LUENGO, Javier -que constituyera también su tesis doctoral-, *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2002.

⁷ En Colombia, las obras -ambas tesis de Maestría- de VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel, *La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008; y la de VIANA CLEVES, María José, *El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

No obstante, y dado que como meta me he fijado analizar el instituto que también impactó en nuestro medio, fundamentalmente por conducto del arbitraje internacional de las inversiones, resulta ineludible precisar la noción, siquiera por remisión a quienes han profundizado su estudio, puesto que constituye una institución importada del derecho comparado, y resulta necesario saber cómo la concibieron aquellos países que la generaron, antes que tratar de aplicarla lisa y llanamente en nuestro sistema, siendo fundamental un estudio de compatibilidad del derecho nacional con el derecho de origen del principio.

El mentado principio refiere a la expectativa que se genera en un sujeto por la conducta de otro, dado sus comportamientos anteriores⁸, los que fomentan en el primero la creencia de que el segundo ajustará su conducta de acuerdo con el significado de sus actos primigenios.

De este modo, se pretende amparar a las personas que, hallándose en una situación de sujeción general al Estado⁹,

⁸ GIMENO FELIÚ, José María, «Seguridad jurídica y silencio positivo en los procedimientos bifásicos de elaboración de normas: las elecciones en la Universidad de Zaragoza», *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 075, año 1992, julio-septiembre, Sección Jurisprudencia, p. 439, Civitas, Madrid. El autor recuerda que hay actos de la Administración que entrañan un reconocimiento o inducen a la «confianza» de los administrados, aunque sean solamente propuestas que carecen de valor definitivo. Cita al respecto la STS de 1 de febrero de 1990 (Ar. 1258), en la que se confirma la creación jurisprudencial del principio de «protección de la confianza legítima» para resolver el conflicto entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica, afirmando que el mismo debe ser aplicado, «no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa...».

⁹ Es decir, sin que medie un específico *vinculum iuris* entre el particular y el Estado, como podría ser el derivado de un contrato.

En materia de Contratos administrativos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha referido al tema por aplicación de la teoría de los actos

no se vean afectados por los intempestivos cambios de conducta de los órganos de éste, que de ese modo pudieran afectar la situación de aquéllas.

2. Fundamentos

Los fundamentos que se han ofrecido, van desde el principio de la buena fe hasta el principio del estado de derecho, pasando por otros tales como la seguridad jurídica, los derechos fundamentales, la equidad y la justicia natural¹⁰. Tam-

propios, sentando la siguiente doctrina: «Es dable exigir a los participantes en un acuerdo de voluntades un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conductas perjudiciales, y debe desestimarse toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que -merced a actos anteriores- se ha suscitado en la otra parte». C 424 XXVIII Cadipsa S.A. c/ Santa Cruz, Provincia de s/inconstitucionalidad. 21/10/97 Fallos 320:2233.

¹⁰ Véase al respecto: RONDÓN DE SANOS, Hildegard, «El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el derecho venezolano», Obra colectiva en Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, Edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, volumen V, ps. 271 a 379. En la p. 291, bajo el punto B. Principios que se utilizan como fundamento, expresa que «... *la incipiente doctrina que se ocupa de la materia -confianza legítima-, ha tratado de fundamentar la institución en alguno o varios de los siguientes principios: la buena fe, el Estado de derecho, la seguridad jurídica, los derechos fundamentales, la equidad y la justicia natural. Si se intenta clasificar por su contenido a las distintas fuentes expuestas, indudablemente hay dos criterios que aparecen como relevantes en todos ellos; al efecto: el predominio de los elementos filosófico-jurídicos que están representados en la equidad, los principios generales del derecho, los derechos adquiridos, y la justicia natural. Frente a esa fundamentación subjetiva, está la de naturaleza objetiva, representada por la seguridad jurídica de la cual son sus corolarios el estado de derecho y la cosa juzgada. Con la interpretación subjetiva se alude al sustento que le da vida propia a la confianza jurídica dentro del campo de la justicia, estimando que ella es protegible porque está vinculada a los elementos fundamentales que conforman la base del derecho. Con la interpretación objetiva, lo que se protege es el sistema mismo y su coherencia interna y externa...*».

bién se ha sostenido que el principio de confianza legítima responde a los principios de un Estado democrático¹¹. Asimismo, se ha expresado que las razones que justifican la adopción del principio de confianza legítima son idénticas en todos los ordenamientos que lo han asumido. Se trata de una exigencia de la más elemental seguridad jurídica, y, a su vez, derivación del Estado de Derecho. Todo ciudadano tiene derecho a prever y ordenar pro futuro su trayectoria vital; a que el Derecho le garantice un mínimo de estabilidad sobre la cual constituir un proyecto personal o profesional, sin que los cambios del ordenamiento supongan trastornos en las relaciones jurídicas ya entabladas. Se trata de un imperativo jurídico plasmado en el artículo 1.1 y 9.3 del texto constitucional español, una exigencia del *rule of law* en el ordenamiento jurídico inglés, un elemento del *État de droit français* y el *Rechtsstaat* alemán, y un principio del Derecho comuni-

¹¹ Corte Suprema de Estonia, sentencia del 17-3-1999, 3-4-1-2-99, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 78. Revista Investigaciones (2000 - 1), p. 61. Se expresó allí que: Con arreglo al art. 10 de la Constitución (que establece que «*Los derechos, libertades y deberes previstos en el presente capítulo no obstan a la existencia de otros derechos, libertades y deberes que deriven del espíritu de la Constitución o que sean conformes a ésta y que respeten los principios de la dignidad humana y de un Estado fundado sobre la justicia social, la democracia y la preeminencia del derecho*») y a la jurisprudencia anterior, la seguridad jurídica y la **confianza legítima** forman parte de los principios de un estado democrático. Toda persona tiene derecho a confiar que las disposiciones de la ley se aplicarán a las personas que comenzaron a ejercer su derecho. Las personas que habían iniciado una demanda de restitución de bienes expropiados ilegalmente o que solicitaban una indemnización por tales bienes, tenían derecho a presumir que iban a ser declarados beneficiarios en virtud de la ley en vigor a la fecha. Al iniciar la demanda, estas personas habían comenzado a ejercer su derecho a reclamar la restitución, pensando que no serían privados de este derecho sin una razón válida. Por consiguiente, viola el art. 10 de la Constitución, el art. 1.3 de la ley de modificación del derecho de propiedad. Por otro lado, el citado art. 15.5 viola el art. 12.1 de la Constitución ya que crea dos tipos de personas: los que fueron declarados beneficiarios y los que no lo fueron, privando a estos últimos de la expectativa creada por ley.

tario reconocido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹².

Esta amplitud justificatoria no solo pone de manifiesto la ausencia de uniformidad, sino que obsta a la captación del verdadero alcance del instituto, el que debería imbricarse como un elemento más de la doctrina del Estado de Derecho, uno de cuyos presupuestos es la estabilidad de las normas.

La proclamada estabilidad no significa petrificación o inmutabilidad, sino que cuando se habla de estabilidad normativa como corolario del Estado de Derecho, se hace referencia a las normas que, en tanto producto de la discusión parlamentaria, reflejan la voluntad popular, y por lo tanto, es posible establecer limitaciones a las modificaciones y/o regulaciones intempestivas por parte de los legisladores¹³, y

¹² SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel, «El principio de confianza legítima en el derecho inglés: la evolución que continúa», Revista Española de Derecho Administrativo, N° 114/2002, Estudios, p. 233, Civitas, Madrid, abril 2002. Agrega el autor que puede afirmarse con seguridad que el valor detrás de la confianza legítima es lo suficientemente fuerte como para tener una extensión transnacional, y, a pesar de las diferencias en la articulación concreta del principio en cada ordenamiento, pensamos que la racionalidad interna del mismo es idéntica en el contexto jurídico occidental.

¹³ Al respecto, explica GARCÍA MACHO (ob. cit.), que «... *El principio general de la confianza legítima puede también limitar el poder del legislador, si el perjuicio que va a sufrir el interesado prima sobre el objetivo que persigue la norma o preceptos concretos de esa norma jurídica. El Tribunal Constitucional alemán por Sentencia de 4 de mayo de 1971 BVerfGE 31, 94, 96 y ss. declara inconstitucional el artículo 215.2 de la Ley de Funcionarios del Sarre de 1962 por infringir determinados preceptos de la Ley Fundamental. El artículo es recurrido por una viuda de un funcionario que había estado cobrando el 60 por 100 de la jubilación. A través de ese precepto de la Ley del 62, sin embargo, por ser más de veinte años menor que el marido muerto pasaba a cobrar sólo el 35 por 100 de la pensión. El Tribunal de Karlsruhe establece que «el precepto en cuestión infringirá la protección de la confianza legítima, si la interesada ha realizado gastos para mantener un nivel de vida, confiando en la durabilidad de su pensión que ahora no podrá restituir. El Tribunal considera que esta circunstancia se da en el caso en cuestión. Yendo incluso más allá el Alto Tribunal considera que una reducción de la pensión tan extraordinaria afecta al*

con mayor razón, por parte del Ejecutivo. El significado axiológico de la vigencia durante un lapso razonable de las normas, no es otro que hacer previsibles las situaciones jurídicas creadas o planificadas en torno a sus prescripciones, de que los habitantes sepan que los negocios, inversiones y/o cualquier tipo de acto jurídico que realicen estarán asegurados, o que estarán protegidos por un lapso razonable, y que de practicarse modificaciones, serán graduales¹⁴.

3. Tesis

En el esquema expuesto, la *tesis* que se defiende es la siguiente: «*El Estado -latu sensu-, no puede dejar sin efecto sus actos generales (leyes, reglamentos) o particulares (actos administrativos) de manera ilimitada, ni tampoco desconocer las*

derecho del libre desarrollo de la personalidad de la interesada (art. 2.1, Ley Fundamental) y es incompatible con el principio del Estado de Derecho y con los principios, también, de la buena fe e interdicción de la arbitrariedad».

¹⁴ Cabe citar en el punto, el pronunciamiento de la Corte Suprema Nacional en el caso: «Banco de Galicia y Buenos Aires s/Solicita intervención urgente en: Smith, Carlos A. c/ P.E.N. s/sumarísimo», 1/2/2002, La Ley, Suplemento Especial del 4/2/2002, ps. 1/3, donde en el primer párrafo del Considerando 9º), luego de expresar que no obstante la situación de emergencia, y la posibilidad del Estado de implementar medidas tendientes a paliar sus efectos, expresa que «... ello no implica que se admita, sin más, la razonabilidad de todos y cada uno de los medios instrumentales específicos que se establezcan para conjurar los efectos de la vicisitud. Máxime cuando ha existido, en un breve periodo, una profusión de normas sobre el tema que, en algunos casos, *más que propender a la fijación de pautas claras sobre la disponibilidad de las sumas depositadas en instituciones bancarias y financieras por los particulares ha generado un inédito y prolongado estado de incertidumbre* (en todos los casos, y salvo aclaración en contrario, el destacado me pertenece)».

Como se verá, sin hacer una expresa mención del principio que nos ocupa, el Alto Tribunal ha considerado indirectamente como digno de protección jurídica, la expectativa de los ciudadanos en la estabilidad de las normas.

prácticas administrativas y/o criterios jurisprudenciales sin un debido fundamento, sino sólo puede hacerlo bajo ciertas condiciones¹⁵, respetando las expectativas razonables creadas en los habitantes respecto del mantenimiento de las normas, actos y conductas reveladoras de una posición inequívoca».

Para defender la tesis, evalúo hasta que punto instituciones que guardan un notable parecido de familia, resultan suficientes o no a la hora de defender los mismos fines. Estas doctrinas son la de «los propios actos», la protección de los «derechos adquiridos», o de la «responsabilidad estatal por actos lícitos». Sólo en caso de que se muestren insuficientes, es justificable la recepción del principio de «confianza legítima», justamente para salvaguardar aquellas situaciones dignas de protección que no la encuentran en ninguna de las otras instituciones.

Adelanto que en general, los «casos» que en situaciones similares del derecho comparado son atendidos por el principio de confianza legítima, encuentran su respuesta en nuestro derecho en alguna de las instituciones afines y arraigadas suficientemente, lo que me lleva -en la conclusión- a sostener que resulta prácticamente irrelevante -y así veremos en los casos analizados- el auxilio a la mentada institución importada.

4. Relación con figuras afines

A) *Teoría de los «actos propios»:* En principio, parece obvio destacar que la noción de «confianza legítima» está

¹⁵ Tentativamente, las condiciones generales bajo las cuales el Estado podría válidamente modificar las normas, son: a) que el órgano que dispone el cambio sea el competente; b) que con el cambio no se desconozcan los derechos adquiridos al amparo del régimen anterior; c) que la nueva norma no desconozca compromisos unilaterales asumidos por el Estado; d) que la norma sea derogada luego de haber permanecido en vigencia durante un lapso razonable, y e) que su modificación sea precedida de la debida información y discusión.

emparentada de algún modo con la teoría «*de los propios actos*», la que supone que el obrar contradictorio de alguien que de buena fe, ha generado en otro la expectativa de una conducta posterior coherente con la primera, no puede ser admitido y por el contrario, es descalificable por trasuntar deslealtad, siendo su fundamento el principio de la buena fe¹⁶.

Esta última noción contiene ciertos límites en punto a su aplicación a los actos estatales, dado que para que sea viable deben concurrir los siguientes presupuestos:

- a) Unidad de Persona;
- b) Unidad de Situación jurídica;
- c) Conducta Inicial (cualquier hecho o acto) que demuestre una clara toma de posición ante una determinada situación jurídica; y la contradicción que se da cuando la conducta inicial, o sus consecuencias necesarias, son incompatibles con la conducta subsiguiente.

Surge de lo dicho que sólo podrá aplicarse si el acto anterior emana de la mismo órgano del Estado (entendido como poder), no así cuando -por ejemplo- el acto o hecho anterior emanan de un órgano del Poder Ejecutivo y el posterior del Poder Legislativo, o de una entidad descentralizada del Poder Ejecutivo. La doctrina de los propios actos tampoco se aplica fuera del marco de una relación jurídica concreta, lo cual deja fuera de protección a aquellos quienes sólo se hallan respecto del Estado en una situación de sujeción general¹⁷.

¹⁶ Sostiene Juan C. CASSAGNE, «... se han desarrollado principios que exceden muchas veces el ámbito interindividual para transformarse en pilares de la moral social. Es lo que acontece con el principio general de la buena fe aplicable sin cortapisas al accionar del Estado y sus entidades. Así - agrega - ha dicho la Corte que «el actuar contradictorio que trasunta deslealtad resulta descalificado por el derecho, lo que ha quedado plasmado en brocardos como el que expresa «*venire contra factum proprium non valet*» que sintetizan aspectos de densa dimensión ética del principio de buena fe» («De nuevo sobre los principios generales del derecho en el derecho administrativo», en obra colectiva *El Derecho Administrativo, hoy*, Ciencias de la Administración, 1996, p. 28).

¹⁷ Entiende COVIELLO que el principio analizado se distingue de la doctrina de los actos propios en cuanto éstos se dan en el marco de una relación

La introducción en el sistema jurídico argentino del Principio de Confianza Legítima pretende poner a cubierto las situaciones que no encuadran precisamente en la teoría de los propios actos y si bien tienen preliminarmente el mismo sustento jurídico (cual es la buena fe y la seguridad jurídica), el primero otorga un plus de protección a los administrados frente al actuar regular de la Administración, puesto que veda la posibilidad de desconocer y contraponerse a la conducta anterior relevante y eficaz de cualquier órgano estatal. Tampoco requiere un acto concreto contra el cual se vuelva, sino que bastaría cualquier conducta anterior, no requiriendo finalmente la existencia de una concreta relación jurídica entre las partes.

Así planteada, la noción parece ser al menos interesante, y resulta loable la finalidad que la inspira, ya que en última instancia, no pretende sino moralizar el comportamiento de los poderes públicos, pues el obrar ético y de buena fe supone la responsabilidad de parte de los funcionarios de observar las normas positivas y los principios generales que limitan su actuación, aun cuando ellos mismos se autolimiten mediante el dictado de un reglamento (por ejemplo, el Decreto N° 229/2000 «Carta compromiso con el ciudadano»). Si bien pueden dejarse sin efecto mediante su derogación¹⁸, ello deberá

jurídica especificada y no general, como es la del particular con el Estado. Además, la protección de la confianza del administrado alcanza aún a los comportamientos ilegales de la Administración, mientras que la doctrina de los actos propios no puede oponerse a un comportamiento ilegal generador de confianza. COVIELLO, Pedro José Jorge, *La protección de la confianza del administrado...*, ps. 459/460.

¹⁸ No está muy claro qué pueda hacerse respecto de la norma ejemplificada. En efecto, mediante el Decreto N° 229/2000, se crea el Programa «Carta Compromiso con el ciudadano», especificando que tendrá por objeto la instrumentación de compromisos de servicio por parte de los organismos públicos prestadores directos, donde se transparenten las condiciones y modalidades operativas de las prestaciones así como los derechos que con relación al tema, asisten a los ciudadanos. En su art. 3° se establece como finalidad: «se deberá lograr una mayor receptividad y mejor respuesta del

ocurrir luego de un lapso razonable de vigencia, en aras de la protección de la seguridad jurídica.

5. Principales escollos

No es fácil, sin embargo, introducir pacíficamente un principio como el que nos ocupa. Los principales escollos son:

a) En primer lugar, parece enfrentarse con otro principio clásico como el que «*nadie tiene derecho al mantenimiento de leyes o reglamentos vigentes*». Este principio recibió consagraciones diversas por parte de los tribunales, especialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁹.

b) En segundo lugar, en consonancia con el anterior, sólo podrían protegerse «*derechos adquiridos*», que se dan cuando el particular ha cumplido todos los requisitos sustanciales y

Estado a las necesidades y prioridades de los ciudadanos en lo referente a la prestación de los servicios a su cargo, estableciendo los principios y criterios generales que propendan a la mejora de la calidad de los mismos y reafirmando los derechos de los que goza el ciudadano frente a la Administración Pública Nacional...». Si bien la norma tiene forma de Decreto (reglamento autónomo), y que no existiría óbice alguno -desde el punto de vista formal- para el propio Poder Ejecutivo lo derogara, sin embargo en atención al contenido de las regulaciones, y en tanto que el Poder Ejecutivo se compromete a cumplir con todos los derechos que asisten a los ciudadanos (entre ellos, resolver en forma expresa las peticiones y denuncias), su derogación expresa o tácita importará la transgresión a la buena fe de los ciudadanos respecto de las pautas de comportamiento prometidas.

¹⁹ Por ejemplo, en materia impositiva, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que: «Nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones ni a la inalterabilidad de los gravámenes creados por ellas. Sólo cuando se ha pagado el impuesto conforme con la ley vigente al momento en que se realizó el pago, su efecto liberatorio, amparado por la garantía constitucional de la propiedad, puede impedir que se aplique una nueva ley que aumente el impuesto por el período ya cancelado.» («Eso Petrolera Argentina S.A. c/ Nación», Fallos 272: 229; «Facomate Fábrica Correntina de Maderas Terciadas S.A. c/ Nación», Fallos 271:7).

las condiciones formales durante la vigencia de un determinado régimen legal o reglamentario, lo que impide aplicar retroactivamente la nueva reglamentación a tales situaciones²⁰, y que en el derecho argentino reconoce su fuente no sólo en el artículo 3º del Código Civil, acerca de la irretroactividad de las leyes, sino en el artículo 17 de la Constitución Nacional acerca del derecho de propiedad, en la concepción amplia elaborada por el Alto Tribunal de la Nación.

Es claro que esta institución implica que las meras expectativas no constituyen una valla contra la modificación del régimen legal vigente.

Precisamente, el quid de la introducción del principio de «confianza legítima» radica en la necesidad de dotar de protección a quienes carecen de un derecho adquirido, pero no obstante se han generado a su respecto expectativas razonables, que no se identifican como «meras expectativas», constituyendo así un justo término medio entre ambos extremos.

c) También se ha admitido en nuestro derecho -si bien de modo excepcional- la *Responsabilidad del Estado por los cam-*

²⁰ En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio en diversos pronunciamientos, uno de cuyos casos ha sido en materia jubilaria de jueces, cuyo paradigma lo constituye el caso SCG 99 XXXII - «Gaibisso, César A. y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia s/Amparo» - del 10/4/2001 (El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional del 18/5/2001, p. 12 y ss.-), diciendo que: «*Debe considerarse que ni el legislador ni el juez pueden, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior, pues en tal caso el principio de no retroactividad de las leyes deja de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad reconocida por nuestra Ley Suprema*».

También ha señalado en el mismo pronunciamiento que: «*Cuando, bajo la vigencia de una ley, el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en ella para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido, porque la situación jurídica general creada por esa ley se transforma en una situación jurídica concreta e individual que no puede ser suprimida por ley posterior sin agravio del derecho de propiedad consagrado por el art. 17 de la Constitución Nacional*».

bios normativos lícitos, en aquellos casos en los cuales se hubiere generado un sacrificio especial, diferenciado al del resto de los habitantes, en atención a que no existe un deber jurídico de soportar el daño²¹. Si bien esta tesis de la responsabilidad por cambio normativo parece inspirarse en el mismo valor que el principio en tratamiento, lo cierto es que la aceptación es muy restringida y para supuestos excepcionales, lo cual mina su valor.

La finalidad perseguida con la incorporación de la noción de «confianza legítima», es la construcción de un sistema normativo que permita dar solución a los diferentes supuestos que no encajan en ninguna de las situaciones existentes y referidas *supra*, pero que no obstante, se consideran dignas de protección, pues el Estado ha fomentado en los ciudadanos la creencia o expectativa razonable de que el *status quo* se mantendría. Si en tal caso, se invocara simplemente que el particular es poseedor de una «mera expectativa», quedarían impunes los actos de los funcionarios que en nombre del Estado, fueron artífices de tales situaciones, pues no nos hallaríamos frente a un obrar ilícito, ni siquiera lícito generador de responsabilidad estatal²².

²¹ Algunos han criticado esta doctrina. Por ejemplo, MARIENHOFF se resistía a su aplicación en orden a que «... la tesis de la «especialidad», al menos en ordenamientos como el de la República Argentina, carece de base racional y de base jurídica, hallándose vacua de fundamentos», estimando que el daño puede ser general («Cambios en el derecho objetivo y responsabilidad patrimonial del Estado», La Ley, 1992-E, 778). Una aceptación del postulado lo constituye el caso «Columbia, S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ B.C.R.A. s/daños y perjuicios», 19/5/1992, C.S.J.N., Fallos 315:1026; El Derecho, 150-100.

²² Se muestra contrario a considerar que la confianza legítima constituya un título de responsabilidad estatal GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», Revista de Derecho Administrativo (RDA) N° 43, Lexis Nexis, Depalma, ps. 1/32; trabajo luego incorporado en su libro *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, Thomson Civitas, Navarra, 1ª edición, 2005.

6. Sistema normativo. Casos y soluciones

Siguiendo a Alchourrón y Buligyn, sabemos que un sistema normativo es un conjunto normativo que contiene todas sus consecuencias; a su vez, conjunto normativo es un conjunto de enunciados tales que entre sus consecuencias hay enunciados que correlacionan casos con soluciones²³.

De lo expuesto, se colige que existe en nuestro derecho positivo:

- a) Un primer universo de casos que posee también un primer universo de soluciones, cuando se dan los presupuestos que hagan aplicable la *teoría de los propios actos*;
- b) Existe un segundo universo de casos que posee su correlativo universo de soluciones, a la luz de la teoría de la *responsabilidad estatal por acto lícito (cambio normativo)*;
- c) También, existe otro universo de casos que posee también otro universo de soluciones, por aplicación de la teoría de los *derechos adquiridos*, donde el fundamento de su protección se halla en la garantía de la propiedad, en la concepción amplia diseñada por el Alto Tribunal de la Nación²⁴.

Por la posición favorable al deber de reparación ante la defraudación de la confianza legítima, ver VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel, *La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 497 y ss.

²³ ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 3ª reimpresión, Astrea, 1998, p. 92 y ss. Los autores, se inspiran en su definición en las que brinda Tarski de sistema deductivo en general y de sistema axiomático en particular. Para Tarski un sistema deductivo es un conjunto de enunciados que contiene todas sus consecuencias. Un sistema axiomático es la totalidad de las consecuencias de un conjunto finito de enunciados. La función de un sistema normativo consiste en establecer correlaciones entre casos y soluciones.

²⁴ Causa: «Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital», 16/12/1925, Fallos 145:325 a 333.

- d) Existe un universo de casos que posee su universo de soluciones por aplicación del principio del «no derecho al mantenimiento de leyes y reglamentos», es decir, aquellas situaciones que configuran meras expectativas, no dignas de protección.

Dadas las herramientas que el derecho nacional brinda para solucionar los distintos problemas que se pudieren presentar, se analizará la relevancia de acudir a la noción de «confianza legítima» para lograr dar solución a las situaciones que quedaran marginadas de algunos de los universos de soluciones posibles, o si en cambio, basta con ampliar el campo de acción de las instituciones ya existentes, para dar respuesta a todas las situaciones dignas de protección, sin llegar a configurar derecho adquirido.

Para ello, corresponde afirmar y reconocer: 1º) la existencia de casos vacíos, y 2º) que no hay impedimentos para la aplicación del principio, a situaciones basadas en algunos de los otros principios.

Las situaciones que *prima facie* quedarían fuera -y serían campo propicio para la utilización del principio de confianza legítima-, son:

- a) Casos en los cuales no obstante existir la conducta, acto o norma anterior emanado del mismo sujeto, no media entre éste y aquel en cuyo favor se generó la expectativa legítima, vínculo jurídico alguno, sino sólo la mera condición de gobernante y gobernado.
- b) Casos en que el perjuicio derivado de la actuación lícita del Estado, no asume el carácter especial, sino general.
- c) Casos en los que no se configura un derecho adquirido, pero no obstante, el particular ha celebrado vínculos o realizado inversiones motivado por las normas vigentes, o por los comportamientos inequívocos de los gobernantes, luego dejadas sin efecto lisa y llanamente, implicando a veces el cambio radical de las reglas de juego, que hasta la fecha, siguen sin solución jurídica uniforme, consideradas en general como «meras expectativas».

7. Ámbitos de aplicación del principio

Luego de sostener que el principio de confianza legítima, como garantía de la estabilidad de las normas no es el único principio, debido a la noción de consistencia o coherencia normativa, su aplicación no debería impactar negativamente en otras instituciones ius administrativas clásicas.

En tal sentido, se analizará la probable aplicación de la noción, en los siguientes casos:

- a) como límite a la «potestad revocatoria» de los actos administrativos firmes de la Administración²⁵, por sí y ante sí, cuando se hubieren generado derechos subjetivos en cumplimiento. En el caso, casualmente se invoca como fundamento la seguridad jurídica, además de la observancia estricta del principio de legalidad o juridicidad, que impide a la Administración mantener subsistente un acto gravemente viciado, del cual no podrán nacer -por ello- derechos subjetivos en cabeza del particular;
- b) el cambio infundado de precedente sostenido en forma reiterada a la hora de resolver casos análogos por parte de la Administración (caso de los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, o las consultas evacuadas por la A.F.I.P.), así como el respeto

²⁵ Al respecto, GARCÍA MACHO (ob. cit.), expresa que «... El principio general de la confianza legítima juega también un rol considerable cuando se plantea la revocación de los actos administrativos irregulares, que han creado una situación favorable para el interesado. La doctrina y jurisprudencia tradicionales establecieron que no planteaba dificultades la revocación de estos actos administrativos. Lo único que planteaba cierta discusión era si la revocación se realizaba con efectos *ex nunc* o bien *ex tunc*. La base de la revocación de estos actos era la infracción del principio de legalidad de la Administración, señalando como referente de la tesis tradicional a E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, München, 1973, p. 260 y ss.».

por parte de la Administración de las prácticas administrativas²⁶;

- c) los casos en los cuales las leyes prevén la figura del «silencio positivo» (por ejemplo, Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156), donde luego de transcurrir el plazo legal sin que la Administración se pronuncie en forma expresa, se entiende otorgado el derecho a favor del particular, y luego de que tal situación se configura, la Administración dicta un acto expreso denegatorio del derecho;
- d) la posible operatividad del principio como límite a los cambios legislativos, que determinen que la nueva regulación, contenga situaciones más gravosas para los derechos de los habitantes, incluso, las leyes «de emergencia» (especialmente, teniendo en cuenta el principio que impone el desarrollo progresivo de la legislación, en orden al efectivo reconocimiento y protección de los derechos humanos fundamentales, contenida en el art. 26 del Pacto de San José de Costa Rica); asimismo, aquellas normas que, si bien dictadas con el fin de perdurar en el tiempo, cobran sin embargo una escasa vigencia temporal, afectando la seguridad jurídica; o aquellas normas que, no obstante decirse de orden público, y consagrar la inmutabilidad de un derecho en cabeza del particular, sean luego derogadas lisa y llanamente, incluso mediante Decretos (caso de la Ley

²⁶ La aplicación del principio a las prácticas administrativas, reconoce su base normativa en el Código de Buena Conducta Administrativa de la Comunidad Europea (28/7/1999), que en su art. 10, bajo el título «Legítimas expectativas y consistencia», consagra lo siguiente: «1- El funcionario será coherente con su propia práctica administrativa, así como con la actuación administrativa de la Institución. El funcionario seguirá las prácticas administrativas normales de la Institución, salvo que existan razones fundadas para apartarse de tales prácticas en un caso individual. 2. El funcionario respetará las legítimas y razonables expectativas que los miembros del público tengan a la luz de la actuación de la Institución en el pasado»).

25.466, de intangibilidad de depósitos, y su precariedad ya entonces a la luz del precedente «Peralta»²⁷, o lo que es peor, que por Ley se disponga la suspensión de su vigencia, sin derogarla (caso de la Ley 25.561, que dispuso la suspensión de la Ley 25.466 de intangibilidad de los depósitos por 2 años, además de modificar la convertibilidad de la moneda que rigiera durante más de diez años, y luego de que a pocos días de su sanción, el Presidente de la Nación proclamara que se mantendría la convertibilidad), o que el mismo día de su sanción, una ley sea suspendida por otra (Ley 25557 suspendida por la Ley 25561);

- e) el abuso del recurso a las figuras del Reglamento de Necesidad y Urgencia, en materias que fueron anteriormente vedadas en normas de delegación de facultades, o dicho de otro modo: lo que la ley delegante veda al Poder Ejecutivo expresamente como materia de reglamento delegado, no debería ser legitimada dictando un decreto de necesidad y urgencia que verse sobre la materia vedada (por ejemplo, la ley 25.414 prohibía al Ejecutivo modificar los códigos de fondo, y luego este último mediante el dictado del Decreto N° 1.387/2001, dictado en ejercicio de las atribuciones que surgen de la ... Ley 25.414 y del art. 99 inc. ... 3° C.N., los modifica, constituyendo un caso de fraude a la ley delegante), o que a pocos días de sancionada una Ley, se dicte un Decreto que modifique nuevamente las regulaciones contenidas en aquella (Decreto N° 214/02 que modifica la Ley 25.561, consagrando la pesificación

²⁷ O como ha ocurrido, so pretexto de garantizar la intangibilidad de los depósitos, el Poder Ejecutivo mediante Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1.570/2001, estableció restricciones a la libre extracción de los depósitos en efectivo, constituyendo una clara muestra de afectación a la confianza de quienes de buena fe, creyeron en que no se afectarían de modo alguno los ahorros.

de los depósitos bancarios, luego de que el Presidente anunciara que se respetaría para su devolución la moneda de origen)²⁸;

- f) emparentado con el punto anterior, se puede incluir el abuso del dictado de leyes ómnibus, generalmente leyes de emergencia o leyes impositivas, cuyas regulaciones, en principio, deberían ser de carácter transitorio, sin embargo incluyen en su articulado modificaciones permanentes a textos legales que regulan instituciones orgánicas (caso de la Ley 25344, de Emergencia Económica, que modifica en forma permanente la Ley 19549 de Procedimientos Administrativos; la Ley 25.453, de «déficit cero» y la Ley 25.561 de Emergencia Pública, que modifican en forma permanente artículos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)²⁹;
- g) la influencia de las normas reguladoras de la ética en la función pública, en orden a la eventual responsabilidad que pudiera caber al funcionario autor del acto, reglamento o ley que transgrediera el principio, dado que supondría un obrar antiético y de mala fe. En tal caso, antes que acudir al fácil expediente de desconocer las expectativas creadas a favor de los ciudadanos, deberán extremarse los controles previos y efectivizarse las sanciones posteriores a los funcionarios estatales, respondiendo el Estado ante los terceros.

²⁸ Muchos de los supuestos que aquí incluyo coinciden con los que fueran incluidos en el proyecto de tesis. No obstante, del análisis de alguna de las otras situaciones, han ido surgiendo las respuestas, por lo que no necesariamente desarrollaré todos y cada uno, y en cambio, agregaré otros que surgieron durante la elaboración de la tesis, y que grafican de manera más plausible el objetivo fijado con esta tesis doctoral.

²⁹ Una crítica magistral a este tipo de leyes, la formula GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, 1ª edición, reimpresión 2000, Civitas, Madrid, ps. 77 a 89.

En todos los casos, se analizarán las consecuencias jurídicas que trae aparejada su recepción, en punto al objeto que tendría una eventual demanda fundada en la violación del principio de confianza legítima, en orden a lograr: la anulación o derogación del acto administrativo de alcance individual, del reglamento o de la ley; el eventual restablecimiento del derecho o interés vulnerado; o en su caso, la reparación pecuniaria del perjuicio, todo ello con miras a determinar si resulta relevante la incorporación de la mentada noción a nuestro derecho, o si, en su caso, logran el mismo resultado con la incorporación del universo de casos en alguna de las instituciones vigentes, todo ello para lograr la consecuencia jurídica deseada.

Pero no sólo a ello se limita su eventual recepción, ya que la seguridad jurídica impone no solamente buscar un remedio ante su trasgresión, sino los medios aptos para la prevención de conductas que tengan como resultado el desconocimiento de la confianza legítima de los ciudadanos.

8. Funcionamiento del principio. Metodología

A efectos de apreciar el procedimiento a seguir para establecer cuán plausible resultaría acudir al principio de «confianza legítima» para solucionar un caso vacío según las instituciones tradicionales, explicaré con un ejemplo³⁰, del siguiente modo:

- a) Los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional garantizan el derecho a gozar y disponer íntegramente de la propiedad privada, la cual comprende todos los

³⁰ El ejemplo, curiosamente, fue planteado cuando el proyecto de tesis estaba en elaboración, sin saber que luego se produciría lo que finalmente ocurrió. No obstante, tómese como demostrativo del método que sigo en el análisis de los distintos capítulos.

intereses apreciables que el hombre posee fuera de su vida y su libertad³¹.

- b) A su vez, a efectos de «fortalecer» tal garantía infundiendo «confianza» en los ahorristas, a fines de septiembre del año 2001 se sanciona la Ley N° 25.466, denominada de «intangibilidad de los depósitos», mediante la cual, a efectos de despejar las dudas que pudieren existir a la luz de los sucesos ocurridos a finales de la década del 80³², se estableció que el Estado en ningún caso podía interferir en las condiciones pactadas entre bancos y depositantes, la prohibición de canjearlos por títulos de la deuda pública u otro activo del Estado Nacional, ni prorrogar el pago de los mismos, ni alterar las tasas pactadas, ni la moneda de origen, ni

³¹ Tempranamente, el Alto Tribunal de la Nación expresó que: «*Las palabras 'libertad' y 'propiedad', comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en su sentido más amplio; y la segunda, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución, o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad; por lo que los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien público (derecho a una sepultura), o de las que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado en favor de particulares (empresas de ferrocarriles, luz eléctrica, explotación de canales, etc., etc.) se encuentran tan protegidas por las garantías constitucionales consagradas por los artículos 14 y 17 de la Constitución, como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio*» (C.S.J.N., *Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital*. 1925. Fallos 145:307).

³² Por Decreto de Necesidad y Urgencia N° 36/90, el Poder Ejecutivo Nacional impuso a ahorristas y acreedores de entidades financieras el retiro de su dinero sólo hasta un millón de Australes, entregando en lo que excediere Bonex 1989, para paliar los efectos de la hiperinflación, proceder que fuera convalidado por la Corte Suprema Nacional en el caso «Peralta, Luis A. y otro c/Estado Nacional, Ministerio de Economía - B.C.R.A.», 27/12/1990, *El Derecho*, 141-523, con nota de Germán Bidart Campos: «El fallo de la Corte sobre el «Plan Bonex» (El amparo: airoso; la propiedad: desprotegida; la constitución: entre paréntesis)». También en *La Ley*, 1991-C, 141, con nota de Alberto B. Bianchi: «La Corte ha establecido su tesis oficial respecto a la emergencia».

reestructurar los vencimientos, los que operarán en las fechas establecidas entre las partes (art. 2º). Como intento de asignarle mayor garantía, se estableció que «*la presente ley es de orden público, los derechos derivados para los depositantes y las entidades depositarias de las operaciones comprendidas en el artículo 1º de esta ley, serán considerados derechos adquiridos y protegidos por el artículo 17 de la Constitución Nacional*» (art. 3º).

- c) Sin embargo, mediante Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1.570 de comienzos de diciembre de 2001 (a dos meses de la vigencia de la Ley 25.466) se establecieron restricciones a la disponibilidad de los depósitos bancarios, luego agravados mediante la sanción de la Ley 25.561 de Emergencia Pública, mediante la que se abandonara la convertibilidad, se establece un cronograma de devolución pagadero en cuotas a partir del año 2003, hasta que finalmente por Decreto N° 214 de febrero de 2002, se estableció la «pesificación» de los depósitos en dólares, y la devolución en pesos de los mismos³³.

A tenor de lo ocurrido, cabe en primer lugar preguntarnos si la situación planteada encuadra en las instituciones tradicionales:

- a) *Actos propios*: en la medida en que el acto anterior (Ley 25.466, Poder Legislativo) emanó de un órgano diverso a quien fuera el autor del posterior (Decreto 1570, Poder Ejecutivo), no sería aplicable la doctrina³⁴.

³³ La normativa dictada a partir del Decreto N° 1570 es mucho más compleja, y su tratamiento excede holgadamente la finalidad perseguida con el ejemplo, limitando la cita a la medida de la utilidad para apreciar la probable aplicación del principio de «confianza legítima».

³⁴ Más allá que siendo un Decreto de Necesidad y Urgencia (en adelante DNU), podría sostenerse que tratándose de una norma formalmente legislativa, coincide en ambos casos el órgano emisor.

- b) *Responsabilidad por actuación lícita*: parecería a primera vista que resultaría aplicable, si no fuera porque conforme a su elaboración requiere la existencia de un «perjuicio especial»³⁵, y en el caso de los ahorristas, el perjuicio fue general, afectando a un número indeterminado de personas, con lo cual se torna insuficiente para dar solución al caso.
- c) *Derechos adquiridos*: al parecer, el caso hallaría su solución por aplicación de la mentada doctrina, habiéndolo así entendido la Corte Suprema³⁶ en un primer momento, para el caso en que el particular hubiese cumplido con los requisitos sustanciales y formales durante la vigencia de la Ley 25.466, pero ¿qué pasaría si se esgrime que dicha norma rige sólo desde su vigencia, y no en forma retroactiva, considerando que la Corte había convalidado hasta ese momento con

³⁵ Desde el pronunciamiento de Fallos 180:107 del 18/3/1938, donde la Corte Suprema, en autos «Establecimientos Americanos Graty S.A. v. La Nación Argentina», expresara que frente al incremento del 10% de impuesto adicional aduanero, que habría recargado el costo de la mercadería contratada por el Ministerio de Guerra con el actor, sostuvo que «... en la situación que plantea la causa, no reúne el perjuicio que se dice experimentado, la condición de especialidad necesaria para que pueda encuadrarse en el caso de resarcibilidad...», reiterando lo resuelto en la causa Fisco Nacional v. Arrupé Lilia -de setiembre 28 de 1936.

También sostuvo la Corte que «***El reconocimiento de la responsabilidad estatal por su actividad lícita, tratándose del reclamo de una entidad financiera por decisiones del Banco Central, requiere la necesaria verificación de la existencia de un sacrificio especial en el afectado y la ausencia de un deber jurídico a su cargo de soportar el daño***» (Voto de la mayoría, al que no adhirió el Dr. Nazareno). C. 883. XXII.; Columbia SA. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ Banco Central de la República Argentina. 19/05/1992. Fallos 315:1026.

³⁶ «Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita intervención urgente en: Smith, Carlos A. c/ P.E.N. s/Sumarísimo», 1/2/2002, La Ley, Suplemento Especial del 04/2/2002, p. 1/3, con nota de Carlos E. Colautti: «La Corte Suprema como Poder del Estado»; El Derecho, diario del 13/2/2002, ps. 3/7, con nota de Ricardo WETZLER MALBRÁN: «Palos porque bogas; palos porque no bogas».

la doctrina «Peralta»? Quedarían así, fuera de protección los depósitos efectuados con anterioridad al mes de septiembre de 2001.

- d) En tal caso, la única manera de solucionar el caso sería acudiendo al principio de «confianza legítima», puesto la ley 25.466 no ha creado el derecho de los ahorristas a la intangibilidad de sus depósitos, sino que el mismo preexiste desde que halla su fuente en la Constitución Nacional cuando garantiza el derecho de propiedad. La sanción de la ley, no habría sino fomentado la confianza de los depositantes, a efectos de que no extraigan su dinero de los bancos, la cual ha sido «traicionada» por el dictado de la normativa posterior.

Más allá de que el caso tomado como ejemplo se ajuste totalmente a la doctrina en cuestión, su empleo persigue tan sólo de demostrar el método a seguir en los distintos supuestos, para luego determinar la relevancia de su aplicación en orden a la solución de los mismos, o por el contrario, buscar la solución en algunos de los institutos clásicos.

De lo expuesto, se colige que con el particular enfoque asignado al tema, el trabajo de tesis resulta inédito en nuestro país -y porque no, a nivel internacional-, y espero constituya un valioso aporte para el desarrollo del Derecho nacional, en particular del Derecho Administrativo, dado que con él se pretende teorizar acerca de las soluciones posibles a casos que, todavía, carecen de una solución clara a la luz de nuestra tradición jurídica.

Ello significará sin duda alguna un cambio profundo en las pautas de actuación de los legisladores y administradores, puesto que el mentado principio operará como un nuevo límite hasta entonces inexistente o al menos, poco delimitado y muy difuso.

Los beneficiarios serán tanto los ciudadanos, quienes podrán exigir de sus gobernantes un actuar que respete la confianza legítima generada, y a los Organismos de contralor, a efectos de verificar el correcto cumplimiento de los deberes de los funcionarios y en su caso, de aplicar las sanciones correspondientes.

El fin último perseguido, no es otro que restringir al máximo posible el ejercicio del poder público, dentro de los cauces del Estado de Derecho, tratando así de equilibrar a favor de los habitantes, la balanza que contiene en ambos extremos el «poder» y la «libertad», que no es sino el fin del Derecho Administrativo.

En todos los supuestos, la **metodología** seguida consiste la consulta de la jurisprudencia y doctrina nacional y extranjera, mediante el acceso a los repertorios, colecciones y obras específicas, así como la búsqueda y descarga de información en Internet.

De la jurisprudencia, tomo casos paradigmáticos a fin de describir el funcionamiento del principio en cada uno de ellos. También, de diversas normas jurídicas busco detectar cómo funciona el principio de «confianza legítima».

Luego, mediante el razonamiento lógico jurídico, he procedido a construir el sistema normativo capaz de brindar las soluciones a los casos vacíos a la luz de los institutos tradicionales, que sirva de sustento y justificación de la tesis doctoral propuesta, todo ello siguiendo la línea trazada en el presente capítulo.

CAPÍTULO II

MODELOS TEÓRICOS DE «ESTADO DE DERECHO»

De modo preliminar, debo señalar que el instituto que analizaré se encuentra estrechamente ligado a la idea de «Estado de Derecho», uno de cuyos pilares está dado por la sujeción -en su vertiente de vinculación positiva¹- del Estado al ordenamiento jurídico, expresado en uno de sus paradigmas cual es el Principio de Legalidad o también denominado «Juridicidad»².

¹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado que «*La Administración Pública se encuentra sometida positivamente al ordenamiento jurídico*» (S. 182. XXIV.; Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. 26/10/1993. Fallos 316:2454).

² En tal sentido, sostiene Julio R. COMADIRA, que «... *Así, el principio de juridicidad implica que las autoridades administrativas deben actuar con sujeción a los principios generales del derecho -aquellos que derivan de la dignidad de la persona y de la naturaleza objetiva de las cosas a la Constitución Nacional, a los principios que surgen de ella, a los tratados internacionales -que gozan de jerarquía normativa superior a las leyes desde la reforma constitucional de 1994 e, incluso, antes de ella, por imperio de la jurisprudencia sentada en su momento por la Corte Suprema- a la ley formal, a los reglamentos -en subordinación expresada en el conocido principio de inderogabilidad singular de los reglamentos- a los precedentes administrativos, en la medida en que en su seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, y, según alguna doctrina, a ciertos contratos administrativos...*» («La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial», ELDial.com, Suplemento Administrativo, 27/6/2003; También publicado en El Derecho, Serie Especial de Derecho Administrativo del 29-3-99).

De los autores que he compulsado, Asís Roig³ ha sido quien efectuó una sistematización, desde una perspectiva analítica, de los diferentes modelos de Estado de Derecho, hallando seis, a saber:

- 1) «Estado de Derecho» hace referencia al Estado que actúa, mediante la separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, y que lo limitan al ser emitidas.
- 2) «Estado de Derecho» hace referencia al Estado que actúa, mediante la separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, y que lo limitan tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente.
- 3) «Estado de Derecho» hace referencia al Estado que actúa, mediante la separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, que protegen la autonomía individual y que lo limitan tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente.
- 4) «Estado de Derecho» hace referencia al Estado que actúa, mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, fruto de la participación de los ciudadanos, y que lo limitan, tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente.
- 5) «Estado de Derecho» hace referencia al Estado que actúa mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, consideradas justas en su conjunto, y que lo limitan, tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente. Esta concepción varía dependiendo de los derechos que se identifiquen con la idea de

³ ASÍS ROIG, Rafael de, «Modelos teóricos del Estado de derecho», *Doxa* N° 22, 1999, p. 220, Biblioteca Cervantes Virtual, en especial ver ps. 229/230.

justicia. Así, existirían tres variantes: 5.a) donde «consideradas justas», se sustituye por «que protegen derechos individuales»; 5.b) donde «consideradas justas», se sustituye por «que protegen derechos sociales»; 5.c) donde «consideradas justas» se sustituyen por «que protegen derechos individuales y sociales».

- 6) «Estado de Derecho» hace referencia al Estado que actúa, mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, fruto de la participación de los ciudadanos y consideradas justas, en su conjunto, y que lo limitan, tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente. Igual que en el caso anterior, existirían tres variantes: 6.a) donde «consideradas justas», se sustituye por «que protegen derechos individuales»; 6.b) donde «consideradas justas», se sustituye por «que protegen derechos sociales»; 6.c) donde «consideradas justas» se sustituye por «que protegen derechos individuales y sociales».

De todos ellos he resaltado las referencias al conocimiento predicado de las reglas, así como de la coherencia⁴, como dos aspectos necesariamente ligados al trabajo que aquí desarrollo. La confianza legítima -o los institutos autóctonos del derecho argentino con quienes aquella se encuentra emparentada- busca proteger a las personas de las regulaciones y actitudes incoherentes de los Poderes Públicos, aunque en ciertos supuestos podría ser el Estado quien utilizara dicho recurso para enrostrar al particular con quien se hubiere vinculado cuando asume conductas contradictorias con las precedentes⁵.

⁴ Se ocupan de un estudio filosófico de la coherencia, RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, Gedisa, Barcelona, 1ª edición, 2001, p. 302, Capítulo 13, titulado: «La relevancia de la coherencia»; y DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, Segunda Reimpresión, 2005, ps. 160/163, bajo el título «Integridad y coherencia».

⁵ Un ejemplo en el ámbito del arbitraje internacional de inversión, puede verse en GRAHAM, James A., «¿Dónde se queda la legítima expectativa de

1. Los principios generales del derecho

De lo expuesto en el capítulo anterior, se colige que la «confianza legítima» es un principio, o más precisamente, un principio general del derecho. Por ello, resulta imprescindible, antes de abordar su tratamiento, expresar en forma tangencial -pero necesaria- cuál es la posición que tomo respecto a la concepción del sistema jurídico, y dentro de él, a la noción de norma jurídica, la cual, entiendo, se halla compuesta tanto por reglas como por principios⁶.

Lo que pretendo expresar, es que para un adecuado tratamiento de la noción así encuadrada, no cabe apegarse a una

los Estados en los arbitrajes sobre inversión extranjera?», en Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje (RLMA), México, 2003-2, p. 96.

⁶ ALEXY, Robert, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», Revista Doxa 5, 1988, p. 139 y ss. El autor, refiere que a la pregunta de si existe para todo caso jurídico una única respuesta correcta, que produjera uno de los problemas más discutidos, centralmente por HART y DWORKIN, existen dos posiciones: «... Según la perspectiva positivista, el sistema jurídico es, al menos en lo esencial, un sistema de reglas que se pueden identificar como reglas jurídicas sobre la base de su validez y eficacia. Un tal sistema jurídico es siempre, por diversos motivos, un sistema abierto; sobre todo, por causa de la vaguedad del lenguaje del Derecho, la posibilidad de conflictos entre normas y la existencia de casos no regulados. Si un caso cae en un espacio vacío del sistema jurídico que no puede tampoco ser llenado en forma intersubjetivamente obligatoria con ayuda de la metodología jurídica, entonces por definición el juez no está vinculado por el sistema jurídico. Debe decidir por medio de fundamentos extrajurídicos. Su situación se asemeja a la del legislador. En este caso no se puede hablar de una única respuesta correcta ya dada por el sistema jurídico, que sólo cabe reconocer». Dworkin contrapone a este modelo de reglas del sistema jurídico un modelo de principios. Según el modelo de principios, el sistema jurídico está compuesto, además de por reglas, de un modo esencial, por principios jurídicos. Los principios jurídicos deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no determinan una única respuesta correcta. La única respuesta correcta o verdadera sería así la que mejor pueda justificarse a través de una teoría substantiva que contenga aquellos principios y ponderaciones de principios que mejor se correspondan con la constitución, las reglas de Derecho y los precedentes...».

posición positivista a ultranza, que sólo pretenda reducir lo jurídico a la regla escrita positiva, ni tampoco colocarse en el extremo de que cualquier principio, que derive incluso del derecho natural, pueda ser considerado norma jurídica.

En tal sentido, siguiendo la posición de autores como Alexy o Dworkin, entiendo que el Sistema Jurídico está compuesto por normas, y estas son comprensivas tanto de reglas como de principios⁷.

Pero no obstante revestir ambos la categoría de norma jurídica, presentan diferencias bastante importantes, las que han hecho que durante mucho tiempo, los principios fueran identificados con los que derivan de la razón natural, más no como integrantes del ordenamiento jurídico.

Estas diferencias, están dadas en primer lugar, por la «generalidad» de los principios, frente a la mayor «especificación» de las reglas⁸.

También, se señala que en caso de existir «contradicción entre dos reglas» del sistema, y a fin de mantener la coheren-

⁷ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, «Sobre principios y reglas», Revista Doxa-10, 1991, p. 101 y ss.

⁸ «Dworkin -citado por ALEXY, en «Sistema...», p. 141-, emplea dos argumentos. El primero dice que las reglas son aplicables en forma todo-o-nada (all-or-nothing-fashion), pero en cambio los principios no. Si se da el supuesto de hecho de una regla, existen sólo dos posibilidades. O la regla es válida, y entonces deben aceptarse las consecuencias jurídicas, o no es válida, y entonces no cuenta para nada la decisión. En cambio, los principios, aun cuando según su formulación sean aplicables al caso, no determinan necesariamente la decisión, sino que solamente proporcionan razones que hablan a favor de una u otra decisión. El segundo argumento, vinculado con el anterior, hace valer que los principios tienen una dimensión que las reglas no exhiben, es decir, una dimensión de peso (dimension of weight) que se muestra en las colisiones entre principios. Si colisionan dos principios, se da un valor decisivo al principio que en caso de colisión tenga un peso relativamente mayor, sin que por ello quede invalidado el principio con el peso relativamente menor. En otros contextos, el peso podría estar repartido de manera opuesta. En cambio, en un conflicto entre reglas que sucede, por ejemplo, cuando una regla manda algo y otra prohíbe lo mismo, sin que una regla establezca una excepción para la otra, al menos una debe ser siempre inválida...».

cia de este, la solución se logra expulsando o invalidando una de las reglas; en cambio, cuando de principios se trata, se habla no de contradicción, sino de «tensión», que no determina la validez universal de un principio respecto de otro, sino que a través de una «ponderación», se determinará en cada caso concreto qué principio ha de prevalecer, por corresponderle un peso relativamente mayor⁹.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho aplicación de tales conceptos¹⁰, expresando en el Voto de la Mayoría lo siguiente:

*«18) La identificación precisa de los derechos en conflicto efectuada en los considerandos anteriores, conforma un **campo de tensión que obliga a adoptar una decisión basada en la razonable ponderación de principios jurídicos.***

*Toda decisión judicial debe comenzar mediante la **delimitación de los hechos y su subsunción en la norma jurídica aplicable.** La prioridad argumentativa de la deducción se basa en que si existe una regla válida para solucionar el caso, esta debe aplicarse, ya que de lo contrario se dictaría una sentencia «contra legem».*

En el presente caso, delimitados los hechos y el derecho conforme surge de los considerandos anteriores, no es posible deducir de ellos la solución de la controversia porque surge un campo de tensión entre derechos de rango similar. El conflicto ocurre cuando la plena satisfacción de un derecho conduce a

⁹ Sobre el particular, puede abundarse en la obra de ALEINIKOFF, Alexander, *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, Traducción de Jimena Aliaga Gamarra, Palestra Editores, Lima, 2010; en el ámbito del Derecho Administrativo, puede verse RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Ma., *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000. Dicho autor ha sido citado -entre otros- por el juez Petracchi en su voto en la causa «Thomas, Enrique c/ E.N.A.», C.S.J.N., del 15/6/2010, Considerando 10º, 3º párrafo, Nota 1.

¹⁰ C.S.J.N., Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/sustracción de menores de 10 años -causa N° 46/85 A- G. 1015. XXXVIII; RHE; 11/8/2009; Fallos 332:1835.

la lesión de otro igualmente protegido. Como se ha señalado, es lo que ocurre en el caso, puesto que si se hace lugar a la búsqueda de la verdad perseguida por la familia biológica, se lesiona la autonomía personal de quien se niega a la extracción de sangre.

Por esta razón es que la dogmática deductiva no brinda soluciones y debe recurrirse a la ponderación de principios jurídicos.

Los principios son normas que constituyen mandatos para la realización de un valor o un bien jurídicamente protegido en la mayor medida posible. Cuando un principio colisiona con otro de igual rango, la solución no es excluir uno desplazando al otro, sino ponderar el peso de cada uno en el caso concreto, buscando una solución armónica».

Por su parte, haciendo aplicación estricta del principio de razonabilidad, ha dicho en su Voto en disidencia el Dr. Maqueda:

«16) Que nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional reflejan la orientación liberal garantizadora que debe imperar en un estado de derecho democrático para resolver los conflictos entre la autoridad y los individuos y de éstos entre sí, y en ese sentido el Estado debe respetar, garantizar y fomentar los derechos de las personas siendo éste su fin esencial.

Con el propósito de cumplir con ese mandato, esta Corte entiende que el derecho a la intimidad -tutelado por el artículo 19 de la norma fundamental- también debe ponderarse tanto a la luz de los diversos derechos reconocidos por el texto constitucional, como en relación a la facultades estatales de restringir el ejercicio de tal derecho, en un marco razonable, para la necesaria eficacia en la persecución del crimen (Fallos: 326:3758, considerando 26, disidencia parcial del juez Maqueda).

En definitiva, se sostiene, que es deber de este Tribunal, como custodio de los derechos y garantías constitucionales, intentar una composición, a fin de lograr un equilibrio justo entre los intereses en juego.

17) *Que el balance entre los intereses de toda persona a no sufrir invasiones a su privacidad y el interés estatal en la persecución penal debe incluir una necesaria ponderación de los instrumentos escogidos y los fines hacia los que se dirige la específica medida de coerción dispuesta en la causa. A dichos efectos corresponde tamizar la medida por los filtros de **necesidad, adecuación y proporcionalidad***¹¹.

Conectando lo expuesto con el principio de confianza legítima, que anida en el principio de «seguridad jurídica», se ha fundamentado para rechazarlo que no podría nunca ser invocado cuando se halle en juego el principio de legalidad, puesto que nadie podría invocar ignorancia de las normas jurídicas para hacer prevalecer la confianza generada por un proceder calificado de ilegal¹².

¹¹ Sobre el punto, véanse entre otros, LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El «debido proceso» como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª edición actualizada, 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2002; CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de razonabilidad*, 2ª edición actualizada y ampliada, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2009; SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho Español*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007; BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª Edición, Madrid, 2007.

¹² En un artículo publicado con posterioridad a su tesis doctoral, COVIELLO expresa -citando a Calmes, Sylvia, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, París, 2001, p. 265 y ss. y nota 196- respecto del principio de confianza legítima, que: «... con el principio de legalidad no puede existir enfrentamiento o contradicción, porque la confianza legítima se da en el marco de la legalidad y no fuera de ella, de modo que el peligro de que la protección de la confianza legítima se constituya en un elemento perturbador de la unidad y armonía del ordenamiento jurídico por oponerse al principio de la legalidad, pierde virtualidad en la medida que se entienda, insisto, que concebir una protección semejante fuera del orden jurídico constituiría un contrasentido lógico...» (COVIELLO, Pedro J. J., «Contrato administrativo y confianza legítima», *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 348, Ediciones RAP, Buenos Aires, p. 303). En su tesis

En tal sentido, se ha dicho que «en el conflicto que se suscita entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primacía esta última por aplicación de un principio que, aunque no extraño a los que informan nuestro Ordenamiento Jurídico, ya ha sido recogido implícitamente por esta Sala, que ahora enjuicia, en su sentencia de 28 de febrero de 1989 y reproducida después en su última de enero de 1990, y cuyo principio, si bien fue acuñado en el Ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania, ha sido asumido por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de las que forma parte España, y que consiste en el «principio de protección de la confianza legítima» que ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego -interés individual e interés general-, la revocación o la dejación sin efectos del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar derivados de unos gastos o inversiones que sólo pueden serle restituidos con graves perjuicios para su patrimonio, al no ser todos ellos de simple naturaleza económica». (Sentencia de 1 de febrero de 1990, Sala 3.a, Sección 3.a, Ar. 1258.)¹³.

El error de quienes se oponen, radica en no tener en cuenta que no se puede predicar en abstracto, de modo absoluto, el predominio del valor legalidad respecto del valor seguri-

doctoral *La protección...*, p. 460, expresa que la protección de la confianza alcanza a los comportamientos ilegales.

¹³ Revista de Administración Pública N° 125, mayo-agosto 1991, Sección Notas Contencioso Administrativo en General, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 425.

dad, puesto que en caso de tensión, el principio de confianza legítima, ajustado a sus estrictos contornos, seguramente relativizará el aparente predominio del valor legalidad, pues no es posible una contradicción entre ellos, sino una tensión¹⁴. Además, es de destacar que ambos derivan de la concepción del Estado de Derecho.

En aquellos casos que, por aplicación del principio de confianza legítima, prime el valor seguridad por sobre el de legalidad, seguramente observaremos que el caso merece una solución que implicará, bien desplazar una regla, bien hacer prevalecer un principio¹⁵.

A efectos de demostrar el aserto, tomaré un ejemplo del derecho positivo argentino: El Código Civil argentino establece que las leyes se reputan conocidas por todos; paralelamente, prescribe que el error o ignorancia de las leyes no es excusable. En ambos casos, parecería existir un predominio absoluto del principio de legalidad, por sobre cualquier otra consideración.

Sin embargo, las leyes de procedimiento administrativo consagran un principio denominado del «informalismo a fa-

¹⁴ Al respecto, MAURER, Hartmut, *Introducción al derecho administrativo alemán*, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2008, p. 56, dentro del Capítulo III titulado «El principio de la protección de la confianza en el derecho público», expresa que «... *El principio de protección a la confianza se sitúa en una relación de **tensión entre estabilidad y flexibilidad**. A pesar de que propende por la estabilidad, no obstante, **debe ceder siempre a las exigencias de la flexibilidad**...*».

¹⁵ Expresa VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel, *La defraudación...*, p. 216, que: «*En la práctica, el principio de confianza legítima ha sido utilizado para proteger determinadas situaciones jurídicas surgidas al margen del ordenamiento jurídico, ante la necesidad de amparar las expectativas plausibles y justificadas propiciadas o promovidas por el propio Estado. Por esa vía, se ha reconocido la intangibilidad de determinados beneficios, favores o ventajas otorgados contra *legem* y cuya tutela, si bien genera encendidas controversias, se inspira en el interés de mantener la fiabilidad de la palabra empeñada por las autoridades y en el propósito de evitar la defraudación intempestiva de la confianza generada, todo lo cual es compatible con la filosofía del Estado social de derecho...*».

vor del administrado», o también llamado de «moderado formalismo», que parte de la presunción opuesta: por considerar al particular lego en derecho, por tanto no conocedor de todas las exigencias formales que rodean a los trámites administrativos, se lo excusa del cumplimiento de formalidades no esenciales, que puedan ser suplidas con posterioridad.

También estas mismas leyes, prescriben que en las notificaciones que se practiquen, además de la trascripción del acto notificado, deberán hacerse conocer los recursos que se pueden interponer contra el mismo, y el plazo para hacerlo, so pena que queden suspendidos los plazos¹⁶, o en su caso, obteniendo un diferimiento temporal del plazo disponible para recurrir¹⁷.

Esto demuestra que la aparentemente absoluta y unívoca interpretación de la regla contenida en el Código Civil, se ve desplazada por normas del mismo sistema jurídico, que en ciertos casos, considera valioso inaplicar la presunción de conocimiento de las normas, al menos respecto de ciertas formalidades no esenciales, y respecto de ciertos sujetos¹⁸.

Se ha señalado entonces, que el núcleo de la diferencia entre reglas y principios, es que las primeras son normas que

¹⁶ Así, por ejemplo, la Ley 3460 (B.O. 30-01-1979) de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Corrientes, artículos 127, 135 y concordantes.

¹⁷ Por ejemplo, el Decreto Nacional N° 1759/72 (texto según Decreto N° 1.883/91), prescribe en su Artículo 40, 2° párrafo: «*La omisión o el error en que se pudiere incurrir al efectuar tal indicación, no perjudicará al interesado ni permitirá darle por decaído su derecho. No obstante la falta de indicación de los recursos, a partir del día siguiente de la notificación se iniciará el plazo perentorio de SESENTA (60) días para deducir el recurso administrativo que resulte admisible. Si se omitiera la indicación de que el acto administrativo agotó las instancias administrativas, el plazo para deducir la demanda indicada en el artículo 25 de la Ley de Procedimientos Administrativos comenzará a correr transcurrido el plazo precedentemente indicado.*»

¹⁸ Veremos luego que sobre ciertos sujetos pesa, en cambio, una presunción de conocimiento calificado del derecho, quienes no podrían invocar a su favor el principio del informalismo.

exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida pueden ser sólo cumplidas o incumplidas. En cambio, los principios son normas que ordenan que se realice algo en la medida de lo posible, fáctica y jurídicamente, siendo por ello mandatos de optimización. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario¹⁹.

Sin embargo, la mayor indeterminación de los principios respecto de las reglas, no parece ser una razón suficiente como para fundar una distinción en función del grado, puesto que también en las reglas, la indeterminación está presente en menor medida. Si a ello sumamos que la «vaguedad semántica» predicada de los principios, también es inherente a las reglas, podemos concluir en la identidad de ambos, alojados bajo el seno de la noción de «norma jurídica».

2. La profusión normativa en un país federal

«... ¿Dónde está la justicia del principio (ignorantia juris neminem excusat) siendo tantas las leyes, y tan abultadas y dificultosas, que nadie podría saberlas todas? Con ellas no trazáis una pauta benigna y paternal para conducirse en la vida, sino que tramáis emboscadas a la ignorancia y sencillez del pueblo...»²⁰.

¹⁹ ALEXY, ob. cit, p. 143. Agrega este autor, en la p. 144, que: «Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados. Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla».

²⁰ Juan Luis VIVIES, citado por Antonio José URIBE PRADA, en la obra: *Don Quijote, abogado de La Mancha*, 2ª edición, Temis, Bogotá, Colombia, 1991, p. 79, Cap. XXII, «Buena Fe e Ignorancia de la Ley». No obstante -agrega el autor-, cómo la vida social sería imposible si se admitiera la verdad contra-

Bajo el acápite incluiré distintos supuestos que denotan, de parte del legislador (*lato sensu*), la realización de actividad carente muchas veces de una adecuada técnica legislativa, lo que genera no sólo dificultad en el conocimiento del sentido y alcance de las normas, sino que muchas veces se producen modificaciones asistemáticas de textos, cuando no generándose una profusión normativa²¹ generadora de incertidumbre e imprevisibilidad. Sin embargo, la Corte Suprema Nacional ha entendido que no resulta aplicable el principio de la inderogabilidad singular del reglamento al caso de las leyes²², validando incluso que una ley singular como la de presupuesto pudiera contradecir una ley general anterior²³, más

ria al principio, o sea, que sólo se conocen las leyes por excepción, la jurisprudencia en cada caso, aun afirmando «*nemo auditur propriam turpitudinem alegans*», cuando la ley misma lo permite, hace valer la ignorancia invencible como causal excusante.

²¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 05/03/2003, «Provincia de San Luis c/ Estado Nacional», Fallos 326:417. Expresó en su Considerando 21), *in fine*, remitiéndose a la causa «Smith» (Fallos 325:28) que «... *Ello es así pues, de lo contrario, se correría el riesgo de provocar respuestas inicuas, que solo contribuirían a ahondar aún más la desorientación provocada tanto por la deficiente técnica legislativa que se vislumbra en las disposiciones bajo examen, las cuales han generado una profusión de normas sobre la materia que, más que propender a la fijación de pautas claras, han provocado un inédito y prolongado estado de incertidumbre (conf. considerando 9º de la causa «Smith», ya citada), que aún no ha sido disipado.*»

²² «*El principio de la "inderogabilidad singular de los reglamentos" no se aplica a los actos legislativos de sustancia normativa, como son las ordenanzas municipales, respecto de las cuales cobran plena vigencia las reglas generales de "lex posterior derogat prior y lex sepcialis derogat generalis", pues las leyes emanan de un órgano de gobierno elegido por el sufragio popular; siendo una expresión "soberana" de la voluntad popular, de la voluntad comunitaria organizada.*» (P. 457. XXI.; Promenade SRL. c/ Municipalidad de San Isidro s/ demanda contencioso - administrativa. 24/08/1989. Fallos 312:1394).

²³ «*Corresponde rechazar el agravio relativo a que la ley 25237 habría violado el art. 20 de la ley 24156 ya que esta última no se diferencia, en cuanto a su jerarquía normativa, del resto de las leyes que dicta el Congreso de la Nación por lo que la primera, al resultar una norma posterior, puede derogar*

allá que no deja de ser una pésima técnica legislativa contraria a la seguridad jurídica²⁴.

Uno de los grandes puntos de partida de todo país civilizado, es el que se asienta en la máxima que expresa que «la ley se presume conocida a partir de su entrada en vigor, y que la ignorancia o el error en derecho no sirve de excusa (art. 20 Código Civil)²⁵.

No obstante, la propia Procuración del Tesoro de la Nación que expusiera dicha máxima, sostuvo también en numerosos dictámenes que «el conocimiento del vicio -además de que debe ser fehacientemente acreditado-, no puede jamás derivarse de la presunción civilista y genérica del conocimiento del derecho, o de la existencia del vicio de violación de la ley, ni colegirse de aquella conclusión de que la mera existencia del vicio de derecho haga presumir su conocimiento por parte del particular beneficiado» (conf. Dict. 245:280; 259:11).

En tal sentido, sostiene Eduardo Mertehikian, «... piénsese en el enorme poder que se le estaría asignando a la administración pública que acudiendo al simple expediente de alegar el conocimiento del vicio por parte del interesado (o que en determinadas circunstancias el interesado no podía desconocer el vicio que afectaba el acto, tomando en cuenta que no puede invocarse el error de derecho) daría como resultado que para obtener la declaración de invalidez del acto administrativo no necesitaría prácticamente en ningún caso acudir a la acción judicial para obtener esa invalidación»²⁶.

una ley anterior, en forma expresa o en forma tácita» (Z. 74. XXXV.; Zofracor S.A. c/ Estado Nacional s/ amparo. 20/09/2002. Fallos 325:2394).

²⁴ Sumados a la famosa frase final en las normas legales que suele expresarse del siguiente modo: «*derógase toda norma legal que se oponga a la presente*».

²⁵ Así se expresó que desde el momento que en nuestro derecho la ley se presume conocida, si el acto se encuentra afectado de un vicio que conlleva su nulidad absoluta, la Administración debe revocarlo ya que se encuentra en juego el interés público, que está por encima del interés del particular (Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 236:91; 265:349).

²⁶ MERTEHIKIAN, Eduardo, «El perfeccionamiento de un contrato administrativo como la resultante del procedimiento administrativo contractual y el

Por otra parte, existen claros institutos que relativizan dicho principio civilista. Tal el caso del instituto del «error en derecho excusable», especialmente aplicable en los ámbitos tributario y aduanero²⁷.

Al respecto, tiene dicho la Corte Suprema que: *«Para exculpar una conducta -que resulta ser violatoria de los mandatos impuestos por normas jurídicas dictadas por la Dirección General Impositiva- con fundamento en la ignorancia o error acerca del carácter ilegítimo de aquélla, se deberá acreditar fehacientemente que el contribuyente, a pesar de haber actuado con la debida diligencia, no tuvo la posibilidad real y efectiva de comprender el carácter antijurídico de su conducta»*²⁸.

También ha declarado que: *«En determinadas circunstancias, el error o ignorancia respecto de las obligaciones impuestas por el organismo fiscal puede constituir una causal de exculpación»*²⁹.

conocimiento por el interesado del vicio que afecta su celebración, en un fallo de la Corte Suprema» (comentario al fallo «El Rincón de los Artistas S.R.L. c/ Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario», Fallos 326:3700)), Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 311, Ediciones RAP, Buenos Aires, p. 105). Agrega más adelante el autor que: *«En consecuencia, una interpretación que armonice ambas disposiciones bien podría ser aquella que propugna un sector de la doctrina y según la cual para que el requisito del conocimiento del vicio por el interesado pueda considerarse cumplido, es imprescindible su participación dolosa o maliciosa en la formación del vicio que afecta a dicho acto, no bastando cualquier conocimiento o noticia»*.

²⁷ Recientemente, la Cámara Federal de Apelaciones del Departamento Judicial de Mar del Plata invocó como argumento a los efectos de sobreseer a un contribuyente el error de derecho extrapenal en materia de evasión simple tributaria, teniendo en cuenta para ello el otorgamiento de la AFIP-DGI de constancias de exención en el impuesto al Valor Agregado (Causa N°. 4.997 - «AFIP s/ Dcia. s/ Pta. Inf. Ley 24.769 (Coop. UFA)» - Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata - 21/09/2010, Publicado el 20/10/2010, [elDial.com - AA647A]).

²⁸ Disidencia parcial del Dr. Enrique Santiago Petracchi, causa B. 480. XXIII. Buombicci, Neli Adela s/ apelación de clausura. 8/06/93. Fallos 316:1190.

²⁹ Voto de los Dres. Julio S. Nazareno, Carlos S. Fayt y Adolfo Roberto Vázquez, causa M. 933. XXV. Morixe Hnos. SACI. - T.F. 10460 - I - s/ res. apel. de la DGI. 20/8/96. Fallos 319:1524.

Asimismo, ha dicho que: *«Es de equidad, y aún de justicia, apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes por parte del acusado o del descuido de su defensor»*³⁰.

Otra muestra de flexibilización de la mentada regla, está dada por el reconocimiento del «**Principio del Informalismo**» a favor del administrado como un principio general por parte de las Leyes de Procedimiento Administrativo.

Por aplicación de este último, ha decidido el Alto Tribunal que *«... si las constancias del expediente evidencian que la administración contaba con los elementos de prueba necesarios para acreditar la totalidad del período laboral reclamado, la circunstancia de no haberse invocado en la solicitud de jubilación los referidos servicios no pudo obstar a su consideración al momento de resolverse el otorgamiento de la prestación, en virtud de los principios establecidos para los procedimientos administrativos por el art. 1, incs. a, b y c de la ley 19.549 que son: impulso e instrucción de oficio, celeridad, economía, sencillez, eficacia e informalismo a favor del administrado»*³¹.

También expresó en otra causa que: *«... corresponde dejar sin efecto la sentencia que desestimó el mandamiento de ejecución (art. 22 de la Constitución de la Pcia. del Chaco y ley 3183) si al exigir un plazo perentorio no contemplado por la ley reglamentaria para formular el «requerimiento fehaciente» administrativo (art. 2° de dicha ley) en un plazo perentorio no contemplado por la ley reglamentaria, incurre en un injustificado ritualismo en una materia en la que rige el principio de informalismo en favor del administrado (art. 60 del Código de Procedimientos Administrativos local)...»*, es-

³⁰ G. 1741. XXXII. "García, Carlos Horacio s/ su pedido en causa N° 65 s/ infracción a la ley N° 23737". 21/08/97. Fallos 320:1824. ED. 1/12/97, N° 48.350.

³¹ C.S.J.N., S. 32. XXXVI. "Soto, Juan Gilberto c/ ANSeS s/ jubilación por invalidez", 11/09/2001. Fallos 324:2742.

pecialmente teniendo en cuenta que de las constancias de la causa no podía inferirse que el administrado hubiera perseguido otro fin que obtener un pronunciamiento positivo y concreto respecto de su pretensión, conducta que se compadece con la opción por la vía judicial que prevé la Constitución de la Provincia»³².

En un país federal como la Argentina, donde existen diversos niveles políticos de producción normativa -Nación, Provincias, Municipalidades, Regiones, Entes autónomos e interjurisdiccionales-, de acuerdo a las pautas fijadas en la Constitución Nacional y las consecuentes Constituciones Provinciales, para el jurista avezado ya constituye un verdadero desafío magnificar y organizar la totalidad del plexo normativo, y qué decir del ciudadano común.

A ello debemos sumar el distinto rango de las normas que emiten: Ley formal (Poder Legislativo, y excepcionalmente, el Poder Ejecutivo cuando dicta Reglamentos Delegados y de Necesidad y Urgencia), Reglamentos administrativos (ejecutivos y autónomos), éstos emanados no sólo del titular de los respectivos Poderes del Estado, sino también por órganos subordinados y entes descentralizados³³.

Particularmente evidente resultará el análisis de las competencias de los distintos niveles de Gobierno en la órbita del Derecho Administrativo, pues es una de las materias *ius publicistas* que las Provincias se han reservado al momento de formar la Nación Argentina³⁴, correspondiendo a ésta las

³² C.S.J.N., L. 399. XXIII., “Leyes, Lucrecio s/ acción de amparo”, 13/8/1992. Fallos 315:1604.

³³ Sobre el punto, puede ampliarse en BIANCHI, Alberto, «Del abuso de categorías y especies normativas en el ordenamiento jurídico argentino», El Derecho, Suplemento Administrativo del 29/6/2001, ps. 1 a 3.

³⁴ Al respecto, expresa la Constitución Nacional: Artículo 121: «Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución, al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación». Agrega el Artículo 122: «Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernado-

que hubiesen sido atribuidas expresamente, de entre las que a su vez existen normas federales y normas de derecho común (art. 75 inc. 12 C.N.).

Sumemos a ello el rango reconocido a los tratados internacionales que, amén de que integran el Derecho Internacional, constituyen fuente del derecho interno con rango superior a las leyes, y con impacto incluso en los órdenes provincial y municipal.

Trazaré un panorama somero acerca de cómo deben interpretarse las fuentes del Derecho Administrativo en la Argentina, si es que la cuestión se hubiere suscitado en una Provincia, donde serán las normas de esta última las que deberán prevalecer a la hora de solucionar el conflicto; luego haré lo propio en el orden administrativo nacional, y finalmente en el ámbito municipal.

Y en ambos supuestos, si ocurriera que no existe norma local idónea para ello, antes de recalar en otra norma distinta, deberá acudirse a los principios generales, o en su caso, construir una solución tomando por analogía otra norma -de derecho común o privado incluso-, pero adaptándola a los principios del derecho administrativo.

a. Conflicto originado en el ámbito de una Provincia, en un supuesto de ausencia de norma provincial específica

Como cuestión previa, debo señalar que el Derecho Administrativo adquiere autonomía científica a fines del Siglo XIX, siendo concebido como un régimen exorbitante, noción que refiere al abandono de la órbita del Derecho Privado, mediante el establecimiento y desarrollo de principios propios, diversos al de este último.

El Derecho Administrativo Argentino es el resultado de una doble filiación histórica, pues se ha tomado el sistema judicialista propio del derecho norteamericano inspirado en

el *rule of law*, y la noción del *droit administratif* del derecho continental europeo, especialmente francés y español³⁵.

El Derecho administrativo está compuesto por prerrogativas y garantías: las primeras habilitan al Estado a ejercer potestades otorgadas por el ordenamiento jurídico, reconociendo como límites las garantías que el mismo ordenamiento otorga a los particulares.

Entre las características propias del régimen administrativo, diferentes a las existentes en el derecho privado, encontramos la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, la existencia de un régimen contractual y dominial especial, así como un régimen de demandabilidad que impone ciertas cargas a los accionantes como el agotamiento previo de la vía administrativa, la existencia de plazos breves de caducidad y un singular sistema de ejecución de sentencias.

En la otra cara, tenemos que el ejercicio de tales potestades encuentra límite en las garantías de los particulares, como ser la igualdad ante la ley, el derecho de propiedad, la tutela judicial efectiva, así como la razonabilidad, entre otras.

No obstante la singularidad del régimen administrativo, existen en éste instituciones tomadas del Derecho Privado, especialmente del Derecho Civil³⁶, como el contrato, el dominio, la responsabilidad, las cuales se han modulado en función de los especiales principios dogmáticos del Derecho Administrativo.

res, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno Federal».

³⁵ REVIDATTI, Gustavo Adolfo, *Derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1984, tomo I, p. 134. Una tesis contraria, que sostiene el origen hispánico del Derecho Administrativo Argentino, puede verse -entre sus variadas obras- CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, prólogo de Jesús González Pérez, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.

³⁶ Al respecto, ver MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, 2ª edición ampliada, Civitas, Madrid, 1996.

Sentado lo que antecede, supongamos que tenemos un caso planteado en la Provincia de Corrientes, ésta en ejercicio de sus poderes reservados, dictó -entre otras- la Ley 3460 de Procedimientos Administrativos, prescribiendo en su Sección II, bajo el rótulo «Norma implícita, analogía, principios generales», **Art. 5.** *«El orden jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del derecho. Si no hay norma administrativa escrita que regule el caso, se aplicarán las normas administrativas no escritas y, a falta de ellas, regirá el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, el Código de Procedimientos en lo Penal, y las demás leyes de la provincia, en ese orden. Si aun así no pudiese resolverse la cuestión planteada, se atenderá a los principios en que se sustenta el orden jurídico local. Sólo si el asunto sigue sin encontrar solución, se recurrirá a las leyes análogas del derecho nacional y a los principios en que ese derecho se funda».*

De tal modo, a las normas nacionales -aun las de derecho común- podrá acudirse sólo cuando en el orden local no se hubiese hallado la norma que brinde la solución al caso administrativo no previsto de modo expreso. Y cuando se acudiera a ellas, será a fin de extractar un principio jurídico que sirva para construir la norma que, modulada por vía analógica, sirva para dar la solución al caso regido pura y exclusiva por el derecho administrativo local, incorporándose así al plexo de principios de derecho público que regulan el caso.

Tempranamente, la Corte Suprema ha señalado que *«... las reglas de los arts. 1037 y sigtes. del Cód. Civil acerca de las nulidades de los actos jurídicos si bien no han sido establecidas para aplicarlas al derecho administrativo sino al derecho privado, nada obsta para que representando aquéllas una construcción jurídica basada en la justicia su aplicación se extienda al derecho administrativo cuyas normas y soluciones también deben tender a realizar aquélla con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina»*³⁷.

³⁷ CS, 30/6/1941. "Los Lagos S.A. Ganadera c/ Gobierno nacional". Fallos 190:142, criterio reiterado - entre otras - en la causa: «Sosa de Basso,

Más recientemente, reivindicando no sólo la competencia de los tribunales provinciales, sino también los principios de derecho público local aplicables para la solución del caso, a partir del caso «Barreto»³⁸, la Corte Suprema se ha desprendido del conocimiento en instancia originaria de pleitos otra tra tramitados en su sede, efectuando para ello un concepto restrictivo de lo que debe entenderse por «causa civil».

En efecto, a partir del caso, el Alto Tribunal sostuvo: «8º) ... quedan excluidos de tal concepto (causa civil) los supuestos en los que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que éstas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los arts. 121 y sptes. de la Constitución Nacional (Fallos: 180:87; 187:436; 311:1597, entre otros)».

Seguidamente, expuso magistralmente el Alto Tribunal «...10) Que se trata, pues, de un daño que los actores atribuyen a la actuación del Estado provincial en el **ámbito del derecho público**, como consecuencia del ejercicio imperativo del «poder de policía de seguridad» entendido como una «potestad pública» propia del Estado, quien la ejerce cuando lo estima conveniente para satisfacer exigencias de bien público o de interés general; materia cuya regulación corresponde al campo del **derecho administrativo y de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional; y que encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado** (confr. Marienhoff, Miguel S., «Tratado de Dere-

María Angélica v. Provincia de Buenos Aires», 18/08/1987, Fallos 310:1578. Véase un comentario al método analógico en función del primero de los casos citados, el excelente libro de LINARES, Juan Francisco, *Caso administrativo no previsto*, Astrea, Ensayos Jurídicos 19, Buenos Aires, 1976.

³⁸ B. 2303. XL. «Barreto, Alberto D. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otro» del 21/3/2006 (Fallos 329:759).

cho, Administrativo», Abeledo-Perrot, Buenos Aires, segunda edición actualizada, T. IV, nros. 1527, 1601, 1625, 1648, 1686, 1687 y 1688; Fiorini, Bartolomé A., «Manual de Derecho Administrativo», La Ley S.A., Buenos Aires, 1968, Primera Parte, Capítulo IV, ps. 82, 83, Segunda Parte, Capítulo I, ps. 1103, 1112, 1113, 1131; Forsthoff, Ernst, «Tratado de Derecho Administrativo», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 427)».

Agregó la Corte en dicha causa -en lo que al presente caso resulta pertinente- que: «...11) *Que lo expuesto conduce necesariamente -a fin de resolver el caso- al estudio del régimen jurídico administrativo local que sienta las bases del sistema provincial de seguridad pública y que determina las funciones esenciales y obligaciones del personal que lo integra (leyes*

Nº C07-13493/6, caratulado: «*Grebe, José Miguel c/ Municipalidad de la Ciudad de Ctes. S/ Amparo*», donde señalara en el Considerando V.- que «... los motivos tenidos en vista por el Municipio capitalino en la anterior gestión de gobierno para proceder a su designación como Director General de la Tesorería, resulta que este caso es análogo al decidido por este Superior Tribunal a través de la sentencia Nº 147/2007 pronunciada en autos «*Cáceres Alicia Margarita*» (Expte Nº 43365/6), en el cual se resolvió que sin lugar a dudas la designación como DIRECTOR GENERAL (en el precedente que cité lo fue en la Contaduría de la Municipalidad de la ciudad de Corrientes -resolución Nº 023 de fecha 12 de diciembre de 2.001), no otorga derecho a la estabilidad y en mérito a lo reglado por el artículo 4 inciso a) del Estatuto aprobado por Ordenanza 3641/2.001, quedó excluida el cargo de esa normativa, siendo atribución del Departamento Ejecutivo Municipal (art. 43, inciso 4. Carta Orgánica) remover a los Secretarios y demás empleados de la Municipalidad, cuyo nombramiento o designación no está regulado de otra forma...». Agregó más abajo «... El nuevo Intendente dio por terminada la gestión de un funcionario de confianza que integró el gabinete anterior y como tal, no estaba comprendido en el Estatuto del Personal Municipal en la categoría de personal permanente. Tampoco resulta válido el argumento esgrimido por el actor al pretender su asimilación al cargo de Tesorero General o Contador General de la Provincia en los términos de la ley 5571 de Administración Financiera de la Provincia, ley que estima aplicable a su situación en tanto el art. 152 de esa normativa expresa que los Municipios que no tengan una legislación propia en la materia se regirán por sus disposiciones; ello ni bien se constata que la demandada cuenta con la Ordenanza regulatoria del empleo público municipal anteriormente referida, reglamentaria a su vez de lo reglado en la Carta Orgánica Municipal, por lo que a la situación particular aquí analizada no resulta aplicable la ley 5571. Aquella normativa municipal

12.154 y 12.155, entre otras), *interpretándolo en su espíritu y en los efectos que la soberanía provincial ha querido darle, todo lo cual no es del resorte de la Corte Suprema (Fallos: 312:606; 319:1407; 322:617). 12) Que no obsta a tal conclusión la circunstancia de que para resolver el sub lite se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos -entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados- aunque contenidos en aquel cuerpo legal no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aún del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate (Fiorini, op. cit., primera parte, págs. 90 y sgtes.). Tampoco obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas **pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo** en el que, prima facie, se encuadra el presente caso (Fiorini, op. cit., primera parte, pág. 92 y sgtes.; Fallos: 187:436; 306:2030; 307:1942; 312:1297; 314:620; 315:1231)...».*

Finalmente, en su Considerando 13) completó diciendo -en lo que aquí concierne- que: «... (l)a actividad de los órganos del Poder Ejecutivo... se presume realizada en el ejercicio de funciones administrativas y regida por el derecho administrativo. Procederá esta presunción **aun cuando se aplicaren por analogía normas de derecho privado o principios generales del derecho**» (art. 1º, ley 12.008)...»³⁹.

En una causa donde se demandara a la Provincia de Corrientes por un supuesto de responsabilidad «contractual», sostuvo la Corte que resultaba «ajena a su competencia origi-

³⁹ Similar a la presunción contenida en el art. 3 de la Ley 3.460 en conexión con el art. 2º de la Ley 4106 (Código Contencioso Administrativo) de la Provincia de Corrientes.

*naria la demanda contra la Provincia de Corrientes con el objeto de obtener el reintegro de la indemnización pagada a su asegurado -el Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (I.N.C.A.A.)-, por la sustracción de equipos en una dependencia de la Subsecretaría de Cultura local, donde se encontraban guardados en cumplimiento de un convenio celebrado con la demandada, sin que obste a ello la circunstancia de que se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos, aunque contenidos en aquel cuerpo legal, no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aún del derecho privado, pues constituyen **principios generales de derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate***⁴⁰.

⁴⁰ C.S.J.N., L. 1954. XL; ORI La Holando Sudamericana Cía. de Seguros S.A. c/Corrientes, Provincia de s/cobro de sumas de dinero. 15/05/2007. Fallos 330:2268.

La doctrina de «Barreto» ha sido reiterada por el Tribunal en causas en las que se atribuye responsabilidad extracontractual al Estado local por los daños y perjuicios causados por la inundación de campos originada en obras públicas realizadas por la provincia: Z. 110. XLI. Originario Zulema Galfetti de Chalbaud e Hijos Sociedad de Hecho c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios, Sentencia del 09/5/2006, Fallos: 329:1603; por el ejercicio de funciones administrativas: K. 363. XL. - «Krinsky, Diana Ruth c/ Río Negro, Provincia de s/ daños y perjuicios» - C.S.J.N. - 16/05/2006, Fallos: 329:1684; por el ejercicio de funciones jurisdiccionales: causa «Contreras», Fallos: 329:1311; A. 2269. XXXVIII - «Ayerza, Héctor José c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios» - C.S.J.N. - 23/05/2006; D. 1759. XLI - «Durán, Rodrigo c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios» - C.S.J.N. - 23/05/2006; por el ejercicio del poder de policía de seguridad, causa A. 820. XXXIX. Originario - «Aguilar, Patricia Marcela c/ Rey, Héctor y otra (Provincia de Buenos Aires) s/ daños y perjuicios» - C.S.J.N. - 30/05/2006, Fallos: 329:2069; en materia ambiental: M. 1569. XL. Originario. Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo), del 20/6/2006, Fallos: 329:2316; poder de policía de salud, causa L. 171. XLI. Originario Ledesma, Luis c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios del 11/7/2006, Fallos: 329:2737; servicios penitenciarios locales, causa «Blackie»

Ahora bien, en caso de que exista una norma administrativa que regule el tema, no es dable acudir a normas del derecho privado que regulen instituciones análogas en dicho ámbito, debiéndose agotar primero la búsqueda en las normas administrativas.

En tal sentido, ha dicho la Corte Suprema que: *«Puesto que la indagación acerca de la aplicación analógica en la esfera administrativa de las normas del derecho civil relativas a las nulidades, resulta innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente la materia del caso, cabe concluir que, en el sub lite, antes de establecer si el Estado Nacional puede invocar a su favor el notorio desequilibrio de las prestaciones en los términos del art. 954 del CC para revocar el convenio de prórroga motivo del pleito, corresponderá examinar la validez de esta contratación y del subsiguiente acto revocatorio a la luz del régimen previsto por la ley 19.549»*⁴¹.

b. Conflicto suscitado en el ámbito de competencia nacional, sin contar con una regla pensada para el caso

También aquí vamos a analizar un supuesto, resuelto recientemente, donde no se contaba con una regla apta para brindar la solución a la que arriba el Máximo Tribunal argentino.

Fallos: 329:3065; error registral, S.366.XXXVII «Securfin SA c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios», pronunciamiento del 17 de julio de 2007, Fallos: 330:3447; así como en las causas B. 665. XLI. Originario “Bichini, María Magdalena c/ Corrientes, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios” del 26/3/2006; B. 652. XXXIX. Originario Bathiche, Gimena Paola c/ Corrientes, Provincia de s/ daños y perjuicios del 25/4/2006, «Provincia de Entre Ríos c/ Amado, Héctor y otra» del 17/2/2009 (Fallos 332:97), en esta última siendo actora la Provincia, donde además se citó el caso H.213.XLII «Heredia, Jorge Hugo c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios», pronunciamiento del 13 de marzo de 2007.

⁴¹ CS, 17 de febrero de 1998. “S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia de Estado” (S.1713.XXXII.R.H.). ED, 177-749. Fallos 321:174.

Analizaré para ello el caso «Ramos»⁴², fallado por el Alto Tribunal, respecto de la situación del personal «contratado» de la Administración Pública, a quien luego de sucesivas renovaciones del vínculo, se decide finalizarlo transcurridos plazos irrazonables, luego de un desempeño ininterrumpido de veintiún años⁴³.

Se destacó que la norma aplicable al caso -decreto 4381/73- autorizaba a contratar personal para proyectos de investigación científica y desarrollo tecnológico, sin que esto genere derecho a indemnización por rescisión. Sin embargo, la norma limitaba la posibilidad de renovación de estos contratos a un máximo de cinco años (artículos 26 del decreto y 17, inciso a, de la reglamentación). No obstante, la demandada contrató al actor en el marco del decreto 4381/73 por el lapso de veintiún años, en abierta violación al plazo máximo pre-

⁴² CS, 06/04/2010. - “Ramos, José Luis c/ Estado Nacional (Min. de Defensa - A.R.A.) s/indemnización por despido” (R. 354- XLIV). EDA, [2010], - (12/5/2010, N° 12502). Fallos 333:311.

Cabe remarcar que existe un antecedente similar recaído en la causa B. 688. XXII. Bolardi, Irraul Guillermo c/ Estado Mayor General del Ejército (Ex Comando en Jefe del Ejército) - Instituto Geográfico Militar. 27/12/1988. Fallos 311:2799), donde expresó que: «Carece de sustento la alegación de la demandada en el sentido de que se trató de un convenio de duración limitada si la relación laboral se extendió, sin solución de continuidad, durante *veintiún años*». En dicha causa, no obstante, se acudió por analogía a la Ley de Contrato de Trabajo para sustentar el deber de reparar y el quantum indemnizatorio.

⁴³ Los hechos relevantes son los siguientes: el actor ingresó como técnico para desempeñarse en la Armada Argentina en el año 1976. En un comienzo la contratación fue realizada como locación de obra y, posteriormente -a partir del año 1981- su relación fue encuadrada en el Régimen para el Personal de Investigación y Desarrollo de las Fuerzas Armadas, aprobado por decreto 4381/73. La demandada renovó el contrato del actor en sucesivas oportunidades durante veintiún años y, finalmente, en abril de 1998, mediante la disposición DIAP 71/98 del Director del Armamento del Personal Naval, decidió resolver el vínculo con fundamento en las restricciones presupuestarias establecidas por la ley 24.938.

visto por la norma⁴⁴. Además, hurgando en el principio de primacía de la realidad, ponderó el tribunal que del legajo personal de Ramos resultaba que sus tareas carecían de la transitoriedad que supone el mencionado régimen de excepción; que era calificado y evaluado en forma anual (fs. 9/36); que se le reconocía la antigüedad en el empleo (fs. 98, 99 y 101); y que se beneficiaba con los servicios sociales de su empleador (fs. 97 y 105).

Luego (Considerando 5°), expuso acerca de los vicios del acto de segregación, y sostuvo que el conjunto de circunstancias fácticas reseñadas, unido a la violación de las normas que limitan la posibilidad de renovación del contrato a un máximo de cinco años, permitían concluir que la demandada utilizó figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales, con una evidente **desviación de poder** que tuvo como objetivo encubrir una designación permanente bajo la **apariencia** de un contrato por tiempo determinado.

Seguidamente (Considerando 6°), hizo sutilmente gala del principio que da nombre a esta tesis, diciendo: «... *Que, en tales condiciones, el comportamiento del Estado Nacional tuvo aptitud para generar en Ramos una **legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el «despido arbitrario».*** Por ese motivo, cabe concluir que la

⁴⁴ Sin embargo, no puede pensarse que ese fue el motivo por el cual fallara a favor del actor. La mejor muestra está dada por lo expresado en la causa fallada el mismo día in re: S. 2225. XLI. Recurso de hecho Sánchez, Carlos Próspero c/ Auditoría General de la Nación s/ despido; donde rechazó la acción por considerar «... que las circunstancias de este caso difieren sustancialmente de las discutidas y resueltas en la causa R.354.XLIV «Ramos, José Luis c/ Estado Nacional (Min. De Defensa) A.R.A. s/ indemnización por despido», fallada en la fecha, porque en el *sub examine* la actora no ha logrado acreditar que la Auditoría General haya utilizado figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales con la desviación de poder consistente en encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado...».

demandada ha incurrido en una conducta ilegítima, que genera su responsabilidad frente al actor y justifica la procedencia del reclamo indemnizatorio».

A continuación, la Corte diferencia el supuesto de Ramos del que existiera en el precedente «Gil», donde hizo aplicación de la doctrina del voluntario sometimiento a un régimen, sin reservas expresas, comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su impugnación ulterior (Fallos: 312:245). Esto es así, porque en el caso la procedencia de la demanda no se funda primordialmente en el cuestionamiento del régimen aprobado por el decreto 4381/73, sino en el incumplimiento de los límites temporales en él establecidos y la consiguiente obligación de responder que cabe al trasgresor, en el caso, el Estado Nacional.

También distinguió de la situación reiteradamente señalada acerca de que «el mero transcurso del tiempo haya modificado la situación irregular del actor», manteniendo sobre el punto la doctrina ya fijada con anterioridad acerca de que ello no alcanza para transformar el vínculo transitorio en uno de carácter estable⁴⁵. No obstante, de haber en el pasado negado derecho a reparación alguna, ahora entendió que si le asiste tal derecho por los perjuicios derivados del obrar ilícito de la demandada, aunque no podría solicitar su reincorporación al empleo ni a la aplicación de un régimen laboral específico para el cálculo de la indemnización que le corresponde. En particular, no podía sostenerse que el actor tenga derecho a la reincorporación en el cargo, porque ello vulneraría el régimen legal de la función pública, y el principio constitu-

⁴⁵ La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha decidido de manera concordante que «... el mero transcurso del tiempo no puede trastocar la situación de revista de quien ha ingresado como agente transitorio y no ha sido transferido a otra categoría por acto expreso de la Administración (doctrina de Fallos 310:195, 1390; 312:245 y reiterada en la causa C.567 XXXIV «Castelluccio, Miguel Á. v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ despido», fallada el 5/10/1999. Idem Corte Sup., 23/8/2001 - Vaquero, Mónica S. v. Ministerio del Interior de la Nación. Lexis N° 30001984).

cional que prevé que corresponde al Congreso autorizar anualmente el presupuesto general de gastos de la Administración Nacional, y que toda erogación que se aparte de estos límites resultaría ilegítima (artículos 75, inciso 8 de nuestra Carta Magna y 29 de la ley 24.156)⁴⁶.

Pero es a continuación, cuando llega el momento de determinar el quantum indemnizatorio, donde el Alto Tribunal verdaderamente construye una regla, tomando para ello una norma inaplicable al caso -Ley Marco de Empleo Público-, y tomando de ella una regulación pensada para un supuesto diferente (el de la situación del personal de planta permanente que luego de ser puesto en disponibilidad, es dado de baja y a cambio, se le otorga una indemnización tarifada).

En el Considerando 9º, luego de valorar que por el modo en el que se desarrolló la relación a lo largo de los años, el tipo de tareas que desempeñaba el actor y las figuras contractuales utilizadas, las partes no tuvieron la intención de someter el vínculo a un régimen de derecho privado, razón por la que encuadró el supuesto como de reparación por la conducta ilegítima de un organismo estatal, debiendo buscarse la solución en el ámbito del derecho público y administrativo.

⁴⁶ Conf., «Ramos», Considerando 8º. Agregó que la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional 25.164 establece un régimen diferenciado para empleados que ingresen como planta permanente y para aquellas personas contratadas o designadas como transitorias. En lo que aquí interesa, el artículo 8 sólo reconoce estabilidad a quienes ingresen a cargos pertenecientes al régimen de carrera, y cuya financiación esté prevista en la Ley de Presupuesto. En tales condiciones, si se atribuyera estabilidad a quien no ha sido incorporado con los requisitos y medios de selección previstos para el ingreso a la carrera administrativa, no sólo se estaría trastocando el régimen previsto por la ley 25.164; sino que también se estaría alterando el monto autorizado por el legislador, en forma diferenciada, para financiar gastos correspondientes a personal contratado y personal permanente. De esta manera, la cuestión aquí debatida se diferencia de la decidida por esta Corte en la causa «Madorrán» (Fallos: 330:1989), porque en aquel supuesto el actor había sido designado como empleado de la planta permanente y, como tal, tenía derecho a la estabilidad en su cargo.

Para establecer el quantum, sostuvo el Alto Tribunal que: «... a fin de establecer el importe, y a falta de previsiones legislativas específicas, debe acudir a una solución que, por analogía, repare debidamente los perjuicios sufridos por el actor en este caso. De ahí que se considera que la aplicación de la indemnización prevista por el artículo 11 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional (ley 25.164), resulta una medida equitativa para reparar los perjuicios demostrados por el actor en este caso»⁴⁷.

c. Conflicto suscitado en el ámbito de competencia municipal

El artículo 123 de la Constitución Nacional incorporado en la reforma de 1994, ha reconocido la «autonomía municipal», expresando que: «Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el

⁴⁷ Abona la solución normativa del caso, el criterio sentado por la Corte desde el caso Gil, Carlos Rafael c/Universidad Tecnológica Nacional», Fallos 312:245, donde frente a la pretensión de que se aplique supletoriamente la Ley de Contrato de Trabajo al personal contratado de la Administración Pública, no obstante la expresa exclusión de aquella de su ámbito de aplicación, salvo acto expreso que así lo determine, sostuvo que: «Frente a la existencia de un régimen jurídico específico que reglamenta los derechos de los dependientes de la Universidad Tecnológica Nacional, sean de carácter permanente o no, y a la disposición del Artículo 2º, inciso a), de la Ley de Contrato de Trabajo, según la cual dicha ley no es aplicable a los dependientes de la Administración pública, salvo que por acto expreso se los incluya en su régimen o en el de las convenciones colectivas de trabajo, es inatendible la pretensión del actor de que su situación se excluya del régimen del Derecho público, para regirse por el Derecho laboral, al no existir el acto de inclusión que exige el citado Artículo 2º».

El criterio fue reiterado luego, en el caso de una agente temporaria municipal, en la causa «Leroux de Emede, Patricia c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires» (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 314:376).

orden institucional, político, administrativo, económico y financiero para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines...».

No es posible, sin embargo, predicar de manera uniforme el concepto que a dicha autonomía dará cada Provincia al dictar sus constituciones. No obstante, centraré mi análisis al caso de la Provincia de Corrientes, cuya Constitución reformada en el año 2007, ha fortalecido la autonomía municipal ya proclamada en la anterior reforma de 1993, y la ha explicitado en diversas normas que obran en el Título Tercero relativo al «Gobierno Municipal».

Una de ellas ha sido la consignada en su Capítulo I «De los Municipios», *Art. 216*, donde luego de reconocer al municipio como una comunidad de derecho natural y sociopolítica, fundada en relaciones estables de vecindad y como una entidad autónoma en lo político, administrativo, económico, financiero e institucional, expresa que su gobierno es ejercido con independencia de todo otro poder, de conformidad con las prescripciones de esta Constitución y de las Cartas Orgánicas Municipales o de la Ley Orgánica de Municipalidades, en su caso⁴⁸.

A continuación establece la prevalencia de normas locales en materia estrictamente local, en los siguientes términos: *«Ninguna autoridad puede vulnerar la autonomía municipal consagrada en esta Constitución y en caso de normativa contradictoria prevalece la legislación del municipio en materia específicamente local».*

⁴⁸ La potestad legislativa de la Provincia, sea a través de la Ley Orgánica de Municipalidades u otra norma especial, quedará reducida a aquellas cuestiones que, por exceder las cuestiones estrictamente locales de cada municipio, abordan aspectos que involucran a todos ellos, como ser las relativas al régimen de coparticipación tributaria, o respecto a los procesos judiciales provinciales que involucren a Municipios, así como la fijación de sus límites territoriales. Entiéndase que ello en tanto se pretendan limitar potestades municipales. No obsta a que por vía legislativa pudieran ampliarse las facultades reconocidas por la Constitución Provincial.

Dicha norma supone la primacía de la normativa municipal -Carta Orgánica y Ordenanzas dictadas en consecuencia- por sobre las «leyes» provinciales e incluso nacionales que pretendan interferir en las materias atribuidas exclusivamente a los Municipios⁴⁹.

Interpretando el alcance de dicha norma constitucional nacional del art. 123 junto a la del art. 5, ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵⁰ que: «...de acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, **los poderes de las provincias son originarios e indefinidos** (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75) (Fallos: 304:1186, entre muchos otros). Dentro de este contexto, cabe entender que **las prerrogativas de los municipios derivan de las correspondientes provincias a las que pertenecen** (art. 51 y 123).», y, en especial, a la registrada en Fallos: 156:323 que, según expresa, «... el régimen municipal que los Constituyentes reconocieron como esencial base de la organización política argentina al consagrarlo como requisito de la autonomía provincial (art. 51) consiste en la Administración de aquellas materias que conciernen únicamente a los habitantes de un distrito o lugar particular sin que afecte directamente a la Nación en su conjunto ... y, por lo tanto, debe estar investido de la capacidad necesaria para fijar normas de buena vecindad, ornato, higiene, vialidad, mo-

⁴⁹ Otro tanto ocurre en su Artículo 217 cuando expresa en su primer párrafo que: «Todo centro de población con asentamiento estable de más de mil (1.000) habitantes constituye un municipio», o cuando en su Artículo 219: «Los municipios tienen el derecho de establecer su propio orden normativo mediante el dictado de Cartas Orgánicas sancionadas por una Convención Municipal, que deben asegurar los principios del régimen democrático, representativo y participativo, y demás requisitos que establece esta Constitución. Mientras los municipios no dicten sus Cartas Orgánicas se rigen por la Ley Orgánica de Municipalidades».

⁵⁰ Causas C. 2573. XXXVIII. Y C. 2330. XXXVIII. Recurso de hecho Cablevisión S.A. c/ Municipalidad de Pilar s/ acción de amparo - medida cautelar», Sentencia del 04/4/2006, Fallos 329:976.

ralidad, etc. de la Comuna y del poder de preceptuar sanciones correccionales para las infracciones de las mismas...» (Fallos: 320:619 y 321:1052)⁵¹.

También la Corte ha calificado a las ordenanzas como «leyes» municipales, diciendo que: «*Las ordenanzas emanan de un órgano de gobierno elegido por el sufragio popular; es, como la ley, una expresión -soberana- de la voluntad popular, de la voluntad comunitaria organizada*», por lo que: «*El principio de inderogabilidad particular de las reglamentaciones generales es inaplicable a los **actos normativos de sustancia legislativa como son las ordenanzas municipales**, respecto de las cuales cobran plena vigencia las reglas generales de «lex posterior derogat priori» y «lex speciales derogat generalis»⁵².*

Y en punto a la distinta entidad frente a las Provincias, tiene dicho desde antaño el Alto Tribunal que «... **las comunas con asiento en las provincias, ya sea que las considere como entes autárquicos -como fue sostenido a partir de Fallos: 114:282-, o autónomos -según la reformulación de la doctrina del Tribunal a partir de Fallos: 312:326- no resultan identificables con el Estado provincial**»⁵³.

⁵¹ Ya con anterioridad a la reforma de la Constitución Nacional de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había reconocido la autonomía de los municipios en la conocida causa «Rivademar» (Fallos 312:326), declarando - entre otras cuestiones - que: «*La necesaria existencia de un régimen municipal impuesta por el art. 5° de la Constitución Nacional determina que las leyes provinciales no sólo puedan legítimamente omitir establecerlos, sino que **tampoco puedan privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para el desempeño de su cometido**, entre las cuales resulta esencial la de fijar la planta de su personal, designarlo y removerlo*», y que «*Si los municipios son órganos de gobierno, resulta inconcebible que ese gobierno, bien que se ejerza en un ámbito limitado territorial y funcionalmente, esté desprovisto del poder de designar y remover a sus empleados*».

⁵² P. 457. XXI. Promenade SRL. c/ Municipalidad de San Isidro s/ demanda contencioso - administrativa. 24/08/89. Fallos 312:1394.

⁵³ Confr. Fallos: 312:1457, 314:405 y 319:1407, entre otros, reiterado en causa E. 69. XXXVII. Originario "Estado Nacional (Estado Mayor General del

La posible lesión a la autonomía municipal por la irrazonable interferencia en cuestiones internas del municipio ha sido ponderada por la Corte Suprema en una demanda tendiente a resguardar la garantía consagrada por los constituyentes en los arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional, vulnerada por las leyes VIII 0561 2007 y XI 0560 2007 de la Legislatura Provincial de San Luis y demás actos dictados en consecuencia, y que fueran llevadas a cabo con el sólo propósito de interferir en el comicio municipal y en el ejercicio de los derechos políticos de los electores de la ciudad de San Luis, sin sujeción al principio de razonabilidad contemplado en el art. 28 de la Constitución Nacional, haciendo lugar asimismo a la medida cautelar peticionada⁵⁴.

Sentadas tales premisas, analizaré un caso suscitado en el ámbito municipal de la Ciudad de Corrientes, vinculado a contrataciones y administración financiera.

Teniendo en cuenta su condición de municipio de primera categoría, ya durante la vigencia de la Constitución Provincial reformada en 1993, la Municipalidad de la Ciudad de Corrientes sancionó su propia Carta Orgánica Municipal⁵⁵, segundo lugar donde debemos indagar acerca de las potestades de la Municipalidad de la Ciudad de Corrientes (luego claro está, de la Carta Magna Provincial dictada en función de los arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional).

La Carta Orgánica Municipal asigna en forma primaria la competencia legislativa sobre el régimen de contabilidad al Honorable Concejo Deliberante, cuando prevé en su *Artículo 101*: «*El régimen de contabilidad de la Municipalidad será el que dicte el Honorable Concejo Deliberante*». No obstante,

Ejercito) c/ Chaco, Provincia del s/ inconstitucionalidad”, del 17/7/2001, Fallos 324:2066.

⁵⁴ M. 747. XLIII; ORI “Municipalidad de San Luis c/San Luis, Provincia de s/acción declarativa de certeza”. 11/07/2007, Fallos 330:3126.

⁵⁵ Publicada en Boletín Oficial Municipal, año XXI, N° 542 del 11 de junio de 1997.

la propia Carta Orgánica contempló la solución ante la omisión del Honorable Concejo Deliberante en el dictado de la Ordenanza sobre el régimen de contabilidad municipal, y entonces previó que: «*Hasta tanto el Honorable Concejo Deliberante dicte el régimen de contabilidad de la Municipalidad regirá la Ley de Contabilidad de la Provincia*» (artículo 162).

Mientras estuvo vigente, se aplicó la Ley de Contabilidad de la Provincia de Corrientes N° 3.175, hasta mediados del año 2004, cuando entrara en vigor la Ley de la Administración Financiera y de los Sistemas de Control, Contrataciones y Administración de los Bienes del Sector Público Provincial y Régimen de Responsabilidad N° 5571 (B.O. 29/07/04), la que se aplica desde entonces -antes que nada- por la remisión efectuada por el art. 162 de la Carta Orgánica Municipal, en defecto regulatorio atribuido primariamente al Municipio por el art. 101 transcripto *supra*⁵⁶.

Por lo tanto, existen normas previstas en la Ley 5571 que están pensadas para la Administración Pública Provincial, que en la medida en que se opongan con las mentadas a nivel municipal, la interpretación armónica⁵⁷ que concilie ambas indica que prevalecen las municipales salvo que la incompa-

⁵⁶ Ante ello, resulta irrelevante que la Ley 5571 formulase la invitación a los Municipios a adherirse (art. 152), adhesión innecesaria en el caso de Capital, pudiendo tener gravitación respecto de los municipios de tercera categoría, o los de segunda que no hubiesen dictado su propia Carta Orgánica -de acuerdo a la categorización efectuada por la Constitución reformada en 1993-, pero nunca respecto de los Municipios de primera categoría, en los términos del texto constitucional anterior. Es que así como la Ley Provincial no podría limitar las atribuciones conferidas por la Constitución Provincial y por la Carta Orgánica Municipal dictada en su consecuencia, menos aún podría condicionarse la vigencia y aplicación de normas jurídicas dictadas por el Municipio a través de su Departamento Legislativo, y en ausencia de regulación propia, de las normas que en su Carta Orgánica Municipal están previstas como de aplicación supletoria.

⁵⁷ En este sentido, ha dicho la Corte Suprema que «la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan, y en ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del

tibilidad resulte evidente (conf. Art. 216 último párrafo Constitución Provincial).

Un ejemplo de lo expuesto ocurre con ciertos órganos creados por la Ley 5571 para la Provincia, como ser el Contador y Tesorero, que poseen requisitos de ingreso y permanencia en el cargo distintos a los que, en el ámbito municipal, están consagrados para quienes ostentan y ejercen los cargos y funciones equivalentes, donde por revestir el carácter de Directores Generales de Contaduría y Tesorería respectivamente, carecen de estabilidad por hallarse excluidos -los Directores Generales- del «Estatuto Único para el Personal Municipal de la Ciudad de Corrientes» aprobado por Ordenanza N° 3641/2001⁵⁸ (conforme su art. 4°).

En el ámbito municipal (como ocurre en todos los regímenes), la estabilidad sólo alcanza al personal permanente que hubiese ingresado conforme al procedimiento de concurso de antecedentes y oposición⁵⁹, en cargos vacantes y siempre y cuando hubiesen cumplido los seis meses de servicio efectivo

precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de los objetivos de la norma» (Fallos: 310:1390; 312:1036; 327:1507, 4200).

Asimismo, que «la interpretación debe hacerse armónicamente teniendo en cuenta la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común, tanto de la tarea legislativa como de la judicial» (Fallos: 311:255; 317:1440).

De manera concordante, ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que «la interpretación debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, correspondiendo adoptar como verdadero -en cambio- el criterio que las concilie y obtenga la integral armonización de sus preceptos» (Fallos: 306:721; 307:518 y 993; 313:1293; 315:2668; 316:1927, entre muchos otros).

⁵⁸ Publicada en el Boletín Oficial Municipal, año XXV, N° 721 del 20 de marzo de 2001.

⁵⁹ El ingreso por concurso constituye un imperativo reglado impuesto como «deber» por las normas jurídicas, desde la Constitución Nacional cuando en su *art. 16* establece que «todos los habitantes son iguales ante la ley y

(confr. art. 83 Carta Orgánica Municipal, y arts. 6, 7, 8 y 13 Ordenanza 3641, y Ordenanza N° 3.571⁶⁰).

En ese supuesto -tomado como ejemplo- se advierte claramente que el hecho de que en ausencia de sanción de la Ordenanza específica se aplique el régimen de contabilidad provincial -hoy Ley 5571-, no significa que la extensión se opere respecto de los órganos rectores del sistema, ni los restantes órganos creados por dicha ley para funcionar en el ámbito provincial, ni a las atribuciones que la Ley provincial les hubiese asignado.

Es que los funcionarios que en el Municipio están llamados a cumplir las funciones equivalentes a los que en la Provincia cumplen los roles de Tesorero y Contador General, respectivamente, poseen recaudos de ingreso, permanencia y cese que ninguna similitud guardan con los provinciales. La propia denominación como «Directores Generales» nos remite necesariamente a la norma del art. 4° que, al igual que al Intendente, Secretarios, Concejales, entre otros, excluye del ámbito de aplicación de la Ordenanza N° 3641, por ser funcionarios de naturaleza política, de confianza o de conducción, encuadrados en el art. 43 inc. 4° de la Carta Orgánica Municipal⁶¹.

admisibles en los empleos públicos sin otra condición que la idoneidad...», la cual se acredita a través de los procedimientos de selección establecidos por las normas reglamentarias, pasando por la Constitución Provincial cuando en su *art. 24* prescribe que «los empleos públicos se concederán a todas las personas bajo el sistema del mérito...», que se acredita obviamente por los procedimientos de selección reglados por las normas, y finalmente por la Carta Orgánica Municipal, cuando en su *artículo 83* prescribe de manera categórica que: «El ingreso del personal y la carrera administrativa en los agrupamientos y cargos previstos en el escalafón municipal, será sin excepción por el sistema de concurso público de antecedentes y oposición, el que será reglamentado por Ordenanza...» (siendo reglamentado por las Ordenanzas N° 3571 y 3641).

⁶⁰ Publicada en el Boletín Oficial Municipal Año XXIV, N° 654 del 29 de Junio de 2000.

⁶¹ La interpretación señalada ha sido corroborada por el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, en Sentencia N° 82 del 20/8/2008, Expediente

El caso traído como ejemplo, sirve tan sólo para evidenciar que salvando los órganos mentados en la Ley provincial, y algún otro aspecto cuyo análisis excede claramente la extensión de la presente, demuestra que la aplicación de la ley 5571 en la órbita municipal debe realizarse de manera armónica con las restantes normas, comenzando por la Carta Orgánica Municipal, que asignan competencia al Municipio de manera primaria, las que desplazan -en el punto- a las normas provinciales aplicables supletoriamente. Precisamente, la supletoriedad supone la inexistencia de norma expresa del órgano competente, y habiéndola, se aplica la norma emanada de este y no la supletoria.

Lo propio cabe decir en materia de contrataciones, donde si bien la Ley 5571 contempla normas generales sobre la materia, no se debe descuidar la existencia de regulaciones especiales dictadas por la Municipalidad sobre contratos administrativos (vgr. Ordenanza N° 3193 de Transporte Público de Pasajeros; Ordenanza 3581 de Obras Públicas; Ordenanza N° 2468/93 y su modificatoria N° 3408/98 de Protección a la Libre Iniciativa Privada; Ordenanza N° 3641 de Empleo Público, entre otras), las que deberán interpretarse armónicamente con aquélla.

Téngase en cuenta que no es la única Ley Provincial que se aplica en el ámbito municipal por ausencia de una Ordenanza Municipal específica. Un ejemplo está dado por la Ley 3460 de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Corrientes, que rige supletoriamente no obstante que según la Carta Orgánica Municipal, corresponde al Honorable Consejo Deliberante «Dictar normas sobre procedimientos administrativos» (Art. 25, inciso 21).

La Ley 3460⁶² es la norma provincial general de Procedimientos Administrativos cuya aplicación al ámbito munici-

otorga pues suficiente fundamento al obrar municipal. Siendo de esta manera, no puede invocar el demandante a su favor la estabilidad...».

⁶² Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Corrientes el 30 de enero de 1979.

pal data de tiempos previos al reconocimiento constitucional expreso de la autonomía municipal⁶³ y que, obviamente, quedará desplazada en su aplicación por la existencia de Ordenanzas de procedimientos administrativos especiales⁶⁴

d. Conflicto entre una norma nacional (de derecho común) con una norma local (provincial o municipal) específica

Seguidamente, resulta muy ilustrativo un caso acerca del conflicto que podría suscitarse cuando el operador jurídico, tentado a buscar en la norma general que regula el instituto de los instrumentos públicos -art. 979 y ss. del Código Civil- omite ponderar la existencia de normas locales que diseñen y regulen instrumentos públicos especiales de dicho ámbito.

⁶³ Así prescribe en su Artículo 285 que: «Las Municipalidades deberán ajustar su organización para la aplicación de la presente Ley...», imposición que adolece de inconstitucionalidad sobreviniente, pues no puede desde la Legislatura Provincial imponerse una norma a los Municipios, quienes podrán adherir expresamente o dictar su propia Ordenanza General de Procedimiento Administrativo, quedando - en el mejor de los casos - como supletoria de otros procedimientos especiales.

⁶⁴ Artículo 1.- Esta Ley regirá la actividad administrativa del Estado, con excepción de aquella que tenga régimen establecido por ley especial, en cuyo se caso aplicarán las disposiciones de la presente como supletoria.

Artículo 2.- Las normas de esta ley se aplicarán también en la forma establecida en el artículo anterior a las personas públicas no estatales y a las privadas que ejerzan función administrativa por delegación estatal, salvo que lo impida la naturaleza del entero de su actividad.

Artículo 3.- Se presume regida por el derecho público, toda la organización, actividad o relación del Estado y de los entes públicos; en consecuencia se requiere norma expresa para que se considere la organización o actividad de los órganos públicos o las relaciones en que ellos sean parte, excluidas de la regulación establecida por esta ley y las demás que integran el sistema administrativo provincial. La actividad de las personas privadas sólo se considerará sometida a esta ley y a las demás que integran el sistema de derecho administrativo provincial, cuando la ley expresamente lo disponga o surjan en forma indudable del tipo de función ejercida.

En punto a la prevalencia de normas municipales que diseñan procedimientos y recaudos que deben reunir las Actas labradas por funcionarios municipales, respecto de normas generales plasmadas en el art. 979 y concordantes del Código Civil relativa a los instrumentos públicos, resulta destacable lo decidido por el Superior Tribunal de Justicia local mediante Sentencia N° 16 del 10/3/2009, en el Expediente N° ETF 5252/7 caratulado: «Exppte. Administrativo en la causa N° 3318-P-05 c/ Propietario del vehiculo dominio BGZ - 490, del Juzg. de Faltas N° 1 - Capital», en el que entendió que «... *habiendo controlado las Actas cuya impugnación se pretende, conforme a los recaudos exigidos en el art. 26 de la Ordenanza Municipal N° 3588/00 (modificatoria del Código de Faltas Municipales), se aprecia que aquellas, cumplen con los requisitos detallados desde el inc. a) al e). Disposición que a continuación se transcribe: «Art. 26°: El agente que en virtud de sus funciones compruebe una infracción labrará de inmediato un acta que contendrá los elementos necesarios para determinar claramente: a) El lugar, fecha y la hora de la comisión del hecho o de la omisión punible. b) La naturaleza y la circunstancia de los mismos y las características de los elementos o, en su caso, vehículos empleados para cometerla. c) El nombre y domicilio del presunto infractor si hubiere sido posible determinarlo. d) El nombre y domicilio de los testigos, si fuere posible. e) La firma del agente, con aclaración del nombre y cargo. Las actas de comprobación emanadas de medios mecánicos, electrónicos o computarizados, deben contener en los casos que involucren vehículos, además de los elementos anteriores, la patente, marca y año del vehículo. Las actas que no se ajusten en lo esencial a lo establecido en este Artículo, pueden ser desestimadas por el Juez. Se desestimarán en la misma forma, cuando los hechos en que se funden las actuaciones o denuncias, no constituyan infracción».*

Agregó luego que: «... Así revisadas las actas, se observa que se encuentran consignados los lugares de las infracciones, a saber: Zona del Puerto -Acta de fs. 1-, Irigoyen 1146 -Acta de fs. 4-, Playón del Puerto -Acta de 6-, y así sucesivamente se individualizan los lugares a fs. 8, 12 y 13), las fechas y horas

de las infracciones, la chapa patente y descripción del vehículo infractor, y las descripciones de aquellas (Estacionar en paradas de colectivos, Estacionar en lugares prohibidos, Estacionar en mano izquierda en horario no permitido, etc.), obrando la(s) firmas y aclaraciones de los funcionarios municipales actuantes, pese a que el recurrente dice lo contrario, (ver fs. 1, 4, 6, 8, 12 y 13). En consecuencia, son válidas y no nulas, como lo pretende el recurrente, pues específicamente se establece en el inc. c) que el acta solo contendrá el nombre y domicilio del presunto infractor si hubiese sido posible determinarlo, circunstancia que como consta en las Actas aquí cuestionadas ello no fue posible porque según el agente de tránsito, el conductor estuvo ausente, o se negó a firmar, mientras que respecto de los testigos, el inciso d) dispone que el nombre y domicilio de los testigos, será consignado cuando fuere posible, razón por lo cual la ausencia de testigo no invalida el Acta de Infracción Municipal. Hay que tener presente también, que el «Art. 33° de la citada Ordenanza, dispone: «Las actas labradas por el agente en las condiciones enumeradas en el artículo 25 del presente Código y que no sean enervadas por otras pruebas, pueden ser consideradas por el Juez como plena prueba de responsabilidad del infractor».

«... En consecuencia -agrega-, se equivoca el recurrente cuando trata de equiparar las faltas o infracciones municipales a delitos comunes, y las Actas de Infracción a las actas labradas conforme al código Civil, pues tanto uno como otro y el proceso mismo, no se ajustan al código Penal, ni al Civil, sino que tienen un ordenamiento propio, previsto en la ORDENANZA N° 3588/00 y en las distintas que regulan el régimen jurídico municipal...».

e. Algunas consideraciones generales acerca de la irrelevancia de la organización federal de un Estado frente al Derecho Internacional

Sin perjuicio del carácter de fuente del derecho interno que invisten los tratados internacionales, lo cierto es que frente al derecho internacional, la firma de un tratado por un

Estado soberano surte la responsabilidad internacional de éste aún cuando el incumplimiento provenga de una de sus subdivisiones políticas. De allí que resulte necesario el respeto por parte de las Provincias y Municipios -e incluso sus respectivos entes descentralizados-, aun dentro del ámbito de sus respectivas autonomías, no traspasar los límites que surgen de aquéllos.

Por tal razón se ha dicho que *«es un principio consagrado bajo el derecho internacional que las acciones de una subdivisión política de un Estado Federal -como una provincia- son atribuibles al gobierno central, sin que la estructura constitucional interna de un país pueda alterar tales obligaciones»*..., pues *«aun cuando la República Argentina no es responsable bajo el derecho local por el cumplimiento de los contratos concluidos por (una Provincia) -que posee personalidad jurídica separada bajo su propio derecho y es responsable por el cumplimiento de sus propios contratos- bajo las reglas del derecho internacional la República Argentina es internacionalmente responsable por los actos de sus autoridades provinciales»*⁶⁵.

De igual manera, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido *«... Que, incluso, el propio tenor de las resoluciones y comunicaciones de los organismos internacionales que intervienen en las denuncias que dan origen a este proceso -acompañadas a estos autos- revelan que la relación jurídica que se invoca, y sobre la base de la cual se persigue que se condene a cumplir las recomendaciones y decisiones adoptadas por la Comisión y por la Corte Interamericana de Dere-*

⁶⁵ En tal sentido, ver PÉREZ HUALDE, Alejandro, «Las provincias, sus contratos públicos y los tratados internacionales de protección recíproca de inversiones», La Ley, 2001-D, 14, comentando el Laudo del CIADI emitido el 21 de noviembre de 2000 en el caso «Compañía de Aguas del Aconquija S.A.»; las citas corresponden a los Párrafos 50 y 96 de dicho Laudo; asimismo, véase TAWIL, Guido Santiago, «Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable: a propósito de las recientes decisiones en los casos «Vivendi», «Wena» y «Maffezini»», La Ley, 2003-A, 914, entre muchos otros.

chos Humanos, vincula a los actores de manera directa con el Estado Nacional y no con la Provincia de Mendoza»⁶⁶ (no obstante el incumplimiento de los tratados generarse por actos y omisiones de esta última).

Un caso reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación resulte esclarecedor del aserto, en una causa donde la actora -un Sindicato- no obstante cuestionarse un acto administrativo local de la Provincia de Salta que dispusiera la cesantía a un agente estatal provincial, por ser contraria a una recomendación de la O.I.T., sostuvo el Alto Tribunal que el único sujeto demandable por tal motivo era el Estado Nacional, y no la Provincia de Salta⁶⁷, en los siguientes términos:

«No corresponde la competencia originaria de la Corte, la causa en la que se demanda a una provincia y al Estado Nacional el cumplimiento de una recomendación de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T) en el caso 1867 -queja contra el gobierno argentino-, a fin de que se reincorpore al actor en su lugar de trabajo y se le abonen los salarios caídos desde su cesantía, pues al haber cuestionado el propio Estado Nacional la obligatoriedad de la disposición invocada, la presencia en el proceso del estado local resulta indiferente, siendo aquél el que debe valorar los alcances de dicha recomendación y determinar -en el supuesto más favorable al actor de que se la considere exigible- si asume su cumplimiento».

Agregó que: *«Para que proceda la competencia originaria de la Corte prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, reglamentado por el artículo 24, inciso 1° del decreto ley 1285/58, una provincia debe ser parte en el proceso, ya sea como actora, demandada o tercero, tanto en sentido nominal*

⁶⁶ C.S.J.N., L. 733. XLII. Originario. “Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza”. 20 de marzo de 2007. Fallos 330:1135.

⁶⁷ A. 386. XXXVII; ORI «Asociación de Trabajadores del Estado (A.T.E.) c/Estado Nacional y otro s/cumplimiento de recomendación de la O.I.T» fallada el 25/11/2008. Fallos 331:2638.

como sustancial, de manera tal que no basta la voluntad de los litigantes, sino que es necesario que del examen que se realiza de la relación jurídica que se invoca surja que el Estado local contra el cual se pretende dirigir la acción tenga un interés directo en el pleito de forma tal que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria»⁶⁸.

f. Rango de los tratados internacionales en el Derecho Argentino. Su relación con el arbitraje internacional

La Constitución Nacional establece en su Artículo 27: «*El Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución*».

Por su parte, en su Artículo 31 prescribe: «*Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten*

⁶⁸ Por su voto, los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda expresaron que «No corresponde la competencia originaria de la Corte, en la causa en la que se demanda a una provincia y al Estado Nacional el cumplimiento de una recomendación de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T) en el caso 1867 -queja contra el gobierno argentino-, a fin de que se reincorpore al actor en su lugar de trabajo y se le abonen los salarios caídos desde su cesantía, pues dicha cuestión ha salido de la órbita interna de la República Argentina, lo que *impide admitir que el estado local sea titular de la relación jurídica en que se funda la pretensión* y no se le puede reconocer idoneidad para contradecir la específica materia sobre la que versará el pleito, y la recomendación revela que *la relación jurídica sobre la cual se persigue su cumplimiento vincula a la actora con el Estado Nacional -único obligado por el tratado- y no con la provincia ...*», agregando además que «... «pues el Estado Nacional -al ser miembro de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T), - es la persona de derecho público a quien se dirige aquél y sobre la que pesa la carga de adoptar las medidas necesarias y decisiones que permitirían evitar la responsabilidad internacional; una solución contraria importaría vaciar el contenido del art. 99, inc. 1 de la Constitución Nacional y los compromisos asumidos por la Nación Argentina».

por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859».

En su Artículo 75, regula entre las atribuciones del Congreso de la Nación: «... 22. *Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. **Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*** La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; ***en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.***

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

«... 24. *Aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden de-*

mocrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

Agrega que «... La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara».

La Procuración del Tesoro, con apoyo en precedentes del Alto Tribunal de la Nación, ha definido al Tratado Internacional como «... *un acto complejo federal*». Del diseño constitucional argentino surge que los *pasos para la celebración de un tratado son*: a) negociación y firma (función de gestación) por el Poder Ejecutivo; b) aprobación (función de control) a cargo del Congreso y c) ratificación en sede internacional (función ulterior e independiente de la aprobación) cumplida por el Poder Ejecutivo. *La aceptación por parte del Poder Legislativo de un tratado no obliga, sino que faculta o posibilita al Poder Ejecutivo a proceder a su ratificación en sede internacional, decisión ésta que es de su exclusivo resorte* (conf. Dict. 118/97)⁶⁹.

En sentido concordante, en el caso «Ekmekdján» (Fallos: 315:1492), resuelto el 7 de julio de 1992, el Alto Tribunal modificó el criterio que había mantenido invariable desde el precedente «Martin» (Fallos: 257:99), y sostuvo que en virtud del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados -ratificada por la República Argentina en 1972 y

⁶⁹ Dictámenes 244:850.

en vigor desde 1980- las normas contractuales internacionales que integran el orden jurídico nacional (artículo 31 de la Constitución) poseen primacía por sobre las leyes nacionales y cualquier otra norma interna de rango inferior a la Constitución Nacional.

En palabras de la Corte: *«Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual ‘no existe fundamento normativo para acordar prioridad’ al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el artículo 27 de la Convención de Viena, según el cual ‘Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado’»* (párr. 18)⁷⁰.

Incluso se ha ido más allá al dar prevalencia al derecho internacional consuetudinario por sobre el principio de legalidad e irretroactividad en materia penal, validando así la aplicación retroactiva de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad⁷¹.

Esta doctrina se consolidó durante la primera mitad de los años noventa (Fallos: 316:1669 y 317:1282) y fue un importante antecedente para la reforma constitucional del año 1994, que estableció expresamente la supremacía de los tratados internacionales por sobre las leyes nacionales y confirió rango constitucional a los pactos internacionales en materia de derechos humanos mencionados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional.

⁷⁰ Dictamen del Procurador General en fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14/06/2005 en causa: «Simón, Julio Héctor y otros», Fallos 328:2056. Ver también C.S.J.N., 13/07/2007, «Mazzeo, Julio L. y otros», Fallos Corte: 330:3248.

⁷¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24/08/2004, «Arancibia Clavel, Enrique L.», Fallos 327:3312. Con anterioridad ya había admitido el principio en C.S.J.N., 02/11/1995, «Priebke, Erich», Fallos 318:2148.

Cabe tener presente que «*Cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata*»⁷².

El sistema implementado por el Convenio CIADI⁷³ y los TBI's⁷⁴ no resultan *per se* violatorios de ninguna norma ni principio de derecho público dimanante de la Constitución Nacional⁷⁵. No obstante, en el hipotético supuesto de que la interpretación al momento de la aplicación de dicho sistema resulte irrazonable o violatoria de los principios de derecho público contenidos en nuestra Carta Magna, el ordenamiento jurídico brinda suficientes herramientas para cohonestar un Laudo de tales características, resultando entonces contraria a la Constitución no el Tratado ni sus leyes aprobatorias,

⁷² E. 64. XXIII. “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros”. 7/7/92. Fallos 315: 1492.

⁷³ Por Ley N° 24.353 (B.O. 02/9/1994), la Argentina aprobó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptada en Washington (EE.UU.) el 18.3.65. El Convenio entró en vigencia el 14 de octubre de 1966 como una institución especialmente creada para facilitar la solución de controversias entre gobiernos e inversionistas extranjeros.

⁷⁴ Sigla correspondiente a Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, o Tratados Bilaterales de Inversión.

⁷⁵ Contrariamente, BALBÍN ha sostenido que «... el régimen del CIADI es de dudosa constitucionalidad porque si bien el Estado argentino puede ceder sus potestades jurisdiccionales en tribunales extranjeros o arbitrales, tal el CIADI y tratados bilaterales de inversión, en ningún caso puede delegar el control de constitucionalidad de los laudos ante sus propios tribunales en supuestos de excepción por clara violación de las disposiciones de derecho interno. Téngase presente -agrega- que habitualmente los tribunales arbitrales aplican el derecho internacional o principios sin mayor sustento, con exclusión del derecho público interno...». (BALBÍN, Carlos, *Curso de derecho administrativo*, Prólogo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 285).

sino la interpretación hecha del mismo por el Tribunal Arbitral, plasmada en la decisión arbitral.

En primer término, el propio Convenio CIADI prevé la posibilidad de solicitar la anulación del Laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

Sin perjuicio de ello, si aún así se entendiese que la decisión resultare violatoria de los principios de derecho público constitucional, cabría entonces el contralor de constitucionalidad por parte de los tribunales nacionales.

En tal sentido, la Corte Suprema en el fallo «Cartellone c/ Hidronor»⁷⁶, abonó la tesis amplia respecto del control de constitucionalidad de los laudos arbitrales. Mediante la fórmula «*casos en los que los términos del laudo arbitral se extiende a supuestos que contraríen el orden público*» (causal general que también habían admitido Boggiano y Nazareno), a la irrazonabilidad se agrega la inconstitucionalidad y la ilegalidad (recordando lo decidido en Fallos 292:223). De esta manera, el Alto Tribunal reconoció un control de constitucionalidad amplio sobre los laudos arbitrales más allá de las renunciaciones oportunamente consumadas, sobre la base de la *indisponibilidad de los derechos fundamentales: en este caso, el derecho a la jurisdicción en torno al control de constitucionalidad*.

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 2004/06/01, “José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.”, Fallos 327:1881. Voto de Petracchi, Belluscio, Fayt, Vázquez, Maqueda y Zaffaroni.

La Corte Suprema utilizó como base argumental el art. 872 del Código Civil que prohíbe la renuncia de los derechos concedidos en mira del interés público y el art. 874 del mismo texto legal que ordena la interpretación restrictiva que corresponde aplicar en el ámbito de esta institución jurídica.

Ello es así, no obstante lo prescripto por los arts. 53 y 54 del Convenio CIADI, en punto a la obligatoriedad de los laudos en el derecho interno, a los que se les debe asignar el mismo valor que el de una Sentencia judicial, pues aún en el derecho interno y respecto de las Sentencias dictadas por los jueces argentinos, se ha instituido pretorianamente, inspirándose en similares principios, la acción por Cosa Juzgada írrita⁷⁷.

Cuando el laudo o la sentencia sean contrarios a los principios de derecho público constitucional, podrían ser pasibles de revisión por los tribunales locales quienes los pueden revocar por irrazonables e inconstitucionales⁷⁸.

⁷⁷ Al respecto, la Corte Suprema ha decidido que: «*No es óbice para el reconocimiento de la facultad de ejercer una acción autónoma declarativa invalidatoria de la **cosa juzgada que se considera írrita** la falta de un procedimiento ritual expresamente previsto, ya que esta circunstancia no puede resultar un obstáculo para que los tribunales tengan la facultad de comprobar, en un proceso de conocimiento de amplio debate y prueba, los defectos de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada que se impugnan*» (E. 66. XXVI. Egües, Alberto José c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios (error judicial). 29/10/96. Fallos 319:2527); En igual sentido, en la causa: «Banco Central de la República Argentina en Centro Financiero S.A. Cía. Financiera - incid. de verificación tardía - rec. de inconstitucionalidad y recurso directo», 20/03/03. Fallos 326:742.

⁷⁸ Ello a pesar de no estar prevista la revisión de los laudos del CIADI por un tribunal doméstico. Para una descripción detallada del mecanismo arbitral del CIADI, ver: BARRAGUIRRE, Jorge Alberto (h), «Algunas cuestiones claves en el arbitraje internacional de inversión: lecciones desde la Argentina», Publicación de las Naciones Unidas, Santiago, Chile, 2010; del mismo autor: «Los tratados bilaterales de inversión (TBIs) y el Convenio CIADI ¿La evaporación del derecho administrativo doméstico?», en Res Pública Argentina, 2007-3, octubre-diciembre 2007, Ediciones Rap, Buenos Aires, p. 107;

Restará luego analizar el efecto que dicha decisión pudiera generar en punto a la responsabilidad internacional del Estado cuyos jueces hubiesen declarado su inconstitucionalidad, pues la eventual invalidez del tratado para el derecho interno resulta irrelevante en el orden internacional frente a otros Estados.

En tal sentido, recuerda Graham que en la tradición continental, si los tratados son superiores a las leyes, también son inferiores a la constitución. Como lo ilustran por ejemplo los casos *Tecmed* y *Azurix*, si un derecho constitucional entra en conflicto con un derecho de un tratado, es éste primero que tiene que, según el derecho nacional, prevalecer, no obstante que según el derecho internacional, un país no puede invocar su derecho interno para sustraerse a sus obligaciones internacionales⁷⁹.

también en el libro *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2009, p. 203.

⁷⁹ GRAHAM, James A., «Prolegómeno: El décimo aniversario de la revista latinoamericana de mediación y arbitraje: unas breves observaciones sobre el pasado, presente y futuro del arbitraje en América Latina», en *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje (RLMA)*, México, 2010-I, p. 7 y ss., especialmente p. 11. Agrega el autor: «De nuevo no es tanto un problema jurídico, sino socio-político, visto que la constitución en casi todos los países latinoamericanos es la expresión de la soberanía popular y el garante de la justicia, que entonces lógicamente no puede ser inferior a una norma que viene de «afuera». Aquí también, se deberá buscar soluciones novedosas que podrán resolver este conflicto, como por ejemplo instaurar el principio de un control constitucional previo a la ratificación de las convenciones internacionales».

CAPÍTULO III

DIFICULTADES INTERPRETATIVAS DERIVADAS DE LA COMPLEJIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La diversidad de normas provenientes de diferentes niveles gubernativos, determinan una seria dificultad para aprehenderlas incluso al más avezado jurista, agudizándose en grado sumo respecto del ciudadano común.

Si a ello sumamos la muchas veces compleja -cuando no desprolija- técnica legislativa que muestra la práctica de los productores de normas, la complejidad se acrecienta. Más que nunca entonces, son los principios las herramientas idóneas para resolver los eventuales conflictos.

Uno de ellos, que resulta inherente a la concepción de Estado de Derecho, es la «seguridad jurídica», que presenta diversas manifestaciones, conforme analizaré seguidamente.

1. Principio de Seguridad Jurídica y sus manifestaciones

Al principio de «confianza legítima» se lo radica en la base misma de la seguridad jurídica, y han sido fundamentalmente tribunales inferiores (en especial la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal) quienes han vinculado al principio de confianza legítima con la seguridad jurídica.

Al respecto, se sostuvo que «... *la seguridad jurídica constituye uno de los elementos fundamentales del principio del*

Estado de Derecho. En efecto, los ciudadanos, con arreglo al mentado principio, tienen que ser capaces de prever posibles injerencias de parte del Estado que les pueden afectar y de comportarse de manera adecuada. Seguridad jurídica significa para el ciudadano en primer lugar la protección de la confianza legítima»¹.

También se ha puntualizado el rango constitucional del principio de seguridad jurídica. Ha dicho el Alto Tribunal que: «**El principio de la seguridad jurídica constituye una de las bases principales de sustentación de nuestro ordenamiento, cuya tutela innegable compete a los jueces**»², remarcando igualmente que «**La seguridad jurídica tiene jerarquía constitucional**»³.

La seguridad jurídica es, como lo destaca el Tribunal Constitucional Alemán, un elemento esencial del Estado de derecho (BVerfGE 2, 380 (403); 253 (267)). Consolida, además, la

¹ Se refiere a verf GE 13, 261, cit. por Johann Christian Pielow, «El principio de la confianza legítima («vertrauensschutz») en el procedimiento y las relaciones jurídico administrativas»; IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer - Carías, 9-12 de noviembre de 1998, Caracas, 1998, Ed. Funeda) (cfr. *in re*, CNFedContencioso Administrativo, Sala IV «Itoiz, Carlos María y otros c/ UBA res. 938/98», 11/5/2000 - La Ley, 2001-A, 266; DJ, 2001-1-1062-); en una causa vinculada al denominado «corralito financiero», ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, 8/10/2002, «Vázquez, Patricia S. c/ Estado nacional», Publicado en: La Ley 24/10/2002, 5. Otras causas del mismo tribunal, son: Sala I; 26/02/2002, Arce, Julio D. y otros c/ M.D.; La Ley 2002-B, 408; Sala 3ª, 26/4/2000 - Sociedad de Distribuidores de Diarios y Revistas v. Estado Nacional). JA 2001-II-625, Lexis N° 20011734; Sala IV, 5 de julio de 2001, Lagos Alcaíno María Teresa y otros c/ Universidad de Buenos Aires - Resol. CS 938/98- (Causa 11.265/2000), ELDial.com, Suplemento Administrativo, Jurisprudencia, 7/8/2001; El Derecho, Suplemento Administrativo del 28/9/2001, p. 19; Sala IV, 6 de noviembre de 2001. Piñero, María Laura c/ UBA -Resol. 938/98- s/Sin Dato. ED, 197-165.

² C.S.J.N., T. 267. XXIV. Tidone, Leda Diana c/ Municipalidad del Partido de General Pueyrredón. 22/12/93. Fallos 316:3231.

³ C.S.J.N., 12/11/98. B. 216. XXXIV Bernasconi Sociedad Anónima Inmobiliaria Agrícola Ganadera Financiera Comercial Inmobiliaria e Industrial c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. Fallos 321:2933; C.S.J.N., 12/11/98. G. 182. XXXIV. Guerrero de Louge, Susana Ernestina Teresa y otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Fallos 321:2941.

libertad; en palabras de dicho Tribunal: «La libertad exige sobre todo la confiabilidad del orden jurídico. Ya que libertad implica ante todo la posibilidad de forjar la propia vida según proyectos personales. Una condición esencial para ello es que las circunstancias y factores que puedan influenciar eficazmente la materialización de tales proyectos y su ejecución, en especial la incidencia estatal sobre ello, puedan ser evaluadas confiablemente» (BVerfGE 60, 253 -268-)⁴.

Respecto a los fundamentos históricos y jus filosóficos de la seguridad jurídica, refiere Streinz que la creación del Estado moderno está asociada, inseparablemente, con la imperiosa necesidad de seguridad, lo que se explica por los desórdenes de fines de la Edad Media y comienzos de la Edad Moderna. Con ello, la idea de seguridad estaba en primer plano y el interrogante de la justicia material cedió. Expone luego que la seguridad jurídica en el sentido de la certeza sobre el derecho vigente es fomentada por el derecho escrito y se vincula a la previsibilidad de las decisiones jurídicas individuales. A ello obedeció la idea de la codificación, del constitucionalismo, y del positivismo, escuela jurídica dominante en el siglo XIX, cuyos representantes orientadores del siglo XX -como Hans Kelsen y Gustav Radbruch- fueron significativamente protagonistas del Estado de derecho democrático, por el aspecto de la seguridad jurídica y la sujeción de los poderes del Estado al derecho⁵.

⁴ Sigo aquí a STREINZ, Rudolf (catedrático de Derecho Público, Constitucional y Europeo -Universidad de Bayreuth-, y Director del Instituto de Derecho Alimentario), «Seguridad jurídica como desafío a la jurisdicción constitucional», traducción de Rodolfo Witthaus (Profesor de Derecho - Universidad de Buenos Aires), en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Biblioteca Jurídica Diké, Colombia, 1a. edición, 1997, ps. 121/154. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado. Extracto publicado en *Revista investigaciones* 3 (1997), ps. 446/452.

⁵ Más adelante, en el Punto 3.1.2.1., refiere que En la dimensión temporal la seguridad jurídica significa, ante todo, *protección de la confianza* en la continuidad de las leyes. El ciudadano que ha ajustado su conducta conforme

2. Principio de seguridad jurídica como obstáculo a la habilitación de instancia cuando se ha operado la caducidad de la acción

Dentro de las prerrogativas que ostenta la Administración dentro del régimen jurídico administrativo, se encuentra la exigencia del agotamiento de la vía administrativa a través de los recursos (vía impugnatoria) o bien a través del reclamo administrativo previo (vía reclamatoria), y para ello hay que hacerlo dentro de los plazos de caducidad, bajo pena de operarse la pérdida del derecho dejado de usar merced a la firmeza que adquieren los actos administrativos no impugnados en término, habiéndose esgrimido que median para ello razones de «seguridad jurídica».

A ello debemos sumar la prerrogativa de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria que acompaña a los actos estatales. Al respecto, el Tribunal cimero ha señalado que *«Los actos gubernamentales gozan de la presunción de validez y no admiten descalificación por la sola manifestación de voluntad de los administrados»*⁶..., razón por la se sostuvo que *«... No carecía de la correspondiente presunción de legitimidad -y el recurrente debió acatarlo y prestar los servicios respectivos- el acto administrativo por el que se le dio un nuevo destino dentro del ámbito universitario, si el actor no acreditó ni arguyó seriamente que dicho cargo fuera de menor jerarquía o importara disminuir sus emolumentos o su situación presupuestaria, ni que el traslado resultara groseramente vejatorio o mereciera el calificativo de cesantía encubierta, circunstancia que **debe ser invocada y probada en cada caso, máxime que***

a una determinada regulación desea estar protegido de que las disposiciones no sean menoscabadas por modificaciones posteriores del derecho, y espera que su confianza en el derecho por el que se ha orientado no sea defraudada. Esa confianza, no solamente pero ante todo, es afectada por modificaciones retroactivas de la ley.

⁶ C.S.J.N., “Lipara, Napoleón c/ Nación”. Fallos 250:36.

*la resolución por la que se dispuso la medida no aparece ostensiblemente desprovista de fundamentos*⁷.

A diferencia de lo ocurrido en procesos tramitados entre particulares, cuando se impugnan actos emanados de un poder del Estado dictados en ejercicio de competencias constitucionales o legales, se invierte la carga de la prueba, por lo que el *onus probandi* pesa sobre quien alega el vicio.

Concordantemente, ha dicho la Corte que: «*En virtud de lo dispuesto por el art. 12 de la ley 19.549 se presume que toda la actividad de la Administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico. Dicha presunción subsiste hasta tanto no se declare lo contrario por el órgano competente*»⁸.

Precisamente, dada la presunción de legitimidad que ostentan todos los actos estatales, entre ellos, los administrativos, no existen -como regla⁹- en el ámbito de estos últimos «nulidades manifiestas», por lo que se exige un mayor despliegue probatorio a quien intenta destruir la presunción.

⁷ C.S.J.N., “Barraco Aguirre, Rodolfo c/ Universidad Nacional de Córdoba”, 1980, Fallos 302:1503.

⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 20/08/1996, «Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c/ Banco de la Nación Argentina». La Ley 1997-A, 71, con nota de María Claudia Caputi y Estela B. Sacristán. - DJ 1997-1, 279. Fallos 319:1476.

⁹ La excepción está dada por el caso C.S.J.N., Pustelnik, Carlos Arnoldo y otros. 1975. Fallos 293:133. Allí se sostuvo la posibilidad de que existan nulidades «manifiestas», expresando que: «... si la autorización para edificar que había acordado el Secretario de Obras Públicas de la Municipalidad de Buenos Aires tenía una causa de invalidez que no era manifiesta, como lo prueban las discrepancias técnicas acumuladas en el proceso y no se dictó con grosero error de derecho que superara lo meramente opinable en materia jurídica urbanística, no es posible desconocer los derechos que pudieran ejercerse a raíz de dicho acto administrativo, que tenía presunción de legítimo y regular hasta tanto la invalidez fuera judicialmente declarada. Por ello, su revocación por el Intendente Municipal sólo puede juzgarse que se dispuso por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, quedando así abierta a los afectados la acción para obtener la indemnización por el daño que acrediten haberseles ocasionado».

Respecto al reclamo administrativo previo, se ha dicho que su finalidad es la de «... *producir una etapa conciliatoria anterior al pleito, dando a la Administración la posibilidad de revisar el caso, salvar algún error y promover el control de legitimidad de lo actuado*»¹⁰.

Respecto de la vía impugnatoria, la Corte Suprema ha expresado la regla que dice: «*Los actos administrativos no impugnados judicialmente en el plazo que dispone el art. 25 de la ley 19.549, devienen firmes e irrevisables a pedido del interesado debido a la caducidad operada*», por lo tanto, «... *si el acto administrativo que se ataca no fue oportunamente impugnado por vía judicial, no es admisible la acción por cobro de pesos o reclamo de daños y perjuicios basados en el accionar ilegítimo de la administración*»¹¹.

¹⁰ C.S.J.N., «Gasparri y Cía. S.A.», Sentencia del 13 de julio de 1991 «Fallos», 314:725, consid. 7°.

Recientemente, el Alto Tribunal ha reiterado tal doctrina, agregando: «...5°) *Que, aclarado lo expuesto, corresponde recordar que de acuerdo con lo establecido por esta Corte, la finalidad del reclamo administrativo previo es producir una etapa conciliatoria anterior al pleito, dar a la administración la posibilidad de revisar el caso, salvar algún error y promover el control de legitimidad de lo actuado* (Fallos: 314:725 y 324:3335). Asimismo, el Tribunal ha señalado en ocasiones anteriores que *la exigencia de la reclamación administrativa previa tiene por objeto sustraer a los entes estatales de la instancia judicial en una medida compatible con la integridad de los derechos, evitando juicios innecesarios, y constituye una facultad que puede ser renunciada y de la que se puede prescindir en supuestos justificados como por ejemplo, cuando se advierte la ineficacia cierta del procedimiento* (Fallos: 312:1306, 2418; entre otros), *pues son inadmisibles las conclusiones que conducen a un injustificado rigor formal y que importan un ilógico dispendio administrativo y jurisdiccional* (Fallos: 324:3335) (C.S.J.N., 04/8/2009. E. 50. XLIII. R.O. E.D.E.M.S.A. c/ E.N.A. y M.E.O.S.P.N. s/ cobro de pesos. Fallos 332:1629).

¹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 20/8/1996, «Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c/ Banco de la Nación Argentina», Fallos 319:1476. En análogo sentido, ver CNACAF, Plenario «Petracca e Hijos S.A.C.I.F.I. y otros c/ Estado Nacional (Ente Autárquico Mundial 78) s/ cobro de pesos», 24/4/1986, en Obra «Fallos Plenarios», RAP N° 313, de Marcelo Gustavo Carattini, 2ª edición actualizada y anotada al año 2004, p. 192 y ss.

En la misma etapa, el Alto Tribunal de la Nación resolvió que: *«Al encontrarse firme la decisión administrativa -que dispuso la cesantía del actor- en razón de encontrarse cumplido el plazo previsto por el art. 25 de la ley 19.549, no corresponde volver a examinarla en la presente causa pues ello importaría hacer revivir un derecho que se encuentra extinguido debido a la caducidad operada a raíz de la falta de impugnación oportuna»*¹². En la misma causa sostuvo el Alto Tribunal que: *«Si se advierte que la ilegitimidad del acto administrativo de cesantía de un agente resulta ser la causa de la obligación de reparar los daños reclamados, cabe concluir que el carácter firme irrevisable de dicho acto constituye un obstáculo insalvable para la procedencia de dicha acción»*.

En un caso donde no obstante haberse introducido impugnaciones en sede administrativa, no fueron mantenidas en la causa judicial, expresó la Corte que: *«No impugnada judicialmente la legitimidad de las resoluciones ministeriales que sí fueron cuestionadas en el ámbito del Poder Ejecutivo, la existencia o inexistencia de saldo deudor que ellas determinan, la competencia o incompetencia de los funcionarios que suscribieron las actas y la prescripción de la potestad revocatoria que -supuestamente- habría ejercido la administración, constituyen puntos que no pueden ventilarse judicialmente y, en consecuencia, cabe rechazar los agravios traídos a la Corte»*¹³.

Por su parte, la Procuración del Tesoro de la Nación¹⁴, citando para ello lo sostenido a su vez por el Tribunal Supe-

¹² CS, 20 de agosto de 1996. "Nava, Alberto Emilio c/ Estado Nacional Secretaría de Inteligencia del Estado S.I.D.E. s/cobro". ED, 183-716. Fallos 329:1532.

¹³ M. 551. XXXIII.; "Maruba S.C.A. c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/ medidas cautelares". 24/8/1999. Fallos 322:1880.

¹⁴ Expte. N° 52908/96. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto; 13 de octubre de 2000. (Dictámenes 235:143); Dict. N° 9/02, 14 de febrero de 2002. Expte. N° 322/00. Organismo Nacional de Administración de Bienes. (Dictámenes 240:165); Expte. N° 001-000874/98. Mi-

rior de Justicia de Córdoba, ha seguido análogo criterio. Dice el Alto Organismo Asesor, citando al Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en su Resolución N° 93, adoptada en el Acuerdo N° 91-Serie C, el 10 de Junio de 1999, luego de definir al **acto administrativo** como ... *Toda declaración unilateral emitida en ejercicio de una función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa...*, expresó el citado Tribunal, *que ... la firmeza de un acto administrativo no puede ser destruida más tarde por el ejercicio del derecho de petición mediante la reclamación pertinente, ya que éste no puede tener la virtud de abrir la reconsideración de actos definitivos y firmes, y menos aún de posibilitar el acceso a la revisión administrativa y jurisdiccional después de haber consentido por el transcurso del tiempo legal para recurrir, el marco legal y la decisión administrativa pertinentes*».

En punto a la validez constitucional de los plazos de caducidad para la promoción de acciones contencioso administrativas contra la Administración Pública, ha resuelto el Máximo Tribunal que: *«Los plazos de caducidad previstos en el art. 25 de la ley 19.549 constituyen una prerrogativa procesal propia de la Administración Pública, consecuencia del denominado régimen exorbitante del derecho privado que impera en la relación ius administrativa»*¹⁵.

También sostuvo en la misma causa que: *«La limitación temporal del ejercicio de la acción procesal administrativa prevista en el art. 25 de la ley 19.549 no es susceptible de impugnación constitucional, toda vez que constituye una reglamentación razonable del derecho de defensa en juicio en tanto no lo suprime, desnaturaliza o allana»*.

Finalmente, y en lo que resulta pertinente, expresó que: *«La existencia de términos para demandar a la Administra-*

nisterio de Economía y Obras y Servicios Públicos; 30 de enero de 2002. (Dictámenes 240:124).

¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 05/4/95, "Gypobras S. A. c/ Estado Nacional -Ministerio de Educación y Justicia-". Fallos 318:441.

*ción se justifica por la necesidad de dar **seguridad jurídica y estabilidad a los actos administrativos**. Se trata de evitar una incertidumbre continua en el desenvolvimiento de la actividad de la administración, pues de lo contrario se afectaría el principio constitucional de la seguridad jurídica, que constituye una de las bases de nuestro ordenamiento, cuya tutela compete a los jueces».*

Respecto a este último aspecto, citó el precedente «Serra»¹⁶, donde expresara además diciendo que: «*Cuando se opera la caducidad de la instancia procesal administrativa la cuestión queda incluida dentro de la zona de reserva de los otros poderes y sustraída al conocimiento del órgano jurisdiccional*», agregando que: «*La actuación del Poder Judicial en situaciones donde se ha producido la caducidad de la acción procesal administrativa, violaría el principio de la división de poderes*».

Finalmente, acerca de la inadmisibilidad de abrir la revisión judicial en supuestos donde se enjuicia un acto que resuelve una denuncia de ilegitimidad, remarcó el Tribunal cintero que: «*Para que el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo pueda examinar el fondo de la pretensión, el actor debe cumplir las condiciones de admisibilidad establecidas en el Cód. Procesal y los requisitos específicos establecidos en el título IV de la ley 19.549*», y que «*Dada la condición de **presupuesto procesal** del plazo de caducidad establecido en el art. 25 de la ley 19.549 (en nuestro caso, art. 223 Ley 3460 y 58 y cc. Ley 4.106), el juez de 1ª instancia está facultado para examinar de oficio su cumplimiento y rechazar en caso contrario (in limine) la pretensión, pues su falta no requiere la expresa denuncia del demandado...*»¹⁷.

¹⁶ C.S.J.N., «Serra, Fernando Horacio y otros v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires», 26/10/93, Fallos 316:2454

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 4/2/1999, «Gorordo Allaria de Kralj, Haydée M. c/ Ministerio de Cultura y Educación», Fallos 322:73.

3. El punto de máxima tensión entre los principios de legalidad y seguridad jurídica. El caso de la potestad revocatoria de actos ilegítimos

Cuando del ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración se trata, se esgrime que ésta actúa en resguardo del interés público comprometido en la vigencia del Principio de Legalidad o Juridicidad, quebrada merced al dictado de un acto administrativo nulo en contravención a las normas imperativas aplicables, ejercitando así una potestad que en forma reglada se estatuye como «deber» a la autoridad administrativa.

Analizaré primeramente «el caso» en la materia, donde la Corte Suprema forjara pretoriamente los contornos de lo que se dio en llamar la «*cosa juzgada administrativa*»¹⁸.

- *El caso «Carman de Cantón»*¹⁹.

Los hechos de la causa²⁰ son los siguientes: Elena Carman de Cantón promovió una acción contencioso administrativa contra un decreto del Poder Ejecutivo Nacional del año 1933, el cual dispuso dejar sin efecto la jubilación otorgada a su

Dicho precedente ha sido ratificado recientemente por su actual integración en la causa «R. 341. XLIII. Ramírez, Andrés Lionel c/ Estado Nacional - Secretaría Presidencia de la Nación s/empleo público», de fecha 28/4/2009 (Fallos 332:875).

¹⁸ Sobre el instituto, véanse entre otros LINARES, Juan Francisco, *Cosa juzgada administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*, Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1946; COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada «Cosa Juzgada Administrativa»*, 2ª edición actualizada, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14/08/1936, «Carman de Cantón, Elena c/ Estado Nacional», Fallos 175:368.

²⁰ Sigo aquí en la exposición efectuada por CASSAGNE, Juan Carlos, «El Fallo «Carman de Cantón»: un hito fundamental en la consolidación de las vertientes garantísticas del derecho administrativo argentino», La Ley 2002-B, 19.

marido el doctor Eliseo Cantón, con fundamento en que existieron errores de hecho en el cómputo de los servicios prestados en su condición de Decano y Profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires.

En el año 1912, el doctor Cantón solicitó su jubilación ante la Caja respectiva la cual, previo a los trámites de rigor, declaró acreditados los requisitos pertinentes, acordándole la jubilación ordinaria el 7 de febrero de 1913, la que resultó finalmente aprobada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional de fecha 28 de febrero de 1913.

Al comprobarse errores de hecho en el cómputo de los servicios y sin valorar los elementos que había aportado el doctor Cantón cuando en una oportunidad anterior pretendió revisarse su jubilación y pese a la opinión contraria de la Caja y del Procurador General de la Nación, el Poder Ejecutivo declaró procedente la revisión de la jubilación y mediante decreto de fecha 20 de junio de 1933 dejó sin efecto el Decreto dictado veinte años antes y mandó formular cargo por las sumas percibidas por el beneficiario.

O sea que la viuda del doctor Cantón, que había gozado en forma pacífica de su jubilación durante dieciocho años, se encontró de pronto no sólo sin derecho a la pensión que había solicitado sino frente a la obligación de tener que restituir las sumas percibidas anteriormente por el causante.

Ello motivó que la actora promoviera una acción contencioso administrativa de nulidad contra el Decreto que había revocado la referida jubilación, sosteniendo el carácter irrevisible e irrevocable del derecho jubilatorio que había gozado durante tantos años el doctor Eliseo Cantón. Así, el fundamento central de su pretensión se basó en la configuración de la llamada «cosa juzgada administrativa».

La Corte Suprema hizo lugar a la demanda de la actora declarando *«que Elena Carman de Cantón tiene derecho a la pensión que le corresponde como esposa del doctor Eliseo Cantón y según los términos de la jubilación de que éste gozó en vida de acuerdo con el decreto de febrero 7 de 1913, cuya pensión le debe ser abonada desde el día del fallecimiento de su esposo»*.

En cuanto a los fundamentos, la Corte se planteó que correspondía averiguar si en las leyes, en la doctrina o en la jurisprudencia -judicial o administrativa- existían fundamentos para la revisión y revocación del decreto que reconoció al doctor Eliseo Cantón el derecho a su jubilación en febrero 28 de 1913, por defectos o errores de hecho anotados en 1927 y declarados en junio 20 de 1933, o si, como sostuvo la actora, el acto administrativo de 1913 era irrevisible e irrevocable por el mismo poder que lo otorgó y a cuyo amparo se hizo efectivo el derecho jubilatorio del que gozó durante 18 años el doctor Cantón» (Considerando 2°).

A partir de ese primer considerando nuestro Alto Tribunal pasa a exponer los argumentos que fundan la decisión contraria al ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración, expresando que *«no existe ningún precepto de ley que declare inestables, revisibles, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades...»*

Fue, pues, en este precedente -expresa Cassagne-, donde se postuló por primera vez el principio de la estabilidad o irrevocabilidad de cierta clase de actos administrativos y siempre que se dieran las características que a continuación pasaremos a enumerar:

- 1°) que se trate de actos dictados en ejercicio de facultades regladas que hubieran dado lugar al nacimiento de derechos subjetivos (Considerandos 4°, 5° y 6°);
- 2°) que no exista una ley que autorice la revocación de esta clase de actos en sede administrativa;
- 3°) dichos actos, cuando sean regulares y causen estado, generan una situación de cosa juzgada administrativa que impide su revocación por parte de la Administración Pública (Considerando 5°). El concepto de acto regular, que se define como aquel «que reúne las condiciones esenciales de validez (forma y competencia)» constituye también otra innovación en la jurisprudencia.

cia de la Corte, que toma directamente de la obra de Félix SARRÍA, catedrático de la Universidad de Córdoba;

- 4º) el acto que contiene un vicio de error en el cómputo de los servicios de una jubilación se considera regular y la acción para demandar su invalidez prescribe a los dos años (art. 4030 del Cód. Civil) afirmándose que la prescripción constituye una institución de orden público que, como tal, es irrenunciable;
- 5º) se extienden, en definitiva, los efectos de la cosa juzgada judicial a los actos jurisdiccionales administrativos, entre los cuales la Corte ubica al del Poder Ejecutivo que otorga una jubilación o pensión. Aunque, como luego veremos, la calificación del Alto Tribunal no era compatible con el sistema del derecho público argentino, lo cierto es que en la evolución posterior alcanzó a proyectarse a la mayor parte de los actos regulares dictados en ejercicio de funciones materialmente administrativas.

Si para la época supuso una novedad, lo cierto es que con la consagración del instituto en las normas de procedimiento administrativo, su referencia ha quedado como un hito histórico, y la jurisprudencia de la Corte ha sido zigzagueante luego como veremos seguidamente²¹.

- El caso del nombramiento ilegítimo de empleados públicos.

Analizaré el caso respecto de la revocación de actos administrativos que deciden la designación de un agente públi-

²¹ Sin embargo, no puedo dejar de advertir la semejanza existente entre «Carman de Cantón», con el caso de la «Viuda de Berlín» citado por COVIELLO en la nota 1, y con el caso «Coughlan» de la Corte de Apelación Británica que será analizado más adelante. Pero en el nuestro, encontré -y encontraría actualmente- solución mediante institutos autóctonos, sin necesidad de acudir al principio de confianza legítima, más allá de compartir idéntica raíz en punto al Estado de Derecho, la Legalidad y la Seguridad Jurídica.

co en un cargo, sin que concurren los requisitos esenciales para ello.

En tal sentido, debemos distinguir el supuesto del ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración, revocando por nulos los actos administrativos gravemente viciados, con el instituto de la cesantía como sanción disciplinaria.

Así, cesante sólo puede quedar quien pertenecía a la planta de personal legítimamente; quien no lo estuvo sino de manera irregular, y luego se deja sin efecto el acto de designación, no puede «técnicamente» ser calificado como cesantía. Por la diametral diferencia entre «cesantía» y «revocación de acto nulo» de designación irregular, entiendo que resulta improcedente intentar derivar derechos de lo ilegal²².

La doctrina se ha expedido al respecto. Así, Mercado Luna²³, al referirse a las Causas Extintivas menos frecuentes, en el pto. 20 «Revocación y Rescisión», expresa: «*Constituyendo el nombramiento un acto administrativo, nada obsta en principio la decisión de revocarlo, sólo que ésta debe fundarse en razones de legalidad. Así, si el nombramiento se efec-*

²² Tempranamente, ha dicho la Suprema Corte de Santa Fe que: «*El nombramiento efectuado en violación de las disposiciones de la Ordenanza de Estabilidad y Escalafón de la Municipalidad de Santa Fe, no confiere derecho subjetivo a la conservación del cargo* (CS Santa Fe, abril 17-964. - Antonucci, Juan c/ Municipalidad de Santa Fe), p. 88 (LL, 116, p. 105, sum. 8).

También ha dicho que: «*La estabilidad del empleado público requiere entre otros presupuestos la legitimidad de su nombramiento, extremo que no se cumple cuando el mismo se efectúa contraviniendo disposiciones legales sobre incompatibilidad* (voto del doctor Larguía. Adhirió el doctor Barraguirre). (CS Santa Fe, marzo 13-964. - Chort, Rodolfo A. c/ Provincia de Santa Fe), p. 410 (LL, 116, p. 106, sum. 12).

Igualmente sostuvo que: «*No importa sanción disciplinaria la cesantía del agente dispuesta en razón de la ilegitimidad del acto de nombramiento; en consecuencia, no es menester seguir el procedimiento estatutario previsto para la aplicación de esas medidas* (CS Santa Fe, abril 17-964. - Antonucci, Juan c/ Municipalidad de Santa Fe), p. 88 (LL, 116, p. 106, sum. 14).

²³ MERCADO LUNA, Ricardo, *Estabilidad del empleado público*, Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 70.

*tuó violando normas vigentes en la Administración, el acto naturalmente se encontrará viciado dando lugar, en consecuencia, a la revocación...» «... conviene **diferenciarla** de la cesantía que puede fundarse en faltas disciplinarias, en tanto que la **revocación** solamente en circunstancias directamente relacionadas con la designación que afectan su validez».*

Y agrega: «... En conclusión, la revocación del nombramiento sólo afecta la estabilidad cuando se adopta alegando razones de conveniencia y oportunidad que en el fondo envuelven una motivación arbitraria de separación de funciones. En cambio, cuando la revocación se produce durante el período de prueba resulta legítima; de igual manera que en los **supuestos de nombramientos hechos en contravención con las prescripciones legales**. En este último sentido algunos fallos han decidido que «la revocación por carecer de uno de los requisitos para el ejercicio del cargo (en el caso, título profesional habilitante) no es una medida disciplinaria que requiera instrucción de sumario». «También se ha declarado procedente la revocación del nombramiento cuando el agente no ha cumplido con las condiciones o exigencias y aún con los compromisos asumidos formalmente ante la Administración».

Por su parte, Diez²⁴ cuando se refiere al concurso para el ingreso a la función pública, expresa que: «... Mientras que en la empresa privada, para elegir aspirantes que deben desempeñar funciones en la misma, se tiene libertad de adoptar cualquier criterio y cualquier medio para su determinación, en los entes públicos debe recurrirse al sistema de concurso...». Agrega en su p. 518, citando a Jèze, que: «... Establecido por la reglamentación que el nombramiento debe hacerse por concurso, la omisión de realizarlo vicia de invalidez el acto... ».

Luego, cuando explica las causales de extinción de la relación funcional por actos de los órganos competentes, «1) Actos de la administración», expresa como inciso a) Cesantía

²⁴ DIEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, 2ª edición, Plus Ultra, 1979, tomo III, p. 516.

*o exoneración... (p. 683), y luego en la p. 685 y ss., ubica como supuesto totalmente diferente en el inciso b) **Revocación**: «... Si el nombramiento del funcionario se hizo violando normas legales, el acto estaría viciado. En esta hipótesis, si la administración comprueba con posterioridad la ilegalidad del acto, corresponde la revocación de la designación, eliminando así el acto irregular que es contrario a derecho. Por supuesto, la revocación de un nombramiento por razones de ilegalidad o de ilegitimidad es un acto completamente distinto de la cesantía. La revocación se funda en circunstancias directamente relacionadas con la designación, que afectan su validez, mientras que la cesantía se decreta por hechos funcionales posteriores e independientes del nombramiento considerado en sí mismo... La revocación corresponde efectuarla al órgano competente para hacer la designación...».*

El correlato es que quien ha sido designado por un acto viciado, es lo que la doctrina ha denominado un «funcionario de facto».

Apunta Diez²⁵ que «*La diferencia fundamental entre el funcionario de facto y el funcionario de iure radica en el título originario. Mientras que el de iure lo tiene de la Constitución escrita o de la ley, el de facto lo posee irregularmente o sea con vicio. El carácter de facto surge de haberse prescindido o violado el procedimiento legal previsto para el acceso al cargo o de existir una irregularidad de investidura*»²⁶.

«*En cuanto al funcionario de facto, es aquel que no siendo de iure está en posesión y ejercicio de una función pública*»²⁷.

²⁵ Op. cit., p. 696.

²⁶ Cita el autor que la Corte Suprema estableció que los funcionarios o magistrados dotados de una investidura irregular, dentro de ciertas condiciones son magistrados o funcionarios de facto, sea que la irregularidad provenga de vicios atribuibles al nombramiento o la elección, sea que resulte del incumplimiento del requisito constitucional o legal de juramento impuesto como previo al desempeño de la función (Fallos 244:321).

²⁷ Citando a De la Vallina Velarde («Sobre el concepto de funcionario de hecho», op. cit., en Revista de Administración Pública N° 29, p. 115 y ss.),

Es el que en ciertas condiciones de hecho ocupa la función, ejerce la competencia y realiza el acto como consecuencia de una investidura irregular. La investidura irregular puede serlo desde el origen si se hubiera producido como consecuencia de un nombramiento o elección irregular o puede referirse al supuesto de una investidura que ha cesado...».

Expone como características del funcionario de facto: «a) *El desempeño anormal de un cargo público, ya sea por su ingreso irregular en un cargo legalmente creado, ya por permanencia en un cargo creado en forma legal más allá del término normal de su desempeño;* b) *El desempeño plausible del cargo, es decir la quieta y pacífica posesión del mismo por su aparente legalidad para el público y sus superiores, o por el beneplácito con que la colectividad ve que el funcionario lo desempeña».*

Al analizar los distintos supuestos en que se presenta un funcionario de facto, expresa Díez²⁸ que: «... e) *Funcionarios bajo apariencia de una elección o nombramiento conocidos pero que han omitido cumplir con las formalidades que exige la ley.* f) *Funcionarios bajo apariencia de una elección o nombramiento irregular...».*

«Precisamente -agrega- *la apariencia de legitimidad es la que distingue al funcionario de facto de un usurpador...»*²⁹.

Entre los derechos de los funcionarios de facto, apunta Díez³⁰ que sólo podrían aspirar al cobro de los sueldos por el período de desempeño, pero nunca invocando como título el nombramiento irregular, sino por aplicación de la doctrina

define al funcionario de hecho como aquel que ejerciendo las funciones públicas propias de un cargo público, le falta un requisito fundamental para hacer de él un funcionario de jure. Dice que es funcionario de hecho aquella persona física que con un *nombramiento aparentemente regular* y, sin embargo, *jurídicamente nulo*, o la que en circunstancias excepcionales, aún faltando esto, ejerza de buena fe las funciones de un cargo público de manera efectiva, exclusiva, pública, pacífica y continuada.

²⁸ Op. cit, p. 699 y ss.

²⁹ Op. cit, p. 704.

³⁰ Op. cit., p. 710 y ss.

del enriquecimiento sin causa, lo que obviamente no les asigna derecho a la reincorporación luego del cese dispuesto por revocación de su designación³¹.

Con lo expuesto, quiero evidenciar que no está en juego la garantía de estabilidad en el empleo, pues esta sólo es predicable de quienes ingresaron conforme a derecho en condiciones de igualdad con otros potenciales aspirantes (art. 16 C.N.).

Analizando la Ley que rige el empleo público en la Provincia de Corrientes, la Ley 4.067, en su Capítulo VI, prescribe los recaudos de «Admisibilidad de ingreso»³², y establece

³¹ Una interesante comparación entre el funcionario de facto y el pretor romano, vinculados con el principio de confianza legítima, efectúa FABRÉ, María Carolina, «Funcionarios de facto: de Roma a nuestros días. los casos Barbario Filipo y Rosza», UNLP 2008-38, 558. Allí expresa la autora que: «... en los casos del esclavo-pretor y en el de los jueces subrogantes, en tanto sus actuaciones no deben ser atribuidas a las personas que ocupan tales cargos, sino a los órganos que ellos integran, es en definitiva el Estado (poder público) el que con su accionar (pretor y jueces subrogantes solucionando conflictos) evidencia una línea de actuación que lo compromete frente al resto de la sociedad, que posee la expectativa legítima de que las decisiones tomadas por los mencionados funcionarios mantendrán su valor a pesar de la irregularidad (desconocida para los sujetos pasivos de las actuaciones de los agentes públicos) acaecida en sus designaciones. «La confianza legítima, en su dimensión subjetiva, se presentaría como una forma de flexibilizar la legalidad objetiva con ocasión del examen de los casos particulares... Se presentaría así la confianza legítima como un principio que permite interpretar, modelar o conferir, en los casos concretos, las reglas de derecho objetivo». Esta última cita permite explicar por qué los actos de los funcionarios de facto se consideran válidos a pesar de la irregularidad en la designación o nombramiento, pues si bien la lógica del derecho objetivo indicaría que el vicio en la designación del Pretor-esclavo o del juez subrogante debe traer como consecuencia la nulidad de lo actuado por éstos, a la luz del principio de confianza legítima esa lógica resulta torcida para validar tales actuaciones en pos de la seguridad jurídica, la buena fe y la equidad».

³² Expresa en su Art. 18: «Son requisitos para la admisibilidad en la Administración pública provincial: a) Ser argentino nativo, por opción o naturalizado con la excepción establecida por el segundo párrafo del art. 24 de la Constitución de la Provincia, respecto a extranjeros. b) Tener dieciocho años

que «*Previa a la designación, el interesado deberá presentar en tiempo y forma que determine esta ley y su reglamentación, los documentos y certificaciones que corresponda, sin las que no se podrá dictar instrumento de designación*» (art. 19), remarcando que «*El personal que ingrese como permanente lo hará en los niveles escalafonarios establecidos en la presente ley, cuyo ingreso se realizará conforme a lo dispuesto en esta ley y su reglamentación*» (art. 21), agregando rotundamente que «*No se podrá designar nombrar o contratar a agentes sin que previamente existan vacantes y/o partidas presupuestarias disponibles*» (art. 22).

Las consecuencias de la inobservancia de los recaudos para el ingreso se encuentran previstas en el art. 20 del Estatuto, que prescribe categóricamente que: «*Las designaciones efectuadas en violación a lo dispuesto en los arts. 18, 19 y 24 de esta ley o cualquier otra norma vigente podrán ser declaradas nulas, en cualquier momento*». La Reglamentación agrega en su artículo homónimo que: «*Corresponde a la autoridad que dispuso la designación, sin perjuicio del derecho de avocación por la autoridad superior, declarar su nulidad cuando fuese efectuada en violación a lo dispuesto por los arts. 18, 19 y 24 de la ley o de cualquier otra norma vigente*»³³.

como mínimo y sesenta años de edad como máximo; salvo cuando por razones de servicios debidamente fundadas lo justifique, podrá designarse fuera de los límites mencionados con autoridad del Poder Ejecutivo. c) No ser infractor a disposiciones vigentes sobre leyes electorales enrolamiento y servicio militar, salvo rehabilitación legal. d) Poseer aptitud psicofísica para la función o cargo a desempeñar. e) Poseer buena conducta. f) Cumplir los requisitos particulares que para cada grupo ocupacional establezca el régimen escalafonario pertinente. g) Acreditar domicilio real en la provincia de Corrientes».

³³ A ello deberá sumarse al ingreso por los niveles previstos en el escalafón, en un cargo vacante y contando con partida presupuestaria (prevista además en el art. 20 de la Ley 5.571), debe efectuarse previo concurso de antecedentes y oposición, previsto en el articulado del Estatuto en sus distintos niveles (art. 215 y ss., 233 inc/ e), 265), y cuya inobservancia torna operativo lo establecido en el art. 20 referenciado, cuando refiere a «cualquier otra norma vigente».

En punto a la relevancia del procedimiento de concurso exigido en las normas aplicables al caso como modo de acreditar la idoneidad para ocupar empleos o cargos públicos, el Alto Tribunal³⁴, remitiéndose por mayoría a lo Dictaminado por el Procurador General, expresó que «... *al disponer el llamado a concurso para cubrir una vacante, coadyuva a garantizar la condición de idoneidad para ocupar empleos o cargos públicos, principio de rango constitucional consagrado en el art. 16*», remitiendo asimismo al precedente de Fallos 321:703.

Comentando la norma análoga del art. 9º de la Ley N° 22140 de empleo público nacional -ya derogada-, Guillermo Pose expresa que «... *queda claramente establecida la facultad de la Administración Pública para declarar por sí y ante sí la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se hubieran efectuado designaciones de personal contraviniendo el régimen legal establecido, «cualquiera sea el tiempo transcurrido»... No se distingue entre actos nulos y anulables, comprendiendo por tanto a ambos, es decir, cualquiera sea la gravedad del vicio puede ser dejada sin efecto la designación, quedando implícitamente **sin aplicación** las normas que sobre revocación de actos contiene la Ley 19549, de procedimientos administrativos, modificada por la ley 21686, en sus arts. 17 y 18...*»³⁵.

³⁴ Sentencia del 8/5/2007, en autos: «O. 656. XL. Recurso de hecho Olavarría y Aguinaga Jesús María c/ Administración Federal de Ingresos Públicos», Fallos 330:2180.

³⁵ POSE, Guillermo, *Régimen jurídico de la función pública*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 46. En idéntico sentido se expresa Belisario J. HERNÁNDEZ, quien comentando la misma norma legal, expresa bajo el título «IV.- Revocación de nombramientos nulos por violatorios a las disposiciones de los arts. 7º y 8º del Régimen Jurídico», que: «... *En muchas oportunidades en la Administración pública se han presentado casos de designaciones de personas que no contaban con los requisitos de idoneidad «lato sensu» exigidos por las normas vigentes o bien que se encuadraban en alguna de las prohibiciones para el ingreso. **Trátase de los llamados nombramientos nulos. La solución se hallaba en la revocación del correspondiente acto administrativo. Pero en tales casos y con posterioridad a la vigencia de la Ley de Procedimientos***

Ello significa que, por aplicación del principio «*lex specialis derogat generalis*», es que la norma del art. 20° de la Ley 4067 desplaza, por su especialidad, a las normas que de manera general regulan lo relativo a la revocación de actos administrativos (Arts. 175 a 184 de la Ley 3460 de Procedimientos Administrativos)³⁶.

Aún así, la norma en cuestión no contradice, antes bien, reafirma el criterio mentado por la Ley 3460 sobre esta cuestión³⁷, por lo que de acuerdo a esta última podría válidamente el Poder Ejecutivo por sí y ante sí dejar sin efecto y declarar nulos los actos dictados en contravención a las normas, y que el art. 184 de dicha ley estatuye como «**deber**», como facultad «reglada», dado que no obstante haberse generado pres-

*Administrativos y en especial a partir de la reforma de su art. 17, la Administración encontró una valla insalvable en el citado art. 17 que obliga a iniciar un verdadero proceso o acción de lesividad dirigido a obtener la anulación judicial del acto de designación por ser irrevocable en sede administrativa cuando se dan los requisitos impuestos por la aludida disposición legal. El problema de marras encuentra solución en lo estatuido por el art. 9° del Régimen Jurídico, al disponer que «Las designaciones efectuadas en violación a lo dispuesto en los arts. 7° y 8°, o a cualquier otra norma vigente, podrán ser declaradas nulas, cualquiera sea el tiempo transcurrido» y por supuesto, «sin perjuicio de la validez de los actos y de las prestaciones cumplidas durante el ejercicio de las funciones...». **Obvio es destacar, que en la materia de que trata este art. 9° torna inaplicable lo dispuesto por el art. 17 de la Ley de Procedimientos Administrativos**» (HERNÁNDEZ, Belisario J., «Algunos aspectos del régimen jurídico básico de la función pública», ADLA 1980 - A, 21).*

³⁶ La interpretación se ve respaldada por lo que decidiera el Alto Tribunal en un caso análogo, cuando dijera que: «*A fin de resolver si procede la revocación en sede administrativa del acto afectado de nulidad no basta considerar el art. 17 de la ley 19.549, que es de carácter general -regulador del acto administrativo como género- sino que **es menester su relación con normas de carácter particular que establecen el régimen aplicable a una especie de actos administrativos y que, por su carácter particular deben prevalecer sobre el citado art. 17***» (C.S.J.N., S. 142/87. «Cabanas, Ramón s/ regularización del pago del haber». 23/02/88. Fallos 311:160).

³⁷ No obstante, existiendo normas especiales que regulan el punto, resulta improcedente la aplicación supletoria de la Ley general de procedimientos administrativos.

taciones, exceptúa -y por ende restituye la potestad en cabeza del Ejecutivo- cuando el particular conocía el vicio³⁸.

La alternativa más conservadora, sería la que establece que no pudiendo ser revocado el acto en sede administrativa por haber generado derechos subjetivos, aún derivados de un acto nulo, es promoviendo la acción de lesividad para revocar su designación³⁹. Especialmente, ello procederá cuando existan dudas fundadas acerca de si el beneficiario del acto nulo conocía el vicio que lo afectaba, obrando con un grado de prudencia que dependerá del grado de formación que posea la persona⁴⁰.

³⁸ Así lo ha entendido, entre otros, GARCÍA PULLÉS, Fernando (director), *Régimen de empleo público en la administración nacional*, Serie de Legislación Comentada, LexisNexis, 2005, p. 114 y ss. Ello a la hora de interpretar similares preceptos de la ley nacional, y no obstante que en ese ámbito se habla de que se hubiesen comenzado a generar derechos subjetivos, y que no está prevista expresamente la aplicación de las excepciones del acto anulable al acto nulo, como sí lo está en nuestra norma local.

³⁹ Se ha insinuado que ello constituye un excesivo rigorismo formal (Disidencia de los Dres. Guillermo A. F. López y Adolfo Roberto Vázquez). (B. 544. XXIV. Benítez, Eduardo Alcides c/ Municipalidad de Concepción del Uruguay. 17/09/96. Fallos 319:2005.

⁴⁰ Veremos luego que el estándar difiere entre el simple ciudadano y el comerciante calificado, calidad que invisten quienes contratan con la administración en vínculos distintos al empleo público. No obstante, en el ámbito del Poder Judicial, merece destacarse un fallo del 26/3/2009 de la C. Nac/Cont. Adm. Fed., Sala 4ª, en autos «Peña Onganía, Matías G. v. Estado Nacional - Ministerio de Justicia», donde se rechazó la demanda deducida por un agente del Poder Judicial contra la resolución de la Corte Suprema que revocó el anterior acto de la Dirección de Administración Financiera que había reconocido el derecho a que en la bonificación por antigüedad le sean computados los años que se desempeñó en el Colegio Militar de la Nación, dado que ese acto fue ilegítimo por tener un grave error de derecho al no encontrar sustento en la normativa que resulta aplicable -la resolución del Ministerio de Defensa 186, que establece que no son computables como años de servicio-; razón por la que se sostuvo que «... *debe concluirse que podía ser revocado en sede administrativa, en tanto que aun suponiendo que no se trataba de un vicio manifiesto que pudo no ser conocido por el actor, y estando demostrado claramente, incluso en esta instancia judicial, que el actor no tenía derecho al cómputo pretendido, declarar la ilegitimidad de la*

No obstante, García Luengo ha señalado la falacia que supone la exigencia de la acción de lesividad, a la que se atribuye un carácter garantista, lo que en realidad constituye un espejismo, pues lo que se consigue con la generalización de aquélla es disminuir la eficacia de la labor de la Administración sin que el ciudadano mejore su situación ya que se verá inmerso en un costoso y largo pleito a cuyo final puede ver cómo los beneficios derivados del acto le son arrebatados con efecto retroactivo⁴¹.

La Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que, pese a afectarse derechos subjetivos, corresponde revocar el acto nulo de nulidad absoluta cuando el particular conocía el vicio, situación en la que **la revocación opera como una sanción a la mala fe del particular**⁴². En otros casos, ha dicho que la circunstancia de que el interesado pudo no haber obrado de mala fe, no impide la revocación del acto administrativo, ya que sólo basta para que esta medida proceda que el beneficiario hubiera tenido conocimiento del vicio⁴³.

En el asesoramiento señalado en el párrafo precedente, invocando doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 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*

resolución de revocación del primitivo reconocimiento por la omisión en iniciar la correspondiente acción de lesividad sería apearnos a un criterio formalista que no conllevaría beneficio alguno para el actor más que postergar la resolución final del conflicto suscitado ...» (consid. VII, último párrafo) (publicado en J.A. / Jurisprudencia Anotada, 26 de mayo de 2010).

⁴¹ GARCÍA LUENGO, Javier, *El principio de protección de la confianza...*, ps. 260 a 262.

⁴² Cita a HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, t. 1, p. 373. Dictámenes 233:240; 235:326.

⁴³ Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 237:512.

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).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado, analizando la ley nacional, que *«las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el artículo 18 de la Ley N° 19.549 -entre ellas el conocimiento del vicio por el interesado- son igualmente aplicables al supuesto contemplado en la primera parte del artículo 17 de dicha ley ya que, de lo contrario, el acto nulo de nulidad absoluta tendría mayor estabilidad que el regular, lo que no es ni razonable ni valioso; una inteligencia literal y aislada de esas normas llevaría a concluir que habría más rigor para revocar un acto nulo que uno regular, cuya situación es considerada menos grave por la ley»*⁴⁴.

También sostuvo el Alto Tribunal, que *«la revocación en sede administrativa de los actos nulos de nulidad absoluta tiene suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones la juridicidad comprometida por ese tipo de actos que, por esa razón, carecen de la estabilidad propia de los actos regulares y no pueden válidamente generar derechos subjetivos frente al orden público y a la necesidad de vigencia de la legalidad»*⁴⁵.

Con un criterio similar, expresó el Organismo asesor que, desde el momento que en nuestro derecho la ley se presume conocida, si el acto se encuentra afectado de un vicio que conlleva su nulidad absoluta, la Administración debe revocarlo

⁴⁴ C.S.J.N., 17/2/98, “Almagro, Gabriela y Otra c/ Universidad Nacional de Córdoba”, ED 178:676, Fallos 321:169.

⁴⁵ C.S.J.N., 23/4/91, Furlotti Setien Hnos. S.A. c/ Instituto Nacional de Vitivinicultura, LL 1991-E: 238, Fallos 312:322; v., en igual sentido, C.S.J.N., 9/6/87, “Budano R. c/Facultad de Arquitectura”, LL 1987-E: 191, Fallos 310:1.

ya que se encuentra en juego el interés público, que está por encima del interés del particular⁴⁶.

Por su parte, la Subsecretaría de la Gestión Pública dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros, órgano rector en materia de empleo público nacional, apoyándose en dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, ha expresado que: *«La omisión del cumplimiento del sistema de selección no se subsana con el paso del tiempo y, a su vez, dicha circunstancia es plenamente conocida por los agentes así designados: quienes transitoriamente se ven beneficiados con designaciones directas y sin oposición de otros aspirantes concen, pues lo impone la ley, que carecen del derecho a los beneficios que la Carrera consagra para el personal permanente. Es que el voluntario sometimiento a un régimen jurídico sin reservas expresas, comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su ulterior impugnación con base constitucional (cfr. PTN Dict. 202:151; 233:94, 400 y 408)»*⁴⁷.

Resulta concordante la jurisprudencia de la Suprema Corte Bonaerense, de conformidad a los criterios que, en materia de empleo público, ha venido sosteniendo a lo largo del tiempo⁴⁸.

Allí, en el Punto 1.3. *Nombramiento irregular*, se expresa: «Del modo que se tratara, básicamente, el derecho a la estabilidad del agente en su empleo se vincula al de la carrera administrativa. En dicha tésis los nombramientos efectuados en transgresión a las normas estatutarias que rigen la relación de empleo, como cuando el ingreso no se produce en una categoría correspondiente a la clase inicial -que involucre

⁴⁶ PTN, Dictámenes 236:91; 265:349.

⁴⁷ Dictamen de la Oficina Nacional de Empleo Público N° 1332/06 del 28/3/2006.

⁴⁸ Condensados en artículo publicado en la Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires, titulado «El ingreso, la carrera y la extinción de la relación de empleo público. análisis de fallos relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires» (1ª Parte) (RAP BA, N° 5, p. 17 y ss.).

a la función a cubrir o cuando se efectúa directamente en un cargo jerárquico-, se denominan «irregulares» y, por tanto, no confieren el derecho a permanecer en el cargo. Así pueden ser dejados sin efecto por la sola comprobación en el acto de designación de dicho vicio (B.52.049 «Ghedin», sent. 10/6/97). La autoridad administrativa se encuentra facultada a anular sus propios actos cuando se hubieren dictado *contra legem* (Art. 117, Ley N° 7.647; B.51.891 «Grabois», sent. 3/3/92).

Por lo tanto la *irregularidad en el acto de nombramiento torna legítimo aquel otro por el cual se dispone la cesantía del agente designado en virtud del acto irregular. Dicha circunstancia no resulta violatoria del derecho a la estabilidad del empleado, como se señalara pues la garantía que sólo ampara a las designaciones efectuadas conforme a la **carrera administrativa*** (B.49.724 «Requejo», sent. 16/6/87; B.49.764 «Serrantes» sent. 5/4/88; B.52.270 «Martínez», sent. 13/2/96; B.49.776 «De Lillo», sent. 23/6/87).

Derivado de tales premisas, puede apuntarse que *no existe infracción a la garantía apuntada cuando, no obstante el transcurso del plazo de seis meses en el ejercicio de la función, el agente no ingresó en el plantel permanente de personal* (B.56.138 «Moya», sent. 29/8/01). Ello por cuanto la irregularidad de la designación impide al accionante adquirir ese status, resultado del incumplimiento de la norma estatutaria que rige el ingreso de los agentes a sus respectivos cargos. Por lo tanto no pueden invocarse derechos subjetivos al amparo de la idoneidad personal. *Ello así porque la adquisición de los derechos resulta del proceso impuesto por la normativa aplicable para tales menesteres* (B.51.891, cit.)»..., entre ellos, agrego, el ingreso por la categoría inicial, mediante un riguroso concurso de antecedentes y oposición.

En sentido concordante, otros tribunales han decidido que: *«Resulta legítima la actividad revocatoria de la Municipalidad que dejó sin efecto la resolución por la cual se incluyó al actor como personal de la planta permanente sin que haya participado en concurso o evaluación alguna, dado que aquella designación conlleva un vicio que determina su nulidad*

*absoluta, pues, fue dictada en violación a lo dispuesto por la ley 643 de la Provincia de La Pampa*⁴⁹.

Finalmente, resulta destacable el caso fallado por el Superior Tribunal de Tierra del Fuego en la causa «Miño»⁵⁰, donde sostuvo que «... *la designación directa no otorga derecho a la estabilidad en el cargo pues trasunta un obrar del Estado contrario al procedimiento instituido por el plexo normativo, lo cual lleva a recordar el principio de legalidad que necesaria e ineludiblemente debe guiar el proceder del Estado*». Agregó que en punto a la irregular designación del actor, que se deriva de su oposición al régimen jurídico vigente, ... «*el mantenimiento de las irregulares designaciones de otros agentes, no puede conducir a la repetición de igual práctica respecto al actor pues implicaría su lisa y llana convalidación*».

Sobre la prevalencia del «Principio de Legalidad»⁵¹, estimó que «... *debe prevalecer el principio de legalidad en el desempeño de los órganos del Estado*», pues «*la acogida de la presente acción tornaría ilusoria la doctrina de este tribunal varias veces reseñada, que sentó como inexcusable compromi-*

⁴⁹ Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, Sala A (STLaPampa) (SalaA), 28/2/2006: «Balda, Néstor A. c/ Municipalidad de Macachín», LLPatagonia 2006 (junio), 377).

⁵⁰ STJ, Prov. Tierra del Fuego, «Miño, José Cristian c/ Poder Ejecutivo Provincial s/ Sumarísimo», del 2 de octubre de 2009, publicado en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 382, Julio 2010, Ediciones RAP, Buenos Aires, p. 93, con nota de SÁNCHEZ CAPARRÓS, Mariana, «El cumplimiento de los requisitos para el ingreso a la administración y para el otorgamiento de ascensos como condición para la adquisición de la estabilidad propia o absoluta. A propósito de la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego en los autos «Miño, José Cristian c/ Poder Ejecutivo Provincial s/ Sumarísimo».

⁵¹ Abundó sobre el principio de legalidad expresando que «*constituye el axioma sobre el cual se edifican y tutelan los derechos esenciales del ciudadano a partir de la sujeción de la premisa menor a la mayor. Esa es la manera de salvaguardar los derechos individuales y sociales de los intereses del poder cuyo ejercicio merece el necesario control jurídico. En ello reside el juego de mutuos controles y de «pesos y contrapesos» inherente a la forma republicana de gobierno*».

so del Estado el cese de una práctica contraria a la ley, cuya paradójal validez reclama el actor».

Puntualizó respecto de «la doctrina de los propios actos», que *«La regla venire contra factum proprium nulli conceditur no juega igual respecto de la conducta del Estado que del comportamiento de particulares [...]. Si contra la Administración no rige la prohibición de alegar la propia torpeza, ya que salvo disposición en contrario debe revocar o demandar la anulación de sus actos viciados, menos aún cabe impedirle que, al advertir las graves deficiencias de su obrar en algunos casos, las corrija razonablemente en otros semejantes».*

Precisamente, una de las prerrogativas formidables con que cuenta la Administración Pública en nuestro país y en el derecho comparado, es la de poder alegar su propia torpeza, es decir, volver sobre sus propios actos cuando estos son ilegítimos, pues las potestades otorgadas a los órganos estatales los son en aras al bien común, y es ese interés de la comunidad el que ha validado el otorgamiento de tales prerrogativas. Bien podría entonces actuar como celosa guardiana de las formalidades -recordamos que impuestas por normas imperativas, no disponibles por ningún funcionario de turno-, volviendo contra los actos palmariamente ilegítimos, respecto de los cuales ningún ciudadano pudo haber abrigado expectativas «legítimas» de un comportamiento futuro.

Tampoco cabe hablar de vulneración de la seguridad jurídica, pues precisamente, fue este principio el que gravita necesariamente para disponer la nulidad de los actos gravemente viciados.

Respecto de ambas cuestiones, sostuvo la Procuración del Tesoro de la Nación que: *«La teoría de los actos propios no puede ser, en el caso, invocada en contra de la Administración, pues la conducta anterior no ha sido válida y plenamente eficaz, en tanto se trata de un acto que no ha emanado de un órgano competente».* Y que *«El principio de seguridad jurídica no puede ser invocado para sustentar la ilegitimidad de la revocación del acta de acuerdo sub examine, pues justamente la necesidad de preservar la seguridad jurídica alterada fue*

lo que condujo a la Administración a revocar el acto nulo de nulidad absoluta oportunamente analizado»⁵².

- La potestad revocatoria en otros contratos administrativos.

El Alto Tribunal volvió sobre la temática en análisis en la causa «El Rincón de los Artistas»⁵³, donde luego de recordar la gravitación del principio de legalidad en los contratos administrativos, y de la posibilidad de aplicar las disposiciones del acto individual, expresó que «... *no resulta reprochable que el a quo no haya considerado la «renuncia» que la recurrente efectuó respecto de la «garantía de anticresis»..., ya que esa renuncia era jurídicamente irrelevante pues fue formulada por quien, como la actora, no era titular del derecho respectivo, e inadmisibles ya que los pliegos de condiciones generales revisitan condición de reglamentos (Fallos: 316:3157), razón por la cual el particular que participa en la licitación carece de la facultad de sustraerse a la aplicación de alguna de sus disposiciones»⁵⁴; añadiendo que «... *los agravios referentes a la supuesta autocontradicción de la sentencia apelada se desvanecen si se advierte que, en atención a lo dispuesto en el Artículo 17 de la Ley N° 19.549, no era imperativo para el hospital iniciar la acción de lesividad que tramitó en el sub lite para obtener la declaración de nulidad de la Resolución N° 161/92, que**

⁵² Proc/ Tesoro de la Nación, 23 de enero de 2001, EDA, 01, p. 00J11286.

⁵³ C.S.J.N., E. 441. XXXVIII.; 30/9/2003, «El Rincón de los Artistas / Htal. Nac/ Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario». Fallos 326:3700.

La actora, en su calidad de adjudicataria de la licitación pública convocada por el Hospital Profesor Posadas para otorgar la concesión del servicio de comedor y cafetería por medio del «sistema de anticresis», inició demanda contra dicho Hospital pretendiendo obtener la declaración de nulidad de la resolución por la que este había dejado sin efecto aquella licitación con fundamento en las irregularidades detectadas. Por su parte, el Hospital interpuso acción de lesividad a fin de obtener la declaración de nulidad de dicho acto y de los vinculados a él. El juez de primera instancia hizo lugar a esta última acción y rechazó la demanda, decisión que fue confirmada por la Cámara y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

⁵⁴ Considerando 19.

*podía ser válidamente revocada en sede administrativa pues no había generado derechos subjetivos que se estuvieran cumpliendo (Artículo 17 de la Ley N° 19549)*⁵⁵.

Con posterioridad⁵⁶, el Máximo Tribunal sostuvo la improcedencia de la potestad revocatoria de la administración respecto de actos firmes y consentidos, así como la procedencia del Recurso Extraordinario Federal contra la Sentencia que -como la impugnada en autos- validaron tal proceder, en los siguientes términos:

«Toda vez que la decisión impugnada importó convalidar las facultades de revocación de la administración municipal, en ella debió ponderarse si tales facultades podían ser ejercidas en el caso sin vulnerar lo previsto en esta materia por el art. 5° del cód. contencioso administrativo provincial y por los arts. 114, 117 de la ley de procedimientos administrativo local, máxime si se repara en el hecho de que antes de concluir el acuerdo celebrado, la administración dio intervención a sus dependencias técnicas, las que, reiteradamente, aconsejaron aceptar la deuda que reclamaba la actora y suscribir el convenio que posteriormente se pretendió desconocer mediante el dictado del decreto 394/96».

Agregó que *«La potestad que tienen los órganos administrativos para enmendar sus actos anteriores, encuentra justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por aquellos actos administrativos irregulares, esto es, los que carecen de las condiciones esenciales de validez por hallarse afectados de vicios graves y ostensibles en su forma, competencia o contenido, esta Corte estableció como criterio general «... que los actos administrativos firmes que provienen de autoridad competente, llenan todos los requisitos de forma y se han expedido sin grave*

⁵⁵ Considerando 20.

⁵⁶ C.S.J.N., 2 de diciembre de 2004, «Pradera del Sol c/ Municipalidad de General Pueyrredón (P.864.XXXVI)» (publicado en EDA, 2005; La Ley 2006-A, 78, con nota de Maximiliano Antonietta; Fallos 327:5356.

error de derecho, en uso regular de facultades regladas, no pueden ser anulados por la autoridad que los dictó...» y que «... esa estabilidad cede cuando la decisión adolece de vicios formales o sustanciales, o ha sido dictada sobre la base de presupuestos fácticos manifiestamente irregulares, reconocidos o fehacientemente comprobados».

Seguidamente, expresó que *«El contrato administrativo es ley para las partes, la modificación unilateral de lo convenido llevada a cabo por la administración con independencia de la voluntad del contratista, no puede justificarse a la luz de lo expresamente dispuesto en el art. 1197 del cód. civil. Ello no es otra cosa que la aplicación del principio de la legalidad administrativa derivación de los postulados del Estado de Derecho que importa la vinculación y sujeción de la Administración Pública al bloque de legalidad, que se integra no sólo con las normas de rango jerárquico superior a partir de la Constitución, art. 31 y reglamentos que emite, sino también con los actos unilaterales y bilaterales que, ceñidos a las normas mencionadas, dicta o asume»*⁵⁷.

Finalmente, es destacable lo decidido, recordando el caso «Carman de Cantón», que: *«No existe ningún precepto de ley que declare inestables, revisables, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades, cuyo personal sufre mutaciones frecuentes por ministerio constitucional, legal o ejecutivo al sostener que el principio de intangibilidad de los derechos subjetivos adquiridos por los particulares, que hace imposible su desconocimiento unilateral en sede administrativa, es de decisiva importancia, porque responde al respeto de la propiedad y de la seguridad jurídica»*⁵⁸.

⁵⁷ Del dictamen del Procurador General que la Corte comparte y hace suyo.

⁵⁸ Ídem. Agregó que si bien *«según reiterada doctrina de la Corte, el examen de cuestiones de hecho, prueba, derecho común y público local, constituyen*

En un pleito que involucrara a dos Estados⁵⁹, la Corte mantuvo dicha posición expresando: «...13°) *Que la autoridad administrativa provincial olvidó que había generado derechos en otro ..., por lo que no podía revocar la donación por sí y ante sí como lo hizo El cumplimiento de la condición resolutoria que invocó requiere que la resolución sea pedida judicialmente, y exige la necesaria sentencia del juez que así lo declare. Una conclusión distinta, que convalidara la conducta referida llevada a cabo ..., contrariaría a la ley y sería seriamente lesiva de la seguridad jurídica. Sólo el juez, frente a un acto de donación sometido a la condición antedicha, puede valorar y afirmar, considerando en su caso todas las circunstancias que rodearon aquélla, y su consiguiente acepta-*

materia propia de los jueces de la causa y ajenas al recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48, ello no constituye óbice para habilitar tal instancia cuando el tribunal a quo prescinde de dar un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo a las constancias del expediente y a las normas aplicables, y cuando formula consideraciones fragmentarias de los elementos conducentes para la decisión del litigio, lo cual impide una visión de conjunto sobre la prueba reunida y frustra el derecho a obtener una sentencia que sea derivación razonada del derecho vigente», reputando arbitrario el pronunciamiento toda vez que el tribunal a quo, en claro apartamiento de las normas que rigen el caso, **omitió aplicar las disposiciones de derecho administrativo invocadas** por la actora, con grave menoscabo del derecho de defensa en juicio, pues el razonamiento adecuado para la solución de la causa exigía de manera ineludible recurrir a las normas del Código Contencioso Administrativo Provincial y a la ley de Procedimientos Administrativos Municipal, en particular al art. 5° del cód. ritual, en cuanto establece que «las autoridades administrativas no podrán revocar sus propias resoluciones, en asuntos que den lugar a la acción contencioso administrativa, una vez que la resolución hubiese sido notificada a los particulares interesados. Si se dictase una resolución administrativa revocando otra consentida por el particular interesado, este podrá promover el juicio contencioso administrativo, al solo efecto de que se restablezca el imperio de la resolución anulada», **reafirmando el principio de estabilidad de los actos administrativos».**

⁵⁹ Del dictamen del Procurador General de la Nación que la Corte comparte y hace suyo en la causa «E. 254. XXXVI. “Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) c/ Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad” del 26/06/2007 (Fallos 330:2849).

ción, si la condición que se invoca se cumplió o no. La seguridad jurídica, derivada de actos administrativos firmes, que generaron derechos en la esfera de otros, impone esta solución».

Seguidamente, en el Considerando 14) expuso el Alto Tribunal «... *Que tratándose de actos administrativos producidos contra legem, basta el hecho objetivo de violación legal para que se configure el vicio de ilegitimidad (disidencia de los doctores Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Julio Oyhanarte, Fallos: 241:384), que en tales condiciones corresponde declarar en autos. Ello, con apoyo en las disposiciones del Código Civil relativas a las nulidades de los actos jurídicos que -entre otras- son aplicables en la esfera del derecho administrativo (Fallos: 190:142; 304:919 y 310:1578) de resulta de las cuales es claro que la Provincia de Buenos Aires carecía de atribuciones para revocar por decreto la donación realizada al Estado Nacional y dictar los demás actos que son consecuencia del decreto 1848/98...».*

4. Posibilidad de suspender cuando no se puede revocar

- Postura que admite la posibilidad:

En un caso⁶⁰ en que se consultaba sobre la posibilidad de proceder a la suspensión de oficio, en sede administrativa, de un acto que había otorgado -sin que se hubieran cumplido la totalidad de los requisitos reglados- la concesión de un registro de propiedad automotor, la Procuración del Tesoro de la Nación dictaminó que «*La decisión de suspender los efectos de actos administrativos se inscribe claramente en el deber que recae sobre la Administración Pública de velar por el interés público representado, en el caso, por la necesidad de que a esos actos se les apliquen adecuadamente las normas que condicionan su emisión».*

⁶⁰ Dictámenes 239:169.

En relación a la naturaleza de la Suspensión del acto administrativo, señala Fabián CANDA que «*significa la detención temporal de los efectos normales del acto suspendido*» o, en palabras de Marienhoff, la «*paralización transitoria de sus efectos*»⁶¹. Agrega el autor citado⁶² que: «*En el caso de la suspensión en sede administrativa, la decisión final y definitiva podrá corresponder a la Administración (si el acto es susceptible de ser revocado en sede propia) o al juez (si procede la anulación)*». Y apunta que «... *La Administración no puede limitarse a suspender y olvidarse del asunto. Su deber es suspender y, transcurrido un breve plazo ... levantar la suspensión o iniciar la acción de lesividad*»⁶³. Más adelante⁶⁴, citando la opinión de la Procuración del Tesoro de la Nación, señala que este Organismo, citando la opinión de Juan Ramón de Estrada, ha decidido que «*en los casos en que la Administración no puede revocar los actos irregulares se entiende que al menos debe suspenderse su ejecución a fin de evitar que un acto absolutamente nulo produzca efectos o prestaciones que luego habrán de retirarse*» («Dictámenes», 195-49, de fecha 24/10/90).

También Julio Comadira⁶⁵ expresa que: «*Las precedentemente señaladas proyecciones fructíferas de la obligatoriedad anulatoria imputada a la Administración, tanto en el caso de la «anulación de oficio» como en aquél en que por no ser ella viable resulta necesario promover la correspondiente demanda judicial, aparecen significativamente evidenciadas cuando se advierte que, precisamente en su virtud, cabe reputar*

⁶¹ CANDA, Fabián Omar, «Suspensión de oficio del acto administrativo», *Revista de Derecho Administrativo (RDA)*, N° 21/22, Depalma, Buenos Aires, enero-diciembre de 1996, p. 409 y ss.

⁶² Op. cit., p. 415.

⁶³ Op. cit., p. 429.

⁶⁴ Op. cit., p. 431.

⁶⁵ COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada «Cosa Juzgada Administrativa»*, 2ª edición actualizada, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, p. 184.

*incorporada al esquema de la ley la privación de la presunción de legitimidad a los actos irregulares, es decir, a los actos afectados de nulidad absoluta, toda vez que no es razonable suponer que la Administración pueda estar obligada a anular (ya per se, o demandando la ejecución de la «nulidad» declarada «administrativamente») actos que se presumen legítimos». «Como se ve -agrega el autor citado-, esta ausencia de la presunción de legitimidad acompaña, incluso, a los actos que no son anulables oficiosamente, motivo por el cual, y sin perjuicio de que la eliminación definitiva de los efectos del acto sólo pueda lograrse ejecutoriando judicialmente la pretensión anulatoria, **se impone en estos casos el deber de suspender provisionalmente los efectos del acto**, precisamente porque no sería coherente que siguiera produciéndolos un acto que no se presume legítimo. En esta hipótesis, la Administración debe ejercer la posibilidad suspensiva oficiosa que, por razones de interés público, le autoriza a emplear la segunda parte del art. 12 de la ley».*

También Manuel María Diez y Tomás Hutchinson⁶⁶, con respecto a la suspensión de la ejecutoriedad del acto declarado lesivo, expresan: *«Es lógico suponer que si la Administración inicia proceso de lesividad por entender que el acto es ilegítimo, habrá de suspender la ejecución del mismo. Se entiende que ésta será una facultad discrecional de la Administración, pero parece lógico que durante la tramitación del proceso no se ejecuten los actos objeto de la pretensión deducida. Siempre es la Administración la legitimada activamente...»*⁶⁷.

⁶⁶ DIEZ, Manuel María y HUTCHINSON, Tomás, *Derecho procesal administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1996, p. 306 y ss.

⁶⁷ La posibilidad de suspender de oficio en sede administrativa actos de igual carácter que fuesen irrevocables en esa sede, ha sido compartida por el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, en Expte. N° 26.673/06 - «Incidente de medida cautelar en autos: Municipalidad de la ciudad de Corrientes c/ Aguas de Corrientes S.A. s/ acción contenciosa administrativa de lesividad» - 10/6/2008, EIDial.com, año XI - N° 2564, miércoles, 2 de julio de 2008, donde sostuvo «... No se trata de «revocación» sino de «suspensión» de su propio acto,

- *Postura negatoria.*

La jurisprudencia de la ciudad autónoma de Buenos Aires, en la causa «Auzón de Martinelli»⁶⁸, registra un antecedente claramente expresivo de la posición negativa. En su voto, el Dr. Balbín expresó que «*Si bien el art. 12 ley 19549 reconoce a la Administración la facultad de suspender de oficio un acto administrativo cuando se compruebe fundadamente la existencia una nulidad absoluta, esa facultad debe armonizarse con lo establecido en el art. 17 ley 19549, que impide revocar en sede administrativa tal tipo de actos cuando han sido ejecutados o ha comenzado su ejecución y siempre que hubiesen generado derechos subjetivos*». Se agregó que: «*Si no resulta posible revocar de oficio los actos administrativos nulos que reconocen derechos subjetivos en vías de cumplimiento, la Administración tampoco está autorizada a suspenderlos por sí*»⁶⁹.

También se agregó: «*Para lograr la suspensión de un acto administrativo irregular, que generó derechos subjetivos en*

estando la Administración autorizada a «suspender» la ejecución de un acto administrativo por razones de interés público (art. 143 ley 3460) o cuando se alegare fundadamente una causal de nulidad.- Como lo expresó Luqui, R.E. («Revisión Judicial de la Actividad administrativa» -t.2- p. 373), «Para relevar a la Administración en determinadas circunstancias del deber jurídico de ejecutar los actos que dicta, la ley contempla los supuestos en que está facultada para suspender sus efectos».- La Municipalidad, en los considerandos de la resolución N° 2205 arrima antecedentes de «suspensión provisoria» de los actos administrativos nulos de nulidad absoluta, a fin de no () provocar perjuicios a la Administración o evitar que produzcan efectos que luego habrán de retirarse.- El principio general del art. 184 de la ley 3460 es que «El acto administrativo nulo debe ser revocado o sustituido en sede administrativa «Solamente en caso de generar prestaciones pendientes de cumplimiento debe pedirse su anulación judicial».

⁶⁸ C. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As., Sala 1ª, en fecha 9/4/2003, causa: «Auzón de Martinelli, Lía M. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires» (publicado en J.A., LexisNexis, Suplemento Administrativo del 25/2/04).

⁶⁹ Se dijo también que: «*Si la resolución por la cual se titularizó a una docente en su cargo generó derechos subjetivos en curso de ejecución, la Administración no puede revocarla, sustituirla, modificarla o suspenderla per se, aun cuando tal acto fuera nulo*».

curso de ejecución, la Administración debe iniciar una acción de lesividad y solicitar judicialmente como medida cautelar la suspensión de sus efectos, ya que no está autorizada para suspender el acto por sí misma».

Esa fue la posición de la Procuración del Tesoro de la Nación a partir de Dictámenes 259:11⁷⁰.

Sobre el particular, sostuvo el Alto Organismo Asesor que *«La intención del artículo 17 de la Ley N° 19549 de prohibir la revocación en sede administrativa del acto que confiere derechos a los particulares, es garantizar el ejercicio normal de esos derechos hasta tanto una sentencia judicial resuelva lo contrario. No sería admisible, en consecuencia de ello, no sólo revocar el acto en cuanto a sus efectos futuros, ni modificarlo o sustituirlo con igual consecuencia, sino tampoco suspenderlo, pues esto último implicaría lograr en la práctica lo que la norma precisamente quiso evitar: que los derechos emergentes quedaran a merced de una decisión administrativa ulterior».*

También agregó que: *«... Del examen del expediente surge que el acto administrativo viciado de nulidad contó con los asesoramientos técnicos y jurídicos de las dependencias respectivas, como así también con la aprobación de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal. Asimismo, no existen elementos que permitan suponer que el agente conocía el vicio que afectaba el acto que dispuso incorporar a su haber de retiro, la bonificación por título. Por ello, no corresponde la restitución de las sumas percibidas y consumidas por el agente»⁷¹.*

⁷⁰ Dict. N° 285/06, 13 de octubre de 2006. Expte. N° 1790/90. Servicio Penitenciario Federal. (Dictámenes 259:11).

⁷¹ En la causa: R. 679. XXXVI, «Rossello, Josefa Esther c/ Anses s/ medidas cautelares» C.S.J.N., 23/9/2003 (Fallos 326:3679), ha decidido que: *«Corresponde conciliar las normas generales y las particulares de la materia previsional y atender a los principios que establece el Código Civil, pues aun cuando la ley 24241 no efectúa distingo alguno al autorizar la formulación de cargos por la percepción indebida de jubilaciones, se debe discriminar al respecto dado que no se advierte razón para tratar de manera más gravosa a un deudor de buena fe que ha consumido prestaciones de naturaleza alimentaria, que a uno*

Finalmente, expuso que por aplicación del artículo 17 de la Ley N° 19549, la Disposición DGA N° 238/92, sólo puede ser anulada mediante decisión judicial y previa deducción de la pertinente acción de lesividad. Asimismo, deberá solicitarse el dictado de una medida cautelar a efectos de obtener la suspensión del pago notoriamente mal liquidado al ahora recurrente, así como la del pago del adicional legítimamente concedido ya devengado. Dicha medida servirá, no sólo para resguardar la legalidad y al erario público, sino que, además impedirá que el administrado vaya sumando, mes a mes, una cifra que luego le resultará traumático devolver, por cuanto ya no podrá afirmarse el desconocimiento del vicio.

Vemos aquí que los supuestos que involucran el ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración, sea en su propia sede o mediante la promoción de la correspondiente acción de lesividad, incluyendo la suspensión cautelar de los efectos del acto reputado nulo, encuentra en el derecho argentino solución a través de institutos propios, donde la uti-

que se encuentra obligado a restituir por causa de otro tipo de relaciones jurídicas (arts. 738, 786 y 1055 del código citado)». «La ANSeS revisó los acuerdos de las prestaciones otorgadas a la titular y -atento a los términos del art. 79 de la ley 18037- restringió la extensión del derecho anteriormente reconocido con invocación de la atribución conferida por el art. 15 de la ley 24241. Dicha norma constituye una excepción a la regla del art. 17 de la ley 19549 y faculta a la administración previsional para revocar, modificar o sustituir el acto que estuviere afectado de nulidad absoluta. Frente a la decisión del a quo fundada en el art. 14, inc/ d, de la ley 24241, que autoriza la formulación de cargos por la percepción indebida de jubilaciones, se admite que la norma citada no realizaba distingo alguno al contemplar la posibilidad de efectuar las deducciones, pero del Código Civil sí surgían limitaciones al derecho de repetición no consideradas por la alzada y que justificaban una interpretación armónica e integrativa de las normas». «En tales condiciones, y dado que en la causa no está discutido que la beneficiaria consumió de buena fe los haberes de carácter alimentario cuyo reintegro pretende la administración mediante la afectación de las prestaciones subsistentes que también tienen aquella naturaleza, resultan fundadas las objeciones de la apelante a la luz de las precedentes consideraciones.» «Por ello, se declara procedente el recurso ordinario y se revoca la sentencia recurrida en lo que ha sido materia de agravios».

lización del principio de la confianza legítima carece de gravitación, y mucho menos la doctrina de los actos propios, pues precisamente la Administración puede -y debe- alegar su propia torpeza en estos casos. Aun si los efectos de la revocación son o no retroactivos, si no lo fueran, sea por la teoría del enriquecimiento sin causa -en el caso del funcionario de facto- sea por la aplicación analógica de normas civiles sobre el principio de buena fe, encuentran en él una respuesta sin necesidad de importar instituto alguno⁷².

⁷² Expresivo resulta lo que expresa GARCÍA LUENGO -op. cit., ps. 466/467- en el párrafo final de su obra, refiriéndose a los efectos *ex nunc* como regla en materia de revocación de oficio de actos administrativos viciados, en el sentido que «... si con carácter general, ésta será la consecuencia normal de la aplicación de nuestro principio, no faltan supuestos en los que sería jurídicamente inadmisibles que quien ha generado con un comportamiento, que puede ser claramente doloso, la ilegalidad de un acto, se beneficie de la misma disfrutando de sus efectos mientras la Administración reacciona».

CAPÍTULO IV

INSTITUTOS JURÍDICOS AFINES, ARRAIGADOS EN EL DERECHO ARGENTINO, QUE LIMITARÍAN LA GRAVITACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

a. No derecho al mantenimiento de leyes y reglamentos versus Derechos Adquiridos

En la República Argentina, constituye una pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que *«la modificación de leyes por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, ya que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a la inalterabilidad de los mismos»*.¹

No obstante, también es una consolidada doctrina jurisprudencial la que se ha dado en llamar de los «derechos adquiridos», para significar las situaciones jurídicas consolidadas en cabeza de ciertas personas que han cumplido la totalidad de las condiciones sustanciales y requisitos formales durante la vigencia de un determinado régimen jurídico, únicos supuestos donde cabe hablar de lesión tutelable jurídicamente cuando, merced al cambio normativo, se desconocen tales situaciones.

¹ Fallos: 267:247; 268:228; 291:359; 308:199; 311:1213; 315:839; 318:1531; 321:2683; 323:3412; 325:2875, recordados en la causa citada *supra* “Cablevisión c/ Municipalidad de Pilar” del 4/4/2006, Fallos 329:976.

Al referir a la noción «situaciones jurídicas consolidadas», significa a las nacidas y extinguidas durante la vigencia de un determinado régimen legal, más no las que se encuentran *in fieri*, como por ejemplo, de quienes principiaron su relación de empleo público bajo la vigencia de un régimen legal determinado y en cuyo transcurso y antes de su extinción, el régimen original sufre alteraciones.

Siendo la regla que «nadie tiene derecho al mantenimiento de leyes o reglamentaciones², es particularmente severa la aplicación de los principios del derecho administrativo que hacen a las consecuencias patrimoniales de la revocación por la Administración de un acto de alcance general y a la responsabilidad por actos estatales normativos».

También se ha decidido que «en cuanto a su derogación o reemplazo, los decretos y normas reglamentarias participan del mismo régimen que las leyes, en cuanto a que ningún derecho adquirido puede impedir su remoción del ordenamiento jurídico pues, de lo contrario, importaría admitir el postulado de la inamovilidad del derecho objetivo en materia reglamentaria³. Se agregó que la continuidad de un reglamento no constituye, en sí misma, una situación jurídicamente tutelada⁴.

² Fallos 268:228; 272:229, citados en la causa “Revestek S.A. c/ Banco Central de la República Argentina y otro s/ ordinario” (Fallos 318:1531) del 15 de agosto de 1995.

³ C.S.J.N., 05/11/2002, causa “Radiodifusora Mediterránea S.R.L. c/ Estado Nacional - amparo”, Fallos 325:2875, del Dictamen del Procurador General, que la mayoría comparte. En la misma causa se recordó como doctrina pacífica del Tribunal que: “... la modificación de leyes por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, ya que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a la inalterabilidad de los mismos (Fallos: 268:228; 272:229; 291:359; 300:61; 308:199; 310:2845; 311:1213, entre otros).

⁴ Citando Fallos 319:2658, considerando 7º). También vimos que “*El principio de inderogabilidad particular de las reglamentaciones generales es inaplicable a los actos normativos de sustancia legislativa como son las ordenanzas municipales, respecto de las cuales cobran plena vigencia las reglas*

Por todo ello, resulta indiscutible la facultad del Poder Ejecutivo de derogar una norma anterior por otra posterior de igual jerarquía, sin que el uso de tal facultad configure, en principio, ninguna cuestión constitucional⁵.

También se ha decidido tanto respecto de leyes como de reglamentos, que «la Constitución Nacional no impone una versión reglamentaria en materia de validez intertemporal de leyes, por lo que el legislador o el juez, en sus respectivas esferas, podrán establecer o resolver que la ley nueva destruya o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existente»⁶.

En forma coincidente se pronunció la Procuración del Tesoro de la Nación, quien expresó reiteradamente que: «*Las leyes a partir de su vigencia se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes; su modificación por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, pues nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentos ni a la inalterabilidad de los mismos*»⁷.

Solamente se puede hablar de lesión jurídicamente tutelable cuando se configura en cabeza de un sujeto un «derecho adquirido», habiendo decidido la Corte Suprema Argentina, aunque de manera excepcional, pero con particular énfasis que: «... *si bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular de un*

generales de "lex posterior derogat priori" y "lex specialis derogat generalis". Del dictamen de la procuradora fiscal que la Corte hace suyo. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 24/08/1989. Promenade S.R.L. c/ Municipalidad de San Isidro. Fallos 312:1394.

⁵ Fallos 259:377; 283:360, entre otros, citados por la Disidencia en la causa "Radiodifusora Mediterránea".

⁶ Causa "Radiodifusora Mediterránea".

⁷ Dict. N° 154/05, 17 de mayo de 2005. Expte. N° 143219/04. Ex Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. (Dictámenes 253:227).

determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido, porque la situación jurídica general creada por esa ley se transforma en una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto, que no puede ser suprimida sin agravio del derecho de propiedad consagrado por la Constitución Nacional aunque falte la declaración formal de una sentencia o de un acto administrativo, pues éstos sólo agregan el reconocimiento de ese derecho o el apoyo de la fuerza coactiva necesaria para que se haga efectivo»⁸.

- Los derechos adquiridos en materia jubilatoria

El art. 17 de la Constitución Nacional consagra la inviolabilidad de la propiedad, y prohíbe expresamente la confiscación de bienes, e impide que las normas que se dicten vulneren los derechos amparados por garantías constitucionales. El criterio señalado, tiene amplio respaldo no solamente en lo que establece el art. 3º del Cód. Civil, sobre la improcedencia de la aplicación retroactiva de las leyes, sino asimismo en el principio sentado por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación quién tiene expresado con particular énfasis: «... *Que ni el legislador ni el juez podrían, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior, pues en este caso el principio de la no retroactividad deja de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad reconocida por la ley suprema*»⁹.

Es precisamente en materia jubilatoria, es decir, en lo concerniente a la determinación de la ley aplicable a los efectos del otorgamiento del beneficio jubilatorio, donde se ha

⁸ Conf. Doctrina de Fallos: 178:431; 238:496; 298:472; 307:305; 317:1462, entre otros.

⁹ Fallos 137-37; 152:268; 163-155; 178-431; 238-436, además del caso "Jawetz, Alberto", TySS, Editorial El Derecho, 1995, p. 82.

hecho aplicación frecuente de la doctrina de los derechos adquiridos.

Sobre el particular, el Profesor Miguel S. Marienhoff¹⁰ sostiene que: «... *la ley que rige todo lo atinente a requisitos a cumplir para obtener la jubilación, como así las modalidades de esta, es la ley vigente al día en que el interesado cumplió con todos los requisitos entonces exigidos para obtener ese beneficio: edad, años de servicio, pago de aportes. En ese momento el agente «adquirió el derecho» a que se le otorgue la jubilación, tiene al respecto «un derecho adquirido», careciendo en absoluto de importancia que cese en su actividad o continúe prestando servicios, pues esta eventual continuación en ejercicio de la actividad en modo alguno implica una «renuncia» al derecho ya adquirido a que se le otorgue la jubilación».*

Continúa diciendo dicho autor que: «*una ley posterior no puede alterar, en perjuicio del agente, la situación ya consolidada por los años de servicios prestados, por la edad alcanzada y los aportes abonados: lo contrario implicaría un agravio a derechos patrimoniales del agente público, garantizados por el artículo 17 de la ley suprema. Igual criterio cuadra aplicar respecto del agente, que habiendo cumplido los requisitos pertinentes para jubilarse, renuncia a su empleo, y recién después de varios años gestiona el otorgamiento de su jubilación».*

Por su parte, Comadira y Coviello¹¹, comentando sendos dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, sostuvieron que «... *el concepto de derecho adquirido puede considerarse consolidado tanto en nuestra doctrina como en la Jurisprudencia, a cuyas sendas se unió la Procuración del Teso-*

¹⁰ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, Lexis N° 2205/001780; también su artículo: "Derecho adquirido y derecho ejercido: pretendidas diferencias en cuanto a su protección jurídica", *Revista de Derecho Administrativo (RDA)* N° 1, mayo-agosto 1989, año 1, Depalma, p. 3 a 14; *La Ley* 1989-B, 776.

¹¹ COMADIRA, Julio R. y COVIELLO, Pedro J. J., "Dos dictámenes trascendentes sobre derechos adquiridos en materia previsional", *Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación*, N° 19, Buenos Aires, 1992, ps. 11 a 22.

ro»..., siendo el concepto útil «... *para mostrar elementalmente en funcionamiento los efectos de la ley con relación al tiempo*», citando a Llambías.

Luego de repasar la jurisprudencia de la Corte Suprema, así como los diversos dictámenes de la Procuración del Tesoro, y de recordar la distinción efectuada por Marienhoff sobre «derecho adquirido» y «derecho ejercido», los autores expresan que «... *tales situaciones, que no dependen sólo de la voluntad de los individuos, nacen a partir de una predeterminación legal, y pueden ser encuadrables entre las que Paul Roubier denominara «situaciones jurídicas subjetivas dependientes de la ley en su creación y en sus efectos», en las que, si bien la voluntad del particular puede tener relevancia, su régimen lo fija la ley...».*

Agregan más adelante que: «... *Es ilustrativo puntualizar que esta distinción conceptual, rica, en el caso, para afirmar la existencia de los derechos previsionales, subyace también como sustento del límite legal al accionar anulatorio oficioso de la Administración Pública, en tanto éste reconoce como valla -con independencia del juicio de valor que pueda merecer esta limitación impuesta a la «anulación» administrativa- los derechos subjetivos que «se estén cumpliendo...».*

Y en idéntica materia, ha declarado el más Alto Tribunal Federal que: «*Debe considerarse que existe un derecho adquirido cuando bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en aquella para ser titular de un determinado derecho, de manera que la situación jurídica general creada por esa ley se transforma en una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto que se hace inalterable y no puede ser suprimida por ley posterior sin agravio al derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la Constitución Nacional*»¹².

¹² Corte Suprema, septiembre 28 de 1993 en el caso “Marozzi, Eldo E. c/ cia. de Santa Fe”, TySS, Editorial El Derecho, 1994 p. 475 y ss.

Asimismo, en la causa «Noguera»¹³, sostuvo que: «*El acto por el que se concedió la jubilación invistió al beneficiario del status jubilatorio según el régimen del decreto-ley 7825/63, lo que implicó otorgarle, como lo prescribe el art. 23, un verdadero derecho adquirido, amparado por el art. 17 de la Constitución Nacional, a que los haberes que percibe no sean tomados en cuenta para limitar el monto de los restantes beneficios que goce o puedan corresponderle*». Agregó que «*El derecho otorgado por el art. 23 del decreto-ley 7825, al constituir uno de los componentes del status jubilatorio, no puede ser desconocido por el mero hecho de haberse derogado la norma que lo concedió*».

Frente a dicho escenario, la solución se encuentra dentro de la generosa noción que del derecho de propiedad ha edificado la Corte Suprema, que llegue a configurar el supuesto de un derecho adquirido; de lo contrario, habrá una mera expectativa. Difícilmente pudiera existir un supuesto intermedio entre la mera expectativa y el derecho adquirido, y en ese caso, sería quizás un ámbito dónde habría que analizar si el principio de confianza legítima podría tener cabida.

- *La doctrina en las relaciones de fomento. El caso «Cerro Vanguardia»*¹⁴.

Siguiendo a Jordana de Pozas¹⁵, el fomento es la «acción consistente en proteger, estimular, auxiliar o fomentar las actividades particulares mediante las cuales se satisfacen necesidades o conveniencias de carácter general». Los medios de fomento pueden clasificarse en: positivos o directos y negativos o indirectos. Los primeros son los que otorgan ven-

¹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, autos: “Noguera, Oscar Francisco” de fecha 16/8/88, Fallos 311:1446.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 30 de junio de 2009, “Cerro Vanguardia S. A. (TF 22.172-I) c/ DGI”. Fallos 332:1531.

¹⁵ JORDANA DE POZAS, Luis, “Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo”, Revista de Estudios Políticos, N° 48, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1949, p. 41.

tajas o prestaciones, mientras que los segundos son los que obstaculizan actividades contrarias a las que el gobernante quiere fomentar.

La Corte Suprema, a partir del precedente «Metalmecánica»¹⁶, forjó la tesis de que, bajo determinadas circunstancias, las concesiones de incentivos o beneficios promocionales por parte del Estado a particulares configuran actos administrativos bilaterales. A partir de dicho pronunciamiento, la doctrina comenzó a identificar ocasiones en las cuales podría presentarse una relación jurídica bilateral entre el particular y la Administración que genera a favor del primero una protección jurídica similar a la que merecería un contrato¹⁷.

En su comentario al caso «Metalmecánica», Marienhoff definió al acto administrativo bilateral como aquel cuya emanación y contenido se deben a dos voluntades coincidentes (de la Administración Pública y del administrado), acerca de lo que una parte le reconoce a la otra, y recíprocamente; en ese sentido, el autor señala que los actos administrativos pueden ser bilaterales en su «formación» o en sus «efectos». Agregó el extinto profesor que en «Metalmecánica» el Alto Tribunal reconoció por primera vez la existencia del acto administrativo bilateral, señalando que los requisitos que se desprenden de dicha decisión para que se configure un acto bilateral son: 1) un pedido de incorporación al régimen de promoción y 2) una aceptación por parte de la autoridad estatal¹⁸.

Precisamente, el caso «Cerro Vanguardia» abordó la temática de los derechos adquiridos, o más bien, el derecho al

¹⁶ C.S.J.N., «Metalmecánica S.A.C.I. c/ Nación Argentina s/nulidad de resolución e indemnización» 23-9-76, Fallos: 296:672.

¹⁷ Entre otros, ver Sacristán, Estela B., «El problema de la fuente en las relaciones de fomento», *Revista de Derecho Administrativo (RDA)* N° 43, LexisNexis, Buenos Aires, 2003, p. 101.

¹⁸ MARIENHOFF, Miguel S., «El acto administrativo bilateral y la Corte Suprema de Justicia. Lo atinente al contrato y al quasi contrato administrativo», *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1978, Buenos Aires, N° 61, p. 71 y ss.

mantenimiento de un régimen jurídico de fomento que garantizara la estabilidad fiscal, a pesar de su derogación, reprochando la actitud del organismo fiscal tendiente a perseguir el cobro de tributos no aplicables -por tal motivo- a la empresa actora.

Conforme refieren Castro Videla y Castello¹⁹, la causa se originó con la interposición de un recurso de apelación por parte de Cerro Vanguardia S.A. (empresa que cuenta desde el año 1997 con el respectivo certificado de estabilidad fiscal, emitido en los términos de la ley 24.196) contra la Resolución de la DGI que había determinado de oficio su obligación tributaria, como agente de retención del impuesto a las ganancias por distribución de dividendos (creado por ley 25.063, de diciembre de 1998), intimándola a ingresar el impuesto correspondiente al período fiscal del año 2000, con más accesorios y multa. Habiendo obtenido un pronunciamiento desfavorable ante el Tribunal Fiscal de la Nación (TFN) y la propia Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, la empresa Cerro Vanguardia S.A. interpuso un recurso ordinario de apelación contra la sentencia del último tribunal mencionado. El punto central de la controversia radicaba precisamente en determinar si la carga tributaria resultante de la aplicación del mencionado impuesto a las ganancias por distribución de dividendos, era compatible o no con la garantía de estabilidad fiscal asegurada a las empresas mineras respecto de los emprendimientos realizados en los términos de la ley 24.196.

La Corte, por mayoría (con la única disidencia de la Dra. Highton de Nolasco), entendió que el recurso era procedente y revocó la sentencia apelada.

¹⁹ CASTRO VIDELA, Santiago María y CASTELLO, Juan D. Antonio, “Algunas consideraciones en torno al caso “Cerro Vanguardia” y la interpretación de los regímenes de fomento que consagran beneficios fiscales”, Revista de Derecho Administrativo (RDA) N° 70, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 1.144.

El razonamiento efectuado por el Tribunal para resolver como lo hizo, puede ser esquematizado del siguiente modo²⁰:

- a) Existe un régimen de fomento establecido por la ley 24.196 que garantiza a la actora por 30 años la estabilidad fiscal (inalterabilidad de la carga tributaria total que afecta el emprendimiento minero en cuestión, determinada a la fecha de presentación del estudio de factibilidad del proyecto)²¹;
- b) Dicha garantía constituye un límite que válidamente se ha autoimpuesto el legislador en los términos del artículo 75 inc. 18 de la CN, con el objeto de promover las inversiones mineras (en el marco de la actividad de fomento y en ejercicio de las facultades concedidas por la Constitución en la cláusula del progreso)²²;
- c) Aun cuando técnicamente el sujeto cuya renta se encuentra gravada por el nuevo impuesto no sea la sociedad Cerro Vanguardia S.A. (sino sus accionistas), debido a la significación económica de dicho tributo²³,

²⁰ Sigo aquí a la sistematización efectuada por los autores citados precedentemente.

²¹ El art. 8° de la Ley 24196 (BO 24/05/1993), establece que “[l]os emprendimientos mineros comprendidos en el presente régimen gozarán de estabilidad fiscal por el término de treinta (30) años contados a partir de la fecha de presentación de su estudio de factibilidad (...)”. Seguidamente, en sus diversos incisos, especifica los alcances de la referida estabilidad fiscal, define el concepto de “incremento de la carga tributaria total”, establece supuestos específicos que “no se encuentran alcanzadas por la estabilidad fiscal ni resultarán violatorias de la misma”, etc.

²² Cfr. C.S.J.N., “Cerro Vanguardia S.A. c/ DGI”, 8 *in fine*. Sostuvo allí la Corte que “(...) la limitación que se impuso el propio Estado mediante la ley 24.196, al asegurar a las empresas que encaren emprendimientos mineros la estabilidad fiscal por un plazo de treinta años, persiguió el propósito de promover las inversiones en ese sector, manteniendo la ecuación económico financiera tenida en cuenta al presentarse el estudio de factibilidad. La Constitución Nacional autoriza al Congreso a dictar esa clase de normas (art. 75, inc. 18)”.

²³ A fin de dilucidar la cuestión planteada, el Tribunal recurrió al criterio o principio de la realidad económica en la interpretación de normas tributarias (cfr. C.S.J.N., “Cerro Vanguardia S.A. c/ DGI”, cit., considerando 8).

su aplicación al caso debe excluirse a pesar de que ello pueda *prima facie* implicar, en los hechos, un desdibujamiento del límite subjetivo de la garantía de estabilidad fiscal analizada (a juicio de la Corte el impuesto a la «igualación» que grava los dividendos de los accionistas implica, por sus efectos económicos, una modificación de la carga tributaria de la empresa)²⁴;

- d) Ello no constituye la creación de una exención por vía interpretativa, pues la inteligencia de las normas que estatuyen beneficios de carácter fiscal (como la garantía analizada) debe responder a la finalidad de que el propósito de la ley se cumpla de acuerdo con los principios de una razonable y discreta interpretación, admitiéndose que las exenciones tributarias pueden resultar del indudable propósito de la norma y de su necesaria implicancia (no deben interpretarse necesariamente con el sentido más restringido que su texto admita)²⁵;
- e) En función de lo anterior, cabe concluir que la actora ha adquirido un derecho a la inalterabilidad de la carga tributaria nacido al amparo de una garantía válidamente concedida por ley formal²⁶, por lo que la aplicación del nuevo impuesto (posterior a la obtención del certi-

²⁴ Cfr. C.S.J.N., “Cerro Vanguardia S.A. c/ DGI”, cit., considerando 8 in fine y 11, donde la Corte reitera que el impuesto cuestionado “(...) tiene un efecto equivalente al de un aumento de la tasa efectiva del impuesto sobre las ganancias del ente social” (idem, considerando 11 in fine).

²⁵ Cfr. C.S.J.N., “Cerro Vanguardia S.A. c/ DGI”, cit., considerando 10.

²⁶ Sostuvo la Corte que “(...) si bien, como regla, nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes ni a la inalterabilidad de los gravámenes creados o dispensados por ellas (...), en el caso se configura un supuesto de excepción, precisamente a raíz de que la ley 24.196, con la finalidad de promover las inversiones en el sector minero, estableció la estabilidad por un determinado lapso del régimen tributario aplicable a los respectivos emprendimientos” (C.S.J.N., “Cerro Vanguardia S.A. c/ DGI”, cit., considerando 12, párr. 1°).

ficado de estabilidad fiscal): i) por sus efectos económicos equivaldría a la derogación de la exención o beneficio y, en consecuencia, sería violatoria del derecho de Cerro Vanguardia S.A. garantizado por la ley 24196²⁷; y ii) supondría prescindir del propósito perseguido por el legislador al dictar la ley 24196 en los términos del artículo 75 inc. 18 de la CN²⁸, esto es, promover las inversiones mineras y el consecuente desarrollo económico de los emprendimientos del sector.

- f) Por todo ello, a juicio de la Corte corresponde inaplicar el impuesto cuestionado ya que su exigencia en el caso viola el derecho de la actora garantizado por el régimen de fomento establecido por la ley 24196, solución que «(...) *es la que mejor se adecua al principio de seguridad jurídica, al que el Tribunal ha reconocido jerarquía constitucional*»²⁹.

Nuevamente, la solución del caso se dio por aplicación de la garantía de la propiedad, garantizada por la estabilidad fiscal conferida en el marco de una relación de fomento, sin que quepa acudir a otra noción extraña.

- *El caso del revalúo inmobiliario retroactivo*³⁰.

En sendos pronunciamientos del 12/11/1998, la Corte Suprema hizo gala de la doctrina de los derechos adquiridos para sustentar la improcedencia del revalúo inmobiliario respecto de quienes habían abonado tributos erróneamente liquidados.

²⁷ Cfr. C.S.J.N., “Cerro Vanguardia S.A. c/ DGI”, cit., considerando 8, *in fine* y 12, párr. 1°.

²⁸ Cfr. Idem, considerando 11.

²⁹ Cfr. Idem, considerando 12, párr. 2°.

³⁰ C.S.J.N., 12/11/98. B. 216. XXXIV y G. 182. XXXIV. “Bernasconi Sociedad Anónima Inmobiliaria Agrícola Ganadera Financiera Comercial Inmobiliaria e Industrial c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”. Fallos 321:2933; C.S.J.N., 12/11/98. “Guerrero de Louge, Susana Ernestina Teresa y otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 321:2941.

En ambas causas entendió que *«Existe agravio constitucional en la reapertura de cuestiones definitivamente finiquitadas, sobre la base de una modificación anterior e imprevisible del criterio pertinente en la aplicación de las leyes que rigen el caso. Ello así, pues la seguridad jurídica tiene jerarquía constitucional. Tal doctrina es aplicable al caso en el cual dicha reapertura tiene lugar a raíz de la alteración por el fisco de la base imponible que él mismo había fijado al valorar un inmueble»*.

Asimismo, aseveró que *«La invocación del principio constitucional de igualdad ante la ley no resulta hábil para la procedencia de la revaluación retroactiva de un inmueble, como base de un tributo, cuando aquélla se origina en un error del fisco, pues tal principio es conferido a los particulares frente a la autoridad y no a esta última para la defensa de su potestad impositiva»*.

En su voto en la causa «Guerrero de Louge», el Dr. Petracchi expuso una serie de aspectos relevantes, que pueden resumirse del siguiente modo:

1. El mero hecho que una ley de impuesto tenga carácter retroactivo, no constituye una causa de invalidación de la misma. Sin embargo, esta facultad de legislar hacia el pasado no es ilimitada. En efecto, ni el legislador ni el juez pueden en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior.

2. El error en cuanto a la corrección del ejercicio de sus propias y exclusivas atribuciones por parte de las autoridades receptoras de los impuestos, no perjudican al contribuyente, en tanto no haya mediado dolo o culpa grave equiparable por parte de éste.

3. No es función ni obligación de los particulares fiscalizar, controlar o apercebir al Estado por el descuido o ineficacia de los encargados de organizar la buena percepción de la renta cuando ello no afecta sus derechos. En el caso, la municipalidad efectuó un revalúo retroactivo del inmueble de propiedad del contribuyente generándole a éste una deuda

tributaria en concepto de tasa de alumbrado, barrido y limpieza a pesar de que el inmueble no sufrió mejora ni modificación alguna, justificando la intimación de pago en la existencia de su parte de un error de hecho.

4. El pago de un gravamen con arreglo al monto y forma exigidos por la oficina encargada de su percepción, produce la liberación del contribuyente, que se incorpora a su patrimonio como un derecho adquirido amparado por la garantía constitucional de la propiedad aunque las autoridades fiscales hayan incurrido en error al efectuar las operaciones tendientes a determinar el monto del gravamen. Ello encuentra fundamento, no sólo el efecto extintivo del pago, sino también en la índole de las relaciones existentes entre el Fisco y los contribuyentes y en la tutela de la seguridad jurídica requerida por la garantía constitucional de la propiedad.

5. La garantía de igualdad ante la ley ha sido consagrada para los particulares frente a la autoridad y no para que esta última defienda su potestad impositiva.

Conclusión: la garantía de la propiedad, que impide que se arrebaten derechos consolidados con anterioridad mediante re-cálculos tributarios retroactivos, es la solución al caso.

b. Derechos constitucionales sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio. Inexistencia de Derechos Absolutos

Todos los derechos constitucionales están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14 C.N.). En efecto, existen muchos derechos reconocidos en la Constitución Nacional³¹, entre otros el derecho de defensa en juicio, más modernamente dado en llamar el derecho a la jurisdicción o a la tutela judicial efectiva (arts. 18 y Tratados con rango constitu-

³¹ Por ejemplo, véanse los enumerados en los arts. 14 y 14 bis de la Carta Magna.

cional del art. 75 inc. 22), así como el derecho a interponer una acción expedita y rápida de amparo reconocida en el art. 43.

Mas su consagración constitucional no implica per se el reconocimiento de derechos con carácter de absolutos. En efecto, según los principios de nuestro esquema constitucional, ningún derecho tiene ese carácter.

Tiene dicho la Corte Suprema que «... *ni el derecho de usar y disponer de la propiedad ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial*»³².

Dentro de la concepción no absolutista de los derechos se ha reconocido reiteradamente la potestad que tiene el Estado de reglamentar su ejercicio.

Ha dicho nuestro Máximo Tribunal: «*reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última*»³³.

Ahora bien, esa reglamentación a cargo del Estado tampoco es absoluta, sino que se encuentra sujeta a determinados límites.

En primer lugar, debe respetarse el **principio de legalidad**. Esto significa que las limitaciones a los derechos deben provenir de leyes, en virtud de lo que establece el artículo 14, primera parte de la Constitución Nacional («conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio») y el artículo 19 («ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe»).

En segundo lugar, al reglamentar el ejercicio de los derechos, el Estado debe observar el requisito de la **razonabilidad**, concepto que no es estático, sino que ha ido variando de conformidad con el paso del tiempo y las circunstancias. Pero observando la jurisprudencia de la Corte podemos decir que:

³² C.S.J.N., "Don Agustín Ercolano c/ doña Julieta Lanteri de Renshaw", Fallos 136:161 (1922).

³³ Causa "Ercolano", cit.

- La restricción impuesta a los derechos debe ser justificada por una situación de hecho y debe enderezarse a dar satisfacción a alguna real necesidad o conveniencia social³⁴.

- Las limitaciones que se impongan a los derechos deben ser proporcionadas a los fines que se procuren alcanzar³⁵.

- La reglamentación no debe ser inicua³⁶.

Finalmente, cuando el Estado regula el ejercicio de un derecho, debe tener presente el principio constitucional de la **igualdad**, que se encuentra consagrado expresamente en el artículo 16 de la Constitución Nacional³⁷ y es uno de los pilares del sistema constitucional de la República Argentina³⁸.

Ahora bien, en el sistema constitucional argentino, el principio de igualdad y la limitación que él supone al ejercicio de los poderes públicos, no *impone la uniformidad de la legislación*³⁹, ya que «no es la nivelación absoluta de los hombres lo que se ha proclamado, sino su igualdad relativa, propiciada

³⁴ C.S.J.N., “Edda Leonor Brunella vda. de Weiser c/ Nación Argentina”, Fallos 289:67 (1974) y C.S.J.N., “S.A. Córdoba Compañía Argentina de Seguros c/ Nación Argentina”, Fallos 295:552 (1976).

³⁵ C.S.J.N., “Sindicato Argentino de Músicos”, Fallos 248:800 (1960); C.S.J.N., “Banco Central de la República Argentina”, Fallos 256:241 (1963).

³⁶ C.S.J.N., “Herminia Jorda de Fernández Márquez”, Fallos 262:205 (1965); C.S.J.N., “Antonio di Fulvio”, Fallos 263:400 (1965).

³⁷ Artículo 16: La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

³⁸ A su vez, este principio se encuentra implícito en numerosas normas del Texto Fundamental, como lo son el mandato preambular, la forma republicana de gobierno, el reconocimiento de derechos de diversa naturaleza, los principios de la libertad civil y de reserva de ley, que representan mandatos constitucionales dotados de sentido en un sistema democrático, sólo en la medida en que se encuentren sustentados en el principio de igualdad.

³⁹ C.S.J.N., “Elvio Flores c/ Compañía Argentina de Seguros Generales la Inmobiliaria”, Fallos 263:545 (1965).

por una legislación tendiente a la protección, en lo posible, de las desigualdades naturales»⁴⁰.

De allí que en el diseño de las políticas dirigidas a concretar los mandatos constitucionales en todos sus ámbitos, las autoridades públicas no se encuentran impedidas de establecer distinciones de tratamiento, ya que en la mayoría de los casos, el reaseguro del principio de igualdad supone la adopción de criterios de selección. De lo contrario, con frecuencia asistiríamos a la violación de este principio, a través de aquellos actos que brindarían un tratamiento igual a lo que resulta desigual.

El principio de igualdad genérico reconoce el derecho a ser tratado como igual en igualdad de condiciones, vedando discriminaciones arbitrarias. Pero a su vez, el sistema reconoce la necesidad de establecer, bajo ciertas circunstancias, diferenciaciones. Esto es, el derecho a no ser tratado como igual, a los efectos de lograr que mediante ese tratamiento se proteja el derecho a la igualdad⁴¹.

En síntesis, el derecho a la igualdad no obsta *per se* a la discriminación, en el sentido de práctica de selección, aunque la proscriba en aquellos casos en que el criterio de selección adoptado resulta arbitrario o infundado⁴².

⁴⁰ C.S.J.N., “Eugenio Díaz Vélez c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 151:359 (1928).

⁴¹ En tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que: “*El principio de igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otro en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquier otra inteligencia o aceptación de este derecho es contrario a su propia naturaleza o interés social*” (C.S.J.N., “Guillermo Olivar”, Fallos 16:118 (1875)).

⁴² En los casos “SRL Acuña Hnos. y Cía. c/ Nación Argentina” (Fallos 286:166 (1973)); “Florentino Magenta c/ Caja de Jubilaciones de Empleados Bancarios”, Fallos 187:298 (1940); “Juan Angel Scotti Franchini”, Fallos

c. Sometimiento voluntario al régimen jurídico. Doctrina de los actos propios⁴³

Dichas doctrinas, tan caras al principio de buena fe que debe presidir en todos los actos de particulares y del Estado, sancionan a quien incurre en un obrar incompatible con la confianza que, sus actos anteriores, hacían prever en la contraria en el marco de una concreta relación jurídica.

Los elementos configurativos, o sea, las condiciones fundamentales para la aplicación de la doctrina de los propios actos -al decir de Mairal-, pueden sintetizarse así: I) que existan una conducta previa y una pretensión posterior emanadas de la misma persona (concepto que incluye a sus representantes o sucesores) y que se hayan producido ambas frente a la misma contraparte y dentro del marco de la misma relación o situación jurídica. [...] II) que la conducta previa sea válida (pues la doctrina no impide alegar la nulidad de un acto propio jurídicamente viciado), y que revista sentido unívoco y cierta entidad, de modo de poder ser interpretada

298:286 (1977) y “Munira Arabi Katbi c/ Carlos Juan Pacheco Santa Marina”, Fallos 300:1049 (1978), entre otros, la Corte Suprema, intérprete final de la Constitución de la República Argentina, afirmó que ... Para que haya denegación de igualdad ante la ley no sólo ha de existir discriminación, sino que además ella deberá ser arbitraria. No sucede así cuando el “distingo” se basa en la consideración de una “diversidad de circunstancias” que fundan el distinto tratamiento legislativo. Todo depende de que concurren “objetivas razones” de diferenciación que no reciban o no merezcan tacha de irrazonabilidad.

⁴³ La “doctrina de los actos propios”, tiene fundamento en la grave lesión que se produciría a la seguridad jurídica la admisión de conductas contradictorias. Es decir, el mismo ordenamiento jurídico, no puede tolerar que un sujeto pretenda ejercer un derecho en abierta contradicción con una conducta suya previa que engendra confianza respecto al comportamiento que se iba a observar en la relación jurídica. (PITTATORE, Pamela, “El principio jurídico de la legítima confianza y la interpretación judicial del decreto de desregulación económica a nueve años de su dictado”, Revista Actualidad en el Derecho Público (AeDP), N° 12, 6° Año, Segunda época, enero-abril 2000, Ad-Hoc, p. 163 a 180).

como una voluntaria toma de posición de su autor respecto de las circunstancias de una relación o situación jurídica y despertar así la confianza de la contraparte. III) que tal conducta (o sus consecuencias necesarias) y tal pretensión sean contradictorias, o sea, incompatibles entre sí; y IV) que no haya una norma que autorice la contradicción [...]». Entre los varios ejemplos destaca el autor: «[...] Cuando una persona ha sostenido o admitido, frente a otra, la existencia o inexistencia de una determinada relación jurídica, no puede luego invocar frente a esa misma persona y en detrimento de esta última la inexistencia o existencia, respectivamente, de tal relación o la distinta naturaleza de la misma relación, ni pretender escapar a los efectos de la relación reconocida»⁴⁴.

Al respecto, tiene decidido el Alto Tribunal que: «*Nadie puede válidamente ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz*»⁴⁵. *Ello, tanto en el ámbito de las relaciones jurídicas patrimoniales de carácter privado como en las existentes entre particulares y organismos estatales, comprendiendo asimismo la coherencia en el obrar en el marco de actuaciones administrativas y judiciales*»⁴⁶.

De manera concordante, el Alto Tribunal sostuvo que «*el voluntario sometimiento a un régimen jurídico sin reserva expresa determina la improcedencia de la ulterior impugnación de inconstitucionalidad*»⁴⁷, por lo que «*si el pretensor había acep-*

⁴⁴ MAIRAL, Héctor A., *La doctrina de los propios actos y la administración pública*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 8/9.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 06/4/2004, “Giménez, José L. c/ Impercol S.R.L.”, ED 29/10/2004, 6 - DT 2005(abril), 468.

⁴⁶ Del voto en disidencia de los doctores Fayt y Vázquez, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 17/3/1998, “Cantos, José M. c/ Provincia de Santiago del Estero”, La Ley 1998-E, 415.

⁴⁷ En la causa “Provincia de Córdoba, c/ Bergallo, Santiago y otros”, del 1982/02/11, publicado en CS Fallos, 304:121. El *a quo* había confirmado la resolución del juez de grado, que había regulado honorarios al apelante como

tado el cargo para una tarea cuya retribución estaba determinada en la ley y sin cuestionarla, no podía pretender posteriormente que su remuneración se fijara por otras disposiciones, alegando violación de los derechos de la igualdad y la propiedad».

Una causa donde utilizó dicha doctrina fue con motivo del denominado «corralito bancario», en supuestos donde se habían efectuado retiros de dinero sin reservas, y luego se intentara cuestionar la constitucionalidad de las normas de pesificación. Me refiero al caso «Cabrera»⁴⁸.

De manera más contundente aún, haciendo gala del principio de seguridad jurídica, sostuvo el Alto Tribunal que: «*La seguridad jurídica, que es imperiosa exigencia del régimen de la propiedad privada, se resentiría gravemente si fuera admisible y lograra tutela judicial la conducta de quien primero acata una norma y luego la desconoce, pretendiendo cancelar los efectos de aquel acatamiento y de los que de ellos derivaron, ocasionando así grave trastorno a las relaciones patrimoniales*»⁴⁹.

ingeniero civil en una expropiación sobre una base normativa y no de otra, merituando que si el pretensor había aceptado el cargo para una tarea cuya retribución estaba determinada en la ley y sin cuestionarla.

⁴⁸ C.S.J.N., C. 124. XL - “Cabrera, Gerónimo Rafael y otro c/ P.E.N. - ley 25561 - dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo sobre ley 25561”, 13/7/2004, Fallos 327:2905. Citó en respaldo del criterio la doctrina de Fallos: 149:137; 170:12; 175:262; 184: 361; 202:284; 205:165; 241:162; 271:183; 279:350; 297:236; 300:147; 304:1180; 316:1802; 322:523; 325:1922, entre muchos otros.

La doctrina ha sido aplicada reiteradamente por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, siendo destacable la Sentencia N° 76 del 28/5/2003, recaída en la causa: “Picchio de Fernández, Elisa Cresencia c/Poder Ejecutivo Provincial s/Amparo”, Expte. N° 20.968/02 (Publicado en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública RAP N° 299, agosto 2003, ps. 162/164); “Gómez Roberto Felix c/ Municipalidad de Goya y/ u otro s/ acción de amparo”, Expte. N° 19.477/01, Sentencia N° 5 del 25/02/02, (Publicado en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública RAP N° 283, ps. 158/159).

⁴⁹ C.S.J.N., 11/3/1976, “Adelaida Miolato de Krevs vs. Walter Krevs”, Fallos 294:220.

La admisión de la actitud contradictoria de quien acata una norma y luego pretende desconocerla, como regla, denota una *violación de la doctrina de los actos propios*, doctrina que anida el principio «*venire contra factum proprium non valet*», y significa que en una relación jurídica, la conducta de una de las partes que, con eficacia, ha creado de buena fe en la otra parte la creencia o la expectativa de otra conducta futura congruente con la primera, no puede ser desconocida posteriormente por su autor.

A tal respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en una causa señera tanto por la demarcación de la doctrina, así como sus límites en el campo del Derecho Administrativo⁵⁰, ha sostenido: «... *Que la buena fe implica un deber de coherencia de comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever; regla que gobierna tanto el ejercicio de los derechos como la celebración y ejecución de los contratos según lo disponen, respectivamente, los arts. 1071 y 1198 del Cód. Civil, y es aplicable por igual en el campo del derecho privado como del derecho administrativo, en el que, por consiguiente -según se ha resuelto repetidamente-, también es dable exigir un comportamiento ajeno a los cambios de conducta perjudiciales y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que, merced a los actos anteriores, se haya suscitado en la contraparte...*»⁵¹.

En otra causa, sostuvo la Corte⁵² que «... *La doctrina de los actos propios -que ha sido construida sobre una base primordialmente ética- sirve para descalificar ciertos actos que contradicen otros anteriores en tanto una solución opuesta im-*

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 11/6/2003, “Exolgan S.A. c/ Administración Gral. de Puertos”, Publicado en: ED 28/10/2003, 17 - CS Fallos 326:1851, Considerando 6º).

⁵¹ Cita a Fallos: 308:191, consid. 5º, y 314:491, entre otros.

⁵² Corte Sup., 18/7/2002, “Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros v. Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado”. JA 2003-II-182. Fallos 325:1787.

*portaría restar trascendencia a conductas que son jurídicamente relevantes y plenamente eficaces (Fallos 323:3035, consid. 15 y sus citas, entre otros). La aplicación de esa doctrina requiere, al menos, el cumplimiento de **dos requisitos**: uno, que exista identidad subjetiva, esto es, identidad entre el sujeto del que emana un acto y que posteriormente realiza una conducta contradictoria, de manera que ambos comportamientos hayan sido seguidos o resulten imputables a una misma persona; el otro, que la contradicción se configure dentro de una misma situación o relación jurídica o, expresado con otras palabras, dentro de un mismo «círculo de intereses», puesto que «sólo es posible tomar como vinculante una conducta que, **objetivamente**, pueda suscitar en el «adversario» la confianza de que esta conducta sea índice o definición de una actitud frente a esta situación jurídica»⁵³.*

Más recientemente, la Corte Suprema ha descalificado Sentencias de tribunales superiores de provincia cuando acudieran a dicha doctrina desbordándola de sus contornos.

Como ejemplo, baste una Sentencia del 12-12-2006⁵⁴, donde adhiriendo al dictamen de la Procuradora Fiscal, Dra. Laura M. Monti, sostuvo el Alto Tribunal: «... Por lo demás, tengo para mí que las genéricas consideraciones del a quo sobre la situación económico financiera de la provincia o **respecto de la doctrina de los actos propios** -desvinculadas de las circunstancias concretas de la causa- permiten afirmar que el pronunciamiento se sustentó en argumentos sólo aparentes, con serio menoscabo de las garantías aseguradas por la Constitución Nacional».

⁵³ Citó la Corte en apoyo a Díez, Luis y Ponce de León, Picazo, *La doctrina de los propios actos*, Bosch Casa Editora, Barcelona, 1963, ps. 206/208 y 231/232.

⁵⁴ C.S.J.N., A.2271.XLI. “Recurso de hecho. Asociación Gremial de Empleados y Funcionarios del Poder Judicial c/ Gobierno de Mendoza”, Fallos 329:5594.

A su turno, el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes decidió en su momento que: «*La doctrina de los actos propios rige para las diversas áreas del derecho y también para los actos de los tribunales, pues el deber de actuar con buena fe en el proceso no es exigible únicamente a las partes sino también a aquéllos*»⁵⁵.

La doctrina del voluntario sometimiento a un régimen jurídico ha sido aplicada a los supuestos de quienes presentan ofertas en una licitación pública, y luego pretenden desconocer lo que establecen los pliegos, gravitando para ello además el principio de igualdad.

En tal sentido, ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación, refiriéndose a la licitación pública, que «... *El procedimiento licitatorio, por la circunstancia de la eventual intervención de diversos particulares, se asemeja al procedimiento judicial, en tanto y en cuanto no resulta posible otorgar facilidades o elasticidades a alguno de los concursantes, sin lesionar el principio de igualdad*»⁵⁶.

⁵⁵ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes (STCorrientes), 12/11/1999, “León Kupervaser S. A. c/ Volkswagen Argentina y otro”, LLLitoral 2000, 487. En dicha causa, este Máximo órgano judicial provincial expuso: “... IV. Que esa circunstancia hace aplicable el caso de doctrina de los actos propios -que rige para las diversas áreas del derecho y, desde luego, también para los propios actos de un tribunal (véase, con provecho, Eisner, Isidoro, “La doctrina de los propios actos compromete también al obrar del tribunal”, La Ley, 1987-C, 820)-. Es que el deber de actuar con buena fe en el proceso no es exigible tan sólo a las partes sino, *a fortiori*, al juez. Ergo, si antes el magistrado no negó admisibilidad al recurso de apelación interpuesto contra resoluciones de igual naturaleza que la después recurrida, actuando de buena fe no pudo válidamente después adoptar una postura contradictoria con esa su conducta anterior, jurídicamente relevante y eficaz, que ya suscitó en el justiciable, una expectativa de comportamiento coherente futuro. *Mucho menos sin explicitar razón del porqué de ese cambio de actitud...*”.

⁵⁶ Caso “Estudio Fargosi”, Dictámenes: 213-147.

Sobre el principio de igualdad, se ha dicho además que “... *la compensación efectuada por Correo Argentino podría representar el otorgamiento de privilegios y ventajas a esa empresa no previstos al momento del llamado a licita-*

Por tal motivo, sostuvo el Alto Organismo Asesor que: «*El mero hecho de presentar una oferta para intervenir en una licitación pública engendra un vínculo del oferente con la Administración y lo supedita a la eventualidad de la adjudicación que implica en definitiva la concreción del acuerdo de voluntades. Ello presupone, dada la seriedad y relevancia del acto, la exigencia de una diligencia del postulante que excede la común al efectuar el estudio previo de sus posibilidades y de las condiciones que son base de la licitación*»⁵⁷.

Agregó que «*Los términos o expresiones de los pliegos de condiciones son de interpretación estricta o restringida, y esto se impone como corolario del fundamental principio de igualdad que debe presidir el trámite de la licitación*»⁵⁸; por ello, «*cuando el postulante no ha formulado observaciones ni impugnaciones a las previsiones contenidas en los Pliegos, debe entenderse que las conocía en todos sus términos, las aceptó y consintió, lo que excluye en consecuencia la posibilidad de su posterior impugnación*»⁵⁹.

No obstante, existen fundadas razones para sostener que no podría esgrimirse la mentada doctrina frente a cláusulas de los pliegos que resulten ilegítimas, frente a las cuales, el consentimiento del particular carece de eficacia para sanear los vicios de ilegitimidad⁶⁰.

ción que podría violar el principio de igualdad que debe regir en las contrataciones administrativas, lo cual lleva a considerar razonable que el actor pretenda intervenir en las actuaciones administrativas iniciadas con ese objeto, para poder alegar cuanto estime conveniente para la defensa de su derecho” (Liberman Samuel - Incidente Med. II- c/ PEN - Secretaría de Comunicaciones s/ Medida Cautelar (autónoma), (Causa N° 11.770/2000), CNACAF, Sala IV, del 20 de marzo de 2001).

⁵⁷ Dictámenes 90:156; 163:477; 213:147.

⁵⁸ Conf. Dict. 190:7; ver en especial Dict. N° 438/03, 20 de agosto de 2003. Expte. N° 740/02. Sindicatura General de la Nación. (Dictámenes 246:488).

⁵⁹ Conf. Dict. 251:147.

⁶⁰ Así lo entiende, además de otras razones, ORLANSKI, Leonardo, “Ilegitimidad de la doctrina del sometimiento voluntario en la licitación pública”, ELDial.com, viernes, 12 de noviembre de 2004, año VII, N° 1661, Suplemento

d. Relativización del principio del voluntario sometimiento a un régimen jurídico

La Corte Suprema ha relativizado en fecha más reciente⁶¹ el extremo rigor que otrora asignara a la doctrina del sometimiento voluntario, remontándose para ello al viejo precedente «Cubas» (Fallos: 175:262), en una causa donde se habilitó a reclamar indemnización de su empleador por el régimen general del Código Civil a quien, con motivo de un accidente de trabajo, hubiera aceptado la indemnización tarifada de la Ley 24.557 de la ART⁶².

En la causa «Llosco», Considerando 3º), expresó: «... *Que, en tal sentido, es doctrina permanente de esta Corte, que el voluntario sometimiento, sin reserva expresa, a un régimen jurídico, a una decisión judicial o a una determinada jurisdicción, comporta un inequívoco acatamiento que fija la improcedencia de impugnación posterior con base constitucional (Fallos: 316:1802, 1804, considerando 7º y sus citas, entre otros).*

de Derecho Administrativo, Sección Doctrina. También puede verse COMADIRA, Julio Pablo, “Reflexiones sobre la teoría del sometimiento voluntario a un régimen jurídico como límite al control judicial de constitucionalidad o juridicidad”, en *Cuestiones de Control de la Administración Pública, Administrativo, Legislativo y Judicial*, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, p. 117. Para un completo desarrollo de la doctrina del sometimiento voluntario en el derecho constitucional, ver BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, 2ª edición, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, tomo II, p. 35.

⁶¹ Incluso antes, en Sentencia del 06/06/1995, causa Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía, Fallos 318:1154, la Corte entendió que: “*No se configura un caso al que resulte aplicable la teoría de los actos propios, si la inscripción de la actora en el registro que ordena crear el art. 4 del decreto 2736/91 y el pago del impuesto creado por el mencionado decreto no traducen una clara voluntad de someterse a las normas impugnadas y, con ello, convalidar la legalidad de las mismas, sino más bien la intención de no quedar marginada del circuito de comercialización de videos*”.

⁶² C.S.J.N., L. 334. XXXIX. “Recurso de Hecho. Llosco, Raúl c/ Irmí S.A.” del 12/6/2007 (Fallos 330:2696).

Empero, no es menos cierto que la aplicación de este enunciado, por su carácter general, no puede soslayar las precisiones o matices. Al respecto, dada su vinculación en lo esencial con la problemática sub discussio, es de cita oportuna el caso Cubas. En efecto, en esa oportunidad el Tribunal advirtió, después de reiterar el principio general antedicho, que éste no era aplicable en el caso, puesto que el actor «al invocar determinados preceptos no renuncia tácitamente al derecho de impugnar aquellos otros que se le opongan y que conceptúe contrarios a la Constitución o leyes nacionales o tratados con las naciones extranjeras. Un código, una ley o un reglamento [-agregó-] pueden contener preceptos nulos que no invalidan el resto del estatuto ni inhabilitan a los interesados para amparar en éstos sus pretensiones salvo que entre unos y otros exista interdependencia o solidaridad inexcusable» (Fallos: 175:262, 267)...».

La posición ha sido remarcada más recientemente en un caso de acceso al empleo público⁶³ en la órbita del Poder Judicial, el que entiendo sienta un precedente con efectos innegables en todos los procedimientos de selección de contratistas estatales.

En su Dictamen en la causa «Mantecón Valdés», al que adhiere la Corte, señaló la Procuradora Fiscal que: «... *no constituye obstáculo para el tratamiento de los agravios del apelante la conocida doctrina según la cual el sometimiento voluntario a un régimen jurídico sin reserva expresa impide su ulterior impugnación con base constitucional (Fallos: 308:1837 y sus citas, entre muchos otros). No es posible aceptar que la sola circunstancia de postularse a un concurso impida al recurrente impugnar la validez constitucional de normas que restrinjan derechos fundamentales. Así lo entiendo, toda vez que la doctrina de la renunciabilidad de las garantías consti-*

⁶³ C.S.J.N., “Mantecón Valdés, Julio c/ Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación”, C.S.J.N., Resol. 13/IX/04 (Concurso Biblioteca, (RH). S.C. M.1650, L.XLI, del 12/8/2008 (Fallos 331:1715).

tucionales, tal como lo ha enunciado la Corte, se refiere a la defensa de los derechos de propiedad de los habitantes de la Nación (Fallos: 270:26 y 275:235), por lo cual debe entenderse que no están incluidas en aquélla las garantías instituidas en resguardo de otros derechos⁶⁴. La Corte ha precisado que la renuncia a las garantías constitucionales sólo es admisible cuando se amparan derechos de contenido patrimonial y no cuando aquéllos se relacionan directamente con el estatuto personal de la libertad (confr. Fallos: 279:283, considerando 71), al igual que desestimó la aplicación de la teoría de los actos propios cuando el interesado cuestionó la validez de una norma a la que se vio obligado a someterse como única vía posible para acceder al ejercicio de su actividad (Fallos: 311:1132), situación fácilmente asimilable a la de autos, a lo que cabe añadir que en el sub lite se encuentran en juego los alcances de un derecho fundamental...».

Ya con anterioridad al fallo «Cabrera» de la Corte Suprema, referido más arriba, Azvalinsky y Scaglia⁶⁵ habían señalado que constituyendo la doctrina de los actos propios uno de los principios generales del derecho -art. 15 C.C.- con fundamento último en el principio de la buena fe, buscando su protección, y citando a Diez Picaso, remarcaron que para que se torne operativa, la conducta vinculante debe ser jurídicamente eficaz. Refieren que *«los actos propios han de ser jurídicamente eficaces y, si, por cualquier causa no lo fueran, el que los realizó puede impugnarlos. Se puede venir contra los propios actos cuando son inválidos»*.

⁶⁴ Se cita a Fallos: 312:1082, disidencia de los jueces Enrique S. Petracchi y Jorge Antonio Bacqué, así como a Cooley, "Constitutional Limitations", séptima edición, páginas 250/252 y "A Treatise on the law of taxation", tercera edición, páginas 1495/1499 y 1505, nota 3, autores citados por el Tribunal en Fallos: 149:137.

⁶⁵ Cfr. Alejandro M. AZVALINSKY y Gabriel A. SCAGLIA: "Inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios e invocabilidad de la lesión por parte de los ahorristas que recuperaron pesos", J.A., Suplemento de la C.S.J.N., 23/4/2003, J.A. 2003-II, Suplemento del Fascículo N° 4, Lexis Nexis, p. 25; especialmente p. 26 y ss.

«Por lo tanto -agregan los autores-, se podría poner en crisis el supuesto comportamiento contradictorio cuando nos encontramos con un vicio que invalide el primer acto. Por razones que se expondrán infra, creemos que el reclamo de un ahorrista bancario que «desreprogramó su dinero pesificado y atrapado por la confusa normativa vigente llevó a cabo un acto que podría reputarse involuntario, por la falta de opciones reales que protejan sus derechos: «la inexistencia de opciones para no realizar tales actos, impide calificar de voluntario su cumplimiento en los términos de la doctrina aplicada»⁶⁶.

Finalmente, la doctrina del caso «Cabrera» fue relativizada en la causa «Rodríguez» de 2008⁶⁷, expresando el Alto Tribunal que la sentencia que valorando la avanzada edad de la actora, su delicado estado de salud y el monto del depósito realizado en la entidad financiera demandada, concluyó que no había existido un sometimiento voluntario al régimen de pesificación, es ajustada a la doctrina sentada por la Corte Suprema en la causa «Cabrera», 13/7/2004, pues para que pueda configurarse el «sometimiento voluntario» a un determinado régimen jurídico es necesario que los actos sean producto de una conducta deliberada, esto es, ejecutada con discernimiento, intención y libertad (art. 897, Cód. Civil).

Por su parte, el Juez Lorenzetti en su Voto fue más allá, y expresó que la doctrina de los actos propios no es aplicable al supuesto de quien retiró dinero de un banco en el contexto de la emergencia económica producida en los años 2001 y 2002, ya que *no pudo existir un sometimiento voluntario al ordenamiento jurídico en tanto las entidades bancarias ofrecían al depositante una suerte de transacción que consistía en una opción cerrada a toda negociación, ya que, o se retiraba el di-*

⁶⁶ Ob. cit. Citan los autores el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa B.742.XX, 7/7/1987, Fallos 310:1431.

⁶⁷ C.S.J.N., 29/04/2008, «Rodríguez, Ramona Esther y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional», La Ley 2008-C, 492, Fallos Corte: 331:901.

nero aceptando la legislación de emergencia o no se lo retiraba. Por ello, resultaba improcedente considerar que quien retiró dinero de un banco en el contexto de la emergencia económica ocurrida en los años 2001 y 2002 haya querido renunciar al ejercicio de su derecho a formular un reclamo posterior, pues es un hecho notorio y relevado de prueba, la existencia de una situación en la que los bancos no devolvían el dinero y que los depositantes no podían retirarlo de ninguna manera, salvo aceptando lo poco que se les daba, por lo cual se trató de una adhesión -carente de voluntariedad- a una cláusula abusiva e ineficaz para ser oponible al firmante⁶⁸.

Tanto la doctrina de los actos propios, y su correlativa del voluntario sometimiento a un régimen jurídico, con sus matices, brindan la solución adecuada al universo de casos en ella concernidos.

e. Acerca del cambio de los precedentes jurisprudenciales, en cuyo seguimiento se ha expresado existe un «deber moral»

A diferencia de los sistemas del *common law* donde existe el principio del *stare decisis* y la consecuente obligatoriedad del seguimiento de los precedentes, en la Argentina -al igual que en los restantes países de tradición romano-germánica- no prima tal exigencia. No obstante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado reiteradamente que

⁶⁸ Finalmente, el juez Fayt expresó en su voto que el clima de *incertidumbre* y de *inseguridad jurídica* generado por las normas de emergencia económica que restringieron la disponibilidad de los depósitos bancarios y convirtieron a pesos los efectuados en moneda extranjera *bien pudo inducir a los ahorristas a someterse a las opciones brindadas para morigerar la reprogramación, más con condicionamientos que viciaron la pretendida voluntariedad de la decisión e impiden concluir que los retiros de fondos así realizados respondan a una actitud ejecutada con discernimiento, intención y libertad* (art. 897, Cód. Civil).

existe un deber moral de seguir los lineamientos que dimanan de la jurisprudencia del Alto Tribunal.

En tal sentido, desde antaño se ha decidido que: «... *No obstante que la Corte Suprema sólo decide en los casos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquélla*» (Fallos 303:917). De esa doctrina, y la de Fallos 212:51, emana la consecuencia de que «*carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la categórica posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (confr. Causa «Balbuena, César Aníbal s/extorsión», resuelta el 17-11-81), especialmente en supuestos como el presente, en el cual dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante*» (Fallos 307:1096-1097)⁶⁹.

Sin embargo, la propia Corte Suprema como los tribunales superiores de provincia⁷⁰, han expuesto que es posible

⁶⁹ Ver al respecto, el trabajo de Alberto B. BIANCHI, “De la obligatoriedad de los fallos de la corte suprema (una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*)”, publicado en Diario El Derecho N° 10054 - Supl. Derecho Constitucional, 25/7/2000; también puede verse el trabajo de RIVERA, Julio C. (h); LEGARRE, Santiago, “La obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde la perspectiva de los tribunales inferiores”, SJA 29/11/2006, JA 2006-IV-1333.

⁷⁰ Así por ejemplo, el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes en Sentencia de fecha 3/4/2006, en los autos: “Danuzzo, Ricardo A. c/ Banco de la Provincia de Corrientes y/u otra” (Publicado en: IMP 2006-13, 1665 - LLLitoral 2006 (julio), 748), expresó en el Considerando VI.- que: “*Es un hecho público y notorio que todo cambio en la integración de un tribunal colegiado puede producir modificaciones en los criterios impuestos con relación a la interpretación y aplicación del ordenamiento positivo, fenómeno que puede deberse a una rectificación en la cosmovisión de los juristas y/o al imperio de nuevos fenómenos sociales dentro de un esquema de cambio en el que el derecho evoluciona para adaptarse a nuevas circunstancias fácticas. Esta situación, como acaece en esta circunstancia, es más palpable e importante cuando la modificación pretoriana se produce en el seno*

variar los criterios jurisprudenciales cuando se advirtiese el error, y en especial, cuando emanaban de otros integrantes, haciendo la correspondiente salvedad.

En tal sentido, la Corte Suprema adoptó tal criterio en el precedente «Barreto» (Fallos 329:759), cuando dejara atrás el criterio sentado en el precedente «De Gandía» (Fallos 315:2309), sosteniendo que: «... 4º) **Que los miembros del Tribunal que suscriben esta decisión consideran que debe abandonarse la generalizada calificación del concepto de «causa civil» que se viene aplicando desde el citado precedente de 1992. En efecto, por un lado no está en discusión el reconocimiento del principio -sentado por el Tribunal desde el tradicional precedente dictado en el caso «Miguel Barretta» de Fallos: 183:409- con arreglo al cual es deseable y conveniente que los pronunciamientos de esta Corte sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta de los individuos (Fallos: 248:115). Mas con parejo énfasis cabe igualmente aceptar que esa regla no es absoluta ni rígida con un grado tal que impida toda modificación en la jurisprudencia establecida, pues los tribunales no son omniscientes y como cualquier otra institución humana, también pueden aprovechar del ensayo y del error, de la experiencia y de la reflexión. Por cierto que para que ello suceda, tal como fue señalado en los precedentes recordados, tienen que existir «causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio» o es necesario que «medien razones de justicia al efecto», entre las cuales se encuentra el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión, la adecuada apreciación de las lecciones de la experiencia o si las cambiantes circunstancias históricas han demostrado la conve-**

de un Tribunal Superior, por lo menos en la opinión del suscripto. Es que no comparto la argumentación sentencial en lo que a la cuestión de la solidaridad refiere, como tampoco las decisiones que sentaron jurisprudencia en el Alto Cuerpo Provincial, conformado con una integración diferente a la actual (S.T.J., Ctes. Sentencias 154/95 y res. 209/95)...».

niencia de abandonar el criterio establecido (Fallos: 313:1333, disidencia del juez Petracchi, y sus citas)...».

En ese entendimiento, analizaré los supuestos donde, por una aplicación indebida de la teoría de los actos propios en el campo del Derecho Administrativo, se han descalificado los pronunciamientos jurisprudenciales, variando incluso criterios sostenidos con anterioridad por el propio tribunal que incurriera en el erróneo criterio precedente.

f. El estándar del caso «Exolgan»

Para que la doctrina de los actos propios, de carácter residual incluso en el derecho privado, y con mayor excepcionalidad, aplicable con matices en el Derecho Público, resulta esclarecedor recordar lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en la Sentencia del 11 de junio de 2003, causa: «Exolgan S.A. c/ Administración General de Puertos s/proceso de conocimiento» (Fallos 326:1851), en su Considerando 7º), en los siguientes términos: «... *Que para atribuir a la conducta valor de regla -a los efectos de exigir un deber de coherencia de comportamiento según el principio de la buena fe-, es preciso, sin embargo, que ella se exteriorice mediante acciones deliberadas, jurídicamente relevantes para implicar las consecuencias que de ella se pretenden extraer, y plenamente eficaces (Fallos: 313:367 y 315:865); ya que, de lo contrario, asumir un determinado comportamiento de hecho derivaría, sin más, en la imposibilidad de modificarlo en lo sucesivo...».*

Teniendo ello presente, para poder válidamente decir que se ha infringido una conducta anterior, además de ser jurídicamente relevante y plenamente eficaz, deberá serlo para «implicar las consecuencias que se intenten extraer».

En dicha causa, la Corte revocó la sentencia de la Cámara⁷¹ que hizo lugar a la pretensión indemnizatoria con funda-

mento en los daños y perjuicios ocasionados por la Administración General de Puertos al no dar cumplimiento a una resolución que había aprobado el proyecto de la actora tendiente a obtener la concesión de un muelle, pues de los actos cumplidos por la accionada durante el trámite de los procedimientos administrativos, no cabe derivar su obligación de autorizar a la empresa interesada la ejecución de las obras, pues, dada la naturaleza misma de aquéllos, carecían de toda relevancia o significación para implicar cuál habría de ser el contenido de la decisión final sobre la suerte del proyecto y la adjudicación de la concesión.

También se tuvo en cuenta que la accionada -AGP SE- sólo había otorgado a la demandante un **permiso de uso precario para que instale grúas y determine el estado del muelle** por lo que, **si alguna relevancia o significación tuvieron los actos cumplidos por la accionada ella es precisamente contraria** a la que la sentencia recurrida le atribuye pues, en

⁷¹ CNCont. Adm. Fed., Sala 5^a, 21/9/1998, “Exolgan S.A. v. Administración General de Puertos s/ proceso de conocimiento /Causa: 9395/97”. Allí se sostuvo que “... *Al haber frustrado las expectativas de la accionante de acceder a la concreción de la propuesta ensayada, la Administración ha incurrido en una conducta discriminatoria y entorpecedora del ejercicio de los derechos del accionante, excediendo la razonabilidad propia de los actos administrativos, por lo que procede imputarle cumplimiento irregular de sus funciones a quienes tuvieron a su cargo la decisión del asunto (conf. Fallos: 298:223)*”. (Del voto del juez Otero, consid. VI) Lexis N° 8/538. También se agregó que “... *Tanto en las relaciones sujetas al derecho privado como al derecho público es dable exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que -merced a sus actos anteriores- se ha suscitado en el otro contratante (Fallos: 311:971). Ello es así por cuanto no sólo la buena fe sino también la seguridad jurídica se encontrarían gravemente resentidas si pudiera lograr tutela judicial la conducta de quien traba una relación con otra y luego procura cancelar parcialmente sus consecuencias para aumentar su provecho. Nadie puede ponerse de tal modo en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con la asumida anteriormente*” (Del voto del juez Otero, consid. VI)” (Lexis N° 8/537). Magistrados: Grecco, Gallegos Fedriani, Otero.

cada oportunidad en que la empresa estatal demandada se pronunció en relación a las obras de construcción del muelle, lo hizo en **sentido negativo a su realización**.

Expresó finalmente -frente alegada autorización implícita- que *«Corresponde revocar la sentencia de Cámara que consideró implícitamente concedida una autorización para que la actora ejecute ciertas obras sobre un muelle, pues no cabe considerar el silencio de la administración como una manifestación positiva de voluntad en materia de concesión de privilegios a personas o individuos, porque la presunción más aproximada a la verdad es que el Estado no ha acordado sino lo que en términos expresos resulte de ellos»*.

g. Análisis de un caso relativo a los límites de la aplicación de la doctrina de los actos propios frente al ejercicio de competencias estatales regladas: El caso de las habilitaciones comerciales

Considero que un ámbito donde suelen ser frecuentes las inferencias falaces que intentan derivar consecuencias de actos precedentes que no se siguen de éstos, es en materia del ejercicio del comercio e industria, y de la necesaria habilitación comercial que, en ejercicio del poder de policía, corresponde a las Municipalidades.

A continuación, analizaré un caso donde se pretendió implicar la existencia de habilitación comercial del mero pago de tasas municipales derivadas de la explotación comercial, y que en un primer momento, obtuvo recepción en la jurisprudencia del Superior Tribunal correntino, para luego enmendar dicho criterio.

De modo preliminar, debo señalar que no es posible implicar la existencia de habilitación comercial del pago de tributos y su aceptación por oficinas recaudadoras, pues no coinciden los órganos competentes en uno y otro caso, siendo que aquella sólo podría ser otorgada por el Intendente Municipal, previa intervención de los órganos consultivos y técnicos, luego de comprobados todos y cada uno de los requisitos,

uno de los cuales, es el pago de tasas. Por ello, el hecho de que la Municipalidad hubiese percibido tasas por servicios generados por la actividad comercial no pudo haber válidamente otorgado derecho alguno, ni por eso obliga a la Municipalidad a otorgar formalmente una habilitación comercial⁷².

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires⁷³, señaló que «*La circunstancia de que se haya admitido el pago de impuesto y tasas, no importa obligación de la comuna con relación a la posterior habilitación del comercio, respecto del cual se tributó, pues la **percepción**, en el caso, fue realizada por **dependencias recaudadoras que carecen de competencia para dejar sin efecto las normas vigentes aplicables al caso***», agregando que: «*El pago de impuestos y tasas no configura por sí derechos en favor de la habilitación de un comercio por parte de la Comuna.*».

También sostuvo dicho Tribunal en la misma causa que: «*La necesidad de habilitación municipal en materia de industria y comercio, constituye un control preciso de actividades, que descontroladas, pueden dañar el interés público*» y a con-

⁷² El pago de tasas comerciales es sólo uno de los tantos requisitos exigidos por la norma para viabilizar la autorización, pues deben cumplirse con todos los requisitos que la norma exige. De acuerdo a la norma que rige en la Municipalidad de la Ciudad de Corrientes - Ordenanza N° 4.382/2006 (BOM N° 1029 del 17/11/06)-, art. 6 son: Formulario de solicitud de habilitación comercial; certificado de uso de suelo; certificado de verificación de datos catastrales del inmueble expedido por la Dirección General de Catastro Municipal; certificado de protección contra incendios emitido por Bomberos; certificado de cumplimiento fiscal expedido por la D.G.R. Municipal; constancia de C.U.I.T. del comerciante expedida por la A.F.I.P.; constancia de inscripción en el impuesto a los ingresos brutos emitida por la D.G.R. de la Provincia; certificado de libre deuda expedido por el Tribunal de Faltas; título de propiedad o fotocopia autenticada del instrumento legal en el cual se acredite el derecho de ocupación del solicitante; fotocopia certificada del documento de identidad del solicitante; constancia de pago de los derechos de inspección para habilitación de locales comerciales según valores establecidos en la Ordenanza Tarifaria.

⁷³ En autos “Caniglia, José c/ Municipalidad de Tigre” (26/10/1982, LL Online).

tinuación: «...en ningún supuesto existe un derecho preexistente del particular para obtener la habilitación, sino tan solo para lograr una decisión administrativa que se ajuste a la normativa vigente».

La falacia que trasuntaba la circunstancia de derivar del pago de tributos la existencia -siquiera tácita- de habilitación comercial, se veía coonestada por las propias normas tributarias municipales, que para gravar un «hecho» imponible, atienden al Principio de la Realidad Económica por sobre las formas, como generador del deber de tributar, pero que en modo alguno legitiman la actividad si esta se desarrolla sin habilitación comercial⁷⁴.

Si las formas son irrelevantes para la procedencia del gravamen, no se sigue de allí que al pagar tributos se valide la actividad comercial en el cumplimiento de las restantes exigencias para que esa actividad resulte conforme a derecho. Pero así como para obtener la habilitación comercial no basta con el pago de tributos⁷⁵, tampoco el pago de algunos alcanza para pretender una suerte de inmunidad⁷⁶.

⁷⁴ El principio se halla plasmado en el *Código Fiscal Municipal*, Ordenanza 2421 del 30 de abril de 1993, Art. 10º: “Para determinar la verdadera naturaleza de los hechos a actos relativos a materia fiscal, se atenderá al principio de la realidad económica **con prescindencia de las formas o de los instrumentos que se exterioricen, que serán irrelevantes para la procedencia del gravamen**”.

⁷⁵ Al respecto, se ha decidido que “El acto denegatorio de la habilitación de un local comercial no viola la confianza legítima del administrado en tanto éste no demostró en sede administrativa ni en la judicial, que se encontraba en condiciones de acceder a dicha habilitación -en el caso, los informes determinaron que el local invadía la zona de circulación y acceso a las escaleras de una estación de subterráneos-, la cual conforme el art. 10 del decreto 2516/98 -Ciudad Autónoma de Buenos Aires- **se otorgará cuando se verifique el cumplimiento de todos los requisitos**” (C.Contencioso Administrativo y Trib.Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Sala I, 20/8/2003, “Kerman, Mónica L. c/ Ciudad de Buenos Aires”, La Ley Online).

⁷⁶ Ello sería equivalente a decir que quien abona el impuesto automotor, por ello estaría habilitado a conducir antirreglamentariamente, a exceso de

Asimismo, la tolerancia que hubiese mostrado la Municipalidad en que algunos ejerzan realmente el comercio sin autorización y de que a otros en iguales circunstancias se lo impida **no lesiona** el derecho de igualdad ante la ley previsto en el art. 16 de la Constitución Nacional⁷⁷, pues como veremos más adelante, la igualdad es dentro la ley y no fuera de ella.

La existencia o no de habilitación comercial no es algo susceptible de inferirse subjetivamente, sino que se trata de un acto administrativo expreso que, de existir, tuvo que emanar del único órgano competente -Intendente Municipal-; jamás se pudo derivar del mero hecho del pago de un tributo ante órganos subordinados a aquél⁷⁸.

No obstante tan claros conceptos, y motivado por una aplicación lisa y llana de la teoría de los actos propios, el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, en un primer momento, argumentó que la Municipalidad no podía clausurar por falta de habilitación comercial a quien hubiera abonado y se le hubieran percibido los tributos por su actividad comercial.

velocidad, cruzar semáforos en rojo o, más aún, conducir sin el carnet habilitante, lo cual resultaría totalmente absurdo.

⁷⁷ En tal sentido, ha sostenido la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I en autos *Valentino's c/ G.C.B.A.*, (La Ley 2001-E, 56 - DJ 2001-2, 1158), que: *“El silencio guardado durante un lapso prolongado de años por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no es fuente de derecho alguno para el titular de un local comercial que funciona sin la debida habilitación, toda vez que no es posible fundar un derecho sobre precedentes administrativos donde ‘prima facie’ la legitimidad ha sido quebrada”*.

⁷⁸ En todo caso, en el supuesto que analizaré seguidamente, si algo cabía derivar de las Boletas de pago de impuestos, además del pago en sí, era la atestación consignada en ellas que expresa: *“El pago del presente no implica habilitación comercial, el mismo queda sujeto a cualquier modificación o extinción de hechos imponibles, sea de superficie, actividad, salubridad, contralor bromatológico, etc., como así también clausura por infracción a los deberes formales impuestos por el Código Fiscal Municipal Ordenanza 2421/93 y sus modif. y Ordenanza Tarifaria 4401/07”*.

h. El caso «Valdez»⁷⁹

En la causa de referencia, el Superior Tribunal de Justicia, con una integración diferente, sostuvo que «...cuando una persona ha reconocido o desconocido carácter a otra en el marco de una situación jurídica no puede luego desconocérselo, o atribuírselo, respectivamente, en detrimento de esta última, dentro de la misma situación jurídica»... en otros términos la doctrina de los propios actos⁸⁰, agregando que «... la figura a que se refiere el aforismo latino *«venire contra factum proprium non valet»* es también aplicable a la Administración Pública». (Ref.: González Pérez, Jesús. *El principio general de la buena fe el derecho administrativo*; Madrid, Civitas, 1983, p. 119)⁸¹.

Resulta erróneo acudir de manera dogmática a la doctrina de los propios actos sin atender a los hechos del caso, conforme al derecho «vigente». Y aun así, debe existir un acto

⁷⁹ STJ Corrientes, Sentencia N° 2, 12/2/2003, “Valdez, Osmar Alfredo c/ Municipalidad de la Ciudad de Corrientes s/ Amparo”, Expte. N° 20237/02-S.J.N° 2.

⁸⁰ En el caso, la Municipalidad de la ciudad de Corrientes autorizaba y percibía tributos por la actividad desplegada en el local que luego clausura so pretexto de carecer él de habilitación municipal.

⁸¹ No fue el único caso en el que el referido tribunal fallara, en un caso regido sustancialmente por el Derecho Administrativo, introduciendo officiosamente la doctrina de los actos propios cuando ella ni siquiera había sido invocada por la instancia de grado. En tal sentido, ver fallo de la C.S.J.N., M.757. XXXVII. “Mestres, Luis María c/ Instituto Obra Social de la Provincia de Corrientes”. 14/9/2004. Fallos 327:3694. Sostuvo allí el Alto Tribunal que: “... *Es arbitrario el pronunciamiento que se limitó a basar la descalificación de lo resuelto en que mediaba una errónea aplicación de la doctrina de los actos propios, pese a que dicha doctrina ni siquiera había sido invocada como fundamento sustancial de la decisión y prescindió, sin dar razón valedera alguna, de los serios argumentos de la sentencia -no cuestionados concretamente ante la máxima instancia local acerca de que el ente autárquico provincial había incurrido en un comportamiento manifiestamente arbitrario e ilegítimo al disponer la baja sin respetar los recaudos esenciales impuestos por las normas de procedimiento administrativo en resguardo del derecho de defensa de los administrados*”.

anterior simétricamente relevante con el posterior; pues si no hubo un acto expreso de habilitación comercial emanado del órgano competente, mal puede derivarse del pago de un tributo.

Existen casos similares de indebida aplicación de la teoría de los actos propios ocurridos en otras provincias, como es el caso resuelto por la Corte Suprema al revocar un fallo de la Suprema Corte Bonaerense en la causa «Sanguinetti»⁸², expresando que: *«Corresponde revocar la sentencia que -con fundamento en la teoría de los actos propios- admitió la demanda de diferencias salariales deducida por funcionarios de la ex-Justicia Municipal de Faltas, si omitió tratar las defensas referidas a que dicha doctrina no puede ser aplicada de la misma forma para resolver conflictos entre particulares y entre éstos y la Administración, que el órgano competente para fijar las retribuciones era el Intendente Municipal y que la equiparación salarial dispuesta por el art. 56 de la ley 19987 no podía ser extendida a otros funcionarios»*.

En dicha causa, en términos contundentes, se descalificó por arbitraria -a los efectos del recurso extraordinario- la sentencia que hizo lugar a la demanda por diferencias salariales deducida por funcionarios de la Justicia Municipal de Faltas con fundamento en la **teoría de los actos propios**, toda vez que omitió tratar las defensas relativas a que dicha la teoría no puede ser aplicada de la misma forma para resolver conflictos entre particulares y entre éstos y la administración.

En el Considerando III.- sostuvo: «... a) El fallo tiene un fundamento aparente, insuficiente para sustentarlo y otorgarle validez como acto judicial, porque el a quo sólo expuso formulaciones doctrinarias y genéricas, sin explicar qué relación guardan con los hechos de la causa. En particular, se limitó a aplicar la teoría de los actos propios, con una sola comprobación fáctica: que la administración municipal pagó

⁸² C.S.J.N., S. 593. XXXV. «Sanguinetti, Emma Amelia y otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires», 02/07/2002. Fallos 325:1696.

a los agentes un suplemento adoptado por acordada de la Cámara de Apelaciones de Faltas, pero sin efectuar un análisis global del tema discutido...».

Prosiguió la Corte Suprema en la causa citada y en el mismo Considerando diciendo que: «... Así, en lugar de buscar una solución, se limitó a formular interrogantes, sin dar respuesta a los argumentos defensivos que expuso. Aun cuando se entienda que los consideró, los vacía de contenido y tergiversa su sentido, incluso en el alcance gramatical de sus expresiones. En efecto, su posición de no dar cumplimiento a la acordada 126/92 no tuvo por objeto convalidar su error, sino evitar su reiteración. En tal sentido, califica de absurdas las consecuencias del fallo porque, **llevándolo al extremo, significaría que quien ha errado debería seguir haciéndolo y, desde esta perspectiva, serían inútiles todas las disposiciones del Código Civil que regulan el pago sin causa, o el pago que no se debe e, incluso, niega la posibilidad a los tribunales de modificar sus criterios ante nuevos análisis...».**

Agregó luego la Corte que: «... b) *El a quo no consideró sus argumentos referidos a la forma en que debe aplicarse la teoría de los actos propios a la conducta de la administración. En especial, omitió examinar que, en el sub lite, no se da el supuesto de unidad de situación jurídica, porque no es lo mismo implementar un rubro salarial que incrementarlo. Tampoco meritó que su conducta se ajustó a la distribución de competencias entre órganos administrativos que surge de las normas vigentes (en el caso, la ley 19987 y el dec. 3544/91)...».*

La pertinencia de lo sostenido por la Corte en dicho precedente, evidencia el absurdo que supone derivar del pago de tributos la existencia de habilitación.

Utilizando los parámetros de dicha causa, tenemos que en el caso Valdez sólo se expusieron formulaciones doctrinarias y genéricas acerca de la teoría de los actos propios, derivándola de una comprobación fáctica: el pago de tributos de quien desarrolla una actividad comercial como indicadora de la existencia de habilitación comercial, no pudiendo luego la comuna clausurar por ausencia de esta última, es decir, efectuando una formulación dogmática sin efectuar un análisis

sis global del tema discutido.

Tampoco medió unidad de situación jurídica -pagar un tributo y percibirlo no es lo mismo que habilitar un comercio- sino que tampoco coincidían las competencias de los órganos que actúan en uno y otro supuesto, por lo que jamás se podría derivar la existencia, siquiera de modo tácito o implícito, de la habilitación comercial.

i. El caso «Parrilla El Mirador»⁸³

Posteriormente, el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes falló en la causa de referencia, revirtiendo -en diferente integración- el criterio sentado en el caso «Valdez».

En la causa se había cuestionado la clausura del inmueble donde funcionara el comercio de la empresa actora por falta de habilitación comercial, y donde ésta alegara que no podía esgrimirse dicha falta cuando el Municipio había percibido tributos por la actividad comercial, con sustento en la doctrina de los actos propios. Habiendo sido rechazada la acción de amparo por la Cámara Civil y Comercial, Sala I, dicha decisión fue confirmada por el Superior Tribunal de Justicia.

Para así decidir, en lo medular, sostuvo el Máximo Tribunal local que: *«La doctrina de los propios actos no puede aplicarse en casos en que a consecuencia de la misma se creen situaciones jurídicas en el ámbito del derecho público que impidan la consecución del fin o interés público tutelado por una norma que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por parte de la Administración, dado que trasciende el interés particular de los sujetos afectados».*

⁸³ Expte. N° EDC - 263/8 - “Parrilla el Mirador S.R.L. c/ Municipalidad de la ciudad de Corrientes s/ amparo”, Sentencia N° 86 del 8/9/2008. Publicada en ELDial.com, año XI - N° 2621, martes, 23 de septiembre de 2008, y en La Ley Litoral, diciembre de 2008, p. 1198. La Sentencia se encuentra firme.

Agregó que: *«En el ámbito administrativo, no se puede desplazar la preeminencia de los intereses públicos a cuyo respecto debe siempre presidir la actuación administrativa, de tal manera que en todo momento sus parámetros serán los determinantes de la decisión a adoptar».*

Luego explicitó que: *«La «habilitación» constituye un acto de la administración de contenido autorizatorio, mediante el cual se reconoce el cumplimiento de las condiciones impuestas por la normativa vigente en razón del interés o la necesidad colectiva, y con una decisión favorable el interesado queda facultado para desplegar cierta actividad. Implica la remoción de un obstáculo para dicho ejercicio (García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, «Curso de Derecho Administrativo», t. II, ed. Civitas, Madrid, 4º ed., 1993, p. 134 y sgtes.)».*

Por lo tanto, *«La clausura preventiva dispuesta por acta de fecha 14.02.08 del local comercial «Parrilla El Mirador», realizado por la Sub-Secretaría de Control Urbano de la ciudad de Corrientes, en cuanto comprobó la inexistencia de habilitación municipal en los términos de las normas aplicables, lejos de alterar, degradar o extinguir el derecho de trabajar o ejercer industria lícita en forma que pueda considerarse inválida, se redujo a aplicar la reglamentación del ejercicio de los mencionados derechos para hacerlos compatibles con las exigencias del interés colectivo, de acuerdo a la legislación vigente (art. 14, Constitución Nacional), que, en el caso, como se dijo anteriormente no han merecido objeción constitucional»⁸⁴.*

En el Considerando VII, analizó el Superior Tribunal idénticos datos fácticos que la Cámara expresando que: *«... En el caso, la circunstancia de que la Comuna haya percibido los*

⁸⁴ Ya la Cámara de Apelaciones - Sentencia N° 02 de fecha 19/3/2008-, tuvo en consideración que *“... la doctrina de los propios actos y de la inmutabilidad de los actos administrativos operaría en el caso contra el administrado, toda vez que éste consintió en reiteradas oportunidades que se le otorgara habilitación provisoria o precaria debido a la falta de adecuación y a los problemas dominiales existentes, **actos que se encuentran consentidos.**”*

*impuestos por la actividad que se encontraba desarrollando el actor no puede venir a convalidar una situación irregular, que se finca en el hecho de que el amparista **nunca logró acreditar el derecho sobre el inmueble**, es decir su calidad de propietario, locatario, comodatario, o poseedor, etc. en base a lo exigido por la Ordenanza 4382.- Tanto es así, que el propio accionante reconoció que no contaba con el correspondiente derecho de ocupación otorgado por el titular del dominio, ello se vislumbra a poco se analicen las constancias de expediente administrativo, donde emerge que desde el año 1987 el Sr. Villalba viene solicitando permiso para la ocupación del suelo a los fines de obtener la correspondiente habilitación comercial (ver expediente administrativo)...».*

j. La duda acerca de si existe o no habilitación, juega en contra de quien alega su existencia

Constituye un principio que quien se vincula a la Administración, sea por un contrato, o sea en el desarrollo de actividades fiscalizadas por aquélla, si tiene duda acerca del alcance de su situación jurídica, debe disiparlas y obtener un pronunciamiento expreso que la clarifique; lo que no cabe, es

*Argumentó que la última habilitación le fue conferida por acto administrativo firme y consentido hasta el 31.12.01 condicionado a que se abonen los derechos municipales correspondientes y que el Municipio se reservó el derecho de dejarla sin efecto en base a lo dispuesto en el art. 12 de la Ordenanza 560/71, hoy derogada por Ordenanza 4382, que en su art. 22 acuerda idéntica facultad” (reseñado en el Considerando II del Fallo del STJ). Luego expresó que: “... **Los actores reconocieron en base a su propio accionar que no contaban con el correspondiente derecho de ocupación otorgado por el titular del dominio**, a tal punto que desde el año 1987 vienen solicitando permiso para la ocupación del suelo a los fines de obtener la correspondiente habilitación comercial.- Con esos argumentos, concluyó acerca de la inexistencia de arbitrariedad manifiesta en la clausura del comercio de los amparistas, no hallándose comprometidos derechos constitucionales”.*

de la mera pasividad interpretar la existencia de un acto que debe ser expreso, y nada menos, que de una habilitación comercial.

En tal sentido, y en materia de interpretación del alcance de las cláusulas insertas en contratos de concesión (aplicable al caso de interpretación del alcance del contenido de actos administrativos individuales), en la causa «Hotel Internacional Iguazú S.A. v. Nación Argentina»⁸⁵, expresó el Alto Tribunal en el Considerando 8º: «... *Nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del concesionario (doctrina de Fallos 149:218 -último considerando-)*».

Agregó en el Considerando 9º) «... *Que, además, es una regla consagrada por el derecho administrativo que en materia de franquicias o concesión de privilegios por el Estado a personas o individuos, en caso de duda la interpretación debe ser en contra de los concesionarios, porque la presunción más aproximada a la verdad es que **el Estado ha acordado sólo lo que en términos expresos resulte de ellos** (Fallos 149:218 -último considerando-)*»⁸⁶.

La existencia de habilitaciones vencidas, y aún más, la liquidación y percepción de tributos, o en definitiva, los actos dictados durante el procedimiento administrativo de habilitación, no pasan de ser actos preparatorios de una decisión final, pero que carecen de aptitud para derivar derecho alguno, siquiera expectativas y mucho menos legítimas en quien se erige como «comerciante» con vasta experiencia, pues si

⁸⁵ Sentencia del 22/4/1986, Fallos 308:618.

⁸⁶ Ese criterio fue reiterado después en la causa “Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima c/ Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos - Secretaría de la Marina Mercante s/ incumplimiento de contrato” (Fallos 321:1784), Considerando 21). Ver igualmente, caso Exolgán citado *supra*.

así fuera, el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas determina que quien ha guiado su conducta en base a actuaciones inhábiles para generar expectativa alguna por ser contrarias a las normas imperativas vigentes, hace que su actuación sea el producto de una negligencia culpable (cfr. Fallos 315:890) sólo imputable a quien alega tal situación y que, como tal, chocaría con la situación que indica que nadie puede alegar su propia torpeza.

En tal sentido, la Corte Suprema ha decidido que *«La empresa... debió obrar... con pleno conocimiento de las cosas (arg. art. 902 del Código Civil), puesto que ... los intereses en ella en juego, le imponían actuar de modo tal de prever cualquier eventualidad que pudiera incidir negativamente sobre sus derechos, adoptando a esos efectos las diligencias apropiadas que exigían las circunstancias de persona, tiempo y lugar (art. 512 del Código Civil) y si incurrió en un error ..., éste provendría de una negligencia culpable que impide su invocación (art. 929 del Código Civil)»*⁸⁷.

También en el caso «Caniglia» citado *supra*, se ha dicho que *«La opinión expuesta en un dictamen, que la autoridad competente para resolver puede o no compartir, es un simple acto preparatorio de la decisión final, y ningún derecho acuerda al particular»*.

Por su parte, en punto a las opiniones vertidas por órganos consultivos o técnicos, en el marco de actos preparatorios de la decisión final, y su irrelevancia para derivar consecuencias, existen pronunciamientos que han señalado que: *«En principio, el silencio no vale como consentimiento de los órganos estatales (artículo 10 Ley N 19.549). Tampoco valen como tal las conformidades expresadas en las actuaciones administrativas por órganos inferiores al competente para resolver, (artículo 3 ley citada) que sólo configuran meros actos preparatorios sin efecto decisorio, aun para un órgano que había*

⁸⁷ C.S.J.N., N. 132. XXII. “Necon SA. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ ordinario”, 4/6/1991. Fallos 314:491.

tenido antes competencia para resolver, pues ésta debe ser ejercida en tiempo propio»⁸⁸.

En análogo sentido, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo siguiente: «... 7º) *Que, por lo demás, resulta claro que no puede atribuirse a lo dictaminado por el Secretario Técnico de Aduana mediante la providencia «ANTE» 797/93, el carácter de una interpretación general. En efecto, además de que, como acertadamente lo señaló la cámara, **aquel funcionario carecía de competencia para dictar esa clase de normas, en los términos que preveía el art. 23, inc. i, del Código Aduanero en el texto entonces vigente, mal podría admitirse que de ese modo pueda dejarse sin efecto lo dispuesto por el titular del organismo aduanero -superior jerárquico de aquél- mediante la resolución general antes mencionada»⁸⁹.***

Ni siquiera pudo considerárselo un acto tácito o implícito del que pudieran derivarse derecho alguno.

k. Acerca de los Actos administrativos tácitos e implícitos

- Actos «tácitos» y Actos «implícitos: La cuestión en el derecho privado.

Conforme a la clasificación de actos jurídicos⁹⁰ que realiza el Código Civil argentino, la voluntad puede expresarse en forma positiva, y se manifiesta verbalmente, por escrito o por «signos inequívocos con referencia a determinados objetos (art. 917).

⁸⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III. Causa N 16.018, “Empresa Tehuelche S.A. c/ Y.P.F. Sociedad del Estado s/Ordinario”, 31 de mayo de 1988, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP) N° 120, Septiembre 1988.

⁸⁹ C.S.J.N., 14/8/2007, Y. 93. XL. R.O. “Y.P.F. S.A. (T.F. 10.528-A) c/ D.G.A.”, Fallos 330:3555.

⁹⁰ Conforme al Art. 954 del Código Civil, el acto jurídico es un hecho humano, voluntario (emitido con discernimiento, intención y libertad - art. 897 C.C. -),

En cambio, la expresión tácita «resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria» (art. 918 Cód. Civ.).

De lo expuesto, se deduce que la manifestación positiva o expresa de la voluntad puede realizarse a través de la palabra -escrita o hablada- o mediante signos inequívocos, los cuales tienen, en el caso concreto, la finalidad específica de revelar al exterior la voluntad del sujeto.

- *La cuestión en el derecho administrativo.*

La doctrina efectúa la distinción, en contraposición al acto administrativo expreso⁹¹, entre actos administrativos tácitos e implícitos, aún cuando ambos presentan una sustancia común, consistente en una voluntad indirectamente declarada que puede conocerse con certidumbre por el interesado, aún cuando surgen de instrumentos diferentes.

lícito, cuyo fin inmediato es producir la adquisición, modificación, transferencia o extinción de un derecho, es decir, producir consecuencias jurídicas.

⁹¹ Dentro de los actos administrativos expresos, cabe incluir a los emitidos en forma verbal. Contesta doctrina y jurisprudencia abonando el aserto expresando que “...**La forma verbal no está excluida del actuar administrativo** (Artículo 8° in fine, Ley N° 19549, y Art. 115° Ley 3460) y es en las órdenes o instrucciones de servicio impartidas por un órgano superior a otro que le está subordinado, donde tiene una de sus manifestaciones más frecuentes” (REVIDATTI, *Derecho Administrativo*, t. I, p. 215; DIEZ, *Derecho Administrativo*, 2ª ed., t. II, p. 257; FIORINI, *Derecho Administrativo*, 2ª ed., t. I, p. 429; GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, cap. X, p. 15), citados en el Plenario “Multicambio S.A. c/ B.C.R.A. s/ ordinario” del 1º/10/1985 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (CARATTINI, Marcelo Gustavo: “Fallos Plenarios -Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal”, edición actualizada y anotada al año 2004, Ediciones RAP, Bs. As., p. 181). De allí que el agente debía obedecer las órdenes por tratarse de un “**acto administrativo verbal**”, que tenía presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 8/4/2008, “Charpin, Osvaldo José c/ Estado Nacional -Poder Judicial de la Nación”, C.S.J.N., Fallos 331:536).

Conforme el Diccionario de la Real Academia Española, *tácito* significa «callado, silencioso, que no se entiende, percibe, oye o dice formalmente, sino que se supone o infiere»; e *implícito* «dícese de lo incluido en otra cosa sin que ésta lo exprese»⁹².

De modo similar, parece receptarse la significación que se acuerda a dichos términos, al momento de formular tal distinción respecto los actos administrativos, diciendo que el tácito es aquél que se infiere de un comportamiento material o hecho material, y el acto administrativo implícito, como incluido en un acto -administrativo o de administración- expreso, pero de distinto contenido⁹³.

Siguiendo la opinión expuesta en la doctrina italiana por Renato Alessi⁹⁴, no hay dificultad alguna en admitir la posibilidad de *acuerdos administrativos tácitos*, es decir, consistentes en una manifestación en forma tácita de la determinación volitiva (o sea, a través de la *facta concludentia* o hechos concluyentes), conforme al principio según el cual la actividad volitiva no necesita declararse expresamente siendo plenamente suficiente la reconocibilidad exterior inequívoca.

Esta necesaria *reconocibilidad exterior inequívoca* -como el autor la denomina- de la determinación volitiva constituye el límite dentro del cual puede admitirse en concreto la posibilidad de acuerdos tácitos, de lo cual se desprenden impor-

⁹² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1992, ps. 1396 y 809, respectivamente.

⁹³ Conf., MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la administración pública*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 272, n° 173.4, cuando dice: “*Cuando un acto expreso emanado de la Administración presuponga la existencia de otra decisión, es decir, sea incompatible con la inexistencia de tal decisión, cabrá considerar que ha quedado configurado un acto que incorpora tal decisión, el que será recurrible si se reúnen los demás requisitos que corresponden (efecto jurídico y decisión sobre el fondo. . .)*” “. . . *La manifestación de la cual resulta el acto implícito puede consistir tanto en un acto administrativo como en un acto interno*”.

⁹⁴ ALESSI, Renato, *Instituciones de derecho administrativo*, Bosch, Barcelona, 1970, t. 1, p. 257.

tantes consecuencias en materia de omisiones, de denegaciones y de silencio de la administración.

Conforme a lo expuesto, quedarían excluidas del concepto de meras omisiones, aquellas determinaciones volitivas que dirigidas a omitir algo a que la Administración pueda estar obligada de alguna forma (siendo tal omisión el medio para el fin de la satisfacción de un determinado interés público) constituyan el contenido de una expresa decisión formal (por ejemplo, el acuerdo de no pagar un sueldo atrasado), por cuanto que en tal caso, debe considerarse como «acuerdo administrativo» este acuerdo formal y no la omisión considerada en sí misma⁹⁵.

De esta manera, Alessi distingue los actos tácitos, de las meras omisiones, en las cuales, por faltar toda exteriorización formal de una determinación volitiva, no puede nunca reconocerse la existencia de un acto.

También en nuestro país ha sido aceptada la existencia de actos tácitos de la administración⁹⁶, a pesar de que tanto éstos como los actos implícitos (es decir, actos que se infieren de otros actos expesos, que los presuponen necesariamente⁹⁷), violarían el principio formal del acto administrativo que exige que éste sea expreso y escrito.

⁹⁵ Ídem.

⁹⁶ MURATORIO, Jorge I., “Los actos administrativos tácitos e implícitos”, en *Derecho Administrativo*, obra colectiva en Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Director Juan C. Cassagne, Abeledo-Perrot, 1998, p. 673, quien sostiene que *en el supuesto de los actos tácitos e implícitos se puede conocer fehacientemente la voluntad de la Administración*, a través de un comportamiento o un acto expreso de distinto objeto que aquélla. Además -agrega el autor- la exigencia de la escritura tampoco parece de por sí tan inconvencional, toda vez que -aunque no es el supuesto de acto tácito-, se ha aceptado el acto verbal, antes y después de sancionada la ley 19.549”, citando dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación y Fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal avalando tal aseveración.

Ver también MURATORIO, Jorge I., “¿Actos administrativos tácitos?”, en *Acto Administrativo y Reglamento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, 2002, p. 369.

⁹⁷ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, 4ª edición, Montevideo, 1974, t. I, p. 440.

Es que al reconocerse en el derecho moderno la posibilidad de asignar efectos jurídicos a determinados actos, cualquiera fuera la forma en que emanaran, a condición de que revelen la existencia de una determinada voluntad dirigida a obtener efectos jurídicos, tal circunstancia nos obliga a desprendernos de la vieja postura formalista imperante en otros tiempos. Y ello, determina que en los casos en los cuales la Administración tiene la obligación de cumplir con un deber impuesto por una norma jurídica a favor de una o varias personas, sea que la conducta debida a favor de estas últimas lo sea de manera exclusiva (derecho subjetivo), concurrente (interés legítimo) o de manera colectiva o difusa (derechos de incidencia colectiva o derechos difusos), y ante la falta de acto expreso, pueda inferirse del comportamiento omisivo la respuesta a través precisamente de la figura del acto tácito o del acto implícito. De ello surge también, la posibilidad de cuestionar judicialmente dichos actos⁹⁸ en forma directa, quedando a opción del particular la impugnación del mismo, previamente, en sede administrativa⁹⁹.

Cabe finalmente formular la distinción entre actos administrativos tácitos e implícitos y vías de hecho administrativas¹⁰⁰.

⁹⁸ MAIRAL, Héctor, *Control judicial ...*, p. 277, destaca que “. . . en un sistema judicialista el objeto del recurso es la pretensión del particular. De allí entonces la improcedencia de considerar, en nuestro derecho, a la existencia de un acto administrativo informal como prerequisite indispensable de la intervención judicial”. Destaca también el autor que “en el derecho italiano, pese a los textos legislativos que permitirían exigir la existencia de un acto formal, la jurisprudencia ha aceptado la impugnación de los comportamientos materiales y las manifestaciones tácitas de voluntad”.

⁹⁹ MAIRAL, Héctor, *Control judicial ...*, p. 395, entiende que “La impugnación -se refiere en sede administrativa- de un acto tácito para el particular, ya que no puede exigírsele que dé por sentada la existencia de un acto que no le ha sido notificado. Además, si rigiera el plazo de caducidad, a partir de un vencimiento el acto tácito devendría firme y válido y con ello se convalidaría la vía de hecho”, solución a la que considera disvaliosa.

¹⁰⁰ CASSAGNE, Juan Carlos: *Derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, 5ª edición, 1996, t. II, p. 44. Este autor sostiene que “el concepto de vía de hecho

De todo cuanto se expuso en relación a los primeros, observamos que la nota común existente entre ambos es que constituyen una declaración.

En cambio, las vías de hecho constituyen comportamientos materiales que no alcanzan a configurar una declaración.

De ello se concluye que en el caso de estas últimas, falta el requisito del acto previo que legitime el actuar administrativo, el cual se halla presente en cambio, en el acto implícito y en el acto tácito.

- *La operatividad en la práctica.*

En la práctica, resultará difícil no obstante hallar supuestos donde hallar configurados el acto tácito o implícito.

Así, en situaciones donde un particular pretenda que habría existido un acto tácito, frente a sus numerosos reclamos pidiendo se dicte acto expreso sin que ello hubiese acaecido, más muchas veces no se podrá extraer circunstancia del acaecimiento de meros «hechos administrativos», como podría suceder si respecto de un agente municipal que hubiese reclamado el aumento en sus haberes, éstos se hubiesen incrementado «de hecho», sin acto expreso alguno emanado de autoridad competente que sirva de antecedente al incremento salarial, y sólo por la decisión -inhábil- del funcionario encargado de las liquidaciones¹⁰¹.

administrativa, obra de la jurisprudencia francesa, pertenece al campo de la ilegitimidad y comprende todos aquellos comportamientos materiales que, sin alcanzar a configurar una declaración, impliquen una grosera o grave violación del ordenamiento jurídico”.

¹⁰¹ Contrariamente, la Procuración del Tesoro de la Nación ha entendido que las liquidaciones de haberes comportan actos administrativos. Al respecto, expresó que “... *los pagos pertinentes comportan actos de ejecución del marco normativo anterior ya que cristalizan en cada caso particular la voluntad del legislador. Mediante tales actos se manifiesta intelectivamente al funcionario o empleado lo que en concreto le corresponde cobrar en base a la ley respectiva. Existen en definitiva dos actos de trascendencia jurídica: la ley y el acto administrativo particular que ejecuta en forma directa la voluntad legal*”

En tal sentido, el artículo 119 de la Ley 3460 de Procedimientos administrativos de Corrientes prescribe que: «*Los comportamientos y actividades materiales de la Administración Pública que tengan un sentido unívoco y que sean incompatibles con una voluntad diversa, servirán para expresar el acto, salvo que la naturaleza o circunstancias de éste exijan manifestación expresa. El acto podrá expresarse a través de otro que lo implicare necesariamente en cuyo caso tendrán existencia jurídica propia. En cualquiera de los supuestos se requerirá que el comportamiento, la actividad o el acto dictado, lo haya sido por el órgano que tenga la competencia para dictar el acto que se dé por implícitamente dictado*».

Como se puede apreciar, la propia Ley 3460 de Procedimientos Administrativos de Corrientes, expresamente contempla la existencia de actos administrativos tácitos o implícitos, señalando que los mismos *se expresan a través de otro que los impliquen necesariamente* (en el ejemplo del reclamo

[Expte. N° 52908/96. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto; 13 de octubre de 2000. (Dictámenes 235:143)]. Ver al respecto comentario de CHARRY, Héctor P. O., “Sobre la discutible aplicación de dos doctrinas por la procuración del Tesoro de la Nación. (acerca de la naturaleza de la liquidación de haberes y la *doctrina de los actos propios*)”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 305, Ediciones RAP, Buenos Aires, p. 93.

La Corte Suprema, en cambio, ha entendido que no son actos administrativos, sino hechos. Al respecto, ha dicho que: “*La liquidación en cuanto tal no es un acto administrativo, sino una operación aritmética que no importa acto o declaración de voluntad de la que surjan derechos subjetivos*” (“Podesta, Eulogio Alberto y otros c/ Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal s/ cobro de australes” - C.S.J.N. - 21/04/1989. Fallos 312:1188), razón por la que “... *la percepción del pago sin efectuar reservas importe el consentimiento tácito de las sumas abonadas...*”, puesto que “... *carece de relevancia la percepción del pago sin reservas, pues el pago insuficiente de obligaciones originadas en relaciones laborales debe considerarse como entrega a cuenta del total adeudado, quedando expedita al trabajador la acción para reclamar la diferencia, sin que el hecho de que la relación sea de empleo público pueda alterar la naturaleza de la prestación*” (S. 504. XXXIII.; Salduna de Tolomei, María Eugenia c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. 12/11/1998. Fallos 321:2998).

de incremento salarial habría faltado ese otro acto expreso que implique al tácito); sin embargo, agrega condición sine qua non que el comportamiento, actividad o el acto dictado ha sido *por el órgano que tenga la competencia para dictar el acto tácito o implícito*.

En el ejemplo, el único órgano que podría resolver válidamente el reclamo es el Intendente Municipal. Sin embargo, el pretendido acto tácito, de haber existido, habría emanado del agente encargado de tipear las liquidaciones en la computadora, que obviamente, carecía de competencia para resolver -a favor o en contra- el reclamo formulado. Por tal motivo, no cabría aquí asumir la existencia de acto tácito.

Así lo tiene expresado la Procuración del Tesoro de la Nación, pues no obstante haber reconocido excepcionalmente la existencia de un acto tácito, ha hecho la siguiente salvedad: *«cuando se dispone la notificación al administrado del contenido de un asesoramiento emitido por el servicio jurídico competente, su efecto debe ser considerado como decisorio en la medida en que fuera ordenada (la notificación) por el órgano facultado para decidir el fondo de la cuestión»* (conf. Dict. 190:156; 211:131). Caso contrario, cobra vigencia la regla acerca de que *«los dictámenes son actos preparatorios tendientes a la formación de la voluntad de la Administración y, por ende, no son actos administrativos susceptibles de recursos* (conf. Dict. 181:151; 183:150; 185:174; 235:175)¹⁰².

Igualmente, la norma en cuestión deja a salvo los casos en que la naturaleza o circunstancias de éste exijan manifestación expresa, como ocurre respecto del reclamo de reajuste de haberes, el que tuvo que haber sido objeto de decisión expresa mediante el dictado del acto administrativo emanado de órgano competente, por importar una alteración del *status quo* de sus haberes conforme se liquidaran los últimos años.

En tal sentido, la doctrina española, que también admitió tales modos de manifestación de la voluntad, ha remarcado

¹⁰² Expte. N° 126.222/00. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; 1 de noviembre de 2001. (Dictámenes 239:314).

que «... la voluntad, en principio, puede declararse de cualquier forma. En este sentido, *la forma es elemento esencial del acto administrativo, pues, si la voluntad no se manifiesta de alguna manera no existe acto jurídico*. Como regla general, una forma determinada no es elemento necesario para que exista acto administrativo, pero, *para algunas categorías o especies de actos administrativos, las leyes obligan al sujeto titular del poder administrativo a declarar su voluntad de una manera determinada*»¹⁰³.

Retomando el supuesto de las habilitaciones comerciales, tenemos que el único órgano que hubiese podido dictar un acto administrativo de habilitación comercial era el Intendente Municipal.

Sin embargo, el pretendido acto tácito, de haber existido, habría emanado de un encargado de oficina recaudadora quien, obviamente, carecía y carece de competencia para conceder habilitación.

1. Los «Meros Pronunciamientos Administrativos»

- *La decisión expresa del reclamo previo. ¿Acto administrativo o Mero Pronunciamiento Administrativo?*

En la doctrina se ha expuesto la existencia de diferencias entre «acto administrativo» y «mero pronunciamiento administrativo».

Respecto del primero, se ha dicho que constituye «toda declaración de un órgano del Estado, o de un ente no estatal, emitida en ejercicio de la función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros»¹⁰⁴. Como tal, es constitutiva de derechos o bien, denegatoria de aquellos.

¹⁰³ ESCUIN PALOP, Vicente, *El acto administrativo implícito*, Civitas, Madrid, 1999, p. 75.

¹⁰⁴ Conf. COMADIRA, Julio R. "Algunos aspectos de la teoría del acto administrativo", JA 1996-IV-750. La definición del autor me parece la más com-

Respecto de la segunda, introducida en nuestro país por el Profesor Héctor Mairal, es aquella no susceptible de alterar la esfera jurídica preexistente del particular, es decir, que no produce efectos jurídicos directos sobre el derecho de fondo en el cual el particular sustenta su pretensión¹⁰⁵.

Imaginemos el supuesto en que un particular reclame un sueldo atrasado, y la Administración dictara un acto expreso por el cual le denegara lo peticionado, y no sea recurrido en tiempo y forma: ¿perdería el administrado por ello el derecho al sueldo, por haber quedado firme la negativa? Conforme la tesis del profesor Mairal, ello no ocurriría, porque en tal caso, la denegación expresa no constituiría un acto administrativo, sino un «mero pronunciamiento administrativo», con la diferencia esencial de que este último, que en el caso de los haberes, su derecho al cobro proviene del contrato de empleo público, como debida contraprestación al cumplimiento de la función o servicio por parte del agente.

En el orden federal, ello podría tener asidero -al menos, antes de la reforma operada por Ley 25.344- en virtud del doble sistema de acceso a la jurisdicción contenido en la Ley 19.549¹⁰⁶, respecto de la denominada vía reclamatoria, o en

pleta, ya que engloba toda declaración (expresa o tácita), emitida por cualquier órgano estatal o no, que ejerza función administrativa, con la nota fundamental que es la producción de efectos jurídicos directos e individuales.

¹⁰⁵ Así, MAIRAL, Héctor A., entiende que “cuando el particular invoca un derecho preexistente cuya existencia o reconocimiento no depende de una declaración administrativa, y la Administración se rehúsa a reconocerlo, tal actitud en nada afecta al derecho preexistente”. (“Los meros pronunciamientos administrativos”, en *Derecho administrativo*, obra colectiva en Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Director Juan C. Cassagne, Abeledo-Perrot, 1998, p. 657). Agrega más adelante -p. 658- que “puede afirmarse de manera genérica que cuando un particular tiene un derecho cuya existencia no depende de reconocimiento administrativo, dependencia que sólo puede surgir de ley expresa que la establezca, las manifestaciones que respecto de dicho derecho formule la Administración son inhábiles para afectarlo, no constituyen actos administrativos ni requieren impugnación”.

¹⁰⁶ Ha señalado al respecto la jurisprudencia federal que: “*La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos contempla -según que se impugnen o no*

su caso, a la vía prevista en el art. 10, mas no respecto de la vía impugnatoria que se dirige contra actos administrativos y que, hemos visto, exigen el agotamiento de la vía a través de los recursos, dentro de los plazos previstos en cada caso.

De lo contrario -entiende Mairal-, se produciría la fatal consecuencia de equiparar los efectos de toda expresión de voluntad emanada de la Administración a los de una sentencia judicial de primera instancia, lo cual resultaría, en nuestro derecho positivo, violatorio de los derechos de defensa en juicio y juez natural, consagrados por el art. 18 de la Constitución Nacional.

Y ello es así, por cuanto para que exista acto administrativo, es decir, para que la declaración de voluntad de la Administración produzca efectos jurídicos, requiere como requisito *sine qua non* la existencia de una ley previa habilitante, que lo autorice y prevea¹⁰⁷, por imperio del art. 19 de la Constitución Nacional¹⁰⁸, ya que toda restricción de derechos debe tener apoyatura en una ley específica.

Un caso típico de mero pronunciamiento administrativo, no susceptible de alterar la esfera jurídica del particular, lo constituye la denegatoria de una autorización, puesto que el particular posee un derecho preexistente, limitándose la Administración a verificar el cumplimiento de los requisitos

actos- dos vías a través de las cuales puede llegar a considerarse habilitada la instancia judicial para accionar contra el Estado Nacional: la primera llamada impugnatoria o recursiva exige el agotamiento de la instancia administrativa por vía de la obligatoria deducción de los recursos que para ello fuere menester y, posteriormente, la interposición de la acción judicial de impugnación del acto administrativo definitivo en un perentorio plazo de caducidad; la segunda, denominada reclamatoria exige el previo reclamo administrativo, para precisamente provocar el acto administrativo, antes de demandar al Estado Nacional” (CNCont. Adm. Fed., Sala 4ª, 10/2/2009 - Ortiz, Antonio S. v. Estado Nacional, SJA Administrativo del 26/8/2009).

¹⁰⁷ Al respecto, ver MAIRAL, Héctor, “Los meros pronunciamientos administrativos”, cit., p. 656.

¹⁰⁸ “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

legalmente establecidos para poder ejercerlo, en cuyo caso se lo habilita para ello. Pero en el caso de que la autorización sea denegada, no significa que el particular va a perder ese derecho en caso de no impugnar la denegatoria, sino que, cumplimentado el recaudo faltante, previa intimación de la autoridad, la misma se encuentra obligada a otorgarla.

Para corroborar lo expuesto, tomemos un ejemplo: el otorgamiento -o la denegatoria- del carnet para conducir. La Constitución Nacional reconoce a todos los habitantes de la Nación Argentina transitar el territorio argentino (art. 14), el cual constituye un derecho preexistente del particular. Como los derechos constitucionales no son absolutos, quedan limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio, entonces las leyes (de tránsito, ordenanzas municipales) disponen que para conducir automóviles, se deben cumplir con una serie de requisitos. La Administración, ante la solicitud del particular, debe constatar si en el caso el peticionante cumple o no con tales requisitos. Si cumple con todos, debe otorgarle el carnet de conductor; si no cumple con todos o con alguno -como ser la edad mínima-, lo deniega, pero previamente le hace saber qué recaudo le falta.

Si con posterioridad el particular cumple con el requisito -cumple la edad mínima-, la Administración se halla obligada a concederla, no pudiendo argumentar en contra del administrado que este no impugnó en tiempo y forma la denegatoria, y que por tal razón la misma devino firme.

Tales denegatorias, en los ejemplos antedichos, no son susceptibles de modificar el derecho preexistente del particular, razón por la cual, no constituyen *-stricto sensu-* actos administrativos, sino más bien serían «meros pronunciamientos administrativos».

Lo mismo ocurría en el orden federal antes de la reforma de la Ley 25.344 respecto de la decisión que en forma expresa, desestimaba la reclamación administrativa previa (art. 30 y ss. Ley 19.549); si fuera un acto administrativo, este debería ser impugnado en forma autónoma, dentro del plazo de caducidad que prevea la legislación respectiva, bajo apercibimiento de

quedar firme el mismo, no siendo de aplicación en ese caso los plazos de prescripción para demandar judicialmente.

Pero, en la gran mayoría de los casos, la denegación expresa a la reclamación es un «mero pronunciamiento administrativo», y como tal, no producirá efectos jurídicos directos sobre el derecho de fondo en el cual el particular sustentara su pretensión.

Si en tales casos, la decisión que emita la Administración como resolución expresa a un reclamo administrativo no constituye un «Acto Administrativo», único susceptible de ser revisado a través de un proceso contencioso administrativo según la concepción tradicional referida al comienzo, tampoco tiene sentido articular el reclamo en esos casos.

Siguiendo dicho razonamiento, tampoco resulta lógico que resulte habilitada la instancia judicial en casos de que se deduzca un reclamo y la Administración no lo resuelva expresamente, entonces sí sea factible acceder al contencioso administrativo por haber mediado denegatoria tácita por silencio, el cual no constituye un acto administrativo, ni siquiera presunto, sino una ficción legal establecida a favor del administrado, a fin de que estos puedan acudir a la instancia judicial no obstante no haber obtenido pronunciamiento o resolución expresa al reclamo impetrado¹⁰⁹.

¹⁰⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, en su *Los recursos administrativos*, Madrid, 1960, p. 95, señaló que: “. . . el silencio administrativo no es, en realidad, una verdadera forma de terminación de los procedimientos administrativos, sino que es una presunción que ha sido establecida **en garantía de los propios administrados**, que de otro modo podrían verse afectados en sus derechos y posibilidades jurídicas por la mera inactividad de la administración”; citado por ESCOLA, Héctor Jorge, en su *Tratado general de procedimiento administrativo*, 2ª edición actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 235, con relación a los efectos que produce el silencio denegatorio, sostiene lo siguiente: “... Pero los efectos del silencio administrativo no impiden, por cierto, que la administración dicte con posterioridad al vencimiento de los plazos fijados para que se expida, una resolución expresa, cumpliendo así con su obligación de resolver. Dictada esa resolución, procederían contra ella, una vez notificada, todos los recursos que sean admisibles, ya sea que confirme o varíe el sentido del acto presunto resultante del silencio administrativo”.

Como vemos, la inconsistencia que se produce según exista o no resolución expresa al reclamo del particular, resulta irrazonable.

Por otra parte, si se asignara la decisión expresa de un reclamo previo el carácter de acto administrativo productor de efectos jurídicos en la esfera sustantiva de los derechos de los particulares, se estaría reconociendo a la Administración la potestad de decir el derecho con fuerza de verdad legal, el cual -en nuestro sistema judicialista- colisionaría con el principio de separación de poderes¹¹⁰.

- *La distinción antedicha en la Jurisprudencia:*

Los tribunales han tenido en varias oportunidades, ocasión para diferenciar claramente cuando se estaba en presencia de un acto administrativo, productor de efectos jurídicos, y cuando no.

En el caso «Thorne c/ Gobierno Nacional»¹¹¹, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal distinguió entre el acto administrativo susceptible de impugnación por la vía de los artículos 23 y 24 de la Ley 19.549, de aquél que solo exterioriza la posición del Estado frente a la reclamación prejudicial de reconocimiento de un derecho subjetivo.

Luego, el autor agrega, citando a Garrido Falla, lo siguiente: “*Por su propia naturaleza, finalmente, cabe acotar que la doctrina del silencio administrativo pierde todo su valor cuando lo que debe obtenerse es una resolución o decisión expresa de la administración, ya que en tal caso esa voluntad expresa no puede suplirse por una mera presunción legal, máxime cuando deben cumplirse requisitos y condiciones necesarias para la debida formación de la voluntad administrativa que deberá expresarse en el acto a dictarse*”.

¹¹⁰ Así lo entiende Mairal, “Los meros pronunciamientos...”, cit., p. 658, quien considera que: “El otorgamiento de una amplísima potestad jurisdiccional a favor de la Administración nos parece violatoria del principio de separación de los poderes e impropia de un Estado de Derecho”.

¹¹¹ Rep. LL, 1982-830, N° 2, citado por Mairal.

La Sala I de dicha Cámara, en el caso «Polledo S.A. c/ Consejo de Investigaciones Científicas y Técnicas»¹¹², reiteró tal posición, diciendo que en dicha causa la demanda no estaba dirigida a invalidar el acto administrativo formalizado mediante una resolución ministerial, no se pretende privarlo de una coercibilidad que no tiene, sino hacer valer un derecho subjetivo derivado de un negocio jurídico concertado entre las actoras y el Estado. Sostuvo entonces que la resolución administrativa emanada del Ministro, carecía de virtualidad para modificar, por sí misma, la situación jurídica de las partes y, por ende, para dilucidar los conflictos que pudieran suscitarse entre ellas. Sólo define la actitud de una de las partes contratantes dentro del marco de la relación contractual preexistente.

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa «Serra y otro c/Municipalidad de Buenos Aires»¹¹³, adopta idéntica posición, en ocasión de discutirse acerca de la aplicación del plazo de caducidad del artículo 25 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos ante la omisión de impugnar oportunamente la negativa de pago opuesta por la Administración a un contratista. El Alto Tribunal consideró que el acto no impugnado carecía de virtualidad para afectar el derecho del particular, por lo cual no era necesaria tal impugnación, quedando sujeta tan sólo a los plazos de prescripción aplicables¹¹⁴.

¹¹² E.D., 111-537, citado por Mairal.

¹¹³ L.L., 1995-A-397; Fallos 316:2454, citados por Mairal.

¹¹⁴ Dijo la Corte al respecto: “*Que, como resultado de lo expuesto, desde el punto de vista procesal el derecho a accionar judicialmente para obtener el reconocimiento del crédito que invoca la actora nació de la relación instaurada entre las partes, que se plasmó en el contrato que celebraron, y no del acto administrativo que rechazó su petición, en la medida en que éste en nada afecta a los términos de la relación jurídica originalmente establecida entre los contratantes. En efecto, la negativa de pago expresada por la Municipalidad en el acto obrante a fojas 143 del expediente agregado por cuerda, sólo posee aquella virtualidad -fijar la posición de la Administración frente al requerimiento de pago efectuado- sin que en sí misma goce de aptitud para modificar la relación*”

La posición que asume la Corte Suprema en el fallo referido, ya había sido esbozada con anterioridad por doctrina nacional¹¹⁵, e incluso por ella misma¹¹⁶.

Finalmente, debo señalar que estrechamente ligado el tema de los «meros pronunciamientos administrativos», se encuentra el instituto de las «consultas»¹¹⁷, especialmente a

jurídica sustancial fijada por el acuerdo de voluntades -contrato- y la serie de actos administrativos que le otorgan a aquél su naturaleza iusadministrativa”.

¹¹⁵ MAIRAL, Héctor A, *Control judicial...*, cit. t. I, p. 390. Dice el autor: “*En primer lugar, la denegatoria de la petición, reclamo o recurso administrativo nunca es idónea para afectar la relación subyacente: si el agente tiene derecho a un aumento de sueldo, ese derecho no se debilita ni deviene temporalmente limitado por el solo hecho de que la Administración agregue, a la falta de pago oportuno del aumento, la irregularidad de una denegatoria infundada. . . De allí entonces, también, que la denegatoria expresa de la reclamación administrativa previa no tenga por efecto traspasar la controversia al ámbito de la vía impugnatoria y tornar aplicable el plazo de caducidad”.*

¹¹⁶ Corte Sup. 30/3/1989, Elverdin, Jorge Julio v. UNLP. s/ ordinario. Fallos 312:417. Sostuvo que “... *la denegación administrativa de la petición o reclamo no es idónea para afectar la relación subyacente; si el agente tiene derecho al adicional que reclama, ese derecho no se debilita ni deviene temporalmente limitado por el sólo hecho de que la Administración agregue, a la falta de pago oportuno, una negativa expresa de abonarlo...*”; agregando además que “... *la circunstancia de haber intentado el actor la satisfacción de su reclamo en sede administrativa, aunque no estaba obligado a hacerlo para habilitar la instancia judicial, no puede, de ninguna manera, desmejorar su situación procesal ni coartarle su acceso a la jurisdicción...*” Refirió finalmente que “... *si la falta de liquidación del adicional asistencial comportó una omisión administrativa y no un acto de igual naturaleza, el actor estaba habilitado para promover directamente la acción judicial, con base en el inc. f) del art. 32 de la ley 19549, de acuerdo con cuyos términos no es necesario el reclamo administrativo previo para demandar a un ente autárquico, con facultades para estar en juicio...*”.

¹¹⁷ NIETO, Alejandro, “Las consultas a la administración: una aportación jurisprudencial a los conceptos de acto administrativo y de acto inexistente”, (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1974, Sala 4ª) (Ponente, FERNÁNDEZ TEJEDOR), *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 8, Civitas, Madrid, Enero-Marzo, 1976, Jurisprudencia, p. 137. El autor, luego de evidenciar una postura crítica, expresa que la doctrina española entonces dominante (GARRIDO FALLA, ENTRENA, MARTÍN MATEO, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, etc.) ha adoptado con respecto al tema una actitud muy rotunda: la resolución de consultas, en cuanto declaración de juicio, es una **variante**

la administración tributaria¹¹⁸, que en algunos casos resultan vinculantes.

A su respecto, cabe todo cuanto expuse respecto a la competencia, en punto a que no puede mediante una consulta excepcionarse una norma imperativa de rango superior, por lo que sea considerado un acto administrativo o un mero pronunciamiento, el mismo resultaría en ese caso ilegítimo y susceptible de ser revocado por la Administración o, en su defecto, mediante la deducción de la acción de lesividad.

m. Teoría de la «apariencia» versus la teoría del «órgano»

Abordaré ahora la implicancia que presenta la teoría del órgano y las consecuentes competencias que de manera posi-

típica del acto administrativo, basándose en el concepto que ZANOBINI ofrece del mismo: “declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un sujeto de la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa”. Expresa que “... *La influencia del autor italiano resulta extraña, ya que rompe la tradición de una de las autoridades más respetadas entre nosotros, FERNÁNDEZ DE VELASCO, quien en 1929 -y nada menos que con el aval de HAURIUO y el apoyo de la doctrina alemana- excluía a las consultas de los actos administrativos, al no tener cabida en su definición de éste como “declaración jurídica, unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la Administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas” (El acto administrativo, página 15). Por otro lado, el concepto italianizante no parece encajar fácilmente en el sistema de la Ley de Procedimiento Administrativo, y aunque la importación es, desde luego, anterior a 1958, no se ha intentado siquiera su contrastación con este texto. Concretamente: ¿cómo aplicar a la resolución de consultas la “ejecutividad” del artículo 44 o la validez y la eficacia del artículo 45? Ciertamente que a nadie se escapan las peculiaridades del “acto administrativo de consulta” y que incluso algunos autores, como GARRIDO FALLA, se basan en ellas para encajarle en la variante del “mero acto administrativo”...*”.

¹¹⁸ Sobre las consultas en el ámbito tributario, ver BERTAZZA, Humberto J., *La consulta tributaria vinculante. Un estudio sobre el derecho comparado y el análisis del régimen en la República Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2007; y NATAN LICHT, Miguel, “Algunas cuestiones que suscita el régimen de consulta vinculante reglado en la ley nacional de procedimiento tributario”, 2005, ED, 215-833.

tiva vinculan a quienes integran la organización administrativa de todo Estado, frente a la pretensión de esgrimir la teoría de la apariencia como modo de extraer consecuencias jurídicas de actos que no provendrían del órgano competente.

La doctrina¹¹⁹ ha señalado que: «... para que la apariencia jurídica pueda producir efectos, es preciso que el error común esté compartido por la persona que intente prevalerse de la situación aparente. Esta persona deberá ser un tercero de buena fe; y *no haber incurrido en culpa*. Sólo los terceros que actúan de buena fe pueden sacar provecho de la apariencia. Y son terceros de buena fe quienes *sinceramente creen en la realidad de la situación aparente*», agregando que: «... para que el tercero pueda prevalerse de su buena fe *no basta que haya creído en la realidad de la situación aparente*; hace falta, además y sobre todo, que *su error sea excusable*, es decir, que *no haya habido por su parte culpa o negligencia*», agregando que: «... la teoría de la apariencia no puede servir para salvar a quien tenga duda sobre la veracidad de la situación aparente, pero todavía hay un punto más. Al tercero se le exige el empleo de cierta diligencia, porque como ha dicho un autor francés: *«la teoría de la apariencia no es una tabla de salvación para uso de los negligentes y de los aturdidos, sino una protección reservada para las víctimas de una creencia legítima»*. La fórmula de que la teoría de la apariencia es una protección reservada para las víctimas de una creencia legítima encierra la necesidad de una conducta diligente por parte del tercero. El tercero ha caído en el error; pero esto no le bastará para salvarse. Es preciso que haya obrado con la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, para no incurrir en el error. Así, la teoría de la apariencia *no cubrirá a aquel a quien pueda reprochársele el no haber tomado precauciones suficientes* -según lo que es de uso en la operación y circunstancias del caso- *para tratar con el titular aparente...*».

¹¹⁹ HIRSCH, León, “Introducción a la teoría general de la apariencia jurídica”, Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2009, vol. 112, N° 896, p. 119 y sgtes.

Si en el derecho privado la mentada doctrina presenta dificultades, pues exige un máximo de diligencia y prudencia a quien intente alegar la buena fe en una determinada situación aparente, más problemático resultará sustentar su utilización en el Derecho Público, donde los parámetros iusprivatistas resultan inhábiles para traspolarse sin más, sin el debido rigor analítico y sin una apropiada modulación, a la resolución de los casos planteados en este ámbito¹²⁰.

En la causa «Grupo República»¹²¹, el Alto Tribunal recordó que «... *el art. 58 de la ley 19.550 -que recepta la doctrina del ultra vires- dispone que «El administrador o representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social. Este régimen se aplica aun en infracción de la organización plural, si se tratare de obligaciones contraídas mediante títulos valores..., salvo cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción de la representación plural».* Esta norma regula lo relativo al órgano de representación de la sociedad en sus relaciones con terceros, imputando a la sociedad los actos celebrados por quienes, por disposición de la ley, tienen dicha facultad. La ley adopta claramente el principio de la apariencia jurídica y la protección de las expectativas de quienes contratan con la sociedad. Dado que la actuación del representante societario conlleva la imputación de sus actos a la persona jurídica, tanto el otorgamiento sin facultades suficientes de un poder para dar avales -tal lo establecido por los jueces de la causa-, como la actuación del

¹²⁰ Reparemos lo señalado por la Corte Suprema en punto a que “*Las disposiciones del Código Civil ... son aplicables a la esfera del derecho administrativo, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de ésta última disciplina*” (C.S.J.N., “Ganadera Los Lagos S.A. c/ Nación Argentina. 1941. Fallos 190:142; reiterado en S. 875. XVIII. Sosa de Basso, María Angélica y Basso María Cristina c/ Buenos Aires, Provincia de y Municipalidad de Junín. 18/08/1987. Fallos 310:1589).

¹²¹ C.S.J.N., G. 341. XL; RHE “Grupo República S.A. c/ Terminales Portuarias Argentinas S.A. s/ejecutivo”. 18/11/2008. Fallos 331:2590.

mandatario por la representación que le fue conferida (art. 221 del Código de Comercio), se inscriben en el ámbito de la apariencia jurídica que consagra esa norma, y en cuya virtud se acuerda plena eficacia a tales actos jurídicos respecto de terceros. Este efecto imputativo no es aplicable cuando se trate de actos notoriamente extraños al objeto social, lo que no fue materia de juzgamiento en la sentencia en recurso...».

La Corte Suprema ha considerado aplicable dicha doctrina en el campo del Derecho Administrativo, pero no frente al Estado, sino a sujetos ligados a él mediante un contrato administrativo, en sus relaciones con terceros.

Así lo ha entendido en materia de responsabilidad de los concesionarios viales, expresando que «... quien accede a una ruta concesionada tiene una **confianza fundada** en que el organizador se ha ocupado razonablemente de su seguridad, pues la prestación de servicios masivos presenta un grado de complejidad y anonimato que resultan abrumadores para los ciudadanos comunes que los reciben. El funcionamiento regular, el respaldo de las marcas y del Estado genera una apariencia jurídica que simplifica su funcionamiento y lo hace posible, y las pruebas que realiza el consumidor para verificar la seriedad y seguridad son mínimas porque confía en la apariencia creada y respaldada por el derecho...»¹²².

También sostuvo en otra causa que «... el ciudadano que accede a un espectáculo deportivo tiene una **confianza fundada** en que el organizador se ha ocupado razonablemente de su seguridad. Ello es así porque la prestación de servicios masivos presenta un grado de complejidad y anonimato que resultan abrumadores para los ciudadanos que los reciben. El funcionamiento regular de la actividad, el respaldo que brinda la asociación, es lo que genera una **apariencia jurídica** que simplifica su funcionamiento y lo hacen posible»¹²³.

¹²² Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, *in re*: C.S.J.N., F. 1116. XXXIX.; Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ V.I.C.O.V. S.A. s/ daños y perjuicios. 21/3/2006. Fallos 329:646.

¹²³ C.S.J.N., M. 802. XXXV; ORI "Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios". 6/3/2007. Fallos 330:563.

Fue desestimada dicha teoría, salvo alguna excepción¹²⁴, frente al Estado. Así, por ejemplo, sostuvo la Corte que «... *debe rechazarse la demanda si el comportamiento de la actora careció de mecanismos de control apropiados para la concreción de la operación y no observó recaudos indelegables tendientes a comprobar la veracidad y eficiencia de los avales y la credibilidad crediticia del librador de los documentos, pues una diligencia razonable apropiada a las circunstancias, la habría convencido de que las **apariencias externas** no eran suficientes para afrontar el riesgo financiero que supone una operación a «forfait»*»¹²⁵.

También, en la causa «Revestek»¹²⁶, entendió admisible el recurso extraordinario contra la sentencia que, bajo la **apariencia** del reconocimiento de facultades que diversas normas atribuyen al Banco Central respecto de la regulación del mercado cambiario, de la determinación de la política del área y del ejercicio del poder de policía cambiario -al admitir desafortunadamente la responsabilidad del Estado-, vació de contenido a las atribuciones que los demandados fundaron en tales normas de naturaleza federal.

Resulta necesario puntualizar, respecto a la *competencia de los órganos estatales*, que no cualquiera puede comprometer con su actuación al ente que integra.

Al respecto, la Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que: «... *entendiendo al órgano como un conjunto de atribuciones o competencias (órgano jurídico u órgano institucio-*

¹²⁴ Así, en la causa I. 85. XXV.; “Inmar S.A. c/ Entre Ríos, Provincia de y otro s/ ejecutivo”, 20/12/1994. Fallos 317:1826. Sostuvo la Corte que “*En determinadas circunstancias el ordenamiento jurídico confiere a determinados actos de transmisión de derechos la misma eficacia que producirían si hubiesen sido cumplidos por el verdadero titular, con independencia de que el transmitente revista o no ese carácter*”.

¹²⁵ D. 583. XXVIII; “Dresdner Forfaitierungs Aktiengesellschaft c/ San Luis, Provincia de s/ cobro de sumas de dinero”, 18/9/2001. Fallos 324:2826.

¹²⁶ C.S.J.N., R. 238. XXII; “Revestek S. A. c/ Banco Central de la República Argentina y otro s/ ordinario”, 15/8/1995. Fallos 318:1531.

*nal) que luego será ejercido por una persona física determinada (órgano físico) cuyas manifestaciones de voluntad, omisiones y actuaciones, **dentro del marco de las atribuciones que le han sido conferidas**, son imputadas al ente del que forman parte, resulta que la Municipalidad ... es quien debe soportar las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la obligación de rendir cuentas documentada del beneficio otorgado, independientemente de la responsabilidad de los funcionarios públicos involucrados en la operatoria...», agregando que: «El Estado y todas las personas jurídicas estatales de que él se vale para el cumplimiento de sus fines expresan su voluntad a través de personas físicas que las integran. Estas personas físicas constituyen los llamados «órganos personas» u «órganos individuos». La voluntad expresada por dichas personas físicas es imputable a la persona jurídica de que forma parte. Además, las diversas competencias o funciones estatales están respectivamente asignadas a determinados organismos, los cuales tienen a su cargo determinada actividad. Estos organismos constituyen los llamados órganos institución...»¹²⁷.*

Coincidentemente, ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de la Nación de manera concordante: «... 5°) *Que al respecto parece necesario recordar que todo órgano estatal constituye una de las tantas esferas abstractas de funciones en que, por razones de especialidad, se descompone el poder del gobierno; para cuyo ejercicio concreto es nombrado un individuo (o varios) cuya voluntad vale como la voluntad del gobierno, en tanto dicho sujeto está autorizado para «querer» en nombre del todo, dentro del ámbito de su competencia. Y, aunque no se pueda negar la subjetividad del órgano (es decir, su capacidad de ser sujeto y centro de relaciones inter-orgánicas), ella existe solamente dentro del ámbito de la personalidad del Estado, que es única y «la única que se refleja hacia el exterior de tal forma que no puede ser atacada por la limitada subjetividad de los órganos, pues ésta en ningún caso podrá ser consi-*

¹²⁷ Dict. N° 144/05, 27 de abril de 2005. Expte. N° 200159/97. Ex Secretaría de Desarrollo Social. (Dictámenes 253:144).

derada como verdadera y propia personalidad jurídica, ya que a este concepto debe dársele un contenido que se refleje hacia el exterior, frente a sujetos extraños, que falta en el caso de los órganos» (Alessi, Renato: «Instituciones de Derecho Administrativo». Ed. Bosch. Barcelona, 1970. T° I, págs. 86 a 96, esp. 84)¹²⁸.

Por tal motivo, ha señalado el Alto Tribunal que: «*En principio, la administración pública no es responsable cuando el funcionario obra a título puramente personal, al margen de la función, y en exclusivo provecho propio*»¹²⁹.

Está claro que lo actuado por el funcionario en calidad de órgano del Estado resultará imputable a este último, en la medida en que hubiese obrado dentro del marco de sus atribuciones¹³⁰, debiendo necesariamente efectuar un análisis riguroso y pormenorizado de las normas jurídicas que establecen la competencia de los órganos y los procedimientos imperativos como para imputar los actos administrativos al ente público del que forman parte.

¹²⁸ C.S.J.N., I. 162. XXXVII, “Inadi c/ E.N. - M° Interior - dto. 957/01 - ley 25.453 s/ amparo ley 16.986”, 14/12/2004. Fallos 327:5571.

¹²⁹ Voto de los Dres. Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi y Gustavo A. Bossert, causa A. 308. XXXVI. “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros c/ Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ contrato administrativo”, 18/7/2002. Fallos 325:1787.

¹³⁰ En tal sentido, señala MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 54 y ss., en el punto c) “La ‘falta de servicio’ como criterio objetivo y la imputación directa a través de la ‘teoría del órgano’. el criterio de la Corte Suprema”, que “... *la jurisprudencia de la Corte ha ido consolidando el criterio de la imputación objetiva y directa de la responsabilidad extracontractual del Estado, a través de la caracterización de la ‘falta de servicio’ como un criterio objetivo y de la aplicación de la ‘teoría del órgano’, como factor de atribución de las conductas (hechos, actos u omisiones) de sus agentes a la estructura estatal que integran, por formar parte de ella como un todo inescindible y cuyo hito culminante en el desarrollo de esa consolidación jurisprudencial se señala que se produjo en la causa ‘Vadell, Jorge Fernando c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización’ (Fallos, 306:2030) ...*”.

Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, Sala IV, en la causa «Amiano»¹³¹, sostuvo que: «*La norma del art. 1112 del Cód. Civil es aplicable al supuesto en el cual se debate la responsabilidad del Poder Judicial de la Nación, pues el Estado es responsable, principal y directo, de las consecuencias dañosas producidas por la actividad de sus órganos o funcionarios, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades a las que pertenecen.*».

Expresó el Dr. Uslenghi en su voto en esa causa, a modo de precisiones que ayuden a despejar cualquier duda respecto de la cuestión, que: «... II.1. En este sentido, estimo que en primer término se debe recordar que la responsabilidad del Estado no es una cuestión de derecho común. Esta característica ha sido reconocida desde antigua data. En efecto, el Tribunal de Conflictos francés tuvo oportunidad de sentar este principio al resolver el ya célebre arrêt «Blanco» lo que constituiría para alguna doctrina la *partida de nacimiento del nuevo derecho administrativo* (8/2/1873, ver «Les grands arrêts de la jurisprudence administrative», 10^a ed., p. 1). En esa ocasión, se trató de determinar cuál era el organismo competente para entender en una acción de daños contra el Estado -los tribunales administrativos o los judiciales-. En ese marco, sostuvo que la responsabilidad que puede incumbir al Estado

¹³¹ CNACAF, Sala IV, 7/10/1999, “Amiano, Marcelo E. y otro c/ Ministerio de Justicia y otro”, voto del doctor Uslenghi (La Ley 1999-F, 497, con nota de M. Claudia Caputi - DJ 2000-1, 644). El fallo fue luego revocado por la Corte Suprema, en Sentencia del 4/11/2003 (Fallos 326:4445), al considerar que el Síndico de un concurso no constituye un órgano mediante el cual el Estado exterioriza sus potestades y voluntad, sino un sujeto auxiliar de la justicia que desarrolla su actividad en el proceso colectivo con autonomía y en base a la idoneidad técnica que deriva de su título profesional sin subordinación jerárquica, pero sin restar plausibilidad a los argumentos vertidos por la Cámara respecto de los “reales” órganos del Estado.

Sobre la teoría del órgano, ver el excelente artículo de SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “La teoría del órgano en el derecho administrativo”, Revista Española de Derecho Administrativo, N° 040-041, enero-marzo 1984, Civitas, Madrid, Sección Estudios, p. 43.

por los daños causados a los particulares por el hecho de personas que aquél ha empleado en un servicio público, no puede estar regida por los principios que son establecidos en el Cód. Civil, para las relaciones de particular a particular. Añadió luego que esa responsabilidad no es general ni absoluta; tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los de los particulares. Como consecuencia, se expidió a favor de la competencia de los tribunales administrativos».

Agregó que: «... II.2. En igual sentido, en el ámbito local ha tenido oportunidad de sostener el Alto Tribunal que la responsabilidad extracontractual del Estado pertenece al ámbito del derecho público y por lo tanto no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Cód. Civil (conf. Fallos: 306:2030 -La Ley, 1985-B, 3)».

Puntualizó que: «... Admitido que la responsabilidad estatal es un capítulo del derecho público, del derecho administrativo en particular, desde el punto de vista del deslinde federal de las competencias corresponde concluir en que se trata de un derecho que reviste carácter local. Por ello, corresponde su regulación ora a la Nación, ora a las provincias, según las materias sobre las que aquella haya de recaer, o -asimismo- según el ámbito subjetivo de aplicación, esto es, según deba responder la administración federal o la local. Ese carácter local de la regulación de lo atinente a la responsabilidad del Estado ha sido tradicionalmente aceptado en materia expropiatoria -uno de los temas que configuran el capítulo de la responsabilidad estatal-. Además, no es ocioso recordar la gran fuerza expansiva que se ha reconocido a las normas que rigen el instituto de la expropiación, en tanto se proyectan a todo el régimen de la responsabilidad estatal ante la ausencia de regulación específica (conf. Fallos: 312:659)...»¹³².

¹³² Asimismo, la Corte Suprema ratificó en fecha reciente -17/8/2010- en la causa Morrow de Albanesi, Viviana María y otros c/ Estado Nacional -

No obstante, y antes de pasar al siguiente punto, considero oportuno señalar lo dicho por el Tribunal Cimero en la causa «Promenade»¹³³, donde teniendo en cuenta la gran cantidad de excepciones a las normas urbanísticas, expresó lo siguiente: «*La generalización de las excepciones a las normas generales del Código de la Edificación, aunque no resulten hábiles para fundar un derecho sobre precedentes administrativos donde la ley hubiese sido quebrantada, sirve sin embargo plenamente para evaluar la **apariencia de legitimidad (regularidad)** de las ordenanzas autorizatorias y la conducta asumida por la actora*».

n. Los precedentes administrativos versus la doctrina del «precedente ilegal»

En el Derecho Argentino, se ha admitido la relevancia de ciertos comportamientos fácticos habituales como generadores de expectativas legítimas, según dan cuenta diversos precedentes jurisprudenciales, e incluso dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Ministerio de Relaciones Ext., Comercio Internacional y Culto (RCyS2010-IX, 136 - La Ley 13/09/2010), recordando los precedentes “Mosca” (Fallos: 330:563) y “Zacarías” (Fallos: 321:1124), que “... *la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de sus agentes no es indirecta ni basada en la culpabilidad. Por el contrario, cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, aquél responde directamente por la falta de una regular prestación. Y es que, aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio. Es decir, la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (ver considerando 61). Esta idea objetiva de la falta de servicio por hechos u omisiones encuentra su fundamento en la aplicación del artículo 1112 del Código Civil y no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al artículo 1113 del Código Civil (Fallos: 306:2030 y 331:1690, entre otros)...*” (Considerando 8°).

¹³³ C.S.J.N., P. 457. XXI, “Promenade SRL. c/ Municipalidad de San Isidro s/ demanda contencioso - administrativa”, 24/8/1989. Fallos 312:1394.

Así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala 1ª, ha declarado que: «... en cuanto a los «comportamientos fácticos habituales, las prácticas administrativas constituyen un mecanismo no formalizado que la organización administrativa mantiene en el desarrollo de su actividad práctica y de ejecución a fin de proponer soluciones dirigidas al cumplimiento del mandato legislativo. De forma similar a la costumbre o al precedente judicial, también la práctica administrativa comporta un fenómeno jurídico nacido al margen de una voluntad normativa externa al órgano y que adquiere fuerza y vigor por un hecho normativo interno. En tal sentido, resultan notas distintivas de la praxis administrativa la circunstancia de que se trata de un comportamiento habitual no definido en acto alguno pero relevantes a los fines del ordenamiento jurídico y que, funcionando como modo de resolver situaciones idénticas entre sí y concretar en todo momento singular la modalidad de actuación propia de la función misma, exterioriza una ‘interpretación objetivada’ que autovincula al órgano administrativo respectivo (conf., A. Carullo; «La Prassi Amministrativa», 1979...»)»¹³⁴

Dicho criterio, ha sido receptado también por la Procuración del Tesoro de la Nación, sosteniendo en tal sentido: «Las prácticas administrativas, en cuanto comportamien-

¹³⁴ CNCont.-Adm. Fed., Sala I, 2/8/1994, “Asociación de Balanceadores, Corredores y Mart. Púb. y otro c/ Est. Nac. (M° de Just. de la Nación - Dir. Nac. Reg. Oficial) s/juicios de conocimientos (dado de baja)”, [EDA, (30/06/2006, N° 11.541)]. Ver IVANECA, Miriam Mabel, “Sentencias para recordar: las prácticas administrativas” - [EDA, (30/06/2006, N°11.541)] EDA, 2006-193, comentando los fallos CNCont. Adm. Fed., Sala IV, 12/8/1986. - “P., J. C. c/ M° de Salud y Acción Social s/amparo”; y CNCont. Adm. Fed., Sala I, 2/8/1994. - “Asociación de Balanceadores, Corredores y Mart. Púb. y otro c/ Est. Nac. (M° de Just. de la Nación - Dir. Nac. Reg. Oficial) s/juicios de conocimientos (dado de baja)”.

Un criterio similar ha sido observado por la misma Cámara y Sala, entre otras, en las causas: “I.B.M. Argentina S.A. c/ A.N.A. s/ A.N.A.” Causa: 312/96, 3/7/97; “I.B.M. Argentina S.A. c/ A.N.A. s/ Aduanas”, Causa: 52797/95, 14/10/97; “Jugos del Sur S.A. c/ Estado Nacional (Min. de Economía y Obras y Ser. Pub.) s/ Juicios de conocimientos”, Causa N° 5.538/92, 5/03/98.

*tos fácticos habituales, constituyen un mecanismo no formalizado que la organización administrativa mantiene en el desarrollo de su actividad práctica y de ejecución a fin de proponer soluciones dirigidas al cumplimiento del mandato legislativo. La práctica administrativa en forma similar a la costumbre o al precedente judicial, comporta un fenómeno jurídico nacido al margen de una voluntad normativa externa al órgano y que adquiere fuerza y vigor por un hecho normativo interno. La «praxis administrativa» constituye un comportamiento habitual no definido en acto alguno, pero relevante a los fines del ordenamiento jurídico y que, funcionando como modo de resolver situaciones idénticas entre sí y concretar en todo momento singular la modalidad de actuación propia de la función misma, exterioriza una «interpretación objetivizada» que autovincula al órgano administrativo respectivo. Si mediante un comportamiento habitual y repetido en el tiempo la Administración ha formulado una interpretación objetivada de la norma que de un lado la autolimita y de otro confiere una **expectativa legítima** del particular, bien se comprende que su eliminación requiere una motivación más detallada que la que puede surgir de un comportamiento fáctico contrario a la práctica inveterada»¹³⁵.*

En tal sentido, la Corte Suprema Nacional, haciendo gala del principio de seguridad jurídica, expresó que «*En aras de la seguridad jurídica el Tribunal tiene establecida la necesidad de que los particulares conozcan de antemano las «reglas claras de juego» a las que atenerse, destacando asimismo la «especial prudencia» que debe presidir la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios»*¹³⁶.

¹³⁵ PTN, Dictamen del 15 de Mayo de 1995, N° 69/95 (Dictámenes 213:156). Criterio reiterado posteriormente en Dictámenes 242:364.

¹³⁶ C.S.J.N., I 69 XXXIII; "I.B.M. Argentina S.A. c/ ANA s/ Administración Nacional de Aduanas", 7/5/1998. Fallos 321:1248. En dicha causa, se confirmó la sentencia que dejó sin efecto la resolución de la Administración Nacional de Aduanas, que había impuesto una multa por infracción al art. 970 del Código Aduanero, si la autoridad aduanera, al juzgar con un nuevo criterio

La doctrina de los precedentes administrativos, ha sido recientemente refrescada y reproducida en un fallo de la Suprema Corte Bonaerense en la causa «Nazar Anchorena»¹³⁷.

Allí, luego de efectuar un análisis cronológico de la evolución que ha tenido la demarcación de la doctrina que impone el seguimiento de los precedentes por parte de la Administración Pública, expresó el Dr. Soria en su Voto, recordando fallos de la Corte Suprema, lo siguiente:

«... Es que, por cierto, el vínculo que en ocasiones genera el precedente no sólo opera en lo tocante al modo como ha de proceder la Administración frente a situaciones esencialmente

hechos ocurridos con anterioridad a que aquél se manifestase, calificó de ilícitas a conductas realizadas con sujeción al régimen que en esa época aquélla consideraba aplicable, lo cual configura un claro menoscabo de la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional.

¹³⁷ SCBA, 27/2/2008, Causa B. 58.244, “Nazar Anchorena, Ricardo Agustín c/ Municipalidad de General Pueyrredón. Demanda contencioso administrativa”. RAP BA, N° 59-60, p. 50. En dicha causa, el actor promovió demanda contencioso administrativa contra la Municipalidad de General Pueyrredon solicitando la nulidad de las resoluciones del Secretario General de la Municipalidad de General Pueyrredón 326 del 26 II 1996, 645/1996 y 292 del 14 III 1997 y decreto del Intendente 720 del 22 IV 1997 por las que se denegó la licencia especial establecida en el art. 103 de la Ordenanza municipal 5936/1984 y el pago del adicional por título previsto en los arts. 26 y 44 del citado cuerpo, así como se declare la inconstitucionalidad del art. 2° del decreto 980/1984 por exceso reglamentario de tales derechos, además de la condena al pago de las sumas devengadas por tales conceptos, más intereses y costas.

Un comentario al fallo, así como el análisis pormenorizado en la doctrina nacional, pues verse: COMADIRA, Guillermo F., “Los precedentes administrativos”, en *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y Otras Fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 321. En la doctrina española, pueden verse: DIEZ PICAZO, Luis M^o, “La doctrina del precedente administrativo”, *Revista de Administración Pública* N° 98, mayo-agosto de 1982, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, ps. 7 a 46; DIEZ SASTRE, Silvia, *El precedente administrativo, Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid, 2008; ORTIZ DÍAZ, José, “El precedente administrativo”, *Revista de la Administración Pública*, N° 24, 1957, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 75.

*análogas que involucran a terceras personas. También puede originarse y tener incidencia real en el marco de una misma relación jurídico administrativa. Mientras en este supuesto, el respeto al precedente es un reflejo de aquel **deber de racionalidad, buena fe y coherencia**, así como expresión del resguardo de la **legítima confianza** que suscita el obrar público, eficaz y jurídicamente relevante, en el primero resulta más visible la impronta del **principio de igualdad** (art. 16, C.N. y arts. II, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1º, 2º y 7º, Declaración Universal de Derechos Humanos; 3º y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; todos de rango constitucional, art. 75 inc. 22, C.N.)».*

*«Finalmente, es necesario recordar que aun los fallos alieneados en aquella jurisprudencia que frente a una **no igualitaria aplicación de la ley** por parte de la Administración Pública niega la infracción a la garantía consagrada en el artículo 16 de la Constitución nacional si la desigualdad no resultaba «del texto mismo» de la norma aplicada (cfr. C.S.J.N., «Fallos», 272:231; 284:193; 300:836 y tantos otros), dejaron a salvo que tal **comportamiento podía importar una «arbitrariedad administrativa»** (cfr. por muchos C.S.J.N., «Fallos», 202:130; 284:193). Más allá de disentir con tal criterio en cuanto desliga el principio de igualdad de la concreta aplicación normativa (v. en una dirección opuesta, Conseil D'Etat, «Conseil national de l'Ordre des médecins», de 13-VI-1962; Trib. Constitucional de España, sent. 49/1982, de 14-VII-1982; sent. 126/1988, de 24-VI-1988, entre otros) destaco que en semejantes casos la arbitrariedad administrativa reside menos en la actitud de cambiar o de adoptar una distinta solución jurídicamente aceptable a los casos análogos ulteriores, que en hacerlo de manera inmotivada y discriminatoria».*

De los párrafos transcritos, podemos extraer lo siguiente: 1º) Tratándose de una misma relación jurídica entre las mismas partes, los principios que impiden incurrir en contradicción con el precedente, son los de racionalidad, buena fe y coherencia; 2º) En el caso de terceras personas con un caso análogo, el principio en juego es el de igualdad ante la

ley¹³⁸; 3º) Aun entre quienes niegan que constituya una violación de la igualdad, expresan que el actuar contradictorio trasunta una arbitrariedad administrativa.

No obstante, así como es una máxima reconocida jurisprudencial y doctrinariamente que si bien constituye un principio de todo Estado de Derecho el sometimiento de la Administración Pública al principio de legalidad o de juridicidad, y que esa sujeción abarca incluso a los precedentes en tanto en su seguimiento estuviese comprometida la garantía de igualdad¹³⁹, ello lo es a condición de que no existan normas jurídicas expresas que resten eficacia a estos últimos, pues estaríamos sino ante un precedente ilegal.

La eventual existencia de precedentes administrativos indicativos de una costumbre administrativa derogatoria de las normas de competencia que rigen en la materia, no podrían, por tal razón, invocarse como fuente jurídica válida en el caso. Tampoco cuando el precedente que se invoca consta en actos preparatorios como dictámenes e informes carentes del debido análisis profundo de la cuestión sometida.

La Procuración del Tesoro de la Nación, en ejercicio de su función consultiva, ha dicho que *«los dictámenes jurídicos deben comprender el análisis específico, exhaustivo y profundo de una situación concreta, efectuado a la luz de las normas jurídicas vigentes y de los principios generales que las informan a efectos de recomendar conductas acordes con la justicia y el interés legítimo de quien formula la consulta. Aclarando a continuación que el recaudo de dictamen previo no se satisface con una referencia a la falta de antecedentes doctrinarios sobre la cuestión examinada sino que, requiere la pon-*

¹³⁸ Así lo entiende GARCÍA LUENGO, en *El principio de protección...*, p. 86, añadiendo al principio de "interdicción de la arbitrariedad".

¹³⁹ PTN, Dict. N° 88/04, 24 de febrero de 2004. Expte. N° 8448/94. Ministerio de Defensa. (Dictámenes 248:364), citando a COMADIRA, Julio Rodolfo, "La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial", E.D., 186:601.

deración detallada de todos los antecedentes y elementos de juicio concernidos por la materia en cuestión» (Dictámenes 233:162)¹⁴⁰.

Sentado lo expuesto, y en punto a la competencia de los órganos, corresponde recordar lo dicho por el Alto Tribunal en el sentido de que: *«En el orden jurídico administrativo, la competencia constituye un elemento esencial que confiere validez a la actuación de los órganos estatales, a tal punto que aquélla no se configura como un límite externo a esa actuación sino como un presupuesto de ella, en virtud de la vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico, que debe autorizar a sus organismos para actuar en forma expresa o razonablemente implícita»*¹⁴¹.

Por su parte, ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación que: *«La competencia de los órganos estatales es un principio básico de la organización administrativa, que reconoce como uno de sus caracteres esenciales la circunstancia de hallarse establecida en interés público por una norma estatal (Juan C. Cassagne, Derecho Administrativo, Bs. As. 1991, t. I, p. 189), de «orden público inderogable» según la expresión de José A. García Trevijano Fos (Tratado de Derecho Administrativo, t. II, vol. I, Madrid 1971, p. 392), de modo que, como ha señalado Marienhoff, ella no surge de la voluntad de los administrados ni de la voluntad del propio órgano estatal (op. cit. t. I, p. 574)»*¹⁴².

¹⁴⁰ No cualquier asesoramiento, aún suscripto por Asesores Legales, puede ser calificado técnicamente como dictamen apto para derivar de él consecuencias jurídicas legítimas, si no constituyen un análisis exhaustivo y profundo de una situación concreta, efectuado a la luz de las normas jurídicas vigentes y de los principios generales que las informan a efectos de recomendar conductas acordes con la justicia y el interés legítimo de quien formula la consulta.

¹⁴¹ Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, causa A. 2289. XXXVIII.- Althabe, Sofía y otros c/Luna - resol. 758/99 y 64/2000. 11/7/2007. Fallos 330:2992.

¹⁴² PTN, 21/05/1992, Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación, Dictámenes 201:131 (Lexis N° 70014956).

En el mismo asesoramiento, en ocasión de referirse a la costumbre como fuente «derogatoria» en el derecho administrativo, se pronunció por la negativa en los siguientes términos: «*La «costumbre» que derivaría de precedentes apartados de la normativa vigente no podría, por ello, gravitar con efectos derogatorios respecto de las normas de competencia en cuestión, porque como ha dicho Bartolomé A. Fiorini, el precedente administrativo **no se manifiesta ante el ejercicio de facultades regladas**... pues éstas no pueden crear ninguna fuente nueva ante la existencia de normas que fundamentan la decisión, pues sólo hay aplicación de normas positivas... (Derecho Administrativo, t. I, Bs. As., 1976, p. 73), coincidiendo con Marienhoff para quien la costumbre derogatoria en nuestro derecho es inconcebible (op. cit. t. I, p. 306).*

Se agregó en el mismo asesoramiento que: «*Aun quienes sostienen una posición favorable a la aceptación de la costumbre con fuente en el derecho administrativo, no dejan de puntualizar que la fuerza vinculante del precedente debe fundarse en una «interpretación legítima de la ley» (Cassagne, op. cit., p. 126)... El precedente, pues, no es, en nuestro ordenamiento jurídico, fuente de derecho ni impone, por tanto, resolver cuestiones idénticas de igual manera sino cuando el derecho objetivo así lo autoriza (dictámenes 168:94 y sus citas)...».*

La jurisprudencia ha seguido una línea similar, pudiendo señalarse un pronunciamiento de la Sala 4ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, donde ante los agravios referidos a la supuesta violación del principio de igualdad ante la ley por la no aplicación en un caso de precedentes análogos, se sostuvo: «*En efecto, aún cuando por hipótesis se admitiera que la normativa en cuestión resultaba aplicable a dicho funcionario, **no es posible fundar un derecho sobre precedentes administrativos donde la legitimidad haya sido quebrada** (conf. Corte Sup., doct. de Fallos 272:231; 284:193; 300:836, entre otros, esta sala, «Liquid Carbonic Argentina S.A.C.I. v. Dirección General Impositiva» s/DGI., del 2/3/2000). **La administración está vinculada positivamente a la juridicidad y no queda pues obligada por un precedente contrario a derecho. Una ilegalidad no justifica una***

cadena de ilegalidades (Diez y Picasso, «La doctrina del precedente administrativo», *Revista de Administración Pública*, 1982, Madrid, p. 27, n. 98); **un acto viciado no puede ser la causa de que se perpetúen situaciones antijurídicas** (conf. esta sala, «Liquid Carbonic Argentina S.A.C.I. v. Dirección General Impositiva» cit.)¹⁴³.

Asimismo, se ha decidido que: «**La equiparación ante la ley lo es dentro de la legalidad y no fuera de ella, aun admitiendo por vía de hipótesis que hubiera una desigualdad en el tratamiento dado a los pacientes incluidos en la resolución 522/86 del Ministerio de Salud y Acción Social, tal desigualdad de facto no entrañaría una violación del principio de igualdad ante la ley, se puede exigir ante la ley una igualdad de trato pero no se puede exigir que la ley deje de aplicarse porque en un caso ello ha ocurrido... La equiparación en la igualdad que por propia definición puede reclamar el ciudadano que se siente discriminado ha de ser dentro de la legalidad y sólo ante situaciones idénticas que sean conformes al ordenamiento jurídico pero nunca fuera de la legalidad, el principio de igualdad ante la ley no puede transformarse en una exigencia de trato igual a todos fuera de la legalidad pues el incumplimiento de ésta puede llevar a pronunciamientos de carácter anulatorio o sancionador pero no puede amparar el incumplimiento de todos ni su cobertura bajo un supuesto principio de igualdad ante la ley**»¹⁴⁴.

Respecto de precedentes administrativos palmariamente ilegítimos, y en un nuevo análisis, detectada la irregularidad, ningún ciudadano pudo haber abrigado expectativas «le-

¹⁴³ CNCont. Adm. Fed., Sala 4ª, 29/8/2000, “Biessy, Ana María y otros v. Estado Nacional /M° Salud y Acción Social Sec. Salud /C.E.N.A.R.E.S.O. s/ empleo público”, /Causa: 29.847/96, Lexis 60001830. En idéntico sentido: CNCont. Adm. Fed., Sala 5ª, 6/3/1996, “Robledo, Héctor Pedro v. Estado Nacional /Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ empleo público”, causa: 34191/95. Lexis 60001704.

¹⁴⁴ CNCont. Adm. Fed., Sala IV, 12/08/1986. “P., J. C. c/ M° de Salud y Acción Social s/amparo”, [EDA, (30/06/2006, nro 11.541)].

gítimas» de un comportamiento futuro ilegal. Lo contrario supondría esperar que porque algún funcionario obró al margen de la ley, advertido del error, debiera seguir haciéndolo y todos los restantes deberían seguir infringiendo la legalidad, un verdadero contrasentido que una lógica elemental no puede ni debe tolerar.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que: «*La aplicación a una estación de servicio, de la prevención C - 9 de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, que no permite destinar a vivienda locales situados en los pisos altos, no vulnera la garantía de la igualdad por el hecho de existir otras estaciones de servicio en funcionamiento, pues si se trata de establecimientos alcanzados por dicha prevención, ello implica que se encuentran en infracción, y la ilegalidad en que se hallan no puede justificar el apartamiento de la norma en el caso del demandante, ya que el agravio se configura si la desigualdad emana del texto mismo de la disposición legal y no de la interpretación que le haya dado la autoridad encargada de hacerla cumplir*»¹⁴⁵.

El Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, tuvo oportunidad de sentar la doctrina antes expuesta, si bien ante hechos diversos, donde sostuvo que: «... 1) *La práctica administrativa no es ni puede ser fuente primaria derogatoria de una norma legal que debe ser cumplida. El hecho que por costumbre se obrara sin el recaudo exigido por la norma no significa que eso sea lo correcto. En todo caso, debió derogarse la norma que exigía el requisito...*»¹⁴⁶.

Es la doctrina sentada por el Tribunal Supremo Español, cuando dijera que: «*El precedente ilegal no vincula, puesto que*

¹⁴⁵ C.S.J.N., M. 580. XX, “Motor Once S.A.C.I. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 14/5/1987. Fallos 310:943.

¹⁴⁶ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, Sentencia N° 17 del 27/11/1996, en autos: “Canteros, Olegario c/ Municipalidad de Saladas s/ Demanda Contenciosa Administrativa”, Expte. N° 9.092/93, LLLitoral, 1999-765 (89-S)).

el principio de igualdad juega tan sólo dentro de la legalidad»; «el precedente ilegal no justifica la impunidad ni excluye la antijuridicidad» (sentencia de 20 de febrero de 1991, Ar. 1053, Hernando Santiago)¹⁴⁷.

Señala Huergo Lora, ante situaciones en las que no obstante cometerse infracciones la Administración no actúa, muchas veces obedece a las insuficiencias organizativas que, conforme la opinión de Alejandro Nieto, «Sería ingenuo aquí decir que la realidad debe imponerse porque ya se encarga ella de hacerlo sin que nadie lo propugne: la realidad se impone indefectiblemente y ella es la que nos enseña que **es materialmente imposible sancionar y aun expedientar a todos los infractores**. Sostener, por tanto, **el carácter obligatorio supondría multiplicar por cien o por mil el número de funcionarios y ni aun así**. *Ad impossibilia nemo tenetur*; el Derecho se detiene ante las puertas de lo imposible»¹⁴⁸.

Ahora bien, la falta de ejercicio en una o sucesivas ocasiones de una potestad no produce ninguna consecuencia jurídica para su ejercicio futuro, en tanto se encuentre atribuida por una norma jurídica.

Expresa Huergo Lora¹⁴⁹ que: «Se puede pensar que cuando el sujeto pretende la anulación de la sanción debido a la falta de imposición de ésta en supuestos anteriores, está afirmando que la Administración puede perder una potestad por falta de ejercicio. *Sin embargo, las potestades administrativas son imprescriptibles. El ordenamiento protege los intereses generales para cuya tutela se han otorgado las correspondientes potestades, haciendo a éstas inmunes frente a los actos de la Administración que supongan renuncia o falta de ejercicio de ellas*». Agrega más adelante que: «... Cuando el sancio-

¹⁴⁷ Citado en Nota 11 en HUERGO LORA, Alejandro, “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, Revista de Administración Pública, N° 137, mayo-agosto 1995, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 189.

¹⁴⁸ NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, p. 144, citado en nota 3.

¹⁴⁹ Ob. cit., p. 192.

nado invoca precedentes anteriores no sancionados, la jurisprudencia les niega relevancia calificándolos como ‘precedentes ilegales’ y diciendo que ‘no se puede pretender la igualdad en la ilegalidad’».

Es que de ello se trata; no es posible extraer legitimidad de una mera permanencia «de hecho» irregular ante la inacción anterior de las autoridades administrativas, pues la igualdad es ante la ley y no fuera de ella.

Respecto de la tutela de los bienes del dominio público, la Cámara Federal de Corrientes¹⁵⁰, citando autores civilistas, ha sostenido incluso que: «... *Los particulares no pueden adquirir derechos sobre los bienes de dominio público no desafectados previamente de su destino* (salvo los de uso y goce concedidos por la Administración o sujetos a las disposiciones del Código Civil). *Ello, aún cuando hubiera desidia o error de los funcionarios encargados de mantenerlos en su destino propio.* (conf. Salas-Trigo Represas-López Mesa, «Código Civil anotado», 4 -B, Ed. Depalma, p.9). *La posesión aun «ab inmemorable» no puede constituir un título válido frente al Estado, manteniéndose inalterable el dominio público.* (S.T.J.R: S.C.: Voto del doctor Balladini S.E.27/99 «Dehais, Francisco c. Mesquin, Luis s/ acción reivindicatoria s/ casación» -07/06/99-). *La incuria administrativa, el abandono de los deberes de los funcionarios encargados de defender el bien del Estado, no puede ser título para adquirir contra este último.* (Spota, Alberto G. «Tratado de Derecho Civil», t. I, Parte General, v.3.5, p. 605/609)»¹⁵¹.

¹⁵⁰ Cámara Federal de Apelaciones de Corrientes (CFedCorrientes), 2/10/2001: «D.N.V. c/ Dassori de Soto, Paula», LLLitoral, 2002-478.

¹⁵¹ Una solución contraria se da en el régimen del *common law*, conforme refiere SILVA-RUIZ, Pedro F., «La incuria y dejadez del derecho como causa de la pérdida de la acción en la doctrina del *common law*», La Ley 2007-F, 1274. El autor analiza la situación en Puerto Rico, donde se habla de «laches», entendida como la negligencia o la tardanza irrazonable en la búsqueda de un remedio legal por un perjuicio causado por la parte contraria, por el cual se pierde el derecho reclamado. En francés equivale a *remissness* o *slackness*. El Diccionario Black le atribuye dos significados: 1) tardanza irrazonable o

o. Principio de Legalidad en los contratos administrativos

Acerca del principio de legalidad en general, tiene dicho el Alto Tribunal de la Nación que: «*Es inherente al ejercicio de la actividad administrativa que ésta sea desempeñada conforme a la ley, pues constituye una de las expresiones del poder público estatal, que tiene el deber de someterse a ella. En esa sujeción al orden jurídico radica una de las bases del estado de derecho, sin la cual no sería factible el logro de sus objetivos*», y que «*La administración debe ser legal; si su actividad es ilegal debe rectificarse, en primer término, por la propia administración pública, y a falta de ella, por el órgano jurisdiccional competente. **El administrado debe tener garantías de justicia respecto de la Administración Pública***»¹⁵².

En punto a las notas que tipifican a un contrato como «administrativo», encontramos en la jurisprudencia argentina en el voto del juez Fayt en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso «Dulcamara c/ ENTeL», del 29/3/90¹⁵³, donde el citado juez caracterizó al contrato de la siguiente

negligencia en la búsqueda de un derecho que perjudica a la parte contraria a la cual se reclama un remedio y 2) doctrina de equidad mediante la cual un tribunal deniega una reclamación por haber sido incoada irrazonablemente tarde, cuando esa tardanza negligente perjudica a la parte contra la cual se reclama un remedio. Laches es incuria, poco cuidado, descuido. Es dejadez. Luego de pasar revista de la casuística de la jurisprudencia puertorriqueña, concluye que: «... 17. La doctrina de laches o incuria, propia del Derecho Angloamericano, particularmente de la equidad (del derecho-equidad o equity), ha sido incorporada en el derecho puertorriqueño por la casuística o jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico.... 19. La idea de la equidad -que justificaba la propia existencia de la corte de equidad sajona (equity court)- en su postulado de acudir a la razón y a la conciencia, a la recta conciencia, a la justicia individualizada, para encontrar soluciones justas, apartándose del rigorismo de la ley establecida, surgida de los precedentes, alimenta la doctrina de laches...».

¹⁵² S. 2867/92. Recurso de hecho: Bauhoffer, Martha B. en autos: Naveiro de La Serna de López, Helena M. 19/11/92. Fallos 315:2771

¹⁵³ Fallos 313:376. También en ED, 141:802. Tal criterio ha sido sostenido por la mayoría de la Corte en la causa C.111 XXIII, del 2/3/93, Cinplast S. A. c/ ENTel. Fallos 316:212.

te manera: «... *los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado*».

En esa causa «Dulcamara» ha remarcado la Corte que: «*El contrato administrativo queda subsumido en la definición contenida en el art. 1137 del Cód. Civil y, por ende, se le aplican, en la medida que no sean incompatibles con sus características propias, las normas del libro segundo, sección III, título I de dicho ordenamiento legal. (Del voto del doctor Fayt)*».

Asimismo, en el caso «YPF c/. Provincia de Corrientes» del año 1992¹⁵⁴, la Corte avanzó más al sostener que: «... *si bien la noción de contrato es única, común al derecho público y al derecho privado, pues en ambos casos configura un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas, el régimen jurídico de estos tipos es diferente... Cuando el Estado, en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades de ese mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el derecho público*».

Así, André de Laubadère -citado por Coviello¹⁵⁵- sostiene que: «sea administrativo o civil un contrato, se ha repetido frecuentemente, es siempre un contrato y, en la concepción general de nuestro derecho, esencialmente consensualista..., la *voluntad manifestada por las partes al momento de la cele-*

¹⁵⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3/3/1992, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Provincia de Corrientes y otro”. Fallos 315:158.

¹⁵⁵ COVIELLO, Pedro José Jorge, “El contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en la obra colectiva *Contratos administrativos*, Jornadas de la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, 2000, p. 83 y ss. Ver asimismo, del mismo autor: “El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, ED, 111-845.

bración del contrato es la idea directriz a la cual el juez debe en primer lugar referirse cuando hay que determinar el contenido de las obligaciones de los contratantes en vista de aplicarlas a la ejecución.

Respecto a la gravitación del **Principio de Legalidad**, y su aptitud para desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes en materia de contratos públicos¹⁵⁶, ha dicho el Alto Tribunal:

«En materia de contratos públicos, la administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso, y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no pueden disponer sin expresa autorización legal»¹⁵⁷.

¹⁵⁶ La exigencia del procedimiento de licitación pública para las contrataciones celebradas por entes públicos es un correlato de los principios de **transparencia, publicidad e igualdad**, que vienen impuestas -antes que nada- por normas supranacionales, como ser la **Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por Ley N° 24.759**, que establece como medidas preventivas a observar por los Estados, entre otras, la existencia de “sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”. Hace lo propio la **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción -mediante Ley 26.097-**, que en su Art. 7° expresa: “1. **Cada Estado Parte, cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos** y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Estos: a) **Estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud;** b) **Incluirán procedimientos adecuados de selección y formación de los titulares de cargos públicos que se consideren especialmente vulnerables a la corrupción, así como, cuando proceda, la rotación de esas personas a otros cargos...**”.

¹⁵⁷ C.S.J.N.: E. 286. XXII. “Espacio S.A. c/ Ferrocarriles Argentinos s/ cobro de pesos. 22/12/93”, Fallos 316:3157.

También se ha sostenido que: *«La validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación»...* *«La prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que éste queda legalmente perfeccionado, razón por la cual si la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia»*¹⁵⁸.

En punto a la nulidad absoluta y la falta de incidencia del transcurso del tiempo, ha dicho la Corte desde antaño en tal sentido que: *«Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de normas sustanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables para su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original»*¹⁵⁹.

Respecto a la potestad revocatoria en materia contractual, la Corte Suprema admitió el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que dejó sin efecto el decreto municipal que había anulado un contrato administrativo y reconocido el derecho del actor a percibir una indemnización, ya que, estando probado en el expediente que aquél se encontraba inhibido a la fecha de la licitación, se apartó de la solu-

¹⁵⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 1/6/2000. Mas Consultores Empresas Sociedad Anónima c/ Provincia de Santiago del Estero (Ministerio de Economía). Fallos 323:1515; Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 11/07/2000, Servicios Empresarios Wallabies S. R. L. c/ Provincia de Salta. LA LEY 2000-F, 373 - DJ 2001-1, 387 - CS Fallos 323:1841.

¹⁵⁹ C.S.J.N., “Sociedad anónima Empresa Constructora F. H. Schmidt v. Provincia de Mendoza, s. cobro de pesos”, 24/11/37, Fallos: 179:249; reiterado más recientemente en C.S.J.N., C. 2002. XXXII. “Chubut, Provincia del c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A. s/ sumario”, 7/12/01. Fallos 324:4199.

ción brindada por el pliego de bases y condiciones, que determinaba la imposibilidad de ser oferente en tales circunstancias y que si el vicio era detectado después, provocaba la caducidad del contrato o bien su nulidad¹⁶⁰.

La totalidad de los parámetros jurisprudenciales de la Corte Suprema en materia contractual administrativa, especialmente en punto a la gravitación del principio de legalidad, se encuentran presentes en la causa «Punte»¹⁶¹. Allí el Alto Tribunal sostuvo que: *«Cuando el Estado en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el derecho público. En consecuencia, los contratos de esta índole entre un particular y la Administración Pública deben realizarse mediante los mecanismos previstos en las normas pertinentes del derecho administrativo local»*.

Agregó en dicha causa -reiterando los sólidos criterios forjados con anterioridad- que *«La prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfecciona-*

¹⁶⁰ Del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo, en Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 13/02/2007. *Venturino Eshur S.A. c/ Municipalidad de General Pueyrredón*. La Ley 2007-B, 596; Fallos 330:98. En el caso, la empresa actora resultó adjudicataria del servicio de recolección de residuos, limpieza de calles y servicios especiales vinculados. Posteriormente, la Municipalidad concedente anuló el contrato. La empresa promovió demanda contencioso administrativa, que fue parcialmente admitida por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires al anular el decreto municipal que había anulado la contratación, y reconocer el derecho de la actora a percibir una indemnización. La accionada dedujo recurso extraordinario y una posterior queja. Sostuvo que la sentencia desconoció prueba relevante que acreditaba que la actora estaba inhibida a la fecha de la licitación y que había falseado su declaración jurada. La Corte Suprema, por mayoría, admite el recurso y deja sin efecto la sentencia.

¹⁶¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21/3/2006, *Punte, Roberto Antonio c/ Tierra del Fuego Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ cumplimiento de contrato*". Fallos 329:809.

do. Cuando la legislación aplicable determina una forma específica para la conclusión de un contrato, dicha forma debe ser respetada, pues se trata de un requisito esencial de su existencia. Esta condición, que se impone ante las modalidades propias del derecho administrativo, concuerda con el principio general también vigente en derecho privado en cuanto establece que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescripta (arts. 975 y 1191 del CCiv.).»

Finalmente recordó que: «No es posible admitir una acción basada en obligaciones que derivarían de un supuesto contrato que, de haberse celebrado, no lo habría sido con las formalidades establecidas por el derecho administrativo local para su formación».

p. El principio de buena fe en los contratos administrativos¹⁶²

En punto a la aplicación de reglas del derecho privado para la interpretación de los contratos administrativos, la Corte Suprema se ha pronunciado reiteradamente por la aplicación del principio «*pacta sunt servanda*» del contrato como ley para las partes del art. 1197 C.C., en casos «Hotel Internacional Iguazú» (1986, Fallos 308:618), «Marocco» (1989, Fallos 312:84), «Dulcamara» -voto del juez Fayt-, «Necon» (1991, Fallos 314:491) y «Montes» (1992, Fallos 315:1760).

Asimismo, en cuanto a la aplicación del principio general de la buena fe en la interpretación de los contratos (art. 1198

¹⁶² Sobre el punto, ver los trabajos de CHIBÁN, Nora, “Aplicación de los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* en los contratos administrativos”, en *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p. 539; IVANEGA, Miriam Mabel, “El principio de buena fe en los contratos administrativos”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 360, Septiembre 2008, Ediciones RAP, Buenos Aires, p. 25.

C.C.), se pronunció en las causas «Gobierno de la Nación c/ Pablo Besana» (1938), «Francisco Greco c/ Y.C.F.» (1977), «Panedile» (1983) y «Cinplast» (1993), entre otros, resumido en la siguiente fórmula:

*«Es aplicable a los contratos administrativos la regla según la cual los acuerdos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y según lo que las partes verosímilmente entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión -art. 1198, párr. 1º, Cód. Civil-...»*¹⁶³.

En análogo sentido, expuso el Alto Tribunal que:

*«Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, **principios aplicables al ámbito de los contratos administrativos**. Por ello, es dable exigir a las partes un comportamiento coherente ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que -merced a sus actos anteriores- se ha suscitado en el otro contratante»*¹⁶⁴.

Respecto a la actitud de las partes en las relaciones contractuales públicas, ha señalado el Alto Tribunal que: *«... Tal actitud debe ser entendida conforme a la regla aplicada desde antiguo por el Tribunal en el sentido de que los hechos de los contratantes subsiguientes al convenio sirven para explicar la intención de las partes al tiempo de celebrarlo (Fallos:*

¹⁶³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7/12/2001, “Provincia del Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A.”, La Ley 2002-E, 863; CS Fallos 324:4199 - Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 597; Corte Suprema de Justicia de la Nación, 4/8/1983, Panedile Argentina S.A.I.C.F.I. c/ Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado, CS Fallos 305:1011 - Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo, Julio Rodolfo Comadira, 877. Reiterado más recientemente en: Corte Suprema de Justicia de la Nación - 5/9/2006 - Astarsa S.A. y otros c/ Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos, La Ley 1/12/2006, 5 - DJ 20/12/2006, 1162. Fallos 329:3537.

¹⁶⁴ J. 88. XXI. “Juan María de Vido e Hijos S.C.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ nulidad de resolución”, 9/6/88.

322:2966) y constituye un valioso elemento interpretativo», agregando que: «... *Lo así resuelto por el a quo importó convalidar - con carácter retroactivo- una modificación unilateral de los términos contractuales, con un alcance, como se dijo, que no se compadecía con la conducta observada por la Administración con posterioridad a la vigencia del contrato y que prescinde de considerar que los contratos son también ley para las partes, y que deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, de acuerdo a lo que las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión, principio aplicable, también, en el ámbito del derecho administrativo*»¹⁶⁵.

También ha señalado el Alto Tribunal «... *Que la buena fe implica un **deber de coherencia de comportamiento**, que consiste en la **necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever**; regla que gobierna tanto el ejercicio de los derechos como la celebración y ejecución de los contratos según lo disponen, respectivamente, los arts. 1071 y 1198 del Cód. Civil, y es aplicable por igual en el campo del derecho privado como del derecho administrativo, en el que, por consiguiente -según se ha resuelto repetidamente-, también es dable exigir un **comportamiento ajeno a los cambios de conducta perjudiciales y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que, merced a los actos anteriores, se haya suscitado en la contraparte** (Fallos: 308-191, consid. 5º, y 314-491, entre otros)*»¹⁶⁶.

Asimismo, en la causa «Astarsa»¹⁶⁷, el tribunal descalificó como contraria a la buena fe la actitud estatal de exigir la firma de un acta acuerdo no prevista en los pliegos de la lici-

¹⁶⁵ C.S.J.N., C. 3615. XXXVIII. “CN Sapag S.A.C.F.I.I.E y M. c/ Dirección Provincial de Vialidad s/ acción procesal administrativa”, del 2 de noviembre de 2004. Fallos 327:4723.

¹⁶⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 11/6/2003, “Exolgan S.A. c/ Administración Gral. de Puertos”, Publicado en: ED 28/10/2003, 17 - CS Fallos 326:1851, Considerando 6º.

¹⁶⁷ C.S.J.N., A. 1867. XLI; ROR Astarsa S.A. -se acumula al N 11.469/92 E.N. c/ consorcio- y otros c/Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos s/juicios de conocimientos. 05/09/2006. Fallos 329:3537.

tación, bajo pena de quedar el oferente excluido de la compulsión¹⁶⁸.

Una variante de la buena fe está dada por la utilización de la «equidad»¹⁶⁹. Al respecto, ha dicho Jesús González Pérez¹⁷⁰, bajo el título «d) *Equidad y Principio General de la Buena Fe*», lo siguiente: «La equidad no es algo que está fuera del sistema jurídico. Superada la concepción del *ius strictum*, admitida una interpretación o corrección de la ley conforme a la Justicia (sistema del *ius aequum*), la equidad -como ha puesto de relieve el profesor De Castro- deja de estar fuera y entra a formar parte del sistema jurídico positivo... En virtud de la igualdad misma -se ha dicho-, base de la justicia y el bien común, su fin, se piensa abandonar la letra de la ley para seguir lo que exige la Justicia y la utilidad común». En la nota 34, con cita de Pastor Ridruejo, señala que «La inadecuación no resulta ni de la regla ni del caso, sino del hecho de que la regla positiva está limitada o corregida por un principio de justicia».

Luego, citando a Castán agrega: «Equidad es el criterio de justicia, individualizado y adecuado a las particularidades de cada caso concreto, pero adaptado a los principios generales del Derecho».

«Una decisión es equitativa -agrega el autor citado- cuando -rebasando las exigencias mínimas de los principios del

¹⁶⁸ Entendió el Tribunal que correspondía declarar desierto el recurso ordinario de apelación si no se demostró que en el acta no se exigía al consorcio el cumplimiento de condiciones nuevas y distintas de las que los oferentes habían garantizado, pues la intimación a firmarla bajo apercibimiento de considerar retirada la oferta, es contraria al deber de buena fe al amparo del cual deben celebrarse los contratos administrativos.

¹⁶⁹ Ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación que: “*El Estado Nacional, persona ética por excelencia, debe actuar no sólo dentro del orden jurídico sino también en consideración a la equidad y a los principios que la informan*”. [Dict. N° 549/03, 11 de noviembre de 2003. Expte. N° 10773/02. Ministerio de Defensa. (Dictámenes 247:311)].

¹⁷⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 3ª edición ampliada, Civitas, Madrid, 1999, p. 32 y ss.

orden jurídico- *tiene en cuenta las especiales circunstancias del caso decidido y la situación personal de los interesados en el mismo*».

Señala más adelante que: «En el Derecho positivo administrativo la vinculación es evidente, al aparecer la equidad como *límite* al ejercicio de determinadas *potestades administrativas*: las de *anulación o revocación*, que no podrán ser ejercitadas cuando... su ejercicio resultase contrario a la equidad...».

Por su parte, Coviello ha dicho que: «*También la confianza legítima puede verse como una forma de exigir el comportamiento ético de la Administración frente a los compromisos asumidos (que no solo lo son por vía contractual, sino igualmente a través de sus actos y comportamientos) cuando perjudican a los administrados...*». Citando la opinión de Lord Parker, del tribunal inglés, dijo: «La buena administración y una decisión honesta o de buena fe debe, según me parece, exigir no simplemente imparcialidad, no simplemente considerar el problema personal, sino actuar correctamente». Y agrega que: «Nuestra Corte Suprema desde antiguo, en una escueta y profunda fórmula expresada en el siglo pasado, dijo en Fallos; 10:203 (1876) que la Administración *«debe ser franca, leal y pública en sus actuaciones»*, y un siglo después, en Fallos; 304:721 (1982) repitió sobre las mismas pautas que la actuación administrativa *«debe ser racional, justa, igual y proporcional»*¹⁷¹.

q. Estándar agravado de valoración de las cualidades de oferentes y contratistas del Estado

Así como existe una flexibilización del rigorismo de la regla que pregonaba que la ignorancia o error en derecho no

¹⁷¹ COVIELLO, Pedro José Jorge, “La confianza legítima”, El Derecho, diario del 4/5/1998, ps. 1 a 13. (E.D. 177-894).

sirve de excusa en la generalidad de los casos¹⁷², la excepción está dada en quienes, por presumirse su versación técnica y jurídica, se vinculan con la Administración en relaciones contractuales administrativas, o incluso en otras relaciones de especial sujeción¹⁷³, como ocurre con los bancos y entidades financieras¹⁷⁴.

La jurisprudencia del Alto Tribunal de la Nación da cuenta de numerosos precedentes en tal sentido. En la causa «Cadipsa S.A. c/ Estado Nacional y otros s/ nulidad de acto administrativo»¹⁷⁵, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina puntualizó la relevancia de la *versación técnica y jurídica* de la empresa actora, para desestimar la pretensión de ésta de desconocer, con base precisamente en una Circular ilegítima, el marco jurídico determinante de la invalidez del acto por ella invocado como sustento de su acción, exponiendo: «... 8º *Que es menester añadir, como se recuerda en lo pertinente en el dictamen del señor Procurador General, que la conducta de la actora, empresa dedicada a trabajos en el*

¹⁷² “La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley” (art. 20, Código Civil).

¹⁷³ Al respecto, puede verse GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. Contribución a la teoría del Estado de derecho”, Revista de Administración Pública N° 34, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1961, p. 11.

¹⁷⁴ Es el caso de la actividad bancaria en sus relaciones con el ente regulador de la actividad. Al respecto, la jurisprudencia tiene expresado que: “**El banco es un comerciante profesional con alto grado de especialización y colector de fondos públicos con superioridad técnica..., por lo que está obligado a obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas**”, agregando que: “**La conducta del banco no puede apreciarse con los parámetros aplicables a un neófito, sino que debe ajustarse a un estándar de responsabilidad agravada**” (CNCom, Sala B, 28/2/2007.- Ferre, Miguel Á. v. BBVA Banco Francés S.A., JA 2007-III, fascículo N° 5 del 1º/8/2007, p. 61).

¹⁷⁵ C.S.J.N., C.2238.XXXII. 16/5/00. Fallos 323:1146, especialmente considerando 8).

área de hidrocarburos -lo que supone una especial versación técnica y jurídica sobre el particular-, distó de ajustarse a la que le era exigible en razón de esas circunstancias. Con base en ese conocimiento, debió advertir que el contenido de la circular N° 5 no era compatible con el marco jurídico que rige la materia...».

También en la causa «Maruba»¹⁷⁶, se puso especial énfasis en la *«suficiente especialización en la materia»* con que contaba la empresa actora respecto a los compromisos que voluntaria y conscientemente asumió al presentar su oferta.

De manera similar, en la causa «Revestek»¹⁷⁷ se hizo hincapié que el dictado de diversas normas que alteraron la paridad cambiaria del peso con el dólar, «... no es sino la evidencia de la inestabilidad del precio de la moneda extranjera en el mercado argentino, dato que *debió ser advertido por una empresa comerciante dedicada al tráfico internacional...*».

En otra causa, la Corte Suprema expresó al respecto: *«... 19) Que al ser la actora una empresa especializada en construcción de obras, lo cual le otorga un acceso indudable a toda la información referida al rubro en el cual opera, no podía desconocer la evolución del mercado y los signos de alto riesgo que aquél presentaba con anterioridad a la celebración del contrato. La magnitud de toda obra pública y de los intereses en ellas en juego, imponen a los contratistas actuar de modo de prever cualquier eventualidad que pudiese incidir negativamente sobre sus derechos...»*¹⁷⁸.

¹⁷⁶ C.S.J.N., 30/6/1998, Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima c/ Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos - Secretaría de la Marina Mercante s/ incumplimiento de contrato” (Fallos 321:1784) (Considerando 19°).

¹⁷⁷ C.S.J.N., “Revestek S.A. c/ Banco Central de la República Argentina y otro s/ ordinario” (Fallos 318:1531) del 15 de agosto de 1995, Considerando 10°) del Voto de la Mayoría.

¹⁷⁸ C.S.J.N., J. 69. XXVIII.; “J.J. Chediak S.A. c/ Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina) s/ nulidad de resolución”, 27/8/1996; Fallos 319:1681.

También dijo la Corte Suprema que: *«Debe rechazarse la demanda si el comportamiento de la actora careció de mecanismos de control apropiados para la concreción de la operación y no observó recaudos indelegables tendientes a comprobar la veracidad y eficiencia de los avales y la credibilidad crediticia del librador de los documentos, pues una diligencia razonable apropiada a las circunstancias, la habría convencido de que las apariencias externas no eran suficientes para afrontar el riesgo financiero que supone una operación a «forfait»...», agregando que: «Tal afirmación no es sino la reiteración del concepto expuesto por esta Corte en Fallos: 308:2461, donde hizo mérito de lo dispuesto por el Art. 902 del Código Civil para juzgar, precisamente, el grado de mayor diligencia exigible a una entidad financiera en la contratación de una operación de mutuo. Ello es así, máxime si se considera la magnitud de los intereses en juego y del compromiso patrimonial en que incurría (Fallos: 316:382, considerando 11)»¹⁷⁹.*

En materia de contratos celebrados con entes públicos se impone a los contratistas el deber de obrar con pleno conocimiento de las cosas (arg. art. 902 del Código Civil), puesto que la índole de los servicios que están llamados a prestar y de los intereses en juego, imponen actuar de modo tal de prevenir cualquier eventualidad que pudiera incidir negativamente sobre sus derechos, adoptando a esos efectos las diligencias apropiadas que exigen las circunstancias de persona, tiempo y lugar (art. 512 del Código Civil) y cualquier error en que pudieran incurrir provendría de una negligencia culpable que impide su invocación (art. 929 del Código Civil)¹⁸⁰. Por lo que *«Si la contratista incurrió en error acerca de las obligaciones contractuales asumidas, éste provendría de una*

¹⁷⁹ C.S.J.N., D. 583. XXVIII, “Dresdner Forfaitierungs Aktiengesellschaft c/ San Luis, Provincia de s/ cobro de sumas de dinero”, 18/9/2001. Fallos 324:2826. J.A. 27/2/02.

¹⁸⁰ C.S.J.N., N. 132. XXII. “Necon SA. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ ordinario”, 4/06/91. Fallos 314:491.

negligencia culpable que impide su invocación (art. 929 del Código Civil)»¹⁸¹.

Resulta pertinente recordar el estándar fijado por la Corte Suprema en el caso Exolgan, ya analizado¹⁸².

r. Acerca del silencio de la administración

En el derecho argentino, luego de expresarse que el silencio en si carece de efecto alguno, las normas de procedimiento administrativo consagran como regla que el silencio, frente a pretensiones que requieren de la Administración un pronunciamiento concreto, se interpretará en forma negativa¹⁸³.

Ello si se quiere interpretar el silencio como denegatoria tácita, sin perjuicio de lo cual, existen al alcance del reclamante vías como el amparo por mora para provocar un pronunciamiento expreso¹⁸⁴, pues se mantiene en cabeza de la Administración el deber de resolver de manera expresa.

La Corte Suprema ha descalificado pronunciamientos donde, merced a una mecánica aplicación de los plazos de caducidad fijados en normas de procedimiento, se terminó

¹⁸¹ A. 588. XXII. “Astilleros Costaguta SA. c/ Estado Nacional (PEN. -Ministerio de Economía- Sec. Int. Marítimos) s/ nulidad de resolución y daños y perjuicios”, 12/05/92. Fallos 315:890.

¹⁸² En el capítulo siguiente, analizaré de qué modo debieran haber incidido dichos postulados en materia de arbitrajes de inversión extranjera.

¹⁸³ Así, el art. 10 de la Ley Nacional 19.549; y Artículo 112 de la Ley 3460 de Corrientes.

¹⁸⁴ El Superior Tribunal de Justicia de Corrientes sostuvo, como base para el rechazo de una acción de amparo para casos de mora de la administración en resolver, que: “... **debe el amparista, ante el silencio de la Administración, continuar con el trámite administrativo o iniciar el contencioso administrativo pertinente**” (ST Corrientes, “Fhasa S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Corrientes s/ Acción de Amparo” del 22/5/03, Considerando VII, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 299, p. 160/161).

premiando la actitud negligente de la Administración, haciendo jugar en perjuicio del particular la figura del silencio administrativo instituida, claramente en su favor¹⁸⁵, producto de considerar operado el plazo de caducidad frente al silencio de aquélla, trasuntando además una decisión de injustificado rigor formal y comportando una inteligencia de las reglas aplicables contraria al principio «*in dubio pro actione*»¹⁸⁶.

Lo que no es posible, es querer derivar del silencio o la ambigüedad, o bien de actos preparatorios -caso de un dictamen jurídico- una manifestación de voluntad positiva o negativa¹⁸⁷.

Existen por excepción regímenes donde se prevé que el silencio de la administración podría equivaler a una manifestación tácita positiva¹⁸⁸.

El problema podría plantearse si es que vencido el plazo para resolver, la Administración dictara luego un acto expreso denegatorio, pues allí mediaría -aunque resulte paradójico-

¹⁸⁵ B 204 XXIX; “Biain, Abel Rubén y Olivero, Antonio Jesús c/ Instituto de Previsión Social de la Provincia del Chaco s/ demanda contencioso administrativa”, 18/07/1995. Fallos 318:1349.

¹⁸⁶ C.S.J.N., C. 180. XXIV, “Colegio Bioquímico del Chaco c/ Instituto de Previsión Social de la Provincia del Chaco s/ demanda contencioso administrativa”, 4/11/1993. Fallos 316:2477.

¹⁸⁷ Remito a lo que resolviera la Corte en la causa “Hotel Internacional Iguazú S.A. v. Nación Argentina”, reiterado en la causa A. 479. XL. “Aeroandina S.A. y Fexis S.A. s/ apel. resol. Comisión Nac. Defensa de la Compet” - C.S.J.N. - 4/4/2006. Fallos 329:972.

¹⁸⁸ En tal sentido, la Ley Nacional de Defensa de la Competencia N° 25.156, luego de expresar en su Art. 13 que “En todos los casos sometidos a la notificación prevista en este capítulo, el Tribunal por resolución fundada, deberá decidir dentro de los cuarenta y cinco (45) días de presentada la solicitud y documentación respectiva: a) Autorizar la operación; b) Subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que el mismo Tribunal establezca; c) Denegar la autorización...”, añade en su Art. 14 que: “*Transcurrido el plazo previsto en el artículo anterior sin mediar resolución al respecto, la operación se tendrá por autorizada tácitamente. La autorización tácita producirá en todos los casos los mismos efectos legales que la autorización expresa*”.

co- un supuesto de revocación de un acto legítimo, que como tal, podría generar la responsabilidad estatal.

Si fuera el caso que lo que el particular peticiona o somete a aprobación resultara ilegal, en ese caso la Administración tendría que revocar un acto administrativo -o promover acción de lesividad- contra un acto presunto positivo. Ello es así pues -insisto, aunque suene ilógico- si puede revocar un acto administrativo expreso, con igual -y mayor- razón puede hacerlo respecto de uno tácito. Pero estamos aquí, nuevamente, en el supuesto de la potestad revocatoria de la Administración, que ninguna vinculación presenta con el principio de confianza legítima.

s. Desviación de Poder versus Abuso de Derecho

La doctrina se ha ocupado de establecer la estrecha relación existente entre la figura del «abuso del derecho», nacida en el Derecho Privado, y el instituto de la «desviación de poder», oriunda del Derecho Público administrativo¹⁸⁹.

Entiendo que constituye un principio general, aplicable tanto en el derecho privado como en el derecho público, el que expresa que «*La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos*», entendiéndose como tal «*al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*» (art. 1071, 2º párrafo, Código Civil).

Respecto de la desviación de poder, expresa Agustín Gordillo¹⁹⁰ que: «*Existe desviación de poder toda vez que el*

¹⁸⁹ Véase la excelente monografía de SILVA TAMAYO, Gustavo: “Desviación de poder y abuso del derecho”, Monografía jurídica N° 157, LexisNexis, 1ª edición, 2006.

¹⁹⁰ *Tratado de derecho administrativo*, 5ª edición, FDA, t. 3, Cap. XI, pág. IX-23 y sgtes.

funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley. El acto está así viciado aunque su objeto no sea contrario al orden jurídico. En efecto, se interpreta que las normas que confieren una determinada facultad al administrador lo hacen para que el funcionario satisfaga la finalidad expresa o implícita del ordenamiento jurídico, no para realizar lo que a él le plazca, con el fin que le plazca. El administrador tiene su competencia circunscripta a lo que las normas determinan, por lo cual la facultad que ellas le confieren está necesariamente restringida y orientada al cumplimiento de la propia finalidad del sistema normativo. Cuando el administrador se aparta de la finalidad prevista por el sistema, su conducta es por ello sólo antijurídica: no estaba jurídicamente autorizado para usar del poder de las normas sino con la finalidad prevista por ellas».

Más adelante, el Autor cita un a la Procuración del Tesoro de la Nación, que en sentido similar, ha dicho en un dictamen frecuentemente recordado y mantenido como principio general (51:91; 64:114), que es peligroso sostener que en el caso se obró en uso de facultades legales, si lo que ocurre es que se hizo abuso de aquéllas y se tomó a la ley como medio para consumir la arbitrariedad. El carácter legal de una atribución, de una facultad y la observancia de las formalidades no basta para acordar legalidad al acto si hay substractum de arbitrariedad [...], desviación de poder, etc., que es lo mismo que decir ilegalidad¹⁹¹.

¹⁹¹ En la pág. IX-26, al citar los casos de desviación de poder, refiere en el punto 6.3.3. “**El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a la administración o al bien común. Este es un caso bastante común y si acaso el que más, de desviación de poder. El funcionario, imbuido de un erróneo espíritu estatista o de autopreservación, pretende ejercer el poder en indebido beneficio de la administración, del gobierno o del Estado; hasta de la sociedad. Puede pues incluso haber desviación de poder con respetables fines públicos, pero distintos de los contemplados por el ordenamiento jurídico...**”.

Conscientes de la dificultad existente para demostrar el vicio de «desviación de poder», la jurisprudencia y la doctrina han admitido que para ello resulten suficientes las presunciones, para las cuales resultan ser suficientes las que se extraen de los mismos actos.

Ha dicho la jurisprudencia al respecto que: «*La naturaleza eminentemente subjetiva del vicio de desviación de poder exige un esfuerzo para su acreditación, admisible, sin embargo, aun por vía de presunciones en tanto condicionamientos mayores se traducirían, dada la naturaleza del defecto referido, en una verdadera «prueba diabólica»*¹⁹².

Sobre el instituto de la «desviación de poder» como vicio en la «finalidad» del acto administrativo aplicado en el ámbito del Mercosur, con impacto directo en nuestro país, puede verse el Laudo del Tribunal Arbitral ad hoc del Mercosur sobre la controversia entre la República Federativa de Brasil (Parte Reclamante) y la República Argentina (Parte Reclamada) identificada como controversia sobre «Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución N° 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina», resuelto en fecha 21-05-2001¹⁹³.

En dicho Laudo, Punto II-F-2), titulado «La indebida utilización de las medidas antidumping con desviación de poder», se ha expresado en el Punto 161). «*Consecuentemente, la utilización del régimen antidumping debe buscar la finalidad prevista por la norma, lo que descarta su utilización para disimular o encubrir la obtención de otros fines que atentan con-*

¹⁹² C.S.J.N., 23/06/1992, “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos”, Fallos 315:1361, Considerando 13º). Igualmente, voto del juez Coviello, consid. IV.B.5). “Edelmann Wilfredo c/ Gobierno Nac. (Mº de Defensa -Cdo. en Jefe del Ejército) s/ personal militar y civil de las FFAA. y de Seg.” Causa: 31.228/96 11/04/97. CNCont.Adm.Fed., Sala I.

¹⁹³ http://www.mercosur.org.uy/t_generic.jsp?contentid=375&site=1&channel=secretaria&seccion=6, Consultado el 12/8/2009.

tra la facilitación del comercio. Lo contrario constituiría una «desviación de poder» que viciaría el acto (Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1, Montevideo, 1963, parágrafo 280, páginas 449, 450; Cretella Junior, «Direito Administrativo do Brasil», Tomo 3, páginas 175/176; Miguel S. Marienhoff, «Tratado de Derecho Administrativo», tomo II, Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1966, parágrafo 414, página 344)¹⁹⁴.

¹⁹⁴ En los apartados siguientes se expresa: “*La desviación de poder, es decir, la violación de la finalidad legal, trasunta un contenido subjetivo o psicológico, caracterizado por la voluntad generalmente encubierta o disimulada, de lograr determinado fin* (Miguel S. MARIENHOF en su *Tratado de derecho administrativo*, tomo II, p. 537, con citas de: STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, p. 217; SARRÍA, *Teoría del recurso contencioso administrativo*, p. 188; WALINE, *Droit Administratif*, p. 480, París 1963; y PRAT, *De la desviación de poder*, p. 371)... 163) *Ocurre desviación de poder cuando el agente estatal se vale de una competencia para alcanzar una finalidad no contemplada por la norma que la instituye. De esto resulta una incongruencia entre la norma y el acto, o sea, el agente se sirve de un acto para satisfacer una finalidad ajena a la naturaleza del acto utilizado* (Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, Sao Paulo 1993, p. 186). *En la desviación de poder, el comportamiento del agente, orientado por un móvil viado, esta en desacuerdo con la finalidad normativa. Son modalidades de la desviación de poder: a) no perseguir el interés público por la violación del principio de impersonalidad: el acto tiene en mira intereses personales, del agente o de terceros; b) perseguir un fin de interés público, pero extraño a la categoría de intereses pertinentes a la competencia; pues el acto se vale de una vía jurídica para alcanzar fines públicos que deberían ser implementados por otra vía jurídica* (Vedel, Georges, “*Droit Administratif*”, Tercera Edición. París, PUF, 1964 p 458 y 462). c) *violar un principio de razonabilidad: - o porque la medida establecida era prevista, pero el motivo falso o inidóneo; - o porque la medida establecida era prevista y necesaria, pero inadecuada a los objetivos jurídicos (vía impropia); - o porque la medida establecida, aunque prevista, necesaria y adecuada, es desproporcionada de acuerdo al fin que se desea alcanzar (exceso).*

Se agrega en el Ap. 164): “*En cuanto al motivo indicado precedentemente se señala que el mismo constituye el presupuesto material que autoriza y exige la práctica del acto administrativo; es pues, una situación empírica, externa y previa, pudiendo estar prevista en la norma o no. Si está prevista, se habla de previsión abstracta de una situación de hecho, la cual debería ser tomada en cuenta por el acto ante una situación material concreta. Esencial para la desviación de poder en todas sus modalidades es el móvil. Del motivo (situación*

Su riqueza, no se agota con la demarcación que efectúa de la desviación de poder, sino respecto a la consagración de un principio general aplicable a todos los procedimientos administrativos, cual es el **principio de moralidad**¹⁹⁵, a cuyo respecto expresa: «... Respecto de la desviación de poder debe tenerse en cuenta el **principio de moralidad**. *Según los cánones de la lealtad y de la buena fe, la administración debe proceder en relación con los administrados con sinceridad y lla-*

objetiva y externa al agente) se distingue el móvil, esto es, la representación subjetiva e interna del agente, básica para el examen de la intención. El móvil es relevante para la apreciación de la desviación de la finalidad, sobre todo en los aspectos referidos al ámbito de discrecionalidad del acto, aspectos que, en virtud del modo en que la norma regula la materia, exigen que el agente pondere las circunstancias del caso en cuanto a la mejor manera de atender a la finalidad normativa"... "165) En cuanto a la finalidad, se entiende por tal el tratamiento del bien jurídico objetivado por el acto. Si hay conformidad con la finalidad normativa, el acto es correcto; si estuviera en disconformidad ocurre la desviación. Así, no se puede buscar a través de un acto la protección del bien jurídico cuya satisfacción debería ser obtenida por otro acto o categoría de acto: cada acto tiene la finalidad señalada por la norma que la concibe. Como dicen Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA y Ramón FERNÁNDEZ (Curso de derecho administrativo, octava edición, Civitas, Madrid, 1998, tomo I, p. 458): "los poderes administrativos no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad, son poderes funcionales, otorgados por el ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo, ciega la fuente de su legitimidad".

En su apartado 166) "Cuando se dice que la administración se obliga a la finalidad se está significando que ella se subordina al principio de la finalidad. No se trata de una consecuencia de la legalidad, pues es más, se trata de algo que es inherente a la legalidad: **es la exigencia de cumplir la ley tal cual ella es**. Por eso la desviación de la finalidad viola la ley de modo peculiar: aunque obedezca a su forma, la desviación de poder burla la ley so pretexto de cumplirla... En este sentido, la actividad administrativa esta vinculada a un fin ajeno a la persona y a los intereses particulares del agente o del órgano que la ejerce. Y la desviación de poder ocurre no solamente cuando la actuación administrativa es extraña a cualquier finalidad pública, sino también cuando "el fin perseguido, si bien es de interés público no es el fin que la ley señala para aquel acto" (Jean RIVERO, "Droit Administratif", segunda edición, Dalloz, Paris, 1962, ps. 225 a 260)".

¹⁹⁵ Dicho principio se encuentra contemplado por la Ley 3460 de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Corrientes, en su art. 4 inc. e).

neza, siéndole prohibida cualquier conducta maliciosa tendiente a confundir o minimizar sus derechos»¹⁹⁶.

t. Principio del debido proceso

El desarrollo del principio de confianza legítima en el derecho comparado, especialmente anglosajón, y en especial cuando se lo utiliza en su vertiente procedimental, podría fincarse en nuestro derecho en el principio del acápite, cuando expresa que no se pueden adoptar decisiones que afecten derechos subjetivos o intereses legítimos sin que previamente se otorgue al destinatario la posibilidad de ejercer su derecho de defensa¹⁹⁷.

El instituto ha sido aplicado en numerosas ocasiones, especialmente al tratar el instituto de la Caducidad del acto administrativo, donde por una interpretación armónica de las normas que regulan dicha figura en el orden nacional¹⁹⁸, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha derivado la nece-

¹⁹⁶ Sin haberlo citado expresamente, reproduce aquí la opinión de BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio, *Curso de derecho administrativo*, primera edición en español, traducción del portugués por Valeria Estefanía LABRANA PARRA, Porrúa, México, 2006, p. 84.

¹⁹⁷ Por ejemplo, art. 98 de la Ley 3460 de Corrientes. Una postura cuestionable es la asumida por el Alto Tribunal quien diseñara la denominada “teoría de la subsanación”, que expresa que “*la eventual restricción de la defensa en el procedimiento administrativo es subsanable en el trámite judicial subsiguiente*”, y que fuera recientemente resucitada en la causa F. 1762. XXXVIII; ORI. Formosa, provincia de (Banco de la Pcia. de Formosa) c/Dirección General Impositiva s/impugnación de la resolución 604/99 (DV RRRE). 16/12/2008. Fallos 331:2769, donde agregara que “... *habiéndose producido el peritaje contable en la instancia originaria ante la Corte Suprema no resultan atendibles los planteos de la impugnante referidos a la denegación del mismo en sede administrativa*”.

¹⁹⁸ Art. 21 Ley 19549.

sidad de practicar la intimación previa¹⁹⁹ para ello en el marco contractual administrativo, fulminando con nulidad absoluta su inobservancia, en una causa relativa a un endilgado incumplimiento de una obligación derivada de un contrato administrativo de empleo público.

Así, en el caso «Borgo»²⁰⁰, consideró «... *descalificable el pronunciamiento que -para declarar la «anulabilidad» de una resolución administrativa- sostuvo que la gravedad de la sanción y el defecto relacionado con la falta de intimación y consecuente plazo para el cumplimiento de la obligación no eran graves, ya que la Administración había podido creer que no hacía falta el cumplimiento de dichos requisitos ante el hecho de que el actor, a pesar del tiempo transcurrido entre la reincorporación y caducidad dispuestas, no hubiera intentado tomar posesión del cargo. Ello es así, pues aceptado que el régimen jurídico imponía el cumplimiento de una intimación a los efectos de constituir en mora al agente, la demora en que hubiera incurrido en asumir el cargo correspondiente, carecía de relevan-*

¹⁹⁹ Señala al respecto GORDILLO (*Tratado de derecho administrativo*, 5ª edición, FDA, t. 3, p. IX-9), en el Punto 4.2 “**Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima:** “*Este supuesto no surge de normas generales pero aparece reconocido por lo general a través de la jurisprudencia y la doctrina, además de tener un sustento constitucional. El comportamiento administrativo no puede inducir al otro a error o a ser perjudicado, debe obrar lealmente y de buena fe, sin trampas ni desviaciones. Es el principio del fair procedure, susceptible de muchas aplicaciones. Como dice WADE, tanto de la sustancia de la justicia reside en el fair procedure*”. Agrega el autor que: “*Una variante de falta de debido proceso legal es la actuación inopinada, extemporánea, carente de intimación o aviso previo. Se lo ha denominado en ocasiones sorpresa, como forma negativa de dolo, o la prohibición de voltefases o contramarchas, es decir la interdicción de la autocontradicción en la parte contraria o el deber de protección de la confianza ajena. También aparece en instituciones concretas como la caducidad del acto administrativo, donde se exige que no sea intempestiva y que esté precedida de una intimación previa y confiera un plazo razonable para su cumplimiento...*”.

²⁰⁰ Fallos 308:108, *in re*: “Borgo, Hermes Francisco v. Junta Nacional de Granos” del 13/2/1986.

cia jurídica y no podría válidamente sustentar la legitimidad ni atenuar los defectos de un acto que presuponia el cumplimiento de aquella exigencia».

También dijo el Alto Tribunal que: *«Si la caducidad decretada reconoce como fundamento una conducta reprochable del actor o sea que se sustenta en una apreciación de las circunstancias que, por virtud de la propia Ley de Procedimiento Administrativo (art. 21), requería de una interpelación para que el empleado incurriera en mora y pudiesen jugar los efectos propios del retardo imputable en la esfera de la relación de empleo público, la falta de todo requerimiento al demandante hace que el acto de caducidad dispuesto por la administración haya sido dictado con violación de la ley (art. 14, inc. b), sin que corresponda discriminar con referencia a esta cuestión sobre el mayor o menor grado de discusión en la doctrina o en la jurisprudencia, ya que la omisión del recaudo sustancial previsto en la ley como condición para decidir la caducidad del acto, sólo puede juzgarse en los términos señalados y dar lugar a la nulidad absoluta del acto».*

Más recientemente, el Alto Tribunal de la Nación sostuvo que: *«Dado que la resolución ME 122/00 constituyó una prórroga por 180 días de la medida de salvaguardia impuesta por la resolución MEyOSP 987/97, y que la misma ha sido adoptada sin que se cumpliera el procedimiento reglamentario previstos para un acto de prórroga en el decreto 1059/96 -por el cual se reglamentó la ley 24.425, ratificatoria del Acuerdo de Marrakesh-, cabe concluir que corresponde declarar la nulidad de la citada resolución 122/00»²⁰¹.*

También la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo, apoyándose en diversos fallos del Alto Tribunal, ha decidido que: *«Por más que en el art. 96 del Estatuto para el Personal del Instituto para Servicios Sociales Bancarios, se contemple la posibilidad de que, en ciertos supuestos, se pue-*

²⁰¹ Del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte comparte y hace suyo. CS, 21/05/2002. - Adidas Argentina y otros c/ EN - M° de Economía - resol. 987/97, 512/98 y 1506/98 s/amparo ley 16.986, EDA, 01/02-226.

da dejar cesante a un agente sin necesidad de instruir un sumario, *no significa en modo alguno que no se deba dar al administrado la posibilidad de ejercer su derecho de defensa con las apropiadas formalidades sustanciales, pues la ley 19.549 -que constituye la ley marco por excelencia para toda la Administración Pública, centralizada y descentralizada, entre ellos la ex entidad autárquica demandada- configura el derecho al debido procedimiento adjetivo como un requisito basilar del procedimiento administrativo. Cabe apuntar al respecto que la observancia del principio fundamental del derecho de defensa del administrado es esencial en todo trámite administrativo en que estén en juego derechos subjetivos y cuyo fundamento es el art. 18 de la Constitución Nacional, y más concretamente, los arts. 1º, inc. f), apart. 1º, y 7º; inc. d) de la ley 19.549, LPA, que constituye, en tal sentido, un valor fundamental del ordenamiento en un Estado de Derecho* (conf. esta sala *in re* «Cortés», del 6/4/99). En tal orden de ideas, el propio dispositivo de la LPA -que constituye la ley marco por excelencia para toda la Administración Pública Nacional, centralizada o descentralizada (conf. su art. 17), entre ellos, claro está a la ex entidad autárquica ISSB (art. 1º, ley 19.322)- *configura el derecho al debido procedimiento adjetivo como un requisito basilar del procedimiento administrativo* (conf. Comadira, Julio Rodolfo, «Acto administrativo municipal», Buenos Aires, 1992, pp. 82-83). Asimismo la aplicación del anterior RJB al ISSB (conf. esta sala *in re* «Sotelo», del 24/2/98 y «Mercado» del 19/3/98, y también, Sala III, *in re* «Zabala de Chambon» del 14/12/95), llevaba, por lógica consecuencia, a la aplicación de los principios garantísticos establecidos en ella y sus reglamentaciones, entre ellas el régimen de investigaciones. En este punto conviene recordar que *las formas en el Derecho Administrativo, cumplen la función de garantía de los derechos de los administrados, como del orden, acierto, justicia y legalidad que debe existir en la actividad administrativa* (conf. Cassagne, Juan Carlos, «El acto administrativo», 2ª ed., Buenos Aires, 1978, pág. 205). Cabe igualmente recordar que, **como dijo nuestro más Alto Tribunal, «en las for-**

mas se realizan las esencias» (conf. Fallos, 315:106, 317:1333)²⁰².

En materia jubilatoria, sostuvo la Corte Suprema que «... *El decreto 1287/97 dio forma legal a la interpretación de la Corte Suprema en el sentido de que las atribuciones con que cuentan los organismos administrativos para suspender, revocar, modificar o sustituir las resoluciones que otorgan beneficios jubilatorios -arts. 48 de la ley 18.037 y 15 de la ley 24.241- existen a condición de que la nulidad resulte de hechos o actos fehacientemente probados y presupone que se haya dado a los interesados participación adecuada en los procedimientos, permitiéndoles alegar y probar sobre los aspectos cuestionados, en resguardo de la defensa en juicio»*, por lo que «... *corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la demanda tendiente a que se declarara la nulidad del acto administrativo que -vulnerando el derecho de defensa- modificó el monto*

²⁰² CNCont.-adm. Fed., Sala I, 12/05/2000. - G., R. A. c/ ISSB - Resol. 114/96, EDA, 00/01-151. Se agregó que: “... 11. *Que, por otro lado, la circunstancia de que el actor haya ofrecido un descargo escrito carece de relevancia alguna, en la medida que el procedimiento seguido para la imposición de la medida expulsiva se caracterizó por su desorden y carencia de formalidad. Asimismo, poco tiene que ver la invocada sujeción al régimen estatutario del agente frente a la posibilidad de ejercer su derecho de defensa a través de un procedimiento administrativo llevado en debida forma, toda vez que las relaciones de especial sujeción se han situado siempre en el marco insoslayable de la observancia del principio cardinal de la legalidad administrativa, a partir del cual adquiere su correcta conformación jurídica (conf. CS, Fallos, 319:1165 y 3040; 259:402; 304:121; 310:203; 311:2311; 312:1082; 313:63. Esta sala in re “Edenor” del 5/9/95 y “Edelmann” del 11/4/97. Asimismo Gallego Anabitarte, Alfredo, “Las relaciones de especial sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la teoría del Estado de Derecho”, Revista de Administración Pública, t. 34, págs. 11-51). En consecuencia, **por haberse violado la forma esencial del derecho de defensa del imputado y omitido que éste ejerciera en un procedimiento llevado en debida forma, la resolución impugnada deviene nula de nulidad absoluta (arts. 1º, inc. f; 7º, inc. d y 14, b, LPA)**”.*

de la prestación y formuló cargos sin que el administrado hubiera tenido participación alguna en el trámite»²⁰³.

Caracterizado bajo la moderna denominación de «tutela administrativa efectiva», sostuvo la Corte Suprema que *«El art. 3º, inc. a, de la resolución del COMFER 16/99 resulta violatorio del art. 18 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos Y Deberes del Hombre, 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2º inc. 3º aps. a y b, y 14 inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), en tanto restringe en forma ilegítima y arbitraria la posibilidad de que los particulares que pretendan participar en concursos para la adjudicación de licencias de radiodifusión puedan impugnar cualquier resolución administrativa del COMFER y la Comisión Nacional de Comunicaciones vinculada al servicio en cuestión, en contradicción de la garantía a la tutela administrativa y judicial efectiva, que supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia -y ante las autoridades administrativas competentes- y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso -o procedimiento- conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia -o decisión fundada»²⁰⁴.*

²⁰³ C.S.J.N., C. 681. XXXIV.; Copa, Diego c/ ANSeS s/ medidas cautelares. 24/4/2001. Fallos 324:1403.

²⁰⁴ C.S.J.N., A. 937. XXXVI.; Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER -dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986. 14/10/2004. Fallos 327:4185. Además, con proyección en general en materia de procedimientos de selección, sostuvo que el art. 3º, inc. a, de la resolución 16/99 del COMFER atenta contra los principios básicos de los procedimientos públicos de selección como la licitación y

u. Principio de Proporcionalidad²⁰⁵

Según Sandulli²⁰⁶, el principio de proporcionalidad quedaría articulado con estos elementos constitutivos:

- a) *idoneidad*: que se refiere a la coherencia del medio empleado; es decir, configurada una determinada situación de hecho, el medio empleado exacto para producir un resultado apreciable;
- b) *necesariedad*: comporta la conformidad de la acción administrativa a la regla del «medio más moderado» y la obligación de elegir un medio para la consecución del objetivo que implique un mínimo sacrificio de los intereses concurrentes;
- c) *adecuación*: íntimamente ligada a la necesidad aparece la adecuación, que se presenta como aquella pon-

el concurso, en especial, los de *libre concurrencia e igualdad*, que no sólo tienden a resguardar el derecho de los oferentes o participantes en procedimientos de ese tipo, sino también el interés público comprometido en la debida elección de quienes resultarán adjudicatarios.

²⁰⁵ Dicho principio fue utilizado por el juez Petracchi en su voto en la causa “Thomas, Enrique c/ E.N.A.”, C.S.J.N., del 15/6/2010, Considerando 10°, expresando que: “... *si bien el principio de proporcionalidad en sentido estricto se aplica principalmente frente a medidas de injerencia del Estado, tanto de la Administración como del legislador, y en este punto, especialmente, en materia de derechos fundamentales (ver Fallos: 329: 3680, voto del suscripto), como aspecto esencial del principio de razonabilidad, la proporcionalidad resulta un requisito de toda la actividad del Estado, incluida la judicial. En igual sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha utilizado frecuentemente la proporcionalidad como estándar para evaluar la legitimidad de las sentencias judiciales denominadas “injunctions”, lo ha fundado en la cláusula constitucional del debido proceso, y ha considerado, sobre esa base, que la medida judicial ordenada, debía ser proporcionada a la naturaleza y magnitud de la violación constitucional de derechos que se invocaba...*”.

²⁰⁶ Citado por GRECCO, Carlos Manuel; GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, “El principio de proporcionalidad en la ley nacional de procedimientos administrativos de la República Argentina (Glosas Preliminares)”, Revista Documentación Administrativa N° 267-268, Número Especial titulado *El Derecho Administrativo en Argentina: Situación y Tendencias actuales (I)*, septiembre 2003-abril 2004, INAP, Madrid, p. 121, especialmente p. 128.

deración discrecional que lleve a una decisión que, sin provocar sacrificios superiores al mínimo, resulte, no obstante, razonablemente balanceada y engarzada a «la justa medida de la potestad».

El mentado principio, que hunde sus raíces en el añejo «principio de razonabilidad» y que fuera suficientemente estudiado en nuestro país²⁰⁷, ha sido recogido por la jurisprudencia del Alto Tribunal en los últimos tiempos, uno de cuyos ejemplos más palpables se dio al analizar la exigencia de la nacionalidad argentina para el acceso a cargos públicos.

En el último caso donde se pronunciara sobre el extremo²⁰⁸, expuso la Corte recordando que lo dicho desde antiguo acerca de que «... la igualdad establecida por el art. 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (Fallos: 153:67, entre muchos otros). El ámbito de dicho precepto admite las gradaciones, las apreciaciones de más o de menos, el balance y la ponderación, en tanto no se altere lo central del principio que consagra la igualdad entre nacionales y extranjeros, todos ellos «habitantes de la Nación». De lo expuesto podría suponerse que lo único que procede en el caso es evaluar la mayor o menor razonabilidad del requisito de nacionalidad argentina impuesto por el reglamento de la Corte.

Sin embargo -expone-, esa Corte ha resuelto recientemente que, cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el «origen nacional» -como sucede en el *sub lite*-

²⁰⁷ LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª edición actualizada, 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2002, más recientemente, CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de razonabilidad*, 2ª edición actualizada y ampliada, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2009.

²⁰⁸ C.S.J.N., M. 1650. XLI; RHE “Mantecón Valdés, Julio c/Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación - Corte Suprema de Justicia de la Nación” - resol. 13/IX/04 (curso biblioteca) 12/08/2008. Fallos 331:1715. Dictamen de la Procuradora General, al que remitió la Corte Suprema.

corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar²⁰⁹.

Después de señalar la inversión del *onus probandi* que esa presunción de inconstitucionalidad trae aparejada, el Tribunal puntualizó que aquélla sólo podía ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los *finés* que había intentado resguardar y sobre los *medios* que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será *insuficiente una genérica «adecuación» a los fines*, sino que *deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada*²¹⁰.

Es evidente que el Tribunal ha adoptado, para casos como el *sub lite*, un *criterio de ponderación más exigente que el de la mera razonabilidad*. Este último, que funciona cuando se trata de la impugnación de normativas que gozan de la presunción de constitucionalidad, resulta *insuficiente cuando se está en presencia de preceptos legales afectados por la presunción inversa*. Aquí se requiere aplicar un *escrutinio más severo*, cuyas características la Corte ha indicado en el precedente citado.

Por lo dicho, entendió el tribunal que la demandada no podía limitarse a alegar que la exigencia de nacionalidad argentina a un auxiliar bibliotecario era razonable o aun conveniente para el buen desempeño del cargo y resultaba adecuada al fin perseguido. Por el contrario, debía acreditar que existían fines sustanciales que hacen al ejercicio de funciones básicas del Estado que requerían que el cargo sólo pudiera ser cubierto por argentinos. Debía, además, disipar toda

²⁰⁹ Remitiendo a la causa “Hooft” del 16/11/2004, Fallos: 327:5118, considerando 4° y sus citas.

²¹⁰ Sentencia *in re* “Hooft”, considerando 6°).

duda sobre si no existirían medidas alternativas (a la exigencia de nacionalidad argentina) que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para el interesado²¹¹.

El principio de proporcionalidad ha sido utilizado en el derecho inglés, casualmente confundido con el principio de confianza legítima, en ocasión de analizar el alcance del control judicial de la Administración en el ejercicio de facultades discrecionales.

Al respecto, expresa la doctrina²¹² que «... las causas por las que un juez puede anular un acto discrecional del ejecutivo son, según el dictum famoso de Lord Diplock, tres: *irregularidad procedimental, ilegalidad y razonabilidad*²¹³. El primer supuesto recoge la tradicional doctrina inglesa del *natural justice*²¹⁴, cuya finalidad es estrictamente procesal: principios tan emblemáticos de la tradición anglosajona como el *audi alteram partem* o el *nemo iudex in causa sua*. El segundo recoge la *desviación de poder continental* y supuestos de control de legalidad interna reconocidos por la jurisprudencia

²¹¹ Remite allí a la Sentencia *in re*: “Gottschau”, 8/8/2006, Fallos 329:2986, considerando 61)

²¹² SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel, “El principio de confianza legítima en el derecho inglés: la evolución que continúa”, Revista Española de Derecho Administrativo, N° 114/2002, Estudios, p. 233, Editorial Civitas, Madrid, abril 2002; del mismo autor, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho Español*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007. El autor explica no obstante que si el Derecho español ha enfocado el problema de la confianza legítima y la revocación de actos desde los parámetros de la ilegalidad, el Administrative Law se estructura en estos momentos sobre la revocación de actos conformes a Derecho y declarativos de derechos subjetivos.

²¹³ Menciona al caso Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service, 1985, AC 374.

²¹⁴ En el Reino Unido se ha desarrollado como incluida en el principio de “Justicia Natural”, la denominada “Regla contra la parcialidad”, que establece que “Ningún hombre puede ser juez de su propia causa”, o en latín “*Nemo iudex in re sua*”. Al respecto, ver H. W. R. WADE & C. F. FORSYTH: *Administrative law*, 9ª edición, Oxford University Press, 2004, p. 450 y ss.

desde principios de siglo XX²¹⁵. Y el tercero es el *control de razonabilidad*, plasmado en la conocida sentencia *Associated Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* de 1948, que constituye el caso más claro de control de legalidad interna hasta ahora previsto por el Derecho administrativo inglés. Según el *principio de razonabilidad* (más conocido en el argot como *Wednesbury unreasonableness*), un acto será ultra vires cuando sea tan irrazonable que ninguna autoridad razonable lo habría adoptado²¹⁶.

Luego, refiere que resulta relevante que en una sentencia de la Corte de Apelación en la causa «Coughlan»²¹⁷ se con-

²¹⁵ Citando a CRAIG, Paul, expresa el autor que de una forma muy casuística, bajo el rótulo de *illegality* se encuentran las siguientes causas de ilegalidad: propósitos inapropiados (desviación de poder, en términos continentales) y relevancia, lo cual permite impugnar un acto cuando razones relevantes no han sido tomadas en cuenta por el ejecutivo, o razones no relevantes han sido el único fundamento que soporta el acto. No obstante, ésta no es una clasificación taxativa, sino meramente descriptiva del *dictum* de Lord Diplock.

²¹⁶ Agrega el autor que se trata de un criterio vago, impreciso y propicio a la arbitrariedad judicial. Si situamos esta causa a la luz de la doctrina ultra vires, la fragilidad de ésta es aún más palpable: será contraria a la voluntad del Parlamento cualquier decisión tan irrazonable que ninguna autoridad la habría adoptado, y ello porque existe una voluntad implícita del legislador soberano que exige la nulidad del acto.

²¹⁷ *R v North and East Devon Health Authority, ex p Coughlan*, 1999, LGR, 703. El caso ha sido comentado por CRAIG, Paul; SHONBERG, Soren, “Substantive legitimate expectations after Coughlan”, *Public Law*, 2000 Sweet & Maxwell Limited and Contributors (P.L. 2000, WIN, 684-701).

Expresa SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO -en relación al caso- que: “Los hechos son los siguientes: la señorita Coughlan sufrió un grave accidente de tráfico en 1971, produciéndole minusvalías muy graves y permanentes. Durante dieciocho años residió interna en un hospital municipal para enfermos crónicos, hasta que en 1993 las autoridades le propusieron un traslado a Mardon House, un centro especial para el tratamiento de minusvalías como las sufridas por la señorita Coughlan. Una de las razones que impulsaron a ésta a cambiar de residencia fue la promesa municipal de proporcionarle un hogar para el resto de su vida (“a home for life”), sin tener que preocuparse jamás por cuestiones de alojamiento. Esta promesa fue realizada en térmi-

sagra la confianza legítima «sustantiva» como principio general del Administrative Law, y se eleva el standard de control utilizado tradicionalmente por los Tribunales: la razonabilidad *Wednesbury*.

En dicha causa, la Corte de Apelación entendió que existen dos standards en el judicial review: uno, el tradicional control de *razonabilidad*; y segundo, el *abuso de poder*. La categorización del abuso de poder, en los términos del Tribunal, no tiene vínculo alguno con el concepto utilizado por el Derecho continental. Se trata de un concepto autónomo y propio del Derecho inglés. Evidentemente, esta es la novedad. Una vez realizada la ponderación, el Tribunal entendió que al haber dos decisiones administrativas razonables (la promesa y su posterior revocación), la única forma de controlar su legalidad sería asegurando que el poder razonablemente ejercido no fuera utilizado en exceso, y, por tanto, abusivamente. El cierre de Mardon se considera, por este motivo y a la vista de los intereses en juego, abusivo.

nos expresos y de forma escrita a un grupo de pacientes, incluida la recurrente. En 1998 las autoridades sanitarias decidieron cerrar Mardon House por motivos presupuestarios, con el consiguiente traslado de todos sus pacientes y el incumplimiento de la declaración realizada en 1993. La señorita Coughlan recurre la decisión de cierre y los Tribunales fallan a su favor. La autoridad sanitaria local, ante la Corte de Apelación, recurre la sentencia reconociendo la existencia de expectativas por parte de los pacientes, pero alega que la decisión de cierre no puede considerarse irrazonable en términos ortodoxos *Wednesbury*. La Corte de Apelación confirma el fallo de la primera instancia, pero con argumentos diferentes: efectivamente, existía una expectativa por parte de la señorita Coughlan, pero tratándose de un caso en el que la administración revoca un acto individual no formal a través de una política (policy), ha de realizarse una ponderación de los intereses en juego. En primer lugar, el Tribunal reconoce que si la promesa realizada por las autoridades se hubiera efectuado en el ámbito del Derecho privado, habría equivalido a un incumplimiento de contrato. Segundo, el mantenimiento de Mardon House no supone violación alguna del ordenamiento jurídico, puesto que la decisión de cierre obedece exclusivamente a coordinadas políticas. Tercero, los argumentos esgrimidos por la administración no son suficientes, en opinión del Tribunal, para fundamentar una revocación y defraudar la confianza creada. Por todo ello, se falla a favor de la señorita Coughlan”.

No son sino variantes del principio de razonabilidad, con mayor o menor grado de intensidad. También se advierten las notables diferencias con nuestro derecho, donde las simples «promesas» carecen de relevancia jurídica, conforme el estándar que vimos en el caso Exolgan²¹⁸.

²¹⁸ Acerca del contrato como promesa, ver FRIED, Charles, *La obligación contractual. El contrato como promesa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

CAPÍTULO V

ANÁLISIS DEL DERECHO COMPARADO Y DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

1. Acerca de la importancia de la comparación jurídica

Desde un punto de vista epistemológico, la comparación permite 1) tomar distancia en relación al propio ordenamiento jurídico; 2) acceder a la «sabiduría empírica acumulada» de los pueblos presente en el Derecho y al «stock de soluciones» a que se llegó en largos procesos de desarrollo y en múltiples discursos, en los diferentes países, sin llegar a ser víctima de las limitaciones originadas por una perspectiva nacionalista introvertida; 3) puede ayudar a encontrar soluciones en el conocimiento y en la aplicación del Derecho; y 4) es el Derecho Comparado el que provee el material empírico para los análisis llevados adelante por la Teoría y por la Filosofía del Derecho¹.

¹ En tal sentido, SOMMERMANN, Karl-Peter, «La importancia de la comparación jurídica para la evolución del derecho público en Europa», en *Revista Investigaciones*, Publicación efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Área Derecho Comparado, N° 3, 2005, Buenos Aires, p. 525, en especial p. 530/531.

Ver también, PÉREZ DEL VISO, Adela, «Importancia del mundo anglosajón en nuestro derecho», *Microjuris*, MJ-DOC-4121-AR | MJD4121; y MAIRAL, Héctor A., «Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino», en obra colectiva: *Estudios de derecho administrativo II*, Ed. Ciencias de la Administración, 2000, p. 41.

No obstante, y como ha señalado Rosenkrantz, tomar prestado el derecho extranjero para la solución de casos domésticos resulta problemática, entendiendo a los préstamos como el uso autoritativo de normas creadas fuera de nuestras fronteras².

Habiendo efectuado un análisis somero pero puntualizado de institutos suficientemente arraigados al derecho nacional que brindan solución a problemas similares a los que, en otros ámbitos, recalcan en el principio de confianza legítima, queda allí evidenciado que para tales supuestos, el auxilio al principio en cuestión no resulta crucial.

Veremos en el presente capítulo lo que ocurre en el ámbito internacional de las inversiones, con impacto en nuestro país.

2. La construcción de la confianza

De manera preliminar y apoyándome en la doctrina anglosajona de los contratos, expondré someramente acerca de cómo se construye la confianza en el sistema del *common law*, para comprender luego lo que considero la mayor inconsistencia que se produce por la incorporación lisa y llana, vía los Tratados Bilaterales de Inversión y el arbitraje internacional, del principio de confianza legítima o, como se estila denominar en aquél ámbito, de las «expectativas legítimas», entre la manera de entender ese sistema y el continental europeo de base romano germánica que impera en nuestro país.

Ello nos ayudará a explicarnos cómo razonan los árbitros internacionales, y porqué la República Argentina ha sido condenada por diversos laudos arbitrales en casos que, a la

² ROSENKRANTZ, Carlos, «En contra de los préstamos y de otros usos no autoritativos del derecho extranjero», Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 6, N° 1, Octubre 2005, Buenos Aires, p. 71. Allí efectúa un repaso detallado del uso indiscriminado del derecho extranjero por nuestra Corte Suprema desde su constitución.

luz del derecho doméstico, resultarían francamente impropios³.

Al respecto, Hugh Collins⁴ enseña que «... es importante notar que la *confianza es construida a través de la interacción social. La fuente más fructífera de la confianza viene de negocios o de experiencias anteriores*. La confianza es también probable que se presente en las transacciones que ocurren dentro de *grupos de parentesco o dentro de un grupo étnico* que tenga una calidad de miembro identificable dentro de una sociedad más amplia⁵. La calidad de miembro del parentesco o del grupo étnico sirve como señal de la confianza, una indicación de una reputación para la confiabilidad, con tal que por supuesto la transacción ocurra entre dos miembros del mismo grupo. En términos económicos, limitando las transacciones al parentesco o al grupo étnico, *las partes eliminan los costes de descubrir acerca de si pueden confiar en otros, pese al precio potencialmente razonable de algunas transacciones con extraños. Los miembros del grupo se conformarán con estas expectativas no solamente debido a las obligaciones sociales del parentesco, sino también porque la amenaza implícita de la exclusión del grupo para las expectativas decepcionantes exigirá la exclusión del mercado y de una comunidad social*. Además, es posible que los participantes en los

³ Lo que ha llevado a Jorge BARRAGUIRRE (h) a preguntarse si los TBI's no han provocado la evaporación del derecho doméstico, en BARRAGUIRRE, Jorge Alberto (h), «Los tratados bilaterales de inversión (TBIs) y el Convenio CIADI ¿LA evaporación del derecho administrativo doméstico?», en Res Pública Argentina, 2007-3, Octubre-Diciembre 2007, Ediciones Rap, Buenos Aires, p. 107; también en el libro *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 203.

⁴ COLLINS, Hugh, *Regulating contracts*, Oxford University Press, New York, 1999, p. 110 y ss. Traducción libre.

⁵ Ejemplifica diciendo que hay muchos estudios cuidadosos de la manera que los grupos étnicos crean enlaces de la confianza, tales como los comerciantes judíos del diamante de Nueva York, y la comunidad étnica china implicada en los pequeños negocios de la comercialización de goma en Singapur y Malasia del oeste.

mercados aumenten los niveles de la confianza iniciando patrones deliberados de la interacción social. Pueden idear a instituciones tales como asociaciones comerciales, códigos de la práctica para los sectores industriales, «contratos paraguas», o acuerdos marcos que describan el curso previsto de la relación comercial. Una forma particularmente elaborada de creación institucional de la confianza ocurre en los intercambios o las bolsas, *la calidad de miembro de los cuales puede ser alcanzada y ser mantenida solamente demostrando la práctica del comportamiento digno de confianza*. Éstos mercados club, tales como bolsas de comercio, los mercados de futuro, el intercambio báltico para enviar a Liverpool el mercado del algodón de Londres, en el siglo XIX, y los comerciantes del diamante de Nueva York, abarcan códigos de conducta formales, *arbitraje privados y los sistemas de mediación para la resolución de conflictos*, y la potestad de excluir de su calidad de miembro y de imponer las sanciones punitivas para el comportamiento irregular. La ventaja de los miembros es no solamente la facilitación del comercio que les genere confianza, sino también una *reducción de los costes de la transacción* porque *los negocios pueden ser realizados informalmente*. Otro dispositivo para aumentar confianza consiste en el establecimiento de los estándares del sector industrial relativos a la calidad y seguridad para los productos, con los cuales todos los participantes en el mercado prestan su conformidad.

En sociedades industriales avanzadas, la presencia de las instituciones que establecen o aumentan confianza puede proporcionar una ventaja competitiva. La ventaja competitiva deriva en parte de la reducción de los costes de celebrar contratos, y de los costos de la transacción. Donde hay confianza, es probable que las partes dispensen contratos elaborados, se abstendrán de la supervisión detallada del funcionamiento, y no necesitarán crear incentivos económicos, ni sanciones tales como los intereses por incumplimiento. Quizás sea más importante que en una relación basada en la confianza entre las partes, ellas puedan esperar de cada una la cooperación en la realización del contrato, por ejemplo, proporcio-

nando la información o las sugerencias útiles para la innovación. Esta cooperación debe aumentar los beneficios de la transacción para ambas partes. Un estudio comparativo de las transacciones alemanas, italianas, y del Reino Unido en los mismos sectores de mercado revela la contribución importante a la formación de la confianza proporcionada por las asociaciones comerciales, las organizaciones que garantizan la calidad, y los estándares de la industria para la calidad y la seguridad de los productos. Estos arreglos institucionales, que son más fuertes en Alemania e Italia que el Reino Unido, pueden reducir la competitividad del precio, pero parecen promover la cooperación y la capacidad de adaptarse a un cambio de ambiente. *Permiten que las partes del negocio ingresen en obligaciones contractuales a largo plazo con menos cautela sobre la asignación de riesgos y la protección de inversiones.*

Un problema que enfrenta a negocios y a individuos es cómo crear una señal a otros en el mercado que son de hecho dignos de confianza en este sentido. En ausencia de un conocimiento basado en la calidad de miembro común de una asociación comercial, la confianza en el sentido requerido no puede ser establecida convincentemente. Sin embargo, las ventajas casi equivalentes pueden ser obtenidas construyendo una buena reputación del negocio para un justo acuerdo. Esto requiere una inversión económica que será perdida si la reputación es dañada posteriormente por la publicidad de los incumplimientos contractuales. Una técnica común para los negocios consiste en establecer y publicitar excesivamente una marca para un producto. Esta inversión será perdida si el producto se expone como de calidad no fiable o mala, *de allí que es un fuerte incentivo económico animarse a forjarse una buena reputación para obtener confiabilidad.* Los individuos pueden invertir en la obtención de un buen crédito pagando regularmente sus cuentas y trabajando duramente para obtener referencias satisfactorias de empleadores y de propietarios anteriores. Otra técnica común para señalar su confiabilidad es simplemente fijar un precio relativamente elevado. Los fabricantes de productos también han intentado señalar su

confiabilidad y la calidad de su producto emitiendo garantías del consumidor sobre el producto, pero esta técnica no ha probado acierto, puesto que los productores de mala calidad pueden imitar fácilmente la garantía sin la intención de satisfacer sus requisitos. Los minoristas construyen una reputación para la confiabilidad también por su dirección de demandas y devolución de mercancías. *La meta primordial de los negocios en la búsqueda del establecimiento de su confianza es mantener buenas relaciones públicas, que conduce a la práctica de aceptar devoluciones de mercancías indiscutiblemente. La voluntad de tomar el riesgo de la decepción realizando su parte de la transacción primero también proporciona una señal clara de confiabilidad*⁶.

Es evidente la total ajenidad que revela tal manera de construir la confianza y de entablar relaciones contractuales en nuestro medio, y especialmente dentro del Derecho Ad-

⁶ Continúa diciendo que «En efecto, el primer negociador ofrece un regalo, como los habitantes de los tugurios de Accra, que simultáneamente presenta una señal de la confiabilidad y también coloca a quien recibe bajo obligación social difusa de comportarse de manera recíproca. De manera similar, en una gran transacción comercial, un contratista puede comenzar su trabajo y hacer inversiones irre recuperables específicas en plantas y en maquinaria específica vinculada al contrato esperado, aún antes de que se hubiese formalizado el contrato. Paley da el ejemplo de una inversión de dos millones de dólares basada en una combinación de la confianza personal dentro de una historia de acuerdos y una expectativa de continuar en una relación de negocios a largo plazo, sin ningún derecho contractual ejecutorio formal como protección contra la pérdida de la inversión. En respuesta, el segundo negociador puede realizar simplemente la empresa prometida, o, para señalar que la confianza debe ser recíproca, el segundo puede mostrarse con una mayor obligación, como por ejemplo mostrándose cooperativo y flexible en el funcionamiento del contrato. De manera similar el riesgo de pérdida de una inversión irre recuperable puede proveer una señal de confiabilidad. Una razón por la que la demanda de los concesionarios de una inversión de capitales irre recuperable de franquicias puede ser ayudar a seleccionar el marco de aplicación, queriendo demostrar que quieren invertir de modo confiable. La búsqueda de la confianza por lo tanto provee a las partes de un incentivo a darle prioridad a la relación comercial en vez de confinar su atención a los compromisos precisos del contrato».

ministrativo. Sin embargo, subyace tal parecer en los razonamientos de los inversores extranjeros provenientes de países europeos de raíz sajona fundamentalmente, así como en los diversos laudos arbitrales de inversión.

3. Acerca de las fuentes generadoras de «expectativas legítimas»⁷

En la mayoría de los arbitrajes donde la República Argentina fuera demandada ante el CIADI, se expuso que las medidas adoptadas por la República Argentina que produjeron -entre otras cosas- la restricción a la libre transferencia fuera de su territorio, el abandono del régimen de convertibilidad y consiguiente paridad del peso con el dólar estadounidense, la reprogramación de los depósitos y la pesificación de diversas obligaciones, se habrían violado sus expectativas legítimas, al destruir la Seguridad Jurídica tenida en miras al momento de tomar la decisión de invertir, frustrando su posibilidad de protegerse contra el riesgo de devaluación del peso. Encuadran su situación jurídica como una lesión al estándar de Trato Justo y Equitativo, cuyo elemento esencial es el Principio de Buena Fe, trayendo en apoyo a su posición lo decidido por los Tribunales Arbitrales *S.D. Myers v. Canadá y Tecmed*⁸.

⁷ A la luz de jurisprudencia reciente sobre inversiones y del **principio de buena fe** del derecho internacional consuetudinario, el **concepto de «expectativas legítimas»** guarda relación, en el contexto del TLCAN -o NAFTA por sus siglas en inglés-, con una **situación en que la conducta de la Parte Contratante crea expectativas razonables y justificables para que un inversionista (o una inversión) actúe basándose en esa conducta, por lo cual el hecho de que una Parte del TLCAN no cumpla esas expectativas puede causar perjuicios al inversionista** (o a la inversión) (Párrafo 147, Laudo Thunderbird c/ México del 26/1/2006).

⁸ Respecto del Caso N° ARB AF/88/2, 29/5/2003: «Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos», para un análisis del

Si bien se ha aceptado en el Derecho Comparado la posibilidad de derivar expectativas legítimas de actos administrativos o de contratos y demás actos formales, enmarcados dentro de las normas en que se fundan, es decir, siempre y cuando no exista una violación del principio de legalidad al que la Administración está sometida, más dudosa resulta la pretensión de extender las fuentes generadoras de expectativas dignas de protección hacia comportamientos informales, muchas veces contrarios a normas jurídicas expresas. Allí radica la principal inconsistencia señalada en el punto anterior.

Respecto de los comportamientos informales aptos para generar expectativas legítimas, la doctrina y jurisprudencia extranjeras han sostenido que procede restrictivamente ante la ausencia de una justificación que está basada en consideraciones de interés general; por lo tanto, la compensación por la violación de una expectativa legítima basada en el interés público no sería procedente⁹.

Asimismo, cabe poner de relieve que la doctrina y jurisprudencia anglosajona, es más restrictiva aún cuando las pretendidas expectativas se basan en *promesas verbales*; más aun

estándar de la «Expropiación Indirecta», el comentario de HUBEŃAK, Juan Manuel: «La «expropiación indirecta» de la inversión extranjera en el marco de los tratados bilaterales (A propósito del laudo «Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. Estados Unidos Mexicanos» del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)», publicado en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 299, Agosto 2003, Ediciones RAP, Buenos Aires.

⁹ Así, expresa Soren SCHONBERG, en su obra *Legitimate expectations in administrative law*, Oxford University Press, 2000, p. 225), citando la figura en el Derecho Francés, y citando concretamente la jurisprudencia francesa (Caso Societe Internationale de television, Rec 970, CAA Paris 2/10-90), expresa: «Liability will not be imposed, or the awarded damages will be reduced significantly, if there were compelling reasons in favour of the administration's decision to disappoint those who relied upon a (correct) administrative representation. For example, in Societe Internationale de television ... The court held that in the «absence of a justification in the form of considerations of general interest», the minister's decision to delay approval constituted faulty conduct».

cuando las promesas se refieren a emprendimientos económicos de gran envergadura¹⁰.

Se ha señalado, teniendo en consideración la jurisprudencia del Derecho inglés, que: «La jurisprudencia es clara al exigir que cualquier hecho jurídicamente relevante e individual que vincule a la administración deberá ser **claro, no ambiguo y carente de excepciones**. Se admite que el acto sea positivo o negativo, pues la confianza se genera igualmente, aunque será más compleja su prueba en el segundo caso. Es evidente que la forma del acto no es trascendente, pero cuanto mayor certeza otorgue al titular de la confianza mayor será la vinculación de la administración a aquél. Así, se han admitido el *uso de faxes, cartas, circulares, informes, comunicaciones y códigos de conducta y libros blancos como fuentes creadoras de confianza*. Todos ellos deben individualizar al sujeto o grupo de sujetos de tal manera que quede clara, contundente y sin excepción (los criterios antes citados) la posición de la administración. Esta situación debe hacernos reflexionar sobre la naturaleza del soft law como fuente de obligaciones, especialmente cuando tenga un destinatario concreto. *Sin embargo los Tribunales ingleses han sido muy exigentes con la predecibilidad exigible a la «norma» creadora de la expectativa. Es decir, no basta con que el documento genere una confianza sin más, sino que debe existir una certeza o razonabilidad en el cumplimiento de los objetivos trazados. Por tanto, no vincula al gobierno un documento que debe pasar por el filtro de otras instituciones antes de cobrar plenos efectos jurídicos*»¹¹.

¹⁰ En tal sentido, el autor citado *supra*, expresa en la obra citada, p. 227: «Reliance on oral statements without verification has often been considered unreasonable in English cases... It is submitted that it should not always be considered unreasonable to rely on oral information, such as statements made in a meeting or by telephone. This would especially apply if the transaction is not of great economic importance».

¹¹ Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel: «El principio de confianza legítima en el Derecho inglés: la evolución que continúa», Revista española de

De allí que la fuente de generación de expectativas *par excellence* sea el Contrato, y, para ampliarlo, el sistema de derecho doméstico bajo el cual se inscribe ese Contrato, que juega un importantísimo control normativo, pues al definir la extensión de los derechos adquiridos por el inversor establece también cual es el régimen jurídico al que el inversor se somete voluntariamente, el derecho doméstico define las expectativas legítimas, no el tratado bilateral de inversión.

Sin embargo, en el primer laudo condenatorio contra la República Argentina, «CMS Gas Transmission Company y la República Argentina», Caso ARB/01/8, del 12 de mayo de 2005¹², el tribunal reconoció que el Informe de Rothschild (al que identificó como «Memorando Informativo de 1992») no era una norma jurídica vinculante (párr. 134) y que había sido elaborado por consultores privados y no por el gobierno argentino (párr. 55). Sin embargo, se afirmó que [...] *Declaraciones de autoridades públicas confirmaron repetidamente ese entendimiento [que la estabilidad era necesaria para atraer inversiones] y el Memorando, aun no siendo jurídicamente vinculante, refleja con precisión las opiniones e intenciones del Gobierno. Este entendimiento, como subrayó el Demandante, fue expresamente confirmado por el Comité de Privatización* (párr. 134)¹³.

Derecho Administrativo, núm. 114/2002, Sección Estudios, Civitas, Madrid, abril 2002, p. 233 y ss.

Cita en apoyo los siguientes casos ingleses: R v IRC, ex p MFK Underwritin Agencies Ltd, 1990; 1 WLR 1545; R v Home Secretary, ex p Hargreaves, 1997 1 WLR 906; R v Newport CBC, ex p Avery, 1999, JPL 452; Khan v Home Secretary, 1987, Imm AR 543; R v Home Secretary, ex p Khan, 1984, 1 WLR 1337; R v CEC, ex p Kay, 1996 STC 1500; R v Panel on Takeovers and Mergers, ex p Fayed, 1992, BCC 524; R v Home Secretary, ex p Ruddock, 1987, 1 WLR 1482; Chundawadra v Immigration Appeal Tribunal, 1988, Imm AR 161; Samir v Home Secretary, 1993, Imm AR 551.

¹² Su inversión la canalizó como «accionista minoritario» en Transportadora de Gas del Norte S.A.

¹³ Nota de PÉREZ CORTÉS, Ignacio, «El laudo del CIADI en CMS, el cálculo de las tarifas en dólares Y la convertibilidad», La Ley 8/6/2005, 1 - La Ley

En su comentario, Pérez Cortez, luego de expresar su disenso con dicha solución, sostuvo que «... *En primer lugar, el Informe de Rothschild fue elaborado en septiembre de 1992 por un grupo de consultores privados. Aún no se había dictado el Decreto Reglamentario ni se habían aprobado los modelos de licencias. En ese momento, el Estado Argentino estaba deliberando sobre cuál sería el alcance de los derechos de las licenciatarias y, como señalé anteriormente, estaba examinando la posibilidad de prever que, en caso de abandono de la convertibilidad, se aplicaría el tipo de cambio de Nueva York. Sin embargo, ello no ocurrió porque se consideró que «la ley de convertibilidad proveía suficiente cobertura.»; «... En segundo lugar, no pudo existir engaño alguno a los posibles inversores. El propio Informe de Rothschild comenzaba con un Disclaimer (i.e., una cláusula de exención de responsabilidad) donde expresamente se señalaba (a) que ni el Estado Argentino ni los consultores declaraban o brindaban garantías sobre la precisión del informe, (b) que ni el Estado Argentino ni los consultores podían ser hechos responsables por lo que se afirmaba en el informe, (c) que ni el Estado Argentino ni los consultores tenían obligación de corregir o modificar la información provista en el informe, (d) que la interpretación que el informe hacía de las normas aplicables no era definitiva y que sólo tenía por objeto familiarizar a los postulantes con la privatización, y (e) que el Estado Argentino se reservaba el derecho de modificar unilateralmente todas y cada una de las propuestas y declaraciones hechas por los consultores en el informe. Además, el Informe de Rothschild recomendó a los posibles oferentes «que soliciten asesoramiento en Argentina a letrados con experiencia en estas cuestiones y que se atengan solamente a él, basados en las versiones oficiales de las Leyes Aplicables redactadas en idioma español, no en los resúmenes*

2005-C, 1355; y GONZÁLEZ ELÍAS, Hugo R., «Los aspectos medulares del arbitraje administrativo internacional en Argentina. El reciente laudo en «CMS», La Ley, Sup.Adm 2005 (julio), 1.

que se incluyen aquí ni en las traducciones al inglés realizadas por GdE.»

Especialmente, porque no puede desconectarse el estado de verdadero colapso económico que acaeciera en la República Argentina, así como la doctrina elaborada en torno a la emergencia por el derecho doméstico para tales situaciones excepcionales -coincidente con la de la Corte Norteamericana de donde es oriunda la compañía CMS-, en los cual se hallaban inmersos los distintos Contratos suscriptos con el Estado Argentino por las compañías donde los inversores extranjeros, demandantes en instancia arbitral internacional, tenían participación mayoritaria o incluso minoritaria, así como a las distintas normas regulatorias dictadas en consecuencia¹⁴.

¹⁴ Al respecto, BOTTINI, Gabriel, en su artículo «El cumplimiento de los laudos del CIADI y el derecho internacional», *La Ley*, Sup. Act. 03/11/2005, 2, expresa que «Uno de los supuestos más claros de violación por parte de los tribunales arbitrales de la jurisdicción del CIADI lo constituye la admisión, por parte de estos últimos, del ejercicio por los inversores de acciones «indirectas» o «derivadas». Este supuesto reviste también enorme trascendencia para la República Argentina, teniendo en cuenta que la gran mayoría de las demandas iniciadas contra el país ante el CIADI constituyen acciones indirectas. En términos sencillos -agrega- se denomina acciones «indirectas» o «derivadas» al ejercicio por parte de un accionista de una acción tendiente a obtener una reparación por un daño sufrido por la sociedad en la que es socio. La República Argentina se ha opuesto al ejercicio de este tipo de acciones, sosteniendo en esencia que los accionistas sólo pueden reclamar por afectaciones a sus derechos, pero no por afectaciones a los derechos de la sociedad, reivindicando el principio básico de la personalidad jurídica diferenciada de la sociedad y de sus socios. Puntualiza que ello no implica desconocer, como bien lo afirmó la CIJ en el célebre caso *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, Judgement of 5th. February 1970, *International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, que los actos que afectan los derechos de una sociedad afectan también a sus accionistas, pero afectan los intereses de estos últimos y no sus derechos. En ese caso, la CIJ se refirió en términos genéricos a cuáles son los derechos que los sistemas jurídicos internos, que son una fuente de derecho internacional en los términos del artículo 38.1.c del Estatuto de la CIJ, y el derecho internacional, le reconocen a los accionistas, que son básicamente los mismos que les reconoce el derecho argentino. Así, mencionó el derecho a percibir dividendos, el

Conforme a dicha premisa, no se puede obviar lo que el Derecho argentino ha entendido respecto de las fuentes generadoras de expectativas legítimas, en consonancia con el sistema jurídico vigente en el que se insertara la inversión.

Recordamos por su implicancia para el caso el estándar fijado por la Corte Suprema en el caso «**Exolgan S.A.c/Administración General de Puertos s/proceso de conocimiento**»¹⁵, en su Considerando 7º):

*«Que para atribuir a la conducta valor de regla es preciso, sin embargo, que ella se exteriorice mediante acciones deliberadas, jurídicamente relevantes para implicar las consecuencias que de ella se pretenden extraer, y plenamente eficaces (Fallos: 313:367 y 315:865); ya que, de lo contrario, asumir un determinado comportamiento de hecho derivaría, sin más, en la imposibilidad de modificarlo en lo sucesivo...»*¹⁶.

derecho a asistir y votar en las reuniones sociales, y el derecho a obtener su parte proporcional de los bienes remanentes de la sociedad en caso de liquidación. No hay duda que si se le afectan cualquiera de esos derechos a un inversor extranjero que ha invertido en acciones de una compañía local, ese inversor tendrá una acción *iure proprio* perfectamente procedente bajo el derecho internacional y respecto de la cual el CIADI tendrá jurisdicción.

¹⁵ Fallos 326:1851.

¹⁶ Se agregó en dicho Considerando que:

Al respecto cabe señalar que, de los actos cumplidos por la Administración General de Puertos durante el trámite de los procedimientos administrativos ya reseñados -tales como la decisión misma de sustanciar las actuaciones de acuerdo con las directivas impartidas al efecto por la Subsecretaría de Intereses Marítimos, el agregado a ellas de las presentaciones realizadas por la actora en los expedientes respectivos, el otorgamiento de certificaciones o constancias, la admisión, observación, y corrección de los pliegos, la emisión de dictámenes y opiniones, y aun el otorgamiento del permiso de uso precario para la instalación de las grúas y la autorización para efectuar las obras civiles y las perforaciones y estudios necesarios para establecer el estado de la infraestructura del muelle-, no cabe derivar que aquélla estuviera obligada a proceder en el mismo sentido respecto de las obras sobre los primeros 180 metros de muelle, autorizando también a la actora a ejecutarlas; pues, debido a su naturaleza misma, dichos actos carecían de toda relevancia o significación para implicar cuál habría de ser el contenido de la decisión final sobre la suerte del proyecto y la adjudicación de la concesión.

A todo evento la jurisprudencia y la doctrina citada en nada contradicen, por ejemplo uno de los laudos más importantes en el campo del arbitraje internacional, que es el caso *TECMED contra México*¹⁷, y cómo se constituyen o en base a qué documentación las expectativas legítimas de los inversores nacen.

En el párrafo 157 del Laudo, como formando parte del estándar de trato justo y equitativo, el Tribunal expresó:

«157. Al efectuar su inversión, la justa expectativa de la Demandante era que la normativa mexicana que regía aquella, y las facultades de supervisión, control, prevención y sanción que esa normativa confiere a las autoridades encargadas de administrar dicho régimen, serían utilizadas con la finalidad de asegurar que los objetivos de protección ambiental, de la salud humana y del equilibrio ecológico que la animaban, fuesen respetados».

En sentido concordante, se ha pronunciado el Tribunal Arbitral que resolviera la causa *Olguín contra Paraguay*¹⁸, cuando en el párrafo 65, punto a), luego de sostener no compartir la tesis de que la rúbrica puesta en los seis TDI emitidos a nombre del señor Olguín constituyan aval u otro acto jurídico similar capaz de obligar a la República del Paraguay, sino que su efecto era únicamente el de registrar el TDI, expuso a continuación:

«La doctrina ha discutido largamente sobre la posibilidad de crear títulos valores distintos de aquellos consagrados expresamente en determinado ordenamiento jurídico. La parte demandante ha dicho, reiteradamente, que los TDI eran unos documentos distintos de los certificados de depósito. Para poder concluir que cualquier firma puesta en uno de esos TDI constituye aval o garantía similar se requeriría la existencia

¹⁷ Caso CIADI N° ARB (AF)/00/2, Técnicas Medioambientales *TECMED* S.A. v. Estados Unidos Mexicanos, Laudo del 29 de mayo de 2003.

¹⁸ Caso CIADI N° ARB/98/5, Laudo del 26 de julio de 2001: «Señor Eudoro Armando Olguín (Demandante) c/ República del Paraguay (Demandada).

de una norma explícita de la legislación paraguaya que así lo dispusiera. La existencia de esa norma no está demostrada en el expediente».

En punto a los parámetros con los cuales cabe apreciar la expectativa que supuestamente se habría generado en un inversor calificado, es necesario tener presente que no se compara con la situación de un lego que pudiera creer subjetivamente en la idoneidad de una promesa verbal o escrita de un funcionario, fuera de los cauces procedimentales legalmente establecidos, sino que debe ser apreciada objetivamente, y la buena fe deberá surgir de actos relevantes para el ordenamiento jurídico del país en que se canalizó la inversión.

Lo expuesto concuerda con lo que sostuve más arriba, respecto a que las expectativas legítimas se encuentran limitadas por el Derecho del Estado receptor de la inversión.

En tal sentido, en la causa «Cadipsa»¹⁹, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina puntualizó la relevancia de la **versación técnica y jurídica de la empresa actora**, para desestimar la pretensión de ésta de desconocer, con base precisamente en una Circular ilegítima, el marco jurídico determinante de la invalidez del acto por ella invocado como sustento de su acción²⁰.

El carácter de inversor calificado, o de avezado hombre de negocios, ha sido destacado en el ámbito del arbitraje in-

¹⁹ CS, 16/05/2000. - Cadipsa S.A. c/ Estado Nacional y otros s/nulidad de acto administrativo y otro (C.2238. XXXII) - [EDA, 00/01-65] - Fallos 323:1146.

²⁰ Ver además el caso «Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima c/ Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos - Secretaría de la Marina Mercante s/ incumplimiento de contrato» (Fallos 321:1784) citado en el Capítulo anterior.

De manera similar, en la causa «Revestek S.A. c/ Banco Central de la República Argentina y otro s/ ordinario» (Fallos 318:1531) del 15 de agosto de 1995, se hizo hincapié en el Considerando 10º del Voto de la Mayoría, que el dictado de diversas normas que alteraron la paridad cambiaria del peso con el dólar, «... *no es sino la evidencia de la inestabilidad del precio de la moneda extranjera en el mercado argentino, dato que debió ser advertido por una empresa comerciante dedicada al tráfico internacional...*».

ternacional como base para restringir la presunta sorpresa que, en un contexto de emergencia, puedan producir ciertas medidas gubernamentales.

Tal lo decidido por el Tribunal CIADI que resolviera la causa *Olguín contra Paraguay*, cuando en el párrafo 65, punto b), ante la endilgada responsabilidad por la totalidad de los daños sufridos a la demandada por la demandante, sostuvo:

«... Lo que sí es evidente es que el señor Olguín, un avezado hombre de negocios, con una trayectoria empresarial de muchos años y una experiencia adquirida en el mundo de los negocios de varios países, no ignoraba la situación del Paraguay. Él tuvo sus razones (que este Tribunal no pretende juzgar) para invertir en ese país, pero no es aceptable que pretenda que se le indemnice por las pérdidas que sufrió al realizar una inversión especulativa o, en el mejor de los casos, poco prudente».

Y aun cuando poco tiempo antes de que estallara la crisis económico financiera de la República Argentina pueda haberse anunciado por parte de diversos altos funcionarios la continuidad del sistema de convertibilidad, ello no pudo tener otro alcance que el de la expresión de una voluntad de mantenerla dadas ciertas condiciones de mercado²¹.

En referencia a lo expuesto, resulta oportuno traer a colación lo decidido por la Corte Suprema Argentina en la cau-

²¹ Ya Agustín GORDILLO vaticinó dicha circunstancia, en Nota de Agustín titulada *¿Existe futuro después de la convertibilidad?*, La Ley 1997-F, 708, comentando un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I del 1997/04/22, autos: «Tecnología Integral Médica S.A. c/ Ministerio de Economía y otro», expresando que *«No por lo menos en derecho a estar a esta jurisprudencia, que mantiene la vieja línea de que no existe derecho subjetivo contra el Estado, ni responsabilidad de éste, en el caso por no mantener la «tablita» a que se había más o menos comprometido. Criterio que resulta igualmente aplicable la ley de convertibilidad: el día que cambie, no habrá lugar a reclamos de daños y perjuicios contra el Estado por las operaciones concertadas a su amparo. Cada uno quedará librado a su suerte...».*

sa «Revestek» citada, cuando en el último párrafo del Considerando 10) del voto de la mayoría se dijo:

«Por otra parte -y ello es relevante- en esas circunstancias el anuncio de la Administración en el sentido de que mantendrá cierta paridad durante un determinado período de tiempo no tiene otro alcance que el de la expresión de una voluntad de mantener cierta cotización en ciertas condiciones de mercado. En otras palabras, una contribución al desarrollo de la economía mediante una anticipación del programa de intervención en el mercado, el cual evidentemente puede ser modificado. No significó el establecimiento de un derecho o de una protección jurídica ni implicó la posibilidad de trasladar al Estado, que dictó el programa cambiario, el riesgo de emprendimientos comerciales o financieros que involucraban obligaciones en moneda extranjera».

En el voto de los Dres. Petracchi y Boggiano, Considerando 11) sostuvieron de modo análogo:

«Que, en primer término, ello es así pues el anuncio que el Estado hizo respecto de los tipos de cambio que regirían en un lapso futuro -en la Circular RC 807 o en las sucesivas-, debe ser entendido como un manifiesto propósito de llevar a cabo el programa cambiario que aquél anticipó, pero no como la asunción -de su parte- de un compromiso ineluctable en el sentido de sostener dicho programa, incluso si se modificaban las circunstancias que dieron origen a su dictado».

«En efecto, teniendo en cuenta la índole de la materia regulada por dichas circulares, cabe colegir que la preservación o modificación de la política cambiaria por entonces anunciada -y por ende, la de los tipos de cambio prefijados- se asentaba en múltiples variables de orden interno y externo cuyo sostenimiento, como es sencillo de advertir, no dependía únicamente de la voluntad de las autoridades monetarias. En consecuencia, y dicho en pocas palabras, el Estado sólo podía sostener el diagrama cambiario anticipado si las condiciones futuras continuaban siendo como lo eran al momento del preanuncio».

- La evaporación del derecho administrativo doméstico

Bajo dicha denominación, Barraguirre (h)²² refiere al fenómeno derivado de las prácticas de los tribunales arbitrales evidenciando cierta desconfianza a los principios del Derecho Administrativo.

Expresa el autor que los tribunales arbitrales de inversión descansan en dos supuestos que llevan a poner al derecho administrativo bajo sospecha: El primer supuesto es que sólo tienen jurisdicción para analizar disputas relacionadas con el ejercicio de la autoridad pública del Estado. El segundo es la aplicación creciente a estas disputas de derecho internacional. Algunos recientes tribunales arbitrales encuentran que un acto de conformidad con el derecho doméstico puede generar, primero, jurisdicción internacional y, segundo, responsabilidad internacional del Estado²³.

Añade que esto podía no ser un problema para el mundo pre-global gobernado por un derecho internacional de extranjería que protegía al extranjero frente a casos de expropiación (por ejemplo, contra las nacionalizaciones no compensadas) y a actos arbitrarios (por ejemplo, casos de denegación de justicia o violación del denominado estándar de trato mínimo internacional.) Sin embargo, refiere que en esta era de los tratados internacional de protección y promoción de inversiones sí, porque conduciría a la lenta desaparición del derecho administrativo doméstico. El problema está ligado -apunta- a la difícil separabilidad de la esfera contractual y la

²² BARRAGUIRRE, Jorge Alberto (h), «Los tratados bilaterales de inversión (TBIs) y el Convenio CIADI ¿La evaporación del derecho administrativo doméstico?», en Res Pública Argentina, 2007-3, Octubre-Diciembre 2007, Ediciones Rap, Buenos Aires, p. 107. Especialmente, p. 113/114, bajo el acápite 3. El derecho aplicable a las disputas de inversión según algunos tribunales arbitrales: El derecho administrativo bajo sospecha.

²³ Cita como ejemplo, el caso *Azurix v. La República Argentina* sobre cómo el tribunal distingue entre actos de autoridad pública y actos como parte en un contrato, implicando que cuando haya un acto de autoridad pública podría encontrarse ante un ilícito internacional, desconsiderando que en los contratos públicos los gobiernos no actúan como las partes en un contrato privado (o comercial, como suelen llamarlo).

esfera del derecho internacional en razón del alto grado de desarrollo de los contratos administrativos modernos, la jurisdicción contractual exclusiva doméstica que casi siempre se pacta en ellos, el lenguaje del artículo 42 del Convenio CIADI y normas similares contenidas en los propios TBIs y el surgimiento de estándares de protección en principio vagos y ambiguos (como el que obliga a otorgar trato justo y equitativo.) Esto ha cuestionado las bases del reciente derecho internacional de inversiones pues abre un signo de pregunta respecto el derecho aplicable. No basta con repetir el sonsonete de que un ilícito internacional tiene autonomía respecto la calificación del acto por el derecho doméstico. Si esto es aplicable a la generalidad de los tribunales internacionales, no es aplicable a los tribunales de inversión bajo el régimen del Convenio CIADI y de algunos TBIs pues tanto aquél como estos obligan a los tribunales arbitrales a aplicar, precisamente, derecho doméstico.

Luego refiere que *algunos tribunales arbitrales puestos en la encrucijada han elegido aplicar derecho internacional ignorando por completo la legislación doméstica sobre la cual los contratos administrativos descansan.*

Esta alternativa no toma el derecho doméstico en serio, ni honra el lenguaje del propio Convenio CIADI o los TBIs. Puntualiza que algunos tratados contienen normas que obligan a aplicar derecho administrativo o bien contienen normas que no permiten que el propio Tratado sea interpretado de forma tal de modificar la legislación interna.

Por otro lado, *la legislación pre-existente a la inversión constituye buena parte de las expectativas legítimas normativas de un inversor.* Un inversor sabe y conoce que el Estado va a aplicar sus propias normas de manera transparente y consistente (aludiendo al caso *Tecmed v. México*, párrafo 154)²⁴. Sin embargo, a pesar de ello, un buen número de tribu-

²⁴ DOLZER, Rudolf, «Fair and equitable treatment: a key standard in investment treaties», by American Bar Association, International Lawyer, Spring, 2005 (39 Int'l Law. 87).

nales arbitrales resiste la interpretación adecuada del art. 42(1) segunda parte del Convenio CIADI²⁵. En definitiva, como la ley que regula la readaptación de los contratos, la modificación del precio, la teoría de la imprevisión aplicada a las devaluaciones, la doctrina de la tarifa justa y razonable, la legislación de emergencia, o las causales de terminación de los contratos, no son tenidas en cuenta por los tribunales arbitrales, **cualquier acción administrativa con efectos perjudiciales pueden ser considerada una violación al derecho internacional.**

- *La crítica a la equiparación del estándar de «trato justo y equitativo» con las «expectativas legítimas». La Opinión separada del Árbitro Pedro Nikken en el Laudo de Aguas de Santa Fe*²⁶

Resulta elocuente, en la opinión separada del árbitro Pedro Nikken, los peligros que entraña para el derecho domés-

²⁵ Explica el autor que el laudo del Tribunal en *CMS v. Argentina* es arquetípico en este punto: El Tribunal se rehusó a aplicar la legislación contractual limitándose a determinar, exclusivamente sobre la base de la Licencia, cuáles habían sido las promesas garantizadas al inversor. Los tribunales son reacios, por otro lado, a considerar aplicables a la disputa las reglas sobre terminación de los contratos. Los derechos que provienen de un contrato no son independientes de las obligaciones recíprocamente prometidas. La visión que insulariza los derechos de los contratos de las obligaciones concibe a los contratos como oportunidades para el beneficio unilateral y los aísla de la ley imperativa que los regula, impidiendo, por ejemplo, que los mecanismos generales de readaptación de su función económica y social puedan aplicarse. Es cierto, se podrá decir, que en varios párrafos el Tribunal considera algunas cuestiones relacionadas con el derecho doméstico. Sin embargo, a la luz del ¶ 83 de la Decisión de Anulación del Comité Ad Hoc, queda claro que el Tribunal no las había aplicado como fundamento de su Laudo.

²⁶ Causa «Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. (Demandantes) y La República Argentina (Demandada) (Caso CIADI No. ARB/03/17). Decisión sobre responsabilidad. Miembros del Tribunal: Profesor Jeswald W. Salacuse, Presidente, Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler, Árbitro, Profesor Pedro Nikken, Árbitro. 30/7/2010.

tico la introducción del principio de las expectativas legítimas, desbordado de lo que el derecho del país receptor de la inversión define como tales, por la vía de su equiparación con el estándar de «trato justo y equitativo».

A pesar de coincidir con el fondo, entendiendo que el Estado Argentino, básicamente a través de actos de las autoridades de la Provincia de Santa Fe, violó el estándar de trato justo y equitativo con su omisión en ajustar las tarifas aplicables a los servicios prestados por APSF, a partir del momento en que se consolidó la recuperación de la crisis económica y social que padeció la Argentina y que tuvo su estallido a fines de 2001 y principios de 2002, sin embargo expresa no estar de acuerdo en la fundamentación de las conclusiones del Tribunal según la cual la violación del trato justo y equitativo obedece a la frustración de las expectativas legítimas de las Demandantes, a la alteración del marco regulatorio y a la renegociación de la Concesión decidida por el Estado, a través de los actos de las autoridades de la Provincia de Santa Fe, en el marco de la crisis de 2001-2003²⁷.

Añade luego que «... *la afirmación de que el trato justo y equitativo incluye una obligación de satisfacer o de no frustrar las expectativas legítimas que tuvo el inversionista al hacer su inversión no se corresponde, en ningún idioma, al sentido corriente que puede atribuirse a los términos «trato justo y equitativo.»* Por consiguiente, *prima facie* semejante concepción del trato justo y equitativo está reñida con la regla de interpretación de derecho internacional consuetudinario expresada en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT). Asimismo, señala que la interpretación que tiende a otorgar al estándar de trato justo y equitativo el

²⁷ Agrega que: «... Mi desacuerdo con la fundamentación de la presente Decisión sobre Responsabilidad (la Decisión) se extiende a los laudos recientes que identifican el trato justo y equitativo con la protección de las llamadas «expectativas legítimas del inversionista», que, en mi parecer, desborda el sentido corriente de los términos de los TBIs y la intención de las Partes...» (párrafos 1 y 2).

efecto de una cláusula de estabilidad legal no encuentra fundamento alguno en los TBIs ni en las reglas de derecho internacional aplicables a la interpretación de los tratados...»²⁸.

En punto a la definición, refiere que «... «Trato justo y equitativo» es, ante todo, un «trato», es decir, un comportamiento, una conducta de cada Estado Parte, cuando se encuentre en la posición de receptor de la inversión. Esa conducta debe ser «justa y equitativa». En su esencia el trato justo y equitativo es un estándar de conducta o comportamiento del Estado frente a la inversión extranjera. La conducta que cada Estado Parte en un TBI está dispuesto y obligado a adoptar para la promoción y protección de las inversiones y, recíprocamente, lo que cada Estado tiene derecho a esperar y espera del comportamiento de la otra Parte en el mismo ámbito²⁹. Puntualiza -en la nota 1- es una nota esencial del TJE, que no está incluido en las características que lo describen en la Decisión (párr. 180)³⁰, con las cuales refiere estar de acuerdo: **a)** es un estándar definido de manera vaga y ambigua, cuyo alcance no está definido en los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones extranjeras (TBIs); **b)** es un estándar ampliamente utilizado en centenares de TBIs en todo el mundo; **c)** los términos que definen el estándar son flexibles y se aplican a toda clase de inversiones y de emprendimientos; **d)** es un estándar factual, porque su aplicación está estrechamente ligada a los hechos particulares de cada caso, de modo que el juicio sobre lo que es justo y equitativo no puede formularse en abstracto sino que depende de los hechos particulares del caso; **e)** su amplia utilización en los TBIs, su generalidad y su flexibilidad indican que se trata de un estándar concebido por los Estados Contratantes como el estándar básico de tratamiento que ellos se obligan recíprocamente a otorgar a las inversiones extranjeras protegidas por los TBIs.

²⁸ Párrafo 3.

²⁹ Párrafo 4.

³⁰ Aludiendo a los Votos de los restantes integrantes del Tribunal Arbitral.

Expresa en el Párrafo 5 que «... Algunos tribunales arbitrales han buscado ceñirse al significado normal, al sentido corriente, de lo que es «justo y equitativo» de acuerdo con diccionarios de reconocida autoridad. El Tribunal de Azurix, siguiendo el Diccionario de la Real Academia Española, concluyó que justo y equitativo significa «que obra con justicia y razón», ‘arreglado a justicia y razón’, ‘que tiene equidad’ y de ahí ‘que obra con igualdad de ánimo.’» En la versión inglesa del mismo laudo, las expresiones son tomadas del Oxford Dictionary, con el mismo resultado: «the terms ‘fair’ and ‘equitable’ used in Article 3(1) of the BIT mean ‘just’, ‘even-handed’, ‘unbiased’, ‘legitimate.’» Dentro del mismo concepto, el Tribunal de MTD agregó que esa obligación de comportamiento del Estado receptor no debía entenderse como meramente pasiva o negativa, sino que debía incluir el «trato imparcial y ecuánime, que contribuya a alentar la promoción de la inversión extranjera. En vez de imponer un comportamiento pasivo por parte del Estado o condenar los comportamientos perjudiciales para los inversionistas, el TBI define su objetivo en forma activa (‘promover’ ‘crear’ ‘estimular’))»³¹.

³¹ Luego de criticar a los restantes votantes quienes rechazan que el trato justo y equitativo estuviese ligado al estándar mínimo internacional - párrafo 11 -, expone en el Párrafo 12 que: «... ese razonamiento no tiene presente la historia penosa del estándar mínimo para los Estados débiles. En verdad, la pregunta de por qué en los TBIs (salvo en los modelos últimos de Estados Unidos, Canadá y Noruega) no se menciona el estándar mínimo internacional no puede ser bien respondida si se prescinde por completo de la controversia histórica sobre el concepto mismo de estándar mínimo, como lo hace la Decisión. El concepto mismo de estándar mínimo fue rechazado como tal por los países latinoamericanos desde el siglo XIX y, en general, por el conjunto de los países en desarrollo surgidos de la Descolonización. No puede olvidarse que América Latina, y muy en particular la Argentina, fue la cuna de la Doctrina Calvo, conforme a la cual los extranjeros gozarían en el territorio de un Estado los mismos derechos que los nacionales, pero no derechos superiores. La misma doctrina fue acogida a lo largo del siglo XX por la mayoría de las naciones en desarrollo, como lo demuestra la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, aprobada por abrumadora mayoría por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 1974, en la cual se acogió el trato nacional (y no el

Más adelante hace referencia al principio de confianza legítima, y sus comparables de la doctrina de los actos propios y el estoppel.

Expresa en el párrafo 22:

«El concepto de confianza legítima no es extraño a los diferentes sistemas jurídicos, los cuales, en distinta medida y sobre la base de la buena fe, consideran reprehensible a la parte en una relación jurídica que incurre en contradicciones en perjuicio de la otra parte. En las relaciones humanas, en general, la palabra empeñada debe respetarse y quien traiciona la confianza de otro debe ser sancionado. Sin embargo, la formulación concreta de ese concepto varía en los distintos sistemas jurídicos. Ni siquiera el estoppel del derecho inglés tiene una formulación unitaria ni coincide con la misma institución en otros países anglosajones. Tampoco son idénticas la doctrina de los actos propios en el derecho de los contratos de algunos países de derecho civil y la doctrina de la confianza legítima en el derecho administrativo en los mismos países. Uno de los temas en los cuales pueden establecerse diferencias es en el umbral de confianza que debe alcanzarse para que la conducta de la parte que la genera pueda considerarse como una traición a esa confianza, que debe ser indemnizada en la medida en que cause un daño a la otra parte. En derecho internacional, en las relaciones entre Estados, este principio se encarna en el estoppel, con el cual se ha tratado de conectar al trato justo y equitativo. No creo necesario examinar aquí si, en derecho internacional, el estoppel puede ser invocado por un parti-

estándar mínimo), como el aplicable al tratamiento de las inversiones extranjeras (Art. 2.2.a) y a los casos de expropiación (Art. 2.2.c). El reclamo subyacente de los Estados débiles fue bien expresado, aún en 1979, por el Juez Padilla Nervo en su Opinión Separada en Barcelona Traction: La historia de la responsabilidad de los Estados en materia de tratamiento de extranjeros, es una historia de abusos, de injerencias ilegales en la jurisdicción interna de los Estados débiles, de reclamaciones injustificadas, de amenazas e incluso de agresiones militares bajo la cobertura del ejercicio de derechos de protección, y de la imposición de sanciones con el fin de obligar a un gobierno a efectuar las reparaciones demandadas».

cular en una situación en la cual no es sujeto de derecho internacional, frente al Estado, o si el estoppel está circunscrito a las relaciones entre sujetos de derecho internacional³². Aceptando gratia arguendi, que el estoppel pudiera invocarse en el contexto de la protección de inversiones, el umbral requerido por el derecho internacional es más alto que el de una simple expectativa. Así lo ha establecido varias veces la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. La Corte se ha referido en numerosas ocasiones a los requisitos generales para que el estoppel pueda ser invocado. Uno de ellos un comportamiento, declaraciones, etc., de un Estado que hayan revelado de una manera clara y constante la aceptación por el Estado de un régimen particular...».

Expresa luego -párrafo 23- que «... los tribunales del CIADI han aplicado este principio sin mencionarlo expresamente³³, pero encuentra que la doctrina de las llamadas «ex-

³² Cita allí que en el caso *Duke c Perú (Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. c/ República del Perú)* (Caso CIADI No. ARB/03/28), Laudo del 18 de agosto de 2008), el Tribunal aplicó el principio del estoppel, pero el problema al que aludo no se planteó puesto que, en la opinión de las Partes (y del Tribunal) en el caso, el estoppel encontraba completa correspondencia en la *doctrina de los actos propios*, aplicable en el derecho interno peruano, particularmente en el derecho civil peruano, que regía el convenio de estabilidad jurídica sobre el que se fundó la reclamación de la Demandante (cfr. párr. 231). Se agregó en dicho laudo - citado por Nikken - que ... *para que la conducta o declaración de una entidad estatal pueda ser invocada como causa de estoppel, debe ser inequívoca, es decir, debe resultar de una acción o conducta que, conforme a la práctica usual y a la buena fe, sea percibida por los terceros como la expresión de la posición del Estado, incompatible con la posibilidad de ser contradicha en el futuro* (Párrafo 249). (Énfasis en el original).

³³ En la Nota 27, refiere que «Aunque el estoppel no fue mencionado explícitamente en *MTD* ni en *SPP (Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c/ República Árabe de Egipto)* (Caso CIADI No ARB/84/3), Laudo de 20 de mayo de 1992), ambos casos implican el principio del estoppel. En *MTD*, el inversionista y el Presidente de la Comisión de Inversiones Extranjeras, en nombre de Chile, habían firmado un contrato para un desarrollo inmobiliario en un sitio determinado, tras lo cual el inversionista inició la actividad prevista, pero luego el gobierno denegó los permisos por no adecuarse a su política urbanística. En *SPP*, después que el inversionista y Egipto ha-

pectativas legítimas» es inconsistente o errónea con respecto al estoppel. Si esas expectativas surgen de actos que alcanzan el umbral requerido en el derecho internacional para obligar al Estado como consecuencia del estoppel, el concepto de expectativas legítimas es irrelevante; pero si no alcanzan ese umbral, no habría base, en derecho internacional, para afirmar una obligación del Estado, pues los tribunales arbitrales no tienen poder para crear una suerte de soft estoppel. Tampoco para asumir que la representation del Common Law es un principio general de derecho internacional».

Luego de criticar a las sentencias arbitrales que refieren el trato justo y equitativo al concepto de «expectativas legítimas» diciendo que no han fundamentado ni explicado cómo tal interpretación resulta de la aplicación de las reglas de derecho internacional contenidas en el artículo 31.1 de la CVDT, en alusión al caso Tecmed³⁴, refiere luego³⁵ que «... la expresión misma «expectativas legítimas» es equívoca y se presta a confusiones³⁶. Si con ella se quiere aludir a compromisos específicos relativos a la inversión que luego son desconocidos o contradichos por el Estado, la infracción al trato justo y equitativo encuentra su fundamento en la conducta inapropiada

bían firmado un contrato para un desarrollo turístico en un sitio determinado en el área de las Pirámides, el gobierno canceló el permiso por haberse descubierto antigüedades en el sitio (lo que debió ser previsto por el gobierno de Egipto, de haber actuado con la diligencia debida). En ambos casos el inversionista tenía un derecho firme (no una expectativa), que fue destruido por causas exclusivamente imputables a la voluntad del Estado. Además, ambos casos presentan contradicciones en los actos del Estado, en contravención del principio general *nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*.

³⁴ Párrafo 25.

³⁵ Párrafo 26.

³⁶ Crítica en la Nota 29 a la definición intentada en *LG&E (LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c/ República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/1), Decisión sobre Responsabilidad del 3 de octubre de 2006; párr 130), a la que parece acogerse la Decisión del presente caso, está lejos de ser satisfactoria, pues incurre en nuevas ambigüedades, tautologías y en *petito principii*.

del Estado con respecto a la congruencia de sus actos, como lo ordenan los cánones del buen gobierno. Pero si se trata de expectativas con respecto a declaraciones generales o a la política general de estímulo de inversiones extranjeras, no existe base en los TBIs para ni en el derecho internacional general considerarlas como fuente de obligaciones legalmente exigibles...».

La opinión del Profesor Nikken, de la que ha reseñado parcialmente pero que en si misma constituye un compendio acerca de la doctrina del trato justo y equitativo, revela lo que he venido exponiendo acerca de las consecuencias contrarias al sistema jurídico edificado en nuestro derecho doméstico de base continental la introducción de un principio del *common law* donde las expectativas presentan una amplitud inconsistente con la imperatividad que en nuestro régimen se asignan a las normas escritas y a los contratos celebrados en su mérito y regidos por el Derecho Administrativo.

- Aplicación restrictiva del principio de confianza legítima en el Derecho Comunitario Europeo

Si comparamos con algunos casos del Derecho comunitario, veremos que también allí se ha limitado el ámbito de aplicación del principio de manera similar al que surge en la opinión sustentada en el presente Capítulo.

Así se ha expresado que *«Dado que las instituciones comunitarias disponen de un margen de apreciación al elegir los medios necesarios para la realización de la política comercial común, los operadores económicos no pueden confiar legítimamente en el mantenimiento de una situación existente, que puede resultar modificada por las decisiones adoptadas por dichas Instituciones en el marco de su facultad de apreciación»*³⁷.

³⁷ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta), sentencia del 19-11-1998, asunto C-284/94, *Reino de España contra Consejo de la*

También se ha dicho que: «...*Por lo que respecta, en efecto, al derecho de propiedad, ningún operador puede reivindicar dicho derecho sobre una cuota del mercado que poseía en un momento anterior a la adopción del referido régimen ni invocar un derecho adquirido o una **confianza legítima** en el mantenimiento de una situación preexistente*»³⁸.

En línea similar, se sostuvo que: «Si bien el respeto de la confianza legítima forma parte de los principios fundamentales de la Comunidad, los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente que puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones comunitarias, y esto ocurre, especialmente en un ámbito como el de las organizaciones comunes de mercados, cuyo objeto lleva consigo una adaptación constante en función de las variaciones de la situación económica. De lo anterior se deduce que los agentes económicos no pueden invocar un derecho adquirido al mantenimiento de una ventaja que para ellos resulte del establecimiento de la organización común de los mercados, y de la cual se beneficiaron en un momento determinado. Por consiguiente, *una eventual reducción de su renta no puede violar el principio de confianza legítima*»³⁹.

En otro caso, relativo a Ayudas otorgadas por los Estados⁴⁰, se sostuvo que: «...*No se justifica que los operadores eco-*

Unión Europea, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1998-11, p. 7309.

³⁸ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 10-3-98, Asunto C-122/95, *República Federal de Alemania contra Consejo de la Unión Europea*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, parte I, Luxemburgo, 1998-3, p. 973. *Revista Investigaciones* 1999-2, p. 26/29.

³⁹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 17-9-1998, asunto C-372/96, *Antonio Pontillo contra Donatab SRL*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, parte I, Luxemburgo, 1998-8/9, p. 5091. *Revista Investigaciones* 1999-3, p. 28.

⁴⁰ Reseñado en *Revista investigaciones* 1 (2002), p. 30.

nómicos pongan su confianza en el mantenimiento de una situación existente que puede ser modificada en el marco de un poder de apreciación de las instituciones comunitarias, especialmente en un dominio como el de la política agrícola común, ámbito en el cual aquéllas disponen de un amplio poder de apreciación. De ello se sigue que dichos operadores no podrían invocar un derecho adquirido al mantenimiento de una ventaja resultante de una reglamentación comunitaria y de la que gozaron en un momento dado. Esto es así, con mayor razón, en el contexto de las negociaciones internacionales que, por su naturaleza, implican concesiones entre las partes y la negociación de un compromiso aceptado por todas éstas. Luego, un peticionario no puede valerse de la confianza legítima en el mantenimiento de un cuota de capturas cuando la pesca se sitúa en aguas de terceros países o bajo la autoridad de una organización internacional, y el volumen de dichas capturas debe ser necesariamente negociado con terceros países cuya voluntad no coincide, necesariamente, con la de la Comunidad⁴¹.

⁴¹ Nota de la Secretaría: la doctrina sub 3, también fue enunciada en los casos *Miranda c/ Comisión* (T-37/99) y *Buisson c/ Comisión* (T-243/99), del 24 de abril y 20 de junio de 2001, respectivamente.

En el primero de éstos el Tribunal agregó: «Las seguridades dadas por la administración comunitaria deben ser conformes a las normas aplicables para generar la confianza legítima de la que un funcionario puede valerse» (v. *Bulletin periodique de jurisprudence*, Luxemburgo, Cour de justice et Tribunal de première instance, 2001, p. 6). Por «ayuda» se entiende «no solamente una prestación en dinero, sino también todo tipo de subvención bajo cualquier forma que sea (desgravación fiscal, bonificación de intereses, etc.)», DE LA FUENTE, Félix, *Diccionario Jurídico de la Unión Europea*, Barcelona, PPU, 1994, p. 62. Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, sentencias del: 1. 4/4/2001, T-288/97, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia c/ Comisión de las Comunidades Europeas*; 2. 5/6/2001, T-6/99, *ESP Elbe-Stahlwerke Feralpi c/ Comisión*; 3. 2/10/2001, T-222/99, T-327/99 y T-329-99, *Jean-Claude Martinez y otros c/ Parlamento Europeo*; 4. 6/12/2001, T-43/98, *Emesa Sugar c/ Consejo*; y 5. en igual fecha que la anterior, T-196/99, *Area Cova y otros c/ Comisión y Consejo*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Luxemburgo, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Parte II: Tribunal de Primera

- *El «Estoppel» en el Tribunal Arbitral ad hoc del Mercosur.*

Por su implicancia directa en nuestro medio, no puedo dejar de referenciar la demarcación del citado instituto, conforme fuera efectuada por el Tribunal Arbitral ad hoc del Mercosur⁴².

Expuso el Tribunal que «...*El estoppel ha sido aplicado como forma de dar estabilidad, certeza y continuidad a las obligaciones internacionales, sean ellas -o no- convencionales. El principio reconocido por la jurisprudencia internacional en varias oportunidades, no goza de unanimidad en cuanto al alcance de su concepto, por la doctrina. La propia expresión estoppel incluye y admite otras denominaciones equivalentes relativas a sus efectos, aún cuando no siempre en cuanto a su naturaleza. Así no será difícil encontrar para el mismo principio (o muy semejante a él) denominaciones como «doctrina de los actos propios», «venire contra factum proprium non valet or non licet», «preclusión», «doctrina de la apariencia», «adversus factus suum quis venire non potest», entre de otras...».*

En el párrafo 83, citando a Ian Brownlie⁴³, expuso que «... *el estoppel es un principio general del derecho internacional, fundado en la buena fe y en la consistencia de las relaciones internacionales...».* Luego, citando a Schachter entendió que «... *la aplicación del principio cuando una parte*

Instancia, 2001, 3/4, p. 1169; 5/6, p. 1523; 9/10, p. 2823; y 11/12, ps. 3519 y 3795, respectivamente.

⁴² Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR, Controversia entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina «Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados». Laudo Arbitral del 25-10-2005. En el párrafo 82 se expresa que «... El Uruguay pretende que sea aplicado al caso el principio de estoppel. Afirma que la Ley N° 25.626 suspendió el comportamiento comercial constante de la Argentina, relativo a admitirla importación de neumáticos remoldeados de Uruguay, causando a éste perjuicios de naturaleza económica. Tal comportamiento, en las circunstancias en que se dio, encierra la aplicación del principio...».

⁴³ BROWLIE, Ian, *Principles of International Public Law*, 5th ed., Oxford University Press, 1998, p. 646.

que se compromete de buena-fe a adoptar un cierto comportamiento o a reconocer una determinada situación jurídica, se torna impedida por el estoppel de proceder en contradicción con ese compromiso o con esos actos, si las otras partes tienen razonablemente fundado su propio comportamiento en ese compromiso»⁴⁴. «En esa línea -sostuvo-, vale todavía recordar el concepto de estoppel más recientemente propuesto por Francisco Jiménez García, al entender que «el estoppel supone la reprobación de la contradicción. No de cualquier contradicción, sino de aquella que pone en entredicho la coherencia y la consistencia de los Estados en la realización de sus comportamientos y conductas en el marco de una determinada situación o relación jurídica internacional. Mediante ese principio se impide que un Estado reclame para sí la observancia de un derecho de que es titular o el ejercicio de una facultad admitida por el Derecho, si tal pretensión resulta contraria con la conducta anteriormente observada por el mismo respecto al contenido de ese derecho o al ejercicio de las facultades que lo integran o que el Derecho reconoce e incompatible con las legítimas expectativas originadas en el patrimonio jurídico del Estado los Estados que, de buena fe y de forma razonable, han confiado en la veracidad de la conducta primaria y han acomodado sus intereses de conformidad con el nuevo estado de cosas así creado»⁴⁵.

Luego de recordar en el párrafo 84 algunos precedentes propios y ajenos donde se hiciera referencia al instituto analizado⁴⁶, expresa en el párrafo siguiente que: «... *El estoppel, para*

⁴⁴ SCHACHTER, Oscar, *Droit International, Bilan et Perspectives*, org. Mohammed Bedjaoui, tomo 1, Paris, 1991.

⁴⁵ JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco, *Los comportamientos recíprocos en Derecho Internacional: A proposito de la aquiescencia, el estoppel y la confianza legítima*, Dilex, Madrid, 2002, p. 236. Sugiero la lectura de dicha obra pues allí se expone cómo en el Derecho Internacional Pública cobran relevancia comportamientos que a la luz del derecho administrativo doméstico serían irrelevantes, lo que contribuye aún más a comprender el choque de culturas jurídicas, que resulta notable particularmente en los arbitrajes de inversión.

⁴⁶ Expresa al respecto: «Desde luego, recuérdese el Laudo Arbitral, dictado el 9 de enero de 2002, sobre la «Prohibición de Importación de Neumáticos

su caracterización debe contener, como mínimo, **tres elementos esenciales**: (a) una situación creada por un Estado, entendida como conducta primaria; (b) una conducta seguida por otro Estado, entendida como conducta secundaria y (3) la imposibilidad por parte del Estado que adoptó la actitud primaria de comportarse o manifestarse en sentido contrario a ella. Se trata de un principio directamente vinculado a la buena fe, puesto que quien afirma o admite algo es, aún más, cuando por una serie de actos, hechos u omisiones consagra la afirmación o admisión, no puede contradecir ese comportamiento»⁴⁷.

En el párrafo 86, concibe al estoppel como una práctica consagrada en la jurisprudencia como resultantes de buena fe y del pacta sunt servanda, y encuentra abrigo indirecto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, cuando en su artículo 45, letra b), considera tener un Estado admitido a validez de un tratado, inclusive en razón de su conducta previa. Vale decir que actos u omisiones del Estado en consonan-

Remoldeados (Remolded) procedentes de Uruguay», al proclamar que «en el marco de las opiniones doctrinarias citadas por la Reclamante, el Tribunal entiende que la señalada concurrencia de elementos contestes - tráfico comercial, declaraciones oficiales, a más de los concordantes actos concluyentes de órganos del Estado justifican la invocación del principio del *estoppel* que realiza la Parte Reclamante». Por otro lado, en el caso Comunidades Europeas (CEE) - Bananas I, el Grupo Especial (GATT 1947) concluyó que el *estoppel* solamente puede resultar del expreso o, en casos excepcionales, implícito, consentimiento de las partes reclamantes. Y, todavía, en los casos Comunidad Europea (CE) - Asbestos y Guatemala - Cemento II, los Grupos Especiales declararon que el *estoppel* es relevante cuando la parte confía razonablemente («*reasonably relies*») en las garantías de la otra parte y, así, sufre consecuencias negativas resultantes del cambio de posición de esa otra parte».

⁴⁷ Recuerda luego que «En materia de decisiones relacionadas al comercio, además de los casos referidos en el ítem 86, supra, debe ser mencionado el Panel Report de caso Argentina - Derechos Antidumping relativos a Pollos de Brasil (WT/DS241/R), decidido en mayo de 2003, donde se menciona el principio del *estoppel* y se admite su aplicación en aquellas circunstancias en que (i) una declaración de hecho clara y no ambigua, que (ii) sea voluntaria, incondicional y autorizada es (iii) admitida de buena fe».

*cia con determinado Tratado son suficientes para obligar tal Estado por los términos del mismo*⁴⁸.

- *Acerca de las declaraciones de los funcionarios*

Habiendo clarificado en los puntos precedentes en lo que estimo una errada interpretación que se pretende asignar a las pretendidas promesas o garantías que otorgaría el TBI frente a declaraciones y notas de diversos Altos Funcionarios, como base para derivar expectativas que puedan ser calificadas como legítimas, y de modo coherente con lo que vengo argumentando en punto a que las expectativas legítimas, aún reconocidas en el tratado, están limitadas por el derecho del país receptor de la inversión, corresponde ahondar en los precedentes jurisprudenciales citados, donde surge la respuesta clara en sentido contrario a las pretensiones de la demandante.

⁴⁸ En el párrfo 87, agrega que: «... En el caso en juzgamiento, cabe al Tribunal verificar si hubo, por parte de la Argentina, acto propio generador de obligaciones frente a Uruguay, así como analizar si el comercio de neumáticos remoldeados existente entre las Partes habría sido suficiente para configurar una *práctica de naturaleza comercial constante y regular, apta para generar en otro Estado una justa expectativa de la existencia de una obligación de naturaleza internacional*. Por el lado del segundo Estado, en este caso, el Uruguay, debe el Tribunal igualmente verificar si, habiendo tal práctica comercial constante y regular, fue ella suficiente para, a partir de una justa expectativa, determinar la adopción de postura específica, en consecuencia de los actos practicados por la otra Parte, así como si el cambio de comportamiento comercial de la Argentina habría generado perjuicios a Uruguay. Finalmente, y no menos importante, aún admitiéndose la existencia de requisitos suficientes para configurar la aplicación del principio del estoppel, cabe indagar si tal principio es absoluto y no sufre alguna restricción. Vale decir que cabe examinar si la obligación generada en consecuencia de la conducta de un determinado Estado y que, por fuerza del estoppel, debe ser mantenida, tiene carácter absoluto. O sea, si el Estado practicante de conducta primaria no tiene derecho de suspender tal conducta, si y cuando otros principios, o motivos fundamentales antes desconocidos, muestren la necesidad o conveniencia de alterar o paralizar la conducta original...».

En tal sentido, en la causa «Hotel Internacional Iguazú» se expresó claramente en el Considerando 11, que:

«... la declaración de los ex funcionarios sobre la interpretación de las obligaciones asumidas por el Estado Nacional de conformidad con la cláusula 17 del pliego de contratación no constituye un antecedente decisivo en tanto el alcance asignado no coincide con el contenido de los instrumentos contractuales; y la comunicación del 31 de mayo de 1973 (anexo 27) dirigida a la empresa con posterioridad a la adjudicación y antes de formalizarse el contrato, explica las gestiones tendientes a obtener respuesta de los organismos competentes para el cumplimiento de los compromisos que el art. 17 señala a cargo del Estado, y se refiere, sin especificación, a las «fechas en que esa Sociedad estima la prestación de los mismos», lo que evidencia que las partes no consideraron esos tiempos como condición de oferta aceptada».

Agregó el Tribunal en el Considerando 12:

«Que aun en la hipótesis de estimar acreditados la presentación y contenido de la nota de aclaraciones y reservas, ella sólo exteriorizaría la voluntad del oferente en cuanto a las precisiones que debían incluirse en el contrato y ser expresamente aceptadas en la adjudicación..., lo que no ocurrió, según lo evidencian los términos del decreto respectivo y los del contrato firmado con posterioridad».

De manera concordante, pero referido esta vez a las Notas remitidas por la contratista al Estado Nacional, y frente a la actitud pasiva de este último, la pretensión de derivar de ella expectativas basadas en interpretaciones contrarias al contrato, en la causa «Maruba», expresó el Alto Tribunal en su Considerando 20:

«Que, por último, no corresponde asignar el alcance otorgado por el a quo a la nota remitida a la comitente por la empresa Maruba S.C.A. (fs. 206/208), ya que, mediante ella, no podrían haberse variado legítimamente los aspectos contractuales de la relación y menos aún su contenido reglamentario, en el que se encuadraba -en el caso de autos- el poder de fijar y modificar las tarifas».

Incluso en el Voto en Disidencia del Dr. Moliné O'Connor en la citada causa «Revestek», se ha sostenido la irrelevancia de las declaraciones de funcionarios para sustentar reclamos jurídicamente atendibles, cuando en el Considerando 6º), párrafo 5º), sostuvo el nombrado:

«En este orden de ideas resulta claro, desde luego, que las múltiples declaraciones de funcionarios públicos y las diversas opiniones técnicas que la actora ha traído a colación en el curso del proceso no resultan basamento suficiente para fundar su reclamo, toda vez que manifestaciones de tal naturaleza corresponden al plano político y, por lo tanto, metajurídico y exento de revisión jurisdiccional, como ha quedado dicho».

De lo hasta aquí expuesto, se extrae claramente que el único instrumento apto para derivar derechos y/o expectativas legítimas, eran los contratos suscritos por los inversores -a través de la sociedad que integraran o integran- con el Estado Nacional, interpretados a la luz de la normativa que les sirve de base, y en el contexto de la emergencia económico financiera declarada por el Congreso Nacional.

- Asunción del riesgo empresario.

He demostrado cuáles son las fuentes generadoras de expectativas legítimas, quedando asimismo explicitado el marco con el cual cabe apreciar la alegación relativa a su frustración por parte de un inversor calificado, empresario experimentado quien se presume ha contado en todo momento con asesoramiento letrado idóneo, tanto en materia jurídica como en temas económicos.

La particular versación técnica y jurídica que cabe presumir de empresarios calificados debe gravitar necesariamente para sostener que si no tomaron los recaudos necesarios que toda inversión supone en un país con una historia hiperinflacionaria, ha sido producto de su deliberada decisión de asumir los riesgos que de dicho obrar negligente pudieran derivar.

Un empresario diligente hubiese adoptado otro tipo de resguardos para garantizar su inversión, pudiendo haber rea-

lizado operaciones a término, pactando libremente la tasa de futuro a la que serían negociados los dólares estadounidenses, lo cual en el caso operaría como un seguro de cambio. Aunque tomar esta clase de prevención implicaba un costo adicional, difícilmente hubiesen podido acreditar que dicho costo no hubiese podido ser solventado⁴⁹.

Resulta ilustrativo traer a colación lo dicho en la causa «Revestek» por el Alto Tribunal de la Nación Argentina, cuando al merituar lo acontecido al abandonarse la paridad cambiaria establecida en la denominada «tablita», y citando la causa «Cirlafin»⁵⁰, sostuvo que: «... *en todo caso, la toma o no de esta suerte de seguro de cambio suponía una libre elección fundada puramente en razones de política empresarial: quien priorizara el «costo empresario» por sobre el «riesgo empresario» no acudiría a la circular citada; quien efectuara la opción inversa, hallaría refugio en el mercado de cambio a término. Lo que sí es claro es que la demandante pudo echar mano a una u otra respuesta ante aquella disyuntiva»* (conf. considerando 11, voto de los jueces Petracchi y Boggiano).

Por tal razón, y concordantemente con lo decidido por la Corte Suprema Argentina en las causas «Revestek» y «Cirlafin», no sería sensato pretender responsabilizar al Estado Nacional (República Argentina) descargando en él las consecuencias de un hecho respecto del cual el inversor no adoptó la precaución referida en el considerando anterior (confr. arts. 512 y 902 del Código Civil), en especial, si se tiene en cuenta la magnitud de los negocios realizados por ella y que la decisión de tomar endeudamientos por lapsos prolongados en moneda extranjera -producto de una libre elección, y tuvo por único sustento, al tiempo en que fueron asumidos, la espec-

⁴⁹ Conf. causa «Revestek», Considerando 11^o), Voto de los Dres. Petracchi y Boggiano.

⁵⁰ CSJN, 15-08-1995, causa C.375.XXII «Cirlafin S.A. c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía y Banco Central de la República Argentina s/ ordinario». El Derecho, 166-267.

tativa de que la política de convertibilidad subsistiría, desatendiendo que ello sería así en tanto y en cuanto se mantuviesen las circunstancias económicas que la sustentaron.

Pero el razonamiento apuntado, lejos de constituir una postura interpretativa proveniente sólo de tribunales domésticos de la República Argentina, resulta la posición sostenida en materia de inversiones extranjeras por diversos tribunales CIADI, entre ellos, la causa *Olguín contra Paraguay*.

En el párrafo 72, y luego de un análisis cuidadoso del CBI, el Tribunal concluyó que **no había norma alguna que obligue al Estado en cuyo territorio se realiza una inversión a garantizar el pago de esa inversión en el caso de que resultara fallida.**

Agregó en el párrafo 73 que:

«Si el CBI hubiese contemplado como supuesto hipotético idóneo para producir consecuencias jurídicas como las pretendidas por el Demandante, que los Estados Contratantes incurrieran en graves omisiones en cuanto a sus deberes u obligaciones constitucionales y legales, dando lugar así a que terceros sufrieran pérdidas, podría haber sucedido que, a la luz de los hechos que se tuvieron por probados en este caso, este Tribunal de Arbitraje hubiera fallado en favor del Demandante. La probabilidad -y no la certeza- de tal desenlace obedece a que, como ya se ha expresado en otras partes de este Laudo, el Demandante contribuyó de modo significativo, dentro de su propio círculo de acción individual, a la realización de los hechos que a la vez censura. Sin embargo esta hipótesis debe descartarse pues no existe en el CBI ninguna normativa referente a «omisiones graves» que pudieran dar fundamento a las pretensiones del Demandante».

Seguidamente, recordó que:

*«... Los alcances de los Convenios Bilaterales de Inversiones fueron precisados de manera categórica en el laudo emitido en el proceso arbitral entre el señor Emilio Agustín Maffezini y el Reino de España (Caso CIADI N°ARB/97/7). Ese laudo, dictado por un distinguido Tribunal de Arbitraje el 13 de noviembre del año 2000 declaró en su párrafo 64: «...el Tribunal debe enfatizar que los acuerdos bilaterales sobre inversiones **no son pólizas de seguro contra malas decisiones de negocios**».*

Acerca de la prudencia que resulta exigible de un inversor calificado en un país que, como la Argentina, había padecido serios problemas económicos en su historia reciente, resulta esclarecedor lo decidido por dicho Tribunal CIADI en el Párrafo 75, al expresar que:

«No acepta este Tribunal la tesis de que el señor Olgún fue inducido a hacer su inversión por los boletines emitidos por el Banco Central del Paraguay. Por lo contrario, considera el Tribunal que la prudencia habría aconsejado a un extranjero que llegaba a un país que había sufrido serios problemas económicos, ser mucho más conservador en sus inversiones».

La doctrina resulta concordante con tales consideraciones. William Chislett⁵¹, bajo el título «Factores determinantes de las decisiones de inversión», y luego de referir al hecho de compartir una lengua y cultura comunes, expresa el autor:

*«... Estos factores, a pesar de su importancia, no explican suficientemente por qué las multinacionales españolas, y un grupo significativo de medianas empresas, han **decidido invertir con tal decisión en esta parte del mundo y correr unos riesgos superiores a lo considerado normal. Es cierto que todas las inversiones encierran riesgos, pero las realizadas en Iberoamérica, una región caracterizada por su inestabilidad económica y política, son particularmente arriesgadas...**»⁵².*

Seguidamente, y bajo el título «Impacto de la crisis argentina», a la que califica como dramática, y luego de sostener que ha suscitado preguntas sobre si las empresas hubiesen tenido que haber diversificado más sus riesgos, y de efectuar una somera descripción de su impacto, expresa:

«... La crisis puso a prueba los nervios de más de un directivo empresarial, pero estas empresas han sobrevivido a lo que

⁵¹ Libro titulado *La inversión española directa en América Latina: retos y oportunidades*, 2003, publicado por el Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, <http://www.realinstitutoelcano.org>.

⁵² Página 35.

Emilio Botin, el Presidente del Santander Central Hispano, calificó como una 'tormenta perfecta'... El desbarajuste del país y sus efectos inducidos han reducido drásticamente los beneficios en 2001 y 2002. Las empresas continúan siendo rentables, pero mucho menos que en el pasado, cuando el incremento del beneficio en dos dígitos era la norma...»⁵³.

Finalmente, destaca más adelante lo siguiente:

«... Además, las empresas y los bancos que han invertido en Argentina han sufrido una especie de 'síndrome de Estocolmo', expresión acuñada en los años de 1970 para describir la situación de simpatía de cuatro empleados de banca hacia sus secuestradores. Es más, las grandes empresas mostraron una cierta arrogancia al creer que tenían más información que los mercados sobre la estabilidad monetaria y la relación peso-dólar, y no prestaron atención a las señales de alarma emitidas en forma de «prima de riesgo», algunas incluso salidas de su propio campo. En lugar de ello, al menos en Argentina, jugaron excesivamente las cartas políticas con la creencia de poder influir con ellas a su favor. La realidad probó su error y mostró los límites del poder económico en el mundo real. Las posibilidades de cambios políticos también fueron infravaloradas...»⁵⁴.

Resulta también ilustrativo traer a colación lo resuelto por la Corte Internacional de Arbitraje, mediante Laudo Arbitral de fecha 28/07/1997 proferido en el Asunto Arbitral CCI N° 8703⁵⁵.

Los hechos sintéticamente expuestos son los siguientes: Ante una crisis energética acaecida en un país latinoamericano, se celebraron contratos con una empresa extranjera a los fines del suministro, montaje y puesta en servicio de varios turbogeneradores. El contratista solicitó el ajuste del precio en razón de los mayores costos derivados de un brote inflacionario. El litigio fue sometido a un Tribunal Arbitral, quien rechazó el planteo.

⁵³ Página 46.

⁵⁴ Página 50.

Para ello, sostuvo -en síntesis- que: «*Resulta impropio hacer lugar a la revisión de un contrato de compraventa -en el caso, originado en la adquisición por parte de un país latinoamericano de varios turbogeneradores eléctricos- a los fines de ajustar el precio del contrato por los mayores costos derivados de la inflación, si el actor como contratista experimentado pudo prever la misma y con mayor razón si las partes acordaron contractualmente un procedimiento de reajuste de valores para neutralizar la desvalorización de la moneda*».

En su comentario, Eduardo Silva-Romero finaliza diciendo que «... *las consideraciones en cuanto a la imprevisibilidad son profundas y originales y enseñan, en nuestra opinión, que el significado del lenguaje jurídico depende directamente del contexto cultural en el que sus términos se emplean. Lo que es imprevisible en Europa puede ser previsible en América Latina*».

En todo el laudo, se destaca especialmente el estándar exigible a todo contratista o inversor es el de un contratista «competente y diligente», lo que se potencia aún en un país latinoamericano, donde las crisis hiperinflacionarias son una regla, siendo la estabilidad una situación excepcional, todo lo cual tuvo que haber gravitado a la hora de analizar la decisión de invertir y asumir el riesgo que ello implicaba.

Finalmente, en un caso resuelto en el marco del TLCAN⁵⁶, donde aludiendo al riesgo consciente que el inversor decidió asumir, restando así efectos a las alegadas expectativas legítimas, en los siguientes términos:

⁵⁵ Publicado en la Revista Derecho del Mercosur y de la Integración N° 6, Diciembre de 2002, p. 87 y ss., con nota introductoria de SILVA-ROMERO Eduardo: «Esbozo de los problemas jurídicos tratados en el Laudo».

⁵⁶ Laudo Arbitral Dictado en un caso del TLCAN conforme a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI entre: **International Thunderbird Gaming Corporation (Demandante) y los Estados Unidos Mexicanos (Demandado)**, Ante el tribunal arbitral constituido conforme de las disposiciones del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, e integrado por las siguientes personas: Lic. Agustín Portal Ariosa, Profesor Thomas W. Wälde, Profesor Dr. Albert Jan van den Berg (Presidente), Washington, D.C., 26 de enero de 2006.

«164. Es incuestionable que Thunderbird sabía, cuando decidió invertir en actividades de juego en México, que los juegos de azar y apuesta constituyen una actividad ilegal conforme a la legislación mexicana. Tal como Thunderbird lo admite, también sabía que operadores de máquinas similares (Guardia) habían encontrado resistencia jurídica de parte de SEGOB. Por lo tanto, *debe concluirse que Thunderbird conocía el riesgo potencial de clausura de sus propios establecimientos de juegos de azar y apuesta y debió haber sido especialmente prudente en la realización de sus negocios en México. Cuando solicitó una opinión oficial de SEGOB sobre la legalidad de sus máquinas, EDM también debió saber, que el azar intervenía en cierta medida en la operación de sus máquinas y que los dispositivos de aceptación de billetes de un dólar, así como el hecho de que los boletos ganadores pudieran canjearse por dinero en efectivo, podían considerarse razonablemente como elementos constitutivos de apuestas. Sin embargo, EDM optó por no dar a conocer esos aspectos esenciales previstos en su Solicitud*».

Agregó en el párrafo siguiente:

«165. Además, *el hecho de que SEGOB haya tomado acciones en contra de las instalaciones de juego de Thundirbird en febrero de 2001, Vg. Aproximadamente seis meses después de la emisión del Oficio, no es suficiente para establecer que antes de dicha fecha, SEGOB haya autorizado (o hubiese intencionalmente estado tolerando) las operaciones de Thundirbird. Seis meses es, bajo las circunstancias y bajo cualquier norma, un período razonable para que un gobierno pretenda hacer cumplir la legislación doméstica sobre juegos y apuestas*».

Sobre el punto, concluyó:

«166. *En virtud de lo anterior, el Tribunal concluye que el Oficio no creó una expectativa legítima que haga que Thunderbird pueda presentar reclamaciones en el presente caso, en los términos de lo dispuesto por los Artículos 1102, 1105 y/o 1110 del TLCAN*».

- *Acerca de la naturaleza de las normas-objetivo*

A esta altura, cabe someramente explicar la naturaleza de las normas que, como la Ley de Convertibilidad, están destinadas a alcanzar un cierto resultado económico, que son las llamadas normas objetivo⁵⁷.

Son normas que, como la Ley de Convertibilidad, proponen directivas, estableciendo un programa de acción económica, como posición del Estado para determinados fines a perseguir. Estas directivas o pautas están dirigidas hacia el futuro e implican, en el caso, una tentativa de prever eventos futuros. Entrarían dentro de la categoría de las que han dado en llamarse «normas-objetivo»; es decir, aquéllas que determinan objetivos directrices⁵⁸.

Pero esas normas, y la estrategia por ellas diseñada, pueden ser dejadas sin efecto, si el gobierno razonablemente apreciara que las circunstancias así lo exigiesen, determinando un cambio o alteración de los objetivos. Una persona no podría considerarse con «derecho» a que aquellos se mantengan, porque esas normas no crean un «derecho subjetivo» a que en el futuro las pautas o los fines sigan siendo los mismos. No hay un derecho al mantenimiento individual de la situación, mientras dura la relación no concluida, desde que el Estado en la mayoría de los casos, no es parte de aquélla, más que en la medida de la regulación económica que fija para la comunidad. No son normas de conducta ni de organización, sino una especie de normas pragmáticas. El Estado puede cambiarlas y, en principio, el efecto entre las partes debe solucionarse entre ellas -v.gr.- «Teoría de la imprevisión»⁵⁹.

⁵⁷ Conf. GONDER COMPARATOL Fabio: *O poder de Controle na Sociedade Anónima*, 3ª ed., Forense, Río, p. 297, citado en la causa de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala 4ª, 7/4/1989, en autos: «Crespo, Julio C. v. Banco Central de la República Argentina y otro», JA 1989-IV, p. 110 y ss., Voto del juez Hutchinson, p. 117.

⁵⁸ Conf. causa citada en nota anterior.

⁵⁹ Conf. Causa citada. Se destaca que si las alteraciones normativas fueran imprevisibles, y dieran lugar a la invocación de la teoría de la imprevisión

- *La Ley de Convertibilidad no constituía una garantía cambiaria*

Si bien la Ley de Convertibilidad establecía una paridad fija entre el Dólar Estadounidense y el Peso, ella sólo podría haber sido interpretada como una garantía cambiaria de origen legal y no contractual, durante su vigencia. Esto es así porque la Ley de Convertibilidad, como cualquier otra ley, no puede entenderse que previó una garantía en contra de su propia derogación. Derogada la ley, para lo cual no existía ningún obstáculo legal ni constitucional, la convertibilidad uno a uno entre el Peso y el Dólar Estadounidense desaparece.

Sin perjuicio de lo anterior, debe ser remarcado que la elección por parte de la República Argentina del régimen de convertibilidad es una decisión que pertenece al área de la política macroeconómica. Por consiguiente, bajo ningún punto de vista puede entenderse que tal régimen implicaba una garantía legal cambiaria.

En este orden de ideas, resulta evidente que no puede confundirse el régimen legal de la moneda, como lo fue la convertibilidad, con el otorgamiento en un contrato de una garantía cambiaria. La circunstancia de que la convertibilidad haya sido dispuesta entre el Peso y el Dólar Estadounidense es completamente irrelevante, pues el régimen de convertibilidad pudo haberse establecido entre el Peso y el oro, entre el Peso y una canasta de monedas⁶⁰, etc. La elección de un cierto régimen monetario es una decisión de política económica realizada por un Estado soberano, no implica garantía cambiaria contractual alguna, *y no constituye un derecho, sino una política pública.*

frente a su contratante, no por ello se puede sin más utilizar esa imprevisibilidad para reclamarle al Estado como si éste fuese un asegurador.

⁶⁰ Es llamativo que los inversores no se sintieran agraviados por la nueva paridad establecida entre el peso y una canasta de monedas, conforme lo dispuso la Ley 25.445.

Debe señalarse, además, que la posibilidad de que el régimen de convertibilidad fuese abolido era un evento que el mercado tenía altamente presente. En efecto, la única manera de explicar que en la Argentina -hasta el año 2002- las tasas de interés para los depósitos o préstamos en Dólares Estadounidenses fueran mayores que las tasas para los depósitos o préstamos en Dólares Estadounidenses fuera de la Argentina, a pesar de que la convertibilidad auspiciaba una paridad de $1 \$ = 1 \text{ U}\$$, era que todos los operadores institucionales sofisticados del mercado de préstamos y depósitos sabían que la convertibilidad podía terminar.

Por último, es ilustrativo que la historia legislativa de la Ley de Convertibilidad no registra antecedentes de que se la haya concebido como un régimen que proveía una garantía cambiaria. El miembro informante del gobierno, que tuvo a su cargo la justificación de la ley, sostuvo expresamente que la ley constituía centralmente una política antiinflacionaria y de estabilización de la moneda, para atacar a fondo el problema de la inflación crónica de la economía argentina y los episodios hiperinflacionarios ya por ese entonces recurrentes⁶¹.

A fin de evaluar qué resultado constituía una *expectativa razonable* de quienes decidieron invertir en la Argentina a través de contratos administrativos, fundamentalmente, es necesario tener en cuenta el ambiente socio-económico en el contexto del cual se realizó la promesa y la declaración de voluntad común, razón por la cual resulta procedente recordar que la abolición del régimen de convertibilidad fue decidida en un estado de emergencia económica. Asimismo, también debe ser recordado que la elección de un determinado régimen de la moneda, en tal caso la convertibilidad con el Dólar Estadounidense, es una decisión de política cambiaria propia de todo Estado soberano.

⁶¹ Ver Debate parlamentario de la Cámara de Diputados de la Nación, reunión 63^o, página 5288 y siguientes. El Sr. Lamberto expuso:

«...Frente a esta situación tampoco se tomó conciencia de que había que afrontar los problemas y no postergarlos. Se diseñó un nuevo modelo para

En este orden de ideas, debe ser tenido en cuenta que la autonomía de la voluntad de las partes se extiende sólo hasta el punto de decidir cuál es la moneda que desean convenir como moneda de pago, siendo ajeno a ellas el régimen de la moneda finalmente elegida. Esta conclusión se debe a que el

tratar de financiar esta nueva etapa y se apeló a los bonos con encajes remunerados. Todo el sistema financiero se transformó en una oficina de rentas que succionaba el dinero que producían los argentinos para financiar un aparato que iba alejando cada vez a mayor cantidad de gente de la posibilidad de alcanzar una vida digna. La cuestión radicaba en postergar la solución de los problemas.

Pero un día la hiperinflación se instaló entre nosotros y nos dimos cuenta de que se habían agotado los plazos y los créditos, de que no nos fiaban de afuera ni de adentro y de que la gente huía del dinero, que no es otra cosa que el fiado que el ciudadano da al gobierno. El Estado se había quedado sin fuentes de crédito.

Como el proceso hiperinflacionario no es muy común - pocos países lo han padecido -, recurrimos a los viejos libros, que dicen que sólo hay una cosa peor que la hiperinflación: la guerra. Lamentablemente, la hiperinflación se instaló entre nosotros y nos dimos cuenta de que debíamos cambiar porque ya no había posibilidad de seguir dilatando la cosa hacia adelante.

Fue así que nuestro gobierno, que debió asumir antes de tiempo, tuvo que adoptar decisiones que generaron fuertes contradicciones entre nuestros pensamientos y sentimientos y la realidad. En ese momento se agotaron todos los manuales y hubo que afrontar la realidad de un Estado quebrado y sin financiamiento. Allí hubo que hacer lo que hacen todos los que se funden: achicar y ordenar el plan de los gastos de acuerdo con los ingresos y empezar a vivir a partir del reconocimiento de que se es más pobre y es necesario comenzar a cambiar el modelo de sociedad heredada...

Pero no nos conformamos solamente con tener una moneda estable, que no es poco ante el desquicio que hemos vivido los argentinos; no es poco contar con una unidad de medida que permita referir los cambios. No es poco volver a ser un país civilizado. Sin embargo, hay que corregir otras cosas que la inflación fue provocando a lo largo de los años.. (página 5290)».

«... ¿Qué se espera de estas normas? El objetivo fundamental es contar con una moneda que sea unidad de medida, que tenga poder cancelatorio y que cuente con el respaldo y la garantía del Banco Central, de manera que el hombre común no tenga que desprenderse de sus australes porque ellos van a valer lo mismo durante mucho tiempo; vendría a ser algo así como que los argentinos volveremos a tener moneda... (página 5091)».

régimen de toda moneda no es disponible por las partes, sino que pertenece al área de la política económica o poder de policía económico del país emisor de la moneda en cuestión⁶².

Recientemente, la Corte Suprema Argentina ha fallado en la causa «Massolo»⁶³ reafirmando tales conceptos, al rechazar el planteo de inconstitucionalidad de la prohibición de indexar que subiste en la Ley de Convertibilidad, luego de la reforma operada por Ley de Emergencia 25.561.

Expuso en su Considerando 13): «... Que la ventaja, acierto o desacierto de la medida legislativa -mantenimiento de la prohibición de toda clase de actualización monetaria-escapa al control de constitucionalidad pues la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeta a revisión judicial (conf. Fallos: 290:245; 306:1964; 323:2409; 324:3345; 325:2600; 327:5614; 328:2567; 329:385 y 4032 y 330:3109, entre muchos otros), y la Corte Suprema ha sostenido que los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 constituyen una decisión clara y terminante del Congreso Nacional de ejercer las funciones que le encomienda el art. 67, inc. 10 (hoy art. 75, inc. 11), de la Constitución Nacional de «Hacer sellar la moneda, fijar su valor y el de las extranjeras...» (conf. causa «YPF» en Fallos: 315:158, criterio reiterado en causas 315:992 y 1209; 319:3241 y 328:2567)...».

Agregó en su Considerando 14) «... *Que el valor de la moneda circulante con fuerza legal en todo el territorio de la Nación -que cumple la función de un bien económico insusceptible de ser regulado directa o indirectamente por la ley de la oferta y la demanda- se funda en la autoridad del Estado que es su creador y, por consiguiente, la perdurabilidad de ese valor como signo monetario de fuerza legal, en tanto no fuere alterado por*

⁶² El artículo 75 inciso 11 de la Constitución de la Nación Argentina establece que «Corresponde al Congreso... 11) Hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras;...».

⁶³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/04/2010, «Massolo, Alberto José c/ Transporte del Tejar S.A.», Fallos 333:447.

el propio Estado de quien dimana, no puede estar a merced de las convenciones concertadas por los particulares entre sí (conf. Fallos: 225:135 y arg. Fallos: 226:261; 315:992 y 328:2567)».

Asimismo, en su Considerando 15) expresó: «... **Que aun cuando el derecho de propiedad pudo tener en la actualización por depreciación monetaria una defensa eficaz de los derechos patrimoniales en determinados períodos, su perduración sine die no sólo postergaría disposiciones constitucionales expresas, como las del art. 67, inc. 10, de la Constitución Nacional (hoy art. 75, inc. 11), sino que causaría un daño profundo en la esfera de los derechos patrimoniales todos, al alimentar esa grave patología que tanto los afecta: la inflación. No puede admitirse que lo que fue solución de especie frente a un problema acotado temporalmente y en su configuración, en la que no incidieron normas como las que recientemente dictó el Congreso Nacional para procurar una moneda nacional apta, se trueque en vínculo estable, alterando así su naturaleza esencial (conf. Fallos: 315:158, 992 y 1209)».**

Finalmente, en lo que aquí interesa, puntualizó en el Considerando 16) «... **Que no obstante fundarse la constitucionalidad del régimen nominalista adoptado en el principio de la «soberanía monetaria», conforme lo indica conocida regla de interpretación, corresponde que los jueces interpreten las disposiciones de las autoridades políticas de modo de dar pleno efecto a la intención del legislador (conf. Fallos: 296:22; 297:142; 299:93; 301:460; 315:158 y 1209; 326:704; 327:5345 y 330:4713, entre otros). Permitir la vigencia y aplicación de una cláusula de estabilización como la establecida en autos, significaría desconocer el objetivo antiinflacionario que se proponen alcanzar las leyes federales mencionadas mediante la prohibición genérica de la «indexación», medida de política económica que procura evitar que el alza de los precios relativos correspondientes a cada uno de los sectores de la economía, al reflejarse de manera inmediata en el índice general utilizado al mismo tiempo como referencia para reajustar los precios y salarios de cada uno de los demás sectores, contribuya de manera inercial a acelerar las alzas generalizadas de precios (conf. Fallos: 329:385) y a crear desconfianza en la moneda nacional».**

Por lo expuesto, se puede apreciar que el régimen legal de la moneda es una consecuencia necesaria del poder soberano o monopolio de la moneda que a lo largo de la historia el Estado ha asumido y que el derecho constitucional moderno ha establecido invariablemente. Es necesario mencionar que esto involucra no sólo el derecho a emitir o autorizar el uso del dinero, sino también otros numerosos incidentes de su regulación. Así, se extiende a la introducción del control del intercambio, al establecimiento de cláusulas oro, a la decisión de revalorizar deudas, etc.

Por otro lado, otro importante factor que determina el establecimiento del criterio que vengo exponiendo es que todas las obligaciones monetarias, ya sea que estén expresadas en moneda local o extranjera, están sujetas al nominalismo: la promesa de pagar 10.000 Pesos es satisfecha por el pago de lo que la ley Argentina haya declarado que constituye 10.000 Pesos. Esta regla es universalmente aceptada por el propósito de practicidad.

Resulta relevante recordar aquí lo dispuesto por el artículo 619 del Código Civil: *«Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento»*.

La nota del mismo Artículo 619 resulta de particular interés, pues aclara que: *«Nos abstenemos de proyectar leyes para resolver la cuestión tan debatida sobre la obligación del deudor, cuando ha habido alteración en la moneda porque esa alteración se ordenaría por el Cuerpo Legislativo nacional, cosa casi imposible. La ley declarararía el modo de satisfacer las obligaciones que ya estuviesen contraídas»*⁶⁴.

⁶⁴ Énfasis agregado. Debe quedar claro que el codificador argentino de 1869 tenía clara la distinción entre moneda de papel y moneda metálica, y que la disposición se aplica a la moneda de papel. Tratándose de moneda metálica (cuyo valor está en relación con la cantidad de metal precioso incorporado y no por la cantidad que designe, Vélez se hubiera inclinado por el

De la nota precedentemente citada puede observarse que el legislador ha anticipado que, para el supuesto de que la moneda sea alterada en virtud de una ley nacional, la misma ley debería declarar el modo de satisfacer las obligaciones que ya hubiesen sido contraídas. Efectivamente eso es lo que ocurrió con la Ley de Emergencia.

En este sentido, la misma Ley de Emergencia que derogó la Ley de Convertibilidad y, de este modo, modificó la moneda de la República Argentina, estableció que las partes debían readecuar las obligaciones ya contraídas, en base al criterio del «ajuste equitativo».

Adicionalmente, debe ser tenido en cuenta que existen importantes precedentes internacionales que han resuelto el problema planteado de modo muy similar al expuesto.

En primer lugar, debemos mencionar lo afirmado por la Corte Permanente de Justicia Internacional: «*Es un principio generalmente aceptado que un estado tiene derecho a regular su propia moneda*»⁶⁵.

En segundo lugar, se puede mencionar el caso *Perry*⁶⁶, donde la Corte Suprema de los Estados Unidos analizó los derechos de un tenedor de bonos *vis à vis* la facultad del Congreso de devaluar el dólar con relación al oro, siendo el dólar-oro la moneda de referencia para los bonos en cuestión. A continuación reproduzco la opinión de la Corte Suprema a este respecto:

principio del valorismo contenido en el Código de Austria, y no por el nominalismo contenido en el Código Francés. No habiendo moneda metálica en la Argentina, esta distinción es irrelevante. Además de la expresa disposición del artículo 619 del Código Civil que fue modificada con anterioridad a la realización de la inversión, y por la propia ley de convertibilidad.

⁶⁵ Permanent Court of International Justice, «*Serbian and Brazilian Loans*», Publications of the Court, Series A, Nos. 20-1.

⁶⁶ *U.S. Supreme Court, «Perry v. United States», 294 U.S. 330 (1935), No. 532. Argued Jan. 10, 11, 1935. Decided Feb. 18, 1935.* Traducción libre. Énfasis agregado.

«El cambio de la relación entre el dólar y el oro no necesariamente causó al actor una pérdida como la que reclama. La cuestión de la pérdida real no puede ser determinada justamente sin considerar la situación económica [...] El Congreso tenía derecho a actuar de tal modo en virtud de su autoridad para lidiar con la moneda oro como medio de intercambio y, consecuentemente, la restricción impuesta a los tenedores de la moneda oro se debía a las limitaciones inherentes a la propiedad de tal moneda, lo cual no les daba derecho a acción alguna Ling Su Fan v. United States, 218 U.S. 302, 310, 311 S., 31 S.Ct. 21, 23, 30 L.R.A.(N.S.) 1176. En tal caso la Corte sostuvo: ‘Reconociendo el título del propietario de tales monedas, aún existe junto con tal propiedad aquellas limitaciones que pueda requerir la política pública [...] Estas limitaciones se deben a que el derecho público otorga a tales monedas un valor que no se adjunta como una mera consecuencia de su valor intrínseco. Su calidad de tenedores legales es un atributo del derecho separado de su valor en oro. Por lo tanto, ellos deben cargar con la impronta de un poder soberano que fija valores y autoriza su intercambio. Sin perjuicio de cuan imprudente una ley pueda ser, dirigida al intercambio de tales monedas, frente a los axiomas en contra de obstruir el libre flujo del comercio, no puede existir una duda seria respecto de que el poder de acuñar moneda incluye el poder de impedir su escape del país de origen. El mismo razonamiento es aplicable a la imposición de restricciones a las transacciones. No podemos decir, en vista de las condiciones existentes, que el Congreso haya ejercido su poder de modo arbitrario o caprichoso».

En tercer lugar, es importante recalcar que el Superior Tribunal Arbitral de Silesia tuvo que resolver la cuestión de si el tenedor de un pagaré correspondiente a un banco Alemán, emitido antes de la primera guerra mundial, tenía un derecho adquirido a obtener el pago en oro según lo dispuesto por la Convención Polaco-Germana de 1922. El tribunal no tuvo dificultad alguna en dar una respuesta negativa⁶⁷.

⁶⁷ Upper Silesian Arbitral Tribunal, «Muller v. Germany», *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, 2 (1923), 32.

En el mismo sentido, la Suprema Corte Alemana resolvió la cuestión consistente en que un sujeto italiano había recibido en pago de su deudor alemán marcos alemanes depreciados y, en consecuencia, reclamaba el pago en oro. La Suprema Corte Alemana desechó el reclamo sin más⁶⁸.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sienta las bases de la doctrina de la emergencia económica -construida a lo largo de más de 80 años de antecedentes jurisdiccionales- es extremadamente vasta⁶⁹. No obstante, los siguientes sumarios se destacan:

⁶⁸ 6 June 1928, *RGZ*. 121, 203 y *Annual Digest*, 1927-8, *Case No. 230*.

⁶⁹ «Ercolano, Agustín v. Lanteri de Renshaw, Julieta» (Fallos 136:161, 28/4/1922); «Cía. Azucarera Tucumana v. Provincia de Tucumán» (Fallos 150:150, 14/12/1927); «Avico, Oscar v. De la Pesa, Saúl» (Fallos 172:21, 7/12/1934, JA 48-698); «López, Tiburcio v. Provincia de Tucumán» (Fallos 179:394, 27/12/1937); «Inchauspe Hnos. v. Junta de Carnes» (Fallos 199:483, 1/9/1944, LL 36-703); «Ferrari, Daniel v. Peiti, Ramón» (Fallos 199:466, 28/8/1944); «Martini, Vicente e Hijos S.R.L.» (Fallos 200:450, 27/12/1944, JA 1945-I-633); «Perón, Juan D.» (Fallos 238:76, 21/6/1957, JA 1957-III-65); «Bustos Núñez, Manuel» (Fallos 240:223, 28/3/1958, LL 91-499); «Nadur, Amar v. Borelli, Francisco» (Fallos 243:449, 15/5/1959, JA 1959-III-549); «CAP» (Fallos 199:483); «Lausen» (Fallos 237:38); «Prattico» (Fallos 246:345). «Cine Callao» (Fallos 247:121, 22/6/1960, LL 124-685); «Díaz» (Fallos 258:41); «D'Aste v. Caja Nacional de Previsión» (Fallos 269:416, 15/12/1967, LL 130-485); «Cavic» (Fallos 277:147); «Russo, Ángel y otra v. de Delle Donne, C.» (Fallos 243:467, 15/5/1959, JA 1959-III-472); «Sofía, Antonio» (22/5/1959, Fallos 243:513, LL 97-533); «Inti S.A.» (Fallos 263:309); «Suipan S.R.L.» (Fallos 263:83, 20/10/1965, JA 1966-I-472); «Fernández Orquin, José M. v. Ripoll, Francisco» (Fallos 264:416, 31/5/1966, LL 124-685); «Date v. Caja de Previsión» (15/12/1967); «Nordensthol, Gustavo v. Subterráneos de Buenos Aires» (2/4/1985, ED 113-301). «Soengas, Héctor R. y otros v. Ferrocarriles Argentinos» (7/8/1990, Fallos 313:664, ED 140-154); «Videla Cuello, Marcelo suc. de v. Provincia de La Rioja» (27/12/1990, LL 1991-D-518); «Rickert, Hugo N. y otros v. Ferrocarriles Argentinos» (4/12/1990); «Cassin, Jorge H. v. Provincia de Santa Cruz» (31/10/1994); «Cacace, Josefa E. v. MCBA.» (Fallos 318:1987, 19/10/1995); «Tisera, Horacio F. v. BCRA.» (30/5/1996, JA 2000-III, síntesis); «Steiman, Santiago v. Sarrible, Pedro J.» (20/8/1996, JA 2000-III, síntesis); «Bustos, Julio v. Servicios Especiales S. Antonio» (Fallos 319:1479, 20/8/1996); «Antedoro, Antonio D. v. INPS.» (Fallos 319:2867, 10/12/1996); «Busquets de Vítolo v. Provincia de Mendoza» (13/8/1998, JA 1999-

«... el fundamento de las leyes de emergencia es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial, como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones, a la vez que atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto»⁷⁰.

«Aunque la emergencia no puede crear un poder que nunca existió, ella puede proporcionar una razón para el ejercicio de poderes existentes ya gozados»⁷¹.

«La emergencia, se ha destacado repetidamente, no crea potestades ajenas a la Constitución Nacional, pero sí permite ejercer con mayor hondura y vigor las que ésta contempla, llevándolas más allá de los límites que son propios de los tiempos de tranquilidad y sosiego»⁷².

«Corresponde a los poderes del Estado proveer todo lo indispensable para salvaguardar el orden público o bienestar

I-517); «Gutierrez, Alberto v. Ferrocarriles Argentinos» (Fallos 321:1984, 13/8/1998). «Guida, Liliana v. Poder Ejecutivo Nacional» (Fallos 323:1526, 2/6/2000, JA 2000-III-192, LL 2000-D-367); «Asociación del Personal del INTA y otros v. Poder Ejecutivo Nacional» (19/10/2000, LL 2001-B-1); «Bieler Vda. de Caraballo, Nelly E. y otros v. Provincia de Entre Ríos y otro» (Fallos 323:4205, 21/12/2000); «Smith, Carlos A. v. Poder Ejecutivo Nac. o Estado Nac. - Banco de Galicia s/solicita intervención urgente» (1/2/2002, JA del 20/2/2002, ED del 13/2/2002, LL del 4/2/2002); CS, 26/10/2004. - «Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/amparo» - [ED, 210-45]; G. 2181. XXXIX. «Galli, Hugo Gabriel y otro c/ PEN - Ley N° 25.561 - Decretos N° 1.570/01 y 214/02 s/ amparo sobre Ley N° 25.561», 05-04-2005 (La Ley 2005-C, 32). Los precedentes argentinos están inspirados en antecedentes jurisprudenciales norteamericanos tales como: «*Munn v. Illinois*» (94 U.S 113, 1876), «*Noble State Bank v. Hankell*» (219 U.S, 1911), «*Block vs. Hirsh*» (256 U.S 135, 1921); «*Home Building and Loan Association v. Blaisdell*» (290 U.S 398, 1934), «*Nebbia v. New York*» (291 U.S 502, 1934); «*Schechter Poultry Corp v. United States*» (295 U.S 495-935); «*West Coast Hotel v. Parrish*» (300 U.S 379, 1937); «*Veix v. Sixth Ward Building*» (310 U.S 32-1940); «*Wickard v. Filburno*» (317, U.S 111-1942).

⁷⁰ Corte Sup., 2/6/2000, «Guida, Liliana v. Poder Ejecutivo Nacional», JA 2000-III-192 y Fallos 136:161, 313:1513 y 317:1462.

⁷¹ Corte Sup., 21/6/1957, «Perón, Juan D.», Fallos 238:76, JA 1957-III-65.

⁷² Corte Sup., «Nadur, Amar v. Borelli», JA 1959-III-459.

general, lo que significa atender a la conservación del sistema político y del orden económico, sin los cuales no podría subsistir la organización jurídica sobre la cual reposan las libertades individuales»⁷³.

Cuando se configura una situación de grave perturbación económica social o política, que representa máximo peligro para el país, el Estado democrático tiene la potestad y aún el imperioso deber de poner en vigencia un derecho excepcional⁷⁴, es decir, un conjunto de remedios extraordinarios⁷⁵ destinados a asegurar la autodefensa de la comunidad y el restablecimiento de la normalidad social que el sistema político de la Constitución requiere⁷⁶.

- La variación de la jurisprudencia de la Corte Suprema en torno a la Ley 25.561⁷⁷

El 1° de febrero de 2002 la Corte Suprema falló -en anterior composición- en la causa «Smith»⁷⁸ declarando la inconstitucionalidad del Decreto N° 1.570/2001 (de necesidad y urgencia). Luego de reproducir la totalidad de los precedentes donde forjara la doctrina de la emergencia, expuso una serie de consideraciones en torno a los límites del ejercicio del poder de policía por tal motivo, en especial la razonabilidad, ponderando especialmente que con aquella norma se habían violado los derechos adquiridos de quienes efectuaron sus depósitos al amparo de la Ley 25.466 que garantizaba su intangibilidad.

Así, en el voto de la Mayoría sostuvo en el Considerando 12°):

⁷³ Corte Sup., 13/8/1998, Fallos 321:1984.

⁷⁴ Fallos 246:237.

⁷⁵ Fallos 238:76.

⁷⁶ Corte Sup., 27/12/1990, «Videla Cuello, Marcelo s/sucesión de v. Gobierno de La Rioja s/daños y perjuicios», JA 1991-I-534.

⁷⁷ Analizaré aquí sólo algunos casos, los que estimo más relevantes al objeto de esta tesis.

⁷⁸ Fallos 325:28.

«... Que, en tal sentido, cabe recordar que esta Corte ha establecido que *la facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o extinción de los derechos, no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente, cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran un justo paliativo* (Fallos: 316:1551; 318:1531 y sus citas y 1749, entre otros). De igual modo el Tribunal subrayó que *cuando bajo la vigencia de una norma el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en ella para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay **derecho adquirido**, porque la situación jurídica general creada por esa normativa se transforma en una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto que, como tal, se hace inalterable y no puede ser suprimida por ley posterior sin agravio del derecho de propiedad consagrado por el art. 17 de la Constitución Nacional (confr., entre muchísimos otros, Fallos: 314:1477; 316:2090 y 317:1462)»⁷⁹.*

Analizando la conducta del Estado con el dictado del DNU, y su contradicción con la Ley de Intangibilidad de los Depósitos, expresó en el Considerando 14):

«... Que, a la luz de los criterios jurisprudenciales mencionados se aprecia que *en el caso, el actor ha sido víctima de la vulneración de su patrimonio, toda vez que la constitución de sus depósitos había sido efectuada bajo la vigencia de un régimen que garantizaba su inalterabilidad*. Tal garantía, además, se había visto recientemente reforzada mediante las disposiciones de la ley 25.466 que, con carácter de orden públi-

⁷⁹ En el Considerando 13) agregó: «Que, en análogo orden de consideraciones, esta Corte señaló que *ni el legislador ni el juez podrían, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior ya que, en ese caso, **el principio de no retroactividad deja de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad reconocida por la Ley Suprema*** (Fallos: 319:1915; 320:31; 1796 y 2157)».

co, consagró la intangibilidad de los depósitos, definiendo tal intangibilidad como la imposibilidad por parte del Estado de alterar las condiciones pactadas entre los depositantes y la entidad financiera, así como la prohibición de canjearlos por diferentes activos del Estado Nacional, de prorrogar su pago, o de reestructurar su vencimiento (arts. 1° a 4°), circunstancias que exceden en mucho las que se presentaron por cierto en la causa «Peralta» (La Ley, 1991-C, 158) que se registra en Fallos: 313:1513. Ante ese cuadro de situación, tanto las restricciones impuestas por el decreto 1570/01 y sus posteriores reglamentaciones, como por la ley 25.661 de Emergencia Pública, en cuanto suspende la aplicación de la referida ley de intangibilidad (art. 15), han provocado una incuestionable modificación de las condiciones y presupuestos tenidos en mira por ahorristas e inversores al tiempo de efectuar sus operaciones bancarias lo que apareja un evidente desconocimiento de sus derechos adquiridos y, por consiguiente, una profunda e injustificada lesión a su derecho de propiedad».

Finalmente, en punto al principio de razonabilidad -entendido en el caso como adecuación de medios a fin- como límite al ejercicio del poder de policía de emergencia, y su trasgresión en el caso, sostuvo en el Considerando 15):

«... Que, por lo demás, una justa apreciación del medio concreto elegido por la administración como paliativo de la crisis a fin de decidir sobre su razonabilidad, no puede ser examinada con prescindencia del conjunto de las medidas adoptadas. Desde tal enfoque, es menester destacar que la imposibilidad de disponer íntegramente de los ahorros e inversiones es solo una de las variadas restricciones al uso y goce de los recursos monetarios amparados por el derecho a la propiedad desde que la generalidad de las personas físicas y jurídicas ven cercenadas también la libre disponibilidad a la extracción íntegra de los importes correspondientes a remuneraciones y jubilaciones. Todo ello sumado a la modificación del régimen cambiario -extremo que a esta Corte no le compete juzgar desde que no es materia de debate en el presente y en tanto el control de constitucionalidad no comprende la facultad de sustituir a la administración en la determi-

nación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad- provoca un generalizado menoscabo en la situación patrimonial del conjunto social. Frente a tan singular situación, *la restricción imperante en relación con los depósitos bancarios adolece de irrazonabilidad toda vez que no se advierte la proporcionalidad entre el medio elegido y el fin propuesto con su implementación para conjurar la crisis ya que no significa una simple limitación a la propiedad sino que, agregada al resto de las medidas adoptadas, coadyuva a su privación y aniquilamiento. El efecto producido por las normas impugnadas excede, pues, el ejercicio válido de los poderes de emergencia ya que aun en estas situaciones, como se recordó más arriba, el Estado no puede válidamente transponer el límite que señala el art. 28 de la Constitución Nacional y preterir su inexcusable rol como gestor del bien común.* La norma en cuestión afecta, por tanto, en forma directa e inmediata las garantías reconocidas por los arts. 14 bis y 17 de la Constitución Nacional así como las previsiones del art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica».

Con la misma integración, en fecha 5 de marzo de 2003 falló en la causa «Provincia de San Luis c. Estado Nacional»⁸⁰, donde ahondando en los conceptos ya señalados en la causa «Smith», concluyó declarando inconstitucional no sólo al D.N.U. N° 1.570/02, sino también el Decreto Delegado N° 214/2002, conocido como de «pesificación», este último por exceso en las facultades delegadas por Ley 25.561.

De las argumentaciones vertidas, resultan importantes aquéllas donde se alude a la «confianza», a la «seguridad jurídica» y a los «derechos adquiridos».

Así, en el Voto de la Mayoría, se lee en el Considerando 47°) «*Que el sistema jurídico impugnado, fundado en la emergencia, ha arrasado lisa y llanamente con la garantía*

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 5/3/2003: «Provincia de San Luis c/ Estado Nacional», Fallos 326:417.

constitucional de la propiedad y destruido -como se apuntó- el presupuesto, también constitucionalmente establecido, de la seguridad jurídica con total olvido de que cuando se recurre a los poderes de emergencia se lo hace con el objeto de amparar y defender el orden preestablecido pues ella no suprime la legitimidad constitucional sino que la garantiza por vía de remedios extraordinarios...».

Luego expuso en el Considerando 48º) «... Que, reiteradamente, esta Corte ha señalado que *el contenido del derecho constitucional de propiedad se vincula con la noción de derechos adquiridos, o sea, de derechos definitivamente incorporados al patrimonio de una persona* (Fallos: 312:1121). De ahí que también el Tribunal haya sostenido que *«cuando bajo la vigencia de una ley un particular ha cumplido todos los actos y obligaciones sustanciales y requisitos formales previstos en ella para ser titular de un derecho, debe tenérselo por adquirido, y es inadmisibles su modificación por una norma posterior sin agraviar el derecho constitucional de propiedad»* (Fallos: 296:737; 299:379; 303: 1835 y 1877; 307:305). En el sub examine, el depósito había sido efectuado bajo la vigencia de la ley 25.466 (B.O. 25 de septiembre de 2001) que *garantizaba categóricamente su inalterabilidad (art. 1º) y cuyas disposiciones, de orden público (art. 3º), tenían por finalidad -como se dijo supra- crear un ambiente de confianza en el sistema financiero que se encontraba debilitado* (confr. Antecedentes Parlamentarios, t. 2001, p. 2394). La situación jurídica por cuyas consecuencias se ha demandado en el caso quedó, pues, consolidada en lo sustancial, en virtud de dicho régimen *generando, innegablemente, derechos adquiridos en cabeza de la actora...»*. Puntualizó luego distanciándose de lo sucedido en ocasión de enjuiciar el caso «Peralta», y aludiendo a la normativa sancionada luego de que fallara en «Smith», que *«... la normativa posterior ha venido a resquebrajar aún más el ya debilitado derecho de la actora a disponer de su propiedad*. Las consideraciones precedentes ponen de manifiesto las *evidentes diferencias entre la situación aquí debatida y la que esta Corte tuvo en mira al juzgar en la causa registrada en*

Fallos: 313:1513 (Peralta)».

En el Considerando 49°, efectuando una vinculación entre derecho adquirido y seguridad jurídica, y los presupuestos de esta última, expresó:

*«... Que la noción de derecho adquirido se encuentra inescindiblemente ligada a la de seguridad jurídica. Esta no es sino el resultado del acatamiento de las normas que imperan en el Estado de Derecho las que deben ser respetadas por los poderes públicos con el fin de procurar su vigencia real y no solamente formal. La actuación efectiva de las **reglas preestablecidas** genera así un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de éstos sea previsible y, en caso contrario, que haya quien, con potestad suficiente, pueda corregir el error y responsabilizar eficazmente al transgresor. La seguridad jurídica, que es imperiosa exigencia del régimen de la propiedad privada, se resentiría gravemente si fuera admisible dejar sin reparación los efectos de una norma dictada con el objeto de lograr una finalidad precisa -inducir al mantenimiento de los depósitos bancarios-, y luego desconocerla, pretendiendo cancelar los efectos de aquel acatamiento y los que de ellos derivaron, ocasionando así grave trastorno a las relaciones patrimoniales...»⁸¹.*

⁸¹ Es interesante cómo en el Considerando 50° refiere a la coincidencia de lo que aquí se decidiera por parte de los tres poderes del Estado Nacional, diciendo al respecto: *«... Que cabe agregar, en cuanto hace a la decisión que se adopta, que los tres poderes de Estado coinciden en la solución a que se arriba. El Congreso, según la ley 2 5.561, dispuso «preservar el capital perteneciente a los ahorristas», amparo que abarca a «los depósitos efectuados en divisas extranjeras» (art. 6°). El Poder Ejecutivo ha reconocido el derecho de los ahorristas a recuperar su crédito en la moneda de origen, no solo en el decreto 214/2002 (art. 9°, si bien con un máximo de U\$S 30.000), sino también en los decretos 494/2002, 620/2002 y finalmente los decretos 905/2002 y 1836/02, regímenes en los que se subyace un reconocimiento del derecho a recuperar el crédito en divisas, única explicación posible de*

Por su parte, el entonces Presidente Dr. Nazareno, en su voto separado, hizo referencia a la necesidad de «coherencia» y al principio de «confianza», en los siguientes términos, dentro del Considerando 45°):

«... Que, como reflexión final en cuanto concierne a lo decidido sobre el planteo de inconstitucionalidad, es menester recordar que este Tribunal ha insistido en que *los jueces no pueden prescindir en la interpretación y aplicación de las leyes de las consecuencias que derivan de cada criterio*, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su *razonabilidad y coherencia con el sistema en que está engarzada la norma* (Fallos: 234:482; 302:1284, entre muchos más). Si bien es cierto que, en las circunstancias del caso, *las medidas adoptadas en el marco de la emergencia caen dentro de la discrecionalidad de los otros poderes del Estado, esta proposición es tan incuestionable como la que postula que, por imperio de la Constitución, también dichos poderes deben arreglar su proceder a elementales criterios de razonabilidad, en cuanto imponen que los medios empleados resulten equitativos y justos*. Por ello, frente a disposiciones de aquellos departamentos que no respeten tal presupuesto insoslayable, es igualmente irrefutable la regla que impone el *deber imperioso e indeclinable de la justicia de restituir el orden vulnerado, también en cumplimiento estricto de su deber constitucional*. Debe ser suficientemente subrayado, pues, que no corresponde al Poder Judicial delinear el derrotero de la legislación ni de la administración general de la República. *Tampoco es el responsable de las consecuencias del error, exceso o irrazonabilidad en que puedan incurrir los poderes a quienes, en efecto, les incumben tales tareas*. Pero, llamado a intervenir por petición de parte legitimada, *no puede permanecer inmutable ni convalidar actos que han afectado garantías supe-*

su existencia. Por último, el Poder Judicial, en un sinnúmero de sentencias dictadas con fundamento en el precedente «Smith» (Fallos: 325:28), con una jurisprudencia uniforme que abarca todas las instancias. Todo ello consolida una única visión -con matices- de los tres poderes respecto del planteo sub examine, coincidente en lo básico con el resultado al que aquí se llegó».

riores, so pena de desconocer el mandato constitucional que le ha sido conferido, cuando, como ha ocurrido en el caso, bajo la faz de la emergencia se ha avasallado el orden constitucional. Así lo requiere la alta misión que corresponde a los integrantes del Poder Judicial y la necesaria confianza que, como lo demuestra la inusitada cantidad de acciones análogas promovidas, en él han depositado los ciudadanos e instituciones del país en aras del bien común y de la paz social (Fallos: 300:1282)».

Ya con una integración parcialmente modificada, en octubre de 2004 la Corte falló en el caso «Bustos»⁸², donde para justificar la decisión de validar la constitucionalidad de las normas de emergencia otrora tachadas de inconstitucionales, expresó -entre otras consideraciones- que si bien las primeras medidas adoptadas en el inicio de la grave crisis del sistema financiero que se desencadenó a fines de 2001 pudieron ser pasibles de reproche jurídico por el grado de afectación de los derechos individuales, el Estado adoptó paulatinamente mecanismos que permitieron destrabar una crisis de inusitadas proporciones, por lo que no es ilegítima la regulación emanada de dicho plexo normativo ni tampoco se aniquiló el derecho de propiedad de los depositantes, máxime si se tiene en cuenta que no existe habitante que no haya sufrido las consecuencias de la aludida crisis económica, financiera, institucional y social⁸³.

Llegamos así a finales del año 2006, y ya con la integración actual, el Alto Tribunal falló en la causa «Massa»⁸⁴, don-

⁸² Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26/10/2004, «Bustos, Alberto R. y otros c/ Estado nacional y otros», Fallos 327:4495.

⁸³ Del dictamen del Procurador General que la Corte, por mayoría, hace suyo.

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/12/2006, Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional, Fallos 329:5913. La Corte pone fin en el caso «Massa» a la cuestión relativa a la pesificación de los depósitos del sistema financiero. A tal efecto, establece la regla según la cual la conversión a pesos debe efectuarse a la relación de \$ 1,40 por cada dólar estadounidense, ajustado por el CER hasta el momento de su pago, más la aplicación sobre el monto así obtenido de intereses a la tasa del 4% anual, no capitalizable. Con

de no obstante validar las normas de emergencia, arribó a una solución que, en los hechos, implicaba otorgar a los ahorristas el monto similar al que hubiesen obtenido si se hubiese declarado la inconstitucionalidad, pues ordenó devolver el depósito en moneda nacional a la relación \$ 1,40 por cada dólar estadounidense, ajustado por el Coeficiente de Estabilización de Referencia hasta el momento de su pago, más la aplicación de intereses a la tasa del cuatro por ciento anual no capitalizable⁸⁵, debiendo computarse, como pagos a cuenta, las sumas entregadas por la entidad depositaria a lo largo del pleito⁸⁶.

En materia de mutuos hipotecarios pesificados, la Corte falló durante el año 2007 en los casos «Rinaldi» Fallos 330:855, «Grillo» (Fallos 330:2902) y «Souto de Adler» (Fallos 330:3593), pronunciándose afirmativamente sobre la constitucionalidad de la pesificación de mutuos con garantía hipotecaria, pactados originariamente en moneda extranjera, y, asimismo, su refinanciación en los términos de la ley 26167⁸⁷.

ello, deja de lado la doctrina del caso «Bustos», de la cual sólo participa con relación a la constitucionalidad del bloque legislativo de emergencia que fundamenta jurídicamente la pesificación, «sin perjuicio de lo que se opine sobre su conveniencia», según lo señala expresamente en el considerando 21. La doctrina sentada en «Massa» se consolida a través de numerosos fallos posteriores y, de modo definitivo, en Sentencia del 18/9/2007, *in re*: “Wainhaus, Mario y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 330:4101, en el cual el Máximo Tribunal establece el criterio seguido para pronunciarse en aquella oportunidad: *«la solución allí adoptada reviste el carácter de una respuesta institucional, dada por la Corte como cabeza del Poder Judicial de la Nación en aras del elevado propósito de poner fin a un litigio de indudable trascendencia institucional y social y de inusitadas características»*.

⁸⁵ Criterio luego reiterado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fecha 6/3/2007, causa Piriz, María M. c/ Poder Ejecutivo Nacional, Fallos 330:331.

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28/8/2007, Kujarchuk, Pablo F. c/ Poder Ejecutivo Nacional, Fallos 330:3680.

⁸⁷ Se trataban de mutuos hipotecarios celebrados entre particulares, en los que se encontraba comprometida la vivienda única y familiar del deudor, cuyo monto inicial, destinado a la compra, construcción o mejora de esa vivienda, haya sido de hasta U\$S 100.000, y que la mora hubiera acaecido entre el 1 de enero de 2001 y el 11 de septiembre de 2003.

En el *leading case* «Rinaldi», se trató de una sentencia que establecía el monto del crédito, de acuerdo con las normativa de emergencia, pero que no se encontraba firme. En consecuencia, declarado admisible el crédito en litigio por el agente fiduciario, se aplica el esfuerzo compartido según los límites previstos en la ley de referencia: el 30% de la diferencia entre el valor del dólar a la fecha de liquidación y el 1 x 1 vigente al celebrarse el contrato, más un interés del 2,5% anual.

En «Grillo», se cuestiona la aplicación de la ley mencionada a una sentencia que dispuso la transformación del capital adeudado por aplicación del principio del esfuerzo compartido, pero, que se encuentra firme y pasada en autoridad de cosa juzgada. En este caso, el Máximo Tribunal resuelve que la doctrina «Rinaldi» resultaba inaplicable, dado el status constitucional de la cosa juzgada. No obstante, admite, por aplicación de los arts. 7° y 15 de la ley 26.167, la posibilidad de que el deudor opte por cancelar con fondos propios la diferencia entre la liquidación resultante de la sentencia firme y, el resto, mediante la utilización del fondo fiduciario, dado que el crédito había sido declarado elegible.

Finalmente, en el caso «Souto de Adler», el rasgo distintivo es la existencia de una sentencia firme, pasada en autoridad de cosa juzgada, la cual mandaba llevar adelante la ejecución por el capital reclamado en dólares, pero, su dictado había tenido lugar con anterioridad a la legislación de emergencia. Por ende, ésta no había sido objeto de consideración por los jueces de la causa. Atento dicha circunstancia, la Corte resuelve que la ley 25561 y las sucesivas normas dictadas en consecuencia resultaban aplicables, ya que no habían contemplado como excepción el supuesto en debate. En este sentido, interpreta que el art. 3° de la ley 25890, en cuanto dispuso no modificar situaciones ya resueltas por acuerdos privados o sentencias judiciales, se refiere a aquellas concluidas en virtud de la autonomía contractual de las partes o por decisiones jurisdiccionales, pero, estando vigentes las leyes en cuestión. Por tal motivo, decide que resulta aplicable la doctrina «Rinaldi», tanto con relación al reajuste de las prestaciones como al régimen de refinanciación hipotecaria, en cuan-

to el mutuo base de la ejecución encuadraba dentro de las previsiones de la ley 26167.

Sobre finales de 2007, la Corte falla en la causa «Longobardi»⁸⁸, donde a diferencia de lo acontecido en el caso «Rinaldi», no está en juego la vivienda única y familiar del deudor de un mutuo hipotecario de hasta u\$s 100.000, sino que se trata de de un mutuo, por un valor que excede los U\$S 250.000, garantizado con hipoteca sobre un inmueble que, como dijimos, no reviste el carácter de vivienda única, permanente y familiar, y no se encuentra configurada ninguna de las excepciones regladas en los arts. 2 y siguientes de la ley 25713.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, resolvió que la solución con mayor aptitud para el resguardo de los derechos constitucionales de las partes es la aplicación la doctrina del esfuerzo compartido que postula la distribución proporcional entre las partes de la carga patrimonial originada en la variación cambiaria. En consecuencia, dispuso la conversión a pesos el capital reclamado en moneda extranjera a razón de un peso por dólar estadounidense más el 50% de la brecha existente entre un peso y la cotización de la mencionada divisa en el mercado libre de cambio -tipo vendedor- del día de pago -dejando a salvo la posibilidad de utilizar el coeficiente de actualización (CER), si arroja un resultado superior-, más una tasa de interés del 7,5% anual, no capitalizable, entre moratorios y punitivos desde la fecha en que se produjo la mora y hasta la del efectivo pago⁸⁹.

Asimismo, la Corte Suprema consideró inaplicable la pesificación a los depósitos judiciales en las causas «Yacuiba»⁹⁰

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18/12/2007, Longobardi, Irene Gwendoline y otros c/ Instituto de Educación Integral San Patricio S.R.L., Fallos 330:5345.

⁸⁹ Asimismo, la mayoría consideró aplicable el modo de conversión establecido en «Longobardi» a un seguro de vida alcanzado por las normas de emergencia, al dictar sentencia en el caso «Vaisman» (Fallos 332:1082).

⁹⁰ En la causa «Ismael Olivares y Timbo S.A.C. s/inc. de extensión de quiebra en: Yacuiba S.A. s/quiebra», 2/12/2004, La Ley 2005-A, 281 - ED 211, 250, consideró arbitraria la sentencia de la Cámara de apelaciones que con-

y «EMM»⁹¹, exponiendo en esta última que la «pesificación» de los depósitos bancarios -art. 2º, decreto 214/2002- no puede interpretarse como comprensiva de los «depósitos judiciales», sino que se restringe a los contratos de depósito, debiendo considerarse que el fenómeno de la custodia -caracterizado por la entrega de un bien a otro sujeto para que sea restituido a su dueño- comprende un espectro muy amplio de situaciones jurídicas de fuente convencional, legal o judicial, sin que corresponda entender que la ley se aplica a un género -es decir, el de los depósitos- que no existe como tal.

Finalmente, resta exponer que en punto a la pesificación dispuesta de los títulos públicos y bonos de consolidación, lo resuelto por el Alto Tribunal en las causas «Galli»⁹² y «Viplán»⁹³, donde expresó -en síntesis- que la decisión del decreto 471/2002 del Poder Ejecutivo Nacional de convertir a pesos los títulos de la deuda pública nacional, provincial y municipal emitidos en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera cuando la ley aplicable sea sólo la argentina, no vulnera el principio constitucional de razonabilidad en un contexto donde no hay habitante que no haya sufrido las consecuencias de la emergencia, siendo que se previeron mecanismos de compensación tales como la aplicación del Coeficiente de Estabilización de Referencia a fin de resguardarlos

firmó lo decidido por el inferior al ordenar al Banco de la Ciudad de Buenos Aires se abstuviera de «pesificar» un depósito efectuado en dólares en una quiebra, por cuanto el sentenciador no se había hecho cargo, en debida y suficiente forma, de las argumentaciones vertidas en el recurso de apelación, en lo que hace a la competencia del tribunal, que fuera impugnada por el recurrente con fundamento en las leyes 7 y 189 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la ley 24.522 y en las leyes federales 24.588 y 25.587.

⁹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/3/2007, EMM S.R.L. c/ Tía S.A., Fallos 330:971.

⁹² Corte Suprema de Justicia de la Nación, 5/4/2005, «Galli, Hugo G. y otro c/ Estado Nacional», Fallos Corte: 328:690.

⁹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10/10/2006, «Viplán S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ Banco Central de la República Argentina». Fallos 329:4309.

de los efectos de la inflación interna y el reconocimiento de intereses a tasas diferentes de acuerdo con los distintos tipos de obligaciones, lo cual trae aparejado el abandono del sistema de convertibilidad de la ley 23.928⁹⁴.

⁹⁴ Criterio reiterado en Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2/3/2010, Caraballo, Jorge Oscar y otros c/ Policía Federal Argentina y otro, Fallos 333:138.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

Del análisis efectuado en los capítulos precedentes, puedo extraer diversas conclusiones:

1. Respecto a lo que constituyera la **tesis** propugnada al inicio, en la que expuse que *«El Estado -latu sensu-, no puede dejar sin efecto sus actos generales (leyes, reglamentos) o particulares (actos administrativos) de manera ilimitada, ni tampoco desconocer las prácticas administrativas y/o criterios jurisprudenciales sin un debido fundamento, sino sólo puede hacerlo bajo ciertas condiciones¹, respetando las expectativas razonables creadas en los habitantes respecto del mantenimiento de las normas, actos y conductas reveladoras de una posición inequívoca»*, puedo afirmar que la misma resulta corroborada, aunque no puedo decir que en ello se encuentra plasmado el concepto de «confianza legítima».

2. En cambio, he advertido del análisis de la jurisprudencia fundamentalmente que cuando se utiliza la noción bajo el rótulo de confianza, confianza legítima, expectativas legítimas o expectativas razonables -entre otros-, no se está apli-

¹ Esas condiciones, podrían ser -como dije al inicio- tentativamente que: a) que el órgano que dispone el cambio sea el competente; b) que con el cambio no se desconozcan los derechos adquiridos al amparo del régimen anterior; c) que la nueva norma no desconozca compromisos unilaterales asumidos por el Estado; d) que la norma sea derogada luego de haber permanecido en vigencia durante un lapso razonable, y e) que su modificación sea precedida de la debida información y discusión.

cando el mentado principio, sino más bien la solución del caso pertinente se subsume en algún instituto arraigado a nuestro derecho, sea la «doctrina de los propios actos», la protección de los «derechos adquiridos» a través de la garantía constitucional de la propiedad, o de la «responsabilidad estatal por actos lícitos», ámbito en el que resulta necesario el «perjuicio especial»². No he detectado en el derecho argentino genuinos supuestos donde pudiera aplicarse el principio germánico.

Tanto de los casos analizados en esta tesis doctoral³, como los que he omitido deliberadamente⁴, advierto que la refe-

² Aun en casos como el del «corralito», «pesificación» y «reprogramación» de los depósitos bancarios dispuestos por la normativa de emergencia, donde sostuve que se trata de un daño general que impactó respecto de todos los ciudadanos, y que por tal motivo no cabría responsabilizar al Estado, es importante señalar que en su voto en el caso «Massa» (Fallos 329:5913), el Dr. Fayt sostuvo que «... el hecho de que en el marco de una acción de amparo se resuelva que la entidad bancaria demandada deba abonar a la actora su depósito convertido a pesos -incluyendo los intereses pactados-, a la relación de \$1.40 por cada dólar, ajustado por el CER, más los intereses calculados a la tasa del 4% anual, **no obsta a que el ahorrista que haya padecido perjuicios en virtud de la indisponibilidad del capital durante un prolongado lapso pueda reclamar su indemnización a través de un juicio posterior que persiga tal objeto...**», donde necesariamente deberá probar la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad estatal por actos lícitos.

³ Así, por ejemplo, en el caso «Ramos» (Fallos 333:311), cuando sostuvo la Corte que «... el comportamiento del Estado Nacional tuvo aptitud para generar en Ramos una **legítima expectativa** de permanencia laboral que merece la protección que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el «despido arbitrario», y configura **conducta ilegítima**, que genera su responsabilidad frente al actor y justifica la procedencia del reclamo indemnizatorio», ingresa en el campo de la responsabilidad estatal por actos ilícitos, para cuya procedencia la Corte exige que (a) éste haya incurrido en una falta de servicio (artículo 1112 del Código Civil), (b) la actora haya sufrido un daño actual y cierto, (c) exista una relación de causalidad entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue («Parisi de Frezzini, Francisca c/ Laboratorios Huillen y otros», Fallos: 332:2328, reiterado en caso «Morrow de Albanesi, Viviana María y otros c/Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Ext., Comercio Internacional y Culto s/daños y perjuicios.», del 17/08/2010 (La Ley 13/09/2010).

⁴ En buena parte por razones vinculadas a la extensión de la tesis, pues he considerado relevante tratar otros temas. No obstante, a modo de ejem-

rencia ha sido más semántica que dogmática acerca de la gravitación del instituto analizado, pues encuentran su respuesta en nuestro derecho en alguna de las instituciones afines y arraigadas suficientemente, lo que me lleva a sostener para ellos el auxilio a la mentada figura resulta irrelevante.

Es notable que no sólo los tribunales, sino los propios litigantes arguyen la mentada institución en sus planteos, y en tales supuestos, la solución del tribunal deberá efectuarse por aplicación de la figura que corresponda⁵. Allí comparto la

plo, en el fallo del 31/08/2010, causa «Bea, Héctor y otro c. Estado Nacional Secretaría de Turismo (La Ley 13/09/2010), la Corte, aludiendo al deber de información que el Estado Nacional tenía sobre los riesgos existentes en el lago artificial sometido al dominio del Estado Nacional y en el marco del turismo social y escolar, y un deber de seguridad consistente en adoptar todas las medidas necesarias para evitarlos, dado que la Secretaría de Turismo de la Presidencia de la Nación propició un plan de turismo social con el objeto premiar el esfuerzo de alumnos que finalizan el ciclo primario y ofreció la posibilidad de poder contar con un período de vacaciones en unidades turísticas como la existente en Chapadmalal a niños que contaran entre once y trece años, sostuvo que «... *Ello generó una **razonable expectativa de confianza** en que se les estaba ofreciendo un lugar seguro*» (Considerando 14°).

En materia de responsabilidad por daños en materia de transporte ferroviario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en causa del, 22/4/2008, Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A., Fallos 331:819, «... *Que los prestadores de servicios públicos deben cumplir sus obligaciones de **buena fe** que, en el caso, exige un comportamiento que proteja las **expectativas razonables** que se crean en la otra parte, entre las cuales está la de preparar el descenso de modo que nadie más sufra daños...*» (Considerando 9°); y 9/3/2010, Uriarte Martínez, Héctor Víctor y otro c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros, Fallos 333:203, puntualizó que «... *se está en presencia de una empresa que explota una actividad riesgosa y, en tanto presta un servicio público, debe cumplir con sus obligaciones de **buena fe** que, en el caso, exige un comportamiento que proteja las **expectativas razonables** que se crean en la otra parte, entre las cuales está la de adoptar los mecanismos mínimos que impidan sucesos infortunados...*» (Considerando 10°).

⁵ Por ejemplo, en la causa «Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones S.A. c/ Mendoza, Provincia de s/ acción declarativa» del 9/5/2006 (MJJ7887), la Corte consideró que correspondía «... ***rechazar el agravio de la actora referente a la lesión de la confianza legítima del contribuyente, por cuanto en el sub iudice aquello que -en lo substancial-***

crítica de Balbín, si bien respecto del sistema del CIADI, pero aplicable a los tribunales domésticos cuando alertaba, respecto de cómo procedían los árbitros internacionales, diciendo que habitualmente aplican el derecho internacional o principios sin mayor sustento, con exclusión del derecho público interno⁶, evidenciando así el peligro cierto -determinante de inseguridad jurídica, paradójicamente- que se generaría cuando se quisiera importar un principio para resolver un caso que en el derecho argentino posea una solución autóctona⁷.

3. Lo propio cabe decir de supuestos que involucran el ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración, sea en su propia sede o mediante la promoción de la correspondiente acción de lesividad⁸, incluyendo la suspensión cautelar de los efectos del acto reputado nulo, instituto que encuentra en el derecho argentino solución a través de institutos propios, perfectamente reglados, e incluso previstos pretorianamente antes de su regulación legal (vgr., caso

resulta impugnado por esa parte bajo dicho nomen iuris es una reforma legislativa motivada en razones de política fiscal propias de las facultades privativas de la provincia demandada, sobre la que no corresponde pronunciarse al Poder Judicial, salvo en caso de tacha de inconstitucionalidad...».

⁶ Citado en Nota 108 del presente.

⁷ Remito allí al análisis que efectuara del caso «Valdez» del Superior Tribunal correntino, donde aplicara la doctrina de los actos propios por todo concepto, luego felizmente reparado en la causa «Parrilla El Mirador», también analizado. No se trata de un principio importado, sino de un «principio» cuando para su solución existen «reglas imperativas», donde el peligro señalado coincide.

⁸ Recuerdo y comparto plenamente lo que decía GARCÍA LUENGO acerca de la falacia que supone la exigencia de la acción de lesividad, a la que se atribuye un carácter garantista, lo que en realidad constituye un espejismo, a lo que señalo que a la postre, el acto podrá resultar invalidado judicialmente, por lo que se trata de una asignación de competencias, pero no se puede predicar la existencia de un verdadero derecho derivado de un acto ilegítimo, ni tampoco debiera -la jurisprudencia- ser tan rigurosa en tal sentido, pues nadie debería beneficiarse de lo ilegal.

«Carman de Cantón»), donde la utilización del principio de la confianza legítima carece de gravitación, y mucho menos la doctrina de los actos propios, pues precisamente la Administración puede -y debe- alegar su propia torpeza en estos casos⁹. Aún si los efectos de la revocación son o no retroactivos, si no lo fueran, sea por la teoría del enriquecimiento sin causa¹⁰ -en el caso del funcionario de facto- sea por la aplicación analógica de normas civiles sobre el principio de buena fe, encuentran en él una respuesta sin necesidad de importar instituto alguno.

4. Respecto al instituto de los derechos adquiridos, tanto en materia jubilaria como en las relaciones de fomento, o en el revalúo inmobiliario -donde no existe técnicamente un contrato-, reafirmo que la solución se encuentra dentro de la generosa noción que del derecho de propiedad ha edificado la Corte Suprema¹¹, que llegue a configurar el supuesto de un derecho adquirido; de lo contrario, habrá una mera expectativa. Difícilmente pudiera existir un supuesto intermedio entre la mera expectativa y el derecho adquirido, y en ese caso, sería quizás un ámbito dónde habría que analizar si el principio de confianza legítima podría tener cabida.

⁹ Ver sobre el punto, además de la doctrina citada, el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad», Revista de Administración Pública N° 20, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1956, p. 69.

¹⁰ Aún en materia contractual administrativa, donde a la rigurosa formalidad exigida en punto a la observancia estricta de la licitación pública parecería haber flexibilizado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Sentencia de 27/12/2006, *in re*: «Cardiocorp S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires» (Fallos 329:5976), sería el principio del «enriquecimiento sin causa» el que solucionaría ese universo de casos donde, no obstante hallarse viciado gravemente por omisión del procedimiento imperativo, se hubiesen realizado prestaciones en beneficio del ente público.

¹¹ Caso «Bourdieu» (Fallos 145:325).

5. En el caso del silencio de la Administración, especialmente en el caso del que tuviera carácter positivo, corroboro lo que señalara en punto a que si lo que el particular peticiona o somete a aprobación resultara ilegal, en ese caso la Administración tendría que revocar un acto administrativo -o promover acción de lesividad- contra un acto presunto positivo. Ello es así pues si puede revocar un acto administrativo expreso, con igual -y mayor- razón puede hacerlo respecto de uno tácito. Pero estamos aquí, nuevamente, en el supuesto de la potestad revocatoria de la Administración, que ninguna vinculación presenta con el principio de confianza legítima. Lo mismo cabe decir de las consultas que pudiera evacuar la Administración, con carácter vinculante o sin él, donde cabe cuanto expuse respecto a la competencia - no puede mediante una consulta excepcionarse una norma imperativa de rango superior, por lo que sea considerado un acto administrativo o un mero pronunciamiento, el mismo resultaría en ese caso ilegítimo y susceptible de ser revocado por la Administración o, en su defecto, por el Poder Judicial mediante la acción de lesividad.

6. En punto al principio de proporcionalidad, entiendo que constituye un variante del principio de razonabilidad, que se ha especificado (señalándose así los filtros de necesidad y adecuación y proporcionalidad). Asimismo, en punto al principio del debido proceso, que en el derecho inglés se lo ubica como la faz adjetiva del principio de confianza legítima, encuentra en nuestro medio respuesta adecuada por el derecho de defensa o, más modernamente denominado de la tutela judicial y administrativa efectivas.

7. También se advierten las notables diferencias con nuestro derecho, donde las simples «promesas» o incluso los simples actos preparatorios carecen de relevancia jurídica, conforme el estándar que abordara en el caso *Exolgan*, cuyos al-

cances van más allá de la esfera contractual administrativa¹², y trasuntan una perfecta expresión acerca de cómo cabe sostener la existencia de un derecho o situación jurídicamente tutelada, reparando en que su fuente hubiese sido un acto jurídicamente relevante para implicar las consecuencias que se intenten extraer¹³, no una promesa, una política pública o -menos aún- una práctica o acto *contra legem*.

8. Estimo que la mayor inconsistencia del principio se produce en la esfera del arbitraje internacional, derivada de la incorporación lisa y llana, vía los Tratados Bilaterales de Inversión y el arbitraje internacional, del principio de confianza legítima o, como se estila denominar en aquél ámbito, de las «expectativas legítimas», especialmente por vincular al instituto dentro del estándar difuso de «trato justo y equitativo». Se omite allí que la fuente de generación de expectativas es el Contrato y, en el campo jus administrativo, el sistema de derecho doméstico bajo el cual se inscribe ese Contrato, que juega un importantísimo control normativo, pues al definir la extensión de los derechos adquiridos por el inversor establece también cual es el régimen jurídico al que se somete voluntariamente, el derecho doméstico define las expectativas legítimas, no el tratado bilateral de inversión.

En ese ámbito es donde cobran mayor evidencia las consecuencias negativas que al sistema jurídico edificado en nuestro derecho doméstico de base continental genera la introducción de un principio del *common law* donde las expectativas presentan una amplitud inconsistente con la imperativi-

¹² En el caso analizado de las habilitaciones comerciales.

¹³ Recuerdo aquí lo dicho por la Corte en el caso «Maruba» (Fallos 321:1784), donde señaló que «... **no corresponde asignar el alcance otorgado por el a quo a la nota remitida a la comitente por la empresa Maruba S.C.A. (fs. 206/208), ya que, mediante ella, no podrían haberse variado legítimamente los aspectos contractuales de la relación y menos aún su contenido reglamentario**, en el que se encuadraba -en el caso de autos- el poder de fijar y modificar las tarifas».

dad que en nuestro régimen se asignan a las normas escritas y a los contratos celebrados en su mérito y regidos por el Derecho Administrativo.

9. Aun asumiendo el carácter relativo de la regla que indica que la ignorancia o error en derecho no sirve de excusa, particularmente severo resulta en el Derecho administrativo ponderar la particular versación técnica y jurídica que cabe presumir de empresarios calificados, sea que se vinculen a través de contratos o se encuentren sometidos especialmente, por la índole de la actividad desarrollada, a un contralor más intenso del Estado. En esos casos, debe gravitar necesariamente para sostener que si no tomaron los recaudos necesarios que toda inversión supone en un país con una historia hiperinflacionaria -por caso-, ha sido producto de su deliberada decisión de asumir los riesgos que de dicho obrar negligente pudieran derivar; de lo contrario, un empresario diligente hubiese adoptado otro tipo de resguardos para garantizar su inversión.

10. Sobre este punto, tomo un claro partido a favor de la respuesta que la Corte Suprema -no así algunos tribunales arbitrales internacionales- asignara a las medidas que adoptara el país en la última crisis económica, respecto a que no puede confundirse el régimen legal de la moneda, como lo fue la convertibilidad, con el otorgamiento en un contrato de una garantía cambiaria. El aserto se encuentra corroborado por lo acontecido en los Estados Unidos en la época del *New Deal*, donde se abandonara el patrón oro, así como la jurisprudencia que validara tal proceder, y de cuyo país provienen muchos de los inversores extranjeros que cuestionaron las medidas argentinas.

11. No puedo sino compartir los postulados en los que se asienta el principio de confianza legítima, fincados en la idea de Estado de Derecho, en la seguridad jurídica, en la buena fe; no obstante, son tales institutos los que concurren para

dar respuesta al universo de casos implicados en nuestro derecho, y no el principio de origen alemán. Lo que no admito, es que se intente -por esa vía- terminar amparando situaciones ilegales, pues aun cuando reconozca la existencia de personas que, por su escaso nivel formativo, pudieran ignorar pormenorizadamente las profusas regulaciones que pudieran dar respuesta real a su eventual reclamo, como abogado debo propender a instaurar la conciencia de acudir a la consulta profesional a fin de despejar las dudas; pero no puede ser la solución que por la subjetiva creencia en la legalidad, el derecho responda otorgando y consolidando un derecho a veces mayor del que se obtendría por los carriles legales. Proceder de ese modo, entiendo, constituye un imperativo ético como buen ciudadano.

Incluso, son las normas de ética pública las que debieran operar efectivamente para sancionar a los funcionarios que infrinjan sus deberes de obrar con lealtad y respeto por los derechos de los ciudadanos.

12. Al respecto, y para finalizar, haré mías las palabras Julio Rodolfo Comadira¹⁴, quien expresara al respecto: «... **La conducta virtuosa no se puede lucir en la función pública si antes no está vigente en la propia convivencia ciudadana. La internalización de una mentalidad transgresora es vivida en muchas ocasiones como un signo vernáculo de vivacidad e, incluso, de brillo personal, sin advertirse que tal comportamiento degrada individualmente a quien lo practica y, a la vez, se proyecta socialmente como un disvalor comunitario, el cual, en una retroalimentación perversa, gravita sobre la conciencia individual neutralizándola o deformándola. El plus de calidad humana exigible al funcionario público supone, por eso, una previa transformación en los propios niveles de la ética individual y comunitaria.** Vivimos tiempos en los que parecen predominar quienes, como decía Oscar Wilde, conocen el

¹⁴ Contenidas en su artículo titulado «La ética pública y el ciudadano común» (eDial - DC242).

precio de todas las cosas pero el valor de ninguna. No importa. Desde distintas vertientes se nos estimula a confiar en el futuro: expresan los Obispos que los argentinos podemos estar heridos y agobiados, pero no desesperanzados; Ernesto Sábato escribió alguna vez que la esperanza es superior a la angustia. A partir de la experiencia moral personal debemos ser capaces de contribuir a la consolidación de un sistema ético público que basado en los principios universales de la recta razón, abarque, en su ámbito, de modo omnicompreensivo, a todos los sujetos realmente involucrados: funcionarios y ciudadanos».

VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 3ª reimpresión, Astrea, 1998.
- ALEINIKOFF, Alexander, *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, traducción de Jimena Aliaga Gamarra, Palestra Editores, Lima, 2010.
- ALESSI, Renato, *Instituciones de derecho administrativo*, t. 1, Bosch, Barcelona, 1970.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2008.
- «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 66, septiembre-diciembre 2002, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
 - «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Revista Doxa* 5, 1988, p. 139 y ss.
 - *Teoría de la argumentación jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Palestra Editores, Lima, 2007.
 - *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *La responsabilidad del Estado*, Astrea, Buenos Aires, 1973.
- ALTERINI, Atilio Aníbal, *La inseguridad jurídica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- AMENÁBAR, María del Pilar, *Responsabilidad extracontractual de la administración pública*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008.

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar; DE QUINTO ROMERO, Javier y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía, «Costes de transición a la competencia (sector eléctrico)», *Revista de Derecho Administrativo (RDA)* N° 30/32, año 11, Depalma, 1999, p. 1.
- ARZAMENA SIERRA, Jerónimo, «Comentario al Capítulo Primero del Título VII de la ley 30/1992, de 26 de noviembre (arts. 102 al 106) (Revisión de oficio de actos y disposiciones reglamentarias)», *Revista de Administración Pública* N° 140, mayo-agosto de 1996, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 69.
- ARREOLA ORTIZ, Leopoldo Rolando, «El principio de coherencia en el derecho procesal administrativo», en *Protección jurídica del ciudadano, Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, tomo III, p. 2.533.
- ASÍS ROIG, Rafael de, «Modelos teóricos del Estado de derecho», *Doxa* N° 22, 1999, p. 220, Biblioteca Cervantes Virtual.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, 1ª edición, 3ª reimpresión, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007.
- «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica», *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 85, Civitas, Madrid, enero-marzo 1995, Sección Estudios, p. 5.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, «Sobre principios y reglas», *Revista Doxa-10*, 1991, p. 101 y siguientes.
- AZVALINSKY, Alejandro M. y SCAGLIA, Gabriel A., «Inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios e invocabilidad de la lesión por parte de los ahorristas que recuperaron pesos», *J.A. Suplemento de la C.S.J.N.*, 23/4/2003, J.A. 2003-II, Suplemento del Fascículo N° 4, Ed. Lexis Nexis, p. 25.
- ÁVILA, Humberto, «Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa dos contribuintes», *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, N° 4, novembro-dezembro 2005, janeiro 2006, Salvador, Bahía, Brasil.

- BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control constitucional y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, «Límites constitucionales a la innovación legislativa: retroactividad, retrospección y responsabilidad patrimonial del Estado», *Revista Documentación Administrativa* N° 263-264, Número Especial titulado *El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones*, INAP, mayo-diciembre 2002, p. 105.
- BALBÍN, Carlos, *Curso de derecho administrativo*, Prólogo de Eduardo García de Enterría, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2007.
- BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel, «Los principios de irretroactividad y confianza legítima en el derecho funerario: el régimen transitorio de los derechos de sepultura en la jurisprudencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 129/2006, *Jurisprudencia*, Civitas, Madrid, enero-marzo 2006.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio, *Curso de derecho administrativo*, Primera Edición en español, Traducción del Portugués por Valeria Estefanía Labraña Parra, Porrúa, México, 2006.
- «Seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima ante los actos administrativos y jurisdiccionales», *Revista de Derecho Administrativo (RDA)*, año 20, 2008, Abeledo-Perrot, p. 1.
- BAPTISTA, Patrícia, «A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da administração pública. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite a retroatividade normativa», *Revista Eletrônica de Direito do Estado* N° 11, julho/agosto/setembro 2007, Salvador, Bahía, Brasil.
- BARNÉS, Javier, «Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública* N° 135, septiembre-diciembre 1994, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 495.

- BARRA, Rodolfo, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, 2 y 3, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002/2006.
- BARRACLOUGH, Andrew; WAINCYMER, Jeff, «Mandatory rules of law in international commercial arbitration», *Melbourne Journal of International Law*, Vol 6, 2005.
- BARRAGUIRRE, Jorge A., *Derecho administrativo. Visión jurisprudencial*, Prólogo del Dr. Tomás Hutchinson, colaboración de Jorge Barraguirre (h), Juris, Santa Fe, 1993.
- «Discrecionalidad administrativa. La perspectiva norteamericana», *Revista de Derecho Administrativo (RDA)* N° 21/23, Depalma, Buenos Aires, enero-diciembre 1996, p. 69.
- BARRAGUIRRE, Jorge A., y BARRAGUIRRE, Jorge A. (h), «*El papel de la jurisprudencia en el derecho administrativo (Relaciones entre los procesos científicos y la sentencia)*», *Revista de Derecho Administrativo (RDA)* N° 2, Depalma, Buenos Aires, septiembre-diciembre 1989, p. 357.
- BARRAGUIRRE, Jorge Alberto (h), «Algunas cuestiones claves en el arbitraje internacional de inversión: lecciones desde la Argentina», en Documento de Proyecto «*Acuerdos internacionales de inversión, sustentabilidad de inversiones de infraestructura y medidas regulatorias y contractuales*», en el marco del proyecto «Sustentabilidad e igualdad de oportunidades en globalización. Componente 1, Tema 4: Construyendo compromiso, eficiencia y equidad para servicios sustentables de agua potable y saneamiento en América Latina y el Caribe» (GER 08/004), ejecutado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en conjunto con la Cooperación Técnica Alemana (GTZ) y financiado por el Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo de Alemania (BMZ); Publicación de las Naciones Unidas, Santiago, Chile, 2010.
- «El estándar de protección internacional de trato justo y equitativo», Informe preparado para el International Development Research Centre Proyecto «Visión Social del Agua desde Los Andes», Buenos Aires, Diciembre de 2005.
 - «Los tratados bilaterales de inversión (TBIs) y el Convenio CIADI ¿la evaporación del derecho administrati-

- vo doméstico?», en Res Pública Argentina, 2007-3, Octubre-Diciembre 2007, Ediciones RAP, Buenos Aires, p. 107; también en el libro *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2009, p. 203.
- «Por el camino incorrecto, un fallo prudente», Nota al Fallo CNCont. Adm. Fed., Sala 4^a, 26/12/2002 - Nine, Víctor E. v. Estado Nacional, JA 2003-I-263.
- BARRAZA, Javier Indalecio, *Manual de derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2005.
- «La responsabilidad del Estado y la protección de la confianza legítima», La Ley 10/2/2009, 3 - La Ley, 2009-A, 465, Nota a fallo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J (CNCiv.) (SalaJ) CNCiv., Sala J - 2008/06/19 - Pierro, Ernesto c/ La Maga Producciones S.A. y otro.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, «El respeto a los derechos adquiridos», Revista Documentación Administrativa N° 263-264, Número Especial titulado *El Principio de Seguridad Jurídica y sus manifestaciones*, INAP, mayo-diciembre 2002, p. 137.
- BERGE, Gio Ten; WIDDERSHOVEN, Rob, «The principle of legitimate expectations in dutch constitutional and administrative law»; en www.library.uu.nl-publarchief-jb-congres-01809180-15-b22.pdf.
- BERMEJO VERA, José, *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Thomson Civitas, Navarra, 2005.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, «El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria», Revista de Derecho (Valdivia) N° 2, Valdivia, Diciembre 2005, p. 83-105.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3^a edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, Madrid.
- BERTAZZA, Humberto J., *La consulta tributaria vinculante. Un estudio sobre el derecho comparado y el análisis del régimen en la República Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2007.

- BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, 2ª edición, II tomos, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002.
- «De la obligatoriedad de los fallos de la corte suprema (una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*)», publicado en Diario El Derecho N° 10054 - Supl. Derecho Constitucional, 25-07-2000.
 - «Del abuso de categorías y especies normativas en el ordenamiento jurídico argentino», El Derecho, Suplemento Administrativo del 29/6/2001, p. 1 a 3.
 - «La doctrina del «sacrificio especial» en la responsabilidad del estado por actividad legislativa», en CASSAGNE, Juan Carlos y otros, *Responsabilidad del Estado*, Obra homenaje a la Dra. Graciela Reiriz, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 391.
 - «Responsabilidad del Estado por actividad legislativa», en obra colectiva: *Estudios de derecho administrativo II*, Ed. Ciencias de la Administración, 2000, ps. 211 a 291. También, el libro que lleva el título, Ed. Abaco, 2000.
 - «Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’», Sup. Const. 2010 (septiembre), 15- La Ley 2010-E, 426.
- BLANKE, Hermann-Josef, «El principio de proporcionalidad en el derecho alemán, europeo y latinoamericano», Revista de Derecho Administrativo (RDA) N° 69, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 603.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, 2ª edición, Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- BOQUÉ, Roberto, «Las medidas cautelares y la acción declarativa de inconstitucionalidad según la doctrina del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba en el caso Caminos de las Sierras (La confianza y la teoría de la apariencia como fundamento de la verosimilitud)», La Ley Córdoba, 2003, ps. 554/566. Comentario al Fallo del Tribunal Superior de Córdoba, Sala Electoral, de comp. Originaria y asuntos institucionales, 14-02-2003: «*Caminos de las Sierras S.A. C/ Municipalidad de Córdoba*».
- BORDA, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

- «Un fallo con decisiones importantes y acertadas sobre la teoría de los actos propios», La Ley 1991-B, 38, Nota a fallo: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I (SCMendoza)(SalaI) - 1990/05/02 - Arrigoni, Raúl R. c/ Dirección General de Escuelas.
- BOTTINI, Gabriel, «El cumplimiento de los laudos del CIADI y el derecho internacional», La Ley, Sup. Act. 03/11/2005, 2.
- BREWER CARÍAS, Allan R., *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, 1ª edición, Legis, Colombia, 2003.
- CANDA, Fabián Omar, «Suspensión de oficio del acto administrativo», Revista de Derecho Administrativo (RDA), N° 21/22, Depalma, Buenos Aires, enero-diciembre de 1996.
- CAÑARDO, Hernando V., «El derecho internacional público frente a las expropiaciones: los principios y las circunstancias», ElDial.com, Suplemento de Derecho Constitucional del 07-07-2008, Albremática.
- CAPUTTI, María Claudia, «El revalúo inmobiliario y los alcances y límites de las atribuciones fiscales de la Ciudad de Buenos Aires», La Ley, SJDA 09-10-1998, p. 1 a 11.
- «La coherencia del comportamiento administrativo», Revista de Derecho Administrativo (RDA), 2004, LexisNexis, Sección Estudios, p. 879/907.
- *La ética pública, Convención Interamericana contra la Corrupción, Ley de Ética de la Función Pública, Código de Ética de la Administración pública nacional, Derecho comparado (Estados Unidos, Francia, Reino Unido, España)*, Prólogo del Dr. Agustín Gordillo, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- CARBONE, Carlos Alberto, «Nuevos principios: protección de la confianza e igualdad de armas, y su posible perturbación por las leyes de emergencia económica», El Derecho, 198-981.
- CARELLO, Luis Armando, «La costumbre como fuente del derecho administrativo argentino», en BOULLADE, Gustavo (director), en *Estudios de Derecho Administrativo XIII, Fuentes de Derecho Administrativo*, IEDA, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 63.

- CARNOTA, Walter, «Apuntes para una teoría del precedente administrativo», *ELDial.com*, Suplemento de Derecho Público, 21-09-2009.
- CARTWRIGHT, John, «Protecting legitimate expectations and estoppel in english law», *Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law, July 2006*, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 10.3 (December 2006), <http://www.ejcl.org>.
- CASSAGNE, Juan Carlos, «De nuevo sobre los principios generales del derecho en el derecho administrativo», *Revista de Derecho Administrativo (RDA)*, N° 19/20, Año 7, Mayo-Diciembre 1995, Depalma, p. 297 a 306. También en la obra colectiva: «El derecho administrativo argentino, hoy», *Jornadas en Homenaje al Prof. Miguel S. Marienhoff*, *Ciencias de la Administración*, 1996, p. 24 a 30.
- «El fallo «Carman de Cantón»: un hito fundamental en la consolidación de las vertientes garantísticas del derecho administrativo argentino», *La Ley* 2002-B, 19.
 - *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Prólogo de Jesús González Pérez, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.
 - *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, 1992, reimpresión.
- CASTILLO BLANCO, Federico A., «El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del derecho», *Revista Documentación Administrativa* N° 263-264, Número Especial titulado *El Principio de Seguridad Jurídica y sus manifestaciones*, INAP, mayo-diciembre 2002, p. 21.
- «El principio europeo de confianza legítima y su incorporación al ordenamiento jurídico español», *Noticias de la Unión Europea*, N° 205, 2002, p. 29 y ss.
 - *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público. Especial referencia al Abuso del Derecho*, INAP, Madrid, 2007.
 - *La protección de confianza en el derecho administrativo*, con prólogo de Luciano Parejo Alfonso, Marcial Pons, Madrid, 1998.

- CASTRO VIDELA, Santiago María; CASTELLO, Juan D. Antonio, «Algunas consideraciones en torno al caso «Cerro Vanguardia» y la interpretación de los regímenes de fomento que consagran beneficios fiscales», *Revista de Derecho Administrativo (RDA)* N° 70, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 1.144; Comentario a Fallo Corte Suprema de Justicia de la Nación, 30 de junio de 2009, «Cerro Vanguardia S.A. (TF 22.172-I) c/ DGI», p. 1.135.
- CHARRY, Héctor P. O., «Sobre la discutible aplicación de dos doctrinas por la procuración del Tesoro de la Nación. (Acerca de la naturaleza de la liquidación de haberes y la doctrina de los actos propios)», *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 305, Ediciones RAP, Buenos Aires, p. 93.
- CHIBÁN, Nora, «Aplicación de los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* en los contratos administrativos», en *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p. 539.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La desviación de poder*, Segunda Edición Actualizada y Ampliada, Monografías Civitas, Madrid, 1999.
- CHISLETT, William, *La inversión española directa en América Latina: retos y oportunidades*, Libro publicado en 2003 por el Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, <http://www.realinstitutoelcano.org>.
- CHITI, Mario P., *Derecho administrativo europeo*, Primera Edición, Civitas, Madrid, 2002.
- CHRISTE, Graciela Elena, «Una excepción a la estabilidad del acto administrativo irregular: el conocimiento del vicio por el interesado», *El Derecho*, Suplemento Administrativo 27-03-2002, p. 12.
- CHUECA SANCHO, Ángel G., «Los principios generales del derecho en el ordenamiento comunitario», *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 10, N° 3, septiembre-diciembre 1983, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 863.

- CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de razonabilidad*, 2ª Edición actualizada y ampliada, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2009.
- CILURZO, María Rosa, «Las políticas públicas y la responsabilidad del Estado», en Cassagne, Juan Carlos y otros, *Responsabilidad del Estado*, Obra homenaje a la Dra. Graciela Reiriz, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 175.
- CLAYTON, Richard, «Legitimate expectations, policy, and the principle of consistency», *Cambridge Law Journal*, 62 (1), March 2003, p. 93-105.
- «Substantive legitimate expectatons: some unresolved questions», en: http://www.39essex.co.uk/documents/Substantive_Legitimate_Expectations_Richard_Clayton.pdf.
- COBREROS MENDAZONA, Eduardo, *Incumplimiento del derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Cuadernos Civitas, IVAP, Organismo Autónomo del Gobierno Vasco, Madrid, 1995.
- COLLINS, Hugh, *Regulating contracts*, Oxford University Press, New York, 1999.
- COMADIRA, Guillermo F., «Los precedentes administrativos», en *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y Otras Fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 321.
- COMADIRA, Julio Pablo, «¿Cuándo el particular conoce el vicio?, A propósito del artículo 18 de la LNPA», *ELDial.com*, Suplemento Administrativo 19-11-2002.
- «Reflexiones sobre la teoría del sometimiento voluntario a un régimen jurídico como límite al control judicial de constitucionalidad o juridicidad», en *Cuestiones de Control de la Administración Pública, Administrativo, Legislativo y Judicial*, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, p. 117.
- COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2º Edición Actualizada, LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Reimpresión 2007.

- *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*», con la colaboración de Laura MONTI La Ley, Buenos Aires, 2003.
- *Elementos de derecho administrativo*, Colección de Análisis jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires, 2005.
- *La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada «Cosa Juzgada Administrativa»*, 2ª Edición actualizada, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998.
- «La ética pública y el ciudadano común» (elDial - DC242).
- «La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de Juridicidad y Responsabilidad del Estado», *El Derecho*, Suplemento Administrativo 31-10-2002, p. 1/6.
- *Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada*», con la colaboración de Laura Monti, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2002.

COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge, *Derecho administrativo argentino*, Porrúa, México, 2006.

COMADIRA, Julio R.; y COVIELLO, Pedro J. J., «Dos dictámenes trascendentes sobre derechos adquiridos en materia previsional», *Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación*, N° 19, Buenos Aires, 1992, ps. 11 a 22.

CORTÉS CAMPOS, Josefina, «Cambio regulatorio y seguridad jurídica, breves notas sobre el principio de confianza legítima», *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, Berkeley Program in Law and Economics, UC Berkeley Permalink: <http://www.escholarship.org/uc/item/3h66p191>.

COSSIO, Carlos, *El derecho en el derecho judicial. Las lagunas del derecho. La valoración judicial*, Librería El Foro, Buenos Aires, 2002.

- *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Editorial Los Andes, Buenos Aires, facsímil de la 2ª edición (1947), 2005.
- *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964.

- *Teoría de la verdad jurídica*, Ensayo preliminar de Eduardo Héctor Méndez, Librería El Foro, Buenos Aires, 2007.
- COVIELLO, Pedro J. J., «Contrato administrativo y confianza legítima», *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 348, Ediciones RAP, Buenos Aires, p. 303.
- COVIELLO, Pedro José Jorge, «El Caso «Columbia»: nuevas precisiones de la Corte sobre la responsabilidad por actos estatales normativos», *Revista de Derecho Administrativo (RDA)*, N° 9/10, enero-agosto 1992, año 4, Depalma, ps. 139 a 160.
- «El contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación», en la Obra colectiva *Contratos administrativos*, Jornadas de la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, 2000, p. 83 y ss.
- «El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación», ED, 111-845.
- «El control judicial de la discrecionalidad administrativa» en Cassagne, Juan Carlos (dir.), *Cuestiones del contencioso administrativo*, publicación de las VII Jornadas Hispano-Argentinas de Derecho Administrativo, LexisNexis, Buenos Aires, 2007.
- «La confianza legítima», *El Derecho*, diario del 4/5/1998, ps. 1 a 13. (E.D. 177-894).
- «La denominada zona de reserva de la administración y el principio de la legalidad administrativa», *Revista de Derecho Administrativo (RDA)* N° 21/23, enero-diciembre 1996, año 8, Depalma, p. 109 a 143. También en obra en «Derecho administrativo», obra en homenaje a Marienhoff, Abeledo-Perrot, 1998, p. 193.
- *La protección de la confianza del administrado. Derecho argentino y derecho comparado*, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2004.
- «La responsabilidad del Estado por su actividad lícita», *El Derecho*, Suplemento Administrativo del 29-08-2000, ps. 1 a 6.

- «Los principios generales del derecho en el derecho administrativo argentino», *Revista Documentación Administrativa* N° 267-268, Número Especial titulado *El Derecho Administrativo en Argentina: Situación y Tendencias actuales (I)*, Septiembre 2003 - Abril 2004, INAP, Madrid, p. 93.
 - «Los principios y valores como fuente del derecho administrativo», en *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y Otras Fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 729.
- CRAIG, Paul P., *Administrative law*, fifth edition, Thomson Sweet & Maxwell, London, 2003.
- CRAIG, Paul; SHONBERG, Soren, «Substantive legitimate expectations after Coughlan», *Public Law*, 2000 Sweet & Maxwell Limited and Contributors (P.L. 2000, WIN, 684-701), Nota al Case: R. v North and East Devon HA Ex p. Coughlan [2000] 2 W.L.R. 622 (CA).
- CREMADES, Bernardo, «La participación de los estados soberanos en el arbitraje internacional», *Revista Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, La Ley*, Buenos Aires, año I, N° 1, septiembre 2010, p. 311.
- CREMADES, Bernardo y CAIRNS, David J. A., «La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados», *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 1, junio-diciembre 2004, Legis, Bogotá, p. 65.
- CRIVELLI, Julio César, «Seguridad jurídica y estabilidad institucional», Conferencia pronunciada en las Jornadas organizadas por la Asociación de Abogados de la Industria del Gas (ADAIG), 27-09-2000, separata de *La Ley*, titulada: «La Transformación Regulatoria, la Seguridad Jurídica y los Contratos de Gas», Argia, ps. 22 a 26.
- CUADROS, Oscar Álvaro, *Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución jurisprudencial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.
- DE LA COLINA, Pedro R., «Responsabilidad civil por el incumplimiento de programas de gobierno», *SJA* - 22/1/2003, Lexis N° 0003/110765.

- DESDENTADO DAROCA, Eva, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1997.
- DEVA, Surya, «Human rights violations by multinational corporations and international law: where from here?», *Connecticut Journal of International Law*, Volume 19, Fall 2003, Number 1, p. 1.
- DI IORIO, Lorena, «Doctrina de los actos propios», *ElDial.com*, Suplemento Tributario, 7/8/2002, Nota Fallo: «Pescapuerta ARG. S.A. s/ apelación - impuesto al valor agregado.» (Expte. 19.717-I) - Tribunal Fiscal de la Nación - Sala «A» - Sentencia de fecha 21/06/2002.
- DIEZ, Horacio Pedro, «EL conocimiento del vicio por el administrado y la revocación del acto viciado de nulidad absoluta. La interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso «Almagro»», *El Derecho* 19-06-1998, p. 26.
- DIEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, Tomo III, Plus Ultra, 2ª Edición, 1979.
- DIEZ, Manuel María; y HUTCHINSON, Tomás, *Derecho procesal administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1996.
- DIEZ PICAZO, Luis M^a: «La doctrina del precedente administrativo», *Revista de Administración Pública* N° 98, mayo-agosto de 1982, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 7 a 46.
- DIEZ SASTRE, Silvia, *El precedente administrativo, Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- DO COUTO E SILVA, Almiro, «O princípio da segurança jurídica (proteção a confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (lei N° 9.784/99)», *Revista Eletrônica de Direito do Estado* N° 2, abril/maio/junho 2005, Salvador, Bahía, Brasil.
- DOLZER, Rudolf, «Fair and equitable treatment: a key standard in investment treaties», by American Bar Association, *International Lawyer*, Spring, 2005 (39 Int'l Law. 87).

- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «Los principios generales de derecho en el derecho administrativo. Aplicación por el legislador, el administrador y el juez», *Revista de Derecho Administrativo (RDA)* N° 67, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 87.
- DURAND, Francisco, «La doctrina de los derechos en expectativa y los derechos adquiridos bajo el régimen previsional de capitalización», *Revista de Derecho Administrativo (RDA)* N° 69, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 800. Comentario a fallo del JFSS N° 5, «Scotti Gisela Beatriz c/ Estado Nacional - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y otros s/ Amparos y Sumarísimos», 1°-04-2009, p. 787.
- 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», *Revista de Derecho Administrativo* N° 60, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 583; Comentario al Dictamen de la PTN del 13-10-2006, *Dictámenes* 259:11, p. 575.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999.
- *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, Segunda Reimpresión, 2005.
- ELLIOT, Mark, «The Human Rights Act 1998 and the standard of substantive review», *Cambridge Law Journal*, 60 (2), July 2001, p. 301-336.
- ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado general de procedimiento administrativo*, 2ª edición actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1981.
- ESCUIN PALOP, Vicente, *El acto administrativo implícito*, Civitas, Madrid, 1999.
- ESTRADA DE ORELLANA, Diana, «Las «facultades jurisdiccionales» de los entes reguladores de servicios públicos, y la vía del arbitraje internacional prevista en los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones», en *Derecho procesal administrativo*, Obra en homenaje a Jesús González Pérez, Hammurabi, 2004, t. 2, ps. 1141/1172.

- FABRÉ, María Carolina, «Funcionarios de facto: de Roma a nuestros días. Los casos Barbario Filipo y Rosza», UNLP 2008-38, 558.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, «La confiance légitime et l'estoppel», *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3 (December 2007), <http://www.ejcl.org>.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la administración*, 2ª edición ampliada, Civitas, Madrid, 1997.
- *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1998.
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- FLEINER, Fritz, *Instituciones de derecho administrativo*, Labor, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 1933.
- FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.
- FRIED, Charles, *La obligación contractual. El contrato como promesa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.
- FUENTES, Ximena, «El impacto de las normas internacionales sobre protección de la inversión extranjera en el derecho nacional», en Documento de Proyecto «Acuerdos internacionales de inversión, sustentabilidad de inversiones de infraestructura y medidas regulatorias y contractuales», en el marco del proyecto «Sustentabilidad e igualdad de oportunidades en globalización. Componente 1, Tema 4: Construyendo compromiso, eficiencia y equidad para servicios sustentables de agua potable y saneamiento en América Latina y el Caribe» (GER 08/004), ejecutado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en conjunto con la Cooperación Técnica Alemana (GTZ) y financiado por el Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo de Alemania (BMZ); Publicación de las Naciones Unidas, Santiago, Chile, 2010.
- GALLASSO, Sandra, «¿Existe el derecho a la planificación fiscal?», *ElDial.com*, Suplemento Tributario, 17-12-2003.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administra-

- ción. Contribución a la teoría del Estado de derecho», *Revista de Administración Pública* N° 34, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1961, p. 11.
- GANDULFO R., Eduardo, «La aplicación del principio *«venire contra factum proprium non valet»*. Un caso de vulgarismo jurídico», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N° 2, 2005, ps. 363-374.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, 1ª edición, reimpresión, 2000, Civitas, Madrid.
- «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», *Revista de Derecho Administrativo (RDA)* N° 43, Lexis Nexis, Depalma, ps. 1/32.
 - «La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad», *Revista de Administración Pública* N° 20, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1956, p. 69.
 - «La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública* N° 38, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1962, p. 159.
 - *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª edición, Cuadernos Civitas, 1983, Reimpresión 1995.
 - *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, 1ª edición, Thomson Civitas, Navarra, 2005.
 - «Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo», *Revista de Administración Pública* N° 40, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1963, p. 189.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 8ª edición, t. I, Civitas, Madrid, 1997, p. 74 y ss., y 465 y ss.
- GARCÍA LUENGO, Javier, *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2002.

- «La declaración de nulidad en vía administrativa de disposiciones generales (A propósito de la STS de 22 de diciembre de 1999)», *Revista de Administración Pública* N° 154, enero-abril 2001, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 203.
- GARCÍA MACHO, Ricardo, «Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del tribunal de justicia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 56, octubre-diciembre de 1987, Civitas, Madrid, p. 557.
- GARCÍA NOVOA, César, *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Derecho administrativo*, 3ª edición, E.I.S.A., Madrid, 1951.
- GARCÍA PULLÉS, Fernando (director), *Régimen de empleo público en la administración nacional*, Serie de Legislación Comentada, LexisNexis, 2005.
- GARRIDO FALLA, Fernando, «Los cambios de jurisprudencia del tribunal constitucional: el carácter subsidiario del recurso de amparo y el artículo 240 LOPJ», *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 097, 1998, enero-marzo, Sección Estudios, Civitas, Madrid, p. 5.
- *Tratado de derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, vol. I, 13ª edición, 2002; vol. II, 10ª edición, 1992.
- GELLI, María Angélica, «La estatización de los aportes a las AFJP y el quebrantamiento de la confianza legítima», *Sup. Esp. Reforma al Sistema Previsional 2008*, octubre, Editorial La Ley, p. 49.
- GIMENO FELIÚ, José María, «Seguridad jurídica y silencio positivo en los procedimientos bifásicos de elaboración de normas: las elecciones en la Universidad de Zaragoza», *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 075, 1992, julio-septiembre, Sección Jurisprudencia, Civitas, Madrid, p. 439.
- GOMA LANZÓN, Javier, «Nuevo procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos: el art. 93 del tratado CEE», *Revista Española de Derecho Administrativo* N°

- 083, 1994, julio-septiembre, Sección Estudios, Civitas, Madrid, p. 411.
- GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando, «Los principios de la jurisprudencia comunitaria y su influencia en la reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre responsabilidad del Estado legislador», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* N° 6, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, julio-diciembre 1999, Madrid, p. 75.
- GONZÁLEZ ELÍAS, Hugo R., «Los aspectos medulares del arbitraje administrativo internacional en Argentina. El reciente laudo en «CMS», *La Ley, Sup.Adm* 2005 (julio), 1.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Juan José, «Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en derecho administrativo», en <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/200504-3555121421051720.html>.
- GONZÁLEZ MORAS, Juan M., «Los tratados de derechos humanos y su incidencia en el derecho administrativo argentino», *Revista Documentación Administrativa* N° 267-268, Número Especial titulado *El derecho administrativo en Argentina: Situación y Tendencias actuales (I)*, septiembre 2003 - abril 2004, INAP, Madrid, p. 55.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Administración pública y moral*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995.
- «Ante la nueva regulación del procedimiento administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 077, año 1993, enero-marzo, Sección Estudios, p. 27, Civitas, Madrid.
 - *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 3ª edición ampliada, Civitas, Madrid, 1999.
 - *La ética en la administración pública*, 2ª edición, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000.
 - *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ SALINAS, Pedro, «El principio de la buena fe (Sentencia de 21 de noviembre de 1986)», *Revista Española de*

- Derecho Administrativo N° 52, octubre-diciembre 1986, Civitas, Madrid, p. 601.
- GONZÁLEZ SALINAS, Pedro, «Los efectos de la extemporaneidad del recurso en vía administrativa y la seguridad jurídica», en *Protección jurídica del ciudadano, Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, tomo I, p. 797.
- GONZÁLEZ - VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *El derecho administrativo europeo*, 3ª edición, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005.
- GORDILLO, Agustín, «Las fuentes del derecho administrativo argentino», *Revista Documentación Administrativa* N° 267-268, Número Especial titulado *El derecho administrativo en Argentina: situación y tendencias actuales (I)*, septiembre 2003-abril 2004, INAP, Madrid, p. 29.
- *Tratado de derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 4 Tomos, 10ª Edición, 2009-2010.
- GORDON, Anthony, «Silencio administrativo y derecho público del Reino Unido», *La Ley, Suplemento Administrativo* 31/3/2006, ps. 1/14; *La Ley* 2006-B, 1092.
- «Procedimiento, derecho material y proporcionalidad: el principio de confianza legítima en el derecho administrativo del Reino Unido», *Revista Documentación Administrativa* N° 263-264, Número Especial titulado *El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones*, INAP, mayo-diciembre 2002, p. 329.
- GRAHAM, James A., «¿Dónde se queda la legítima expectativa de los estados en los arbitrajes sobre inversión extranjera?», en *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje (RLMA)*, México, 2003-2, p. 96.
- «Prolegómeno: el décimo aniversario de la revista latinoamericana de mediación y arbitraje: unas breves observaciones sobre el pasado, presente y futuro del arbitraje en América Latina», en *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje (RLMA)*, México, 2010-I, p. 7.

- GRECCO, Carlos Manuel, «Apuntes para una teoría de las autolimitaciones de la administración pública», *Revista de Derecho Administrativo (RDA)* N° 14, setiembre-diciembre 1993, año 5, Depalma, ps. 317 a 342.
- GRECCO, Carlos Manuel; GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, «El principio de proporcionalidad en la ley nacional de procedimientos administrativos de la república argentina (glosas preliminares)», *Revista Documentación Administrativa* N° 267-268, Número Especial titulado *El Derecho Administrativo en Argentina: Situación y Tendencias actuales (I)*, Septiembre 2003 - Abril 2004, INAP, Madrid, p. 121.
- GROVES, Matthew, «Substantive legitimate expectations in Australian administrative law», *Melbourne University Law Review*, 2008, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MULR/2008/15.html>.
- GUGLIELMI, Giles, «Novedades sobre la evolución del contencioso administrativo en Francia», www.guglielmi.fr/IMG/pdf/NOVEDADES.pdf.
- GUIBOURG, Ricardo A., *Pensar en las normas*, Eudeba, Buenos Aires, 1999.
- GUIBOURG, Ricardo A., *Provocaciones en torno del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2002.
- GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia, *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*, 2ª edición, Madrid, Colex, 1997.
- GUIRIDLIAN LAROSA, Javier D., «La doctrina de la emergencia económica en la jurisprudencia de la corte suprema, la seguridad jurídica y su vinculación con la doctrina de la confianza legítima», *El Derecho, Suplemento Administrativo* del 31/10/2002, p. 9 [EDA, 01/02-779].
- GÜNTHER, Klaus, «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», Presentación y traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo, *Doxa* N° 17, p. 271, Biblioteca Cervantes Virtual.
- GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista (colaborador), *Administración pública, juridicidad y derechos*

- humanos*, Prólogo de María Angélica Gelli, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.
- GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo A., «El valor de la jurisprudencia. Una mirada federal», en BOULLADE, Gustavo (director), en *Estudios de derecho administrativo XIII, Fuentes de derecho administrativo*, IEDA, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 115.
- GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T., «Apuntes sobre la responsabilidad del Estado en el derecho internacional por hechos internacionales atribuibles a las provincias», en CASSAGNE, Juan Carlos y otros, *Responsabilidad del Estado*, Obra homenaje a la Dra. Graciela REIRIZ, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 459.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2007.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, 4ª edición, Trotta, Madrid, 2005.
- *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrortu, Buenos Aires, 1998.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, 2ª edición, traducción de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- *Post scriptum al concepto del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, N° 13, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
- HENRÍQUEZ MAIONICA, Giancarlo, «Cinco minutos de expropiación regulatoria», *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 345, Ediciones RAP, Buenos Aires, p. 33.
- HERNÁNDEZ, Belisario J., «Algunos aspectos del régimen jurídico básico de la función pública», ADLA 1980-A, 21.
- HIRSCH, León, «Introducción a la teoría general de la apariencia jurídica», *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2009, vol. 112, N° 896, p. 119 y ss.
- HUBEŇAK, Juan Manuel, «La «expropiación indirecta» de la inversión extranjera en el marco de los tratados bilaterales

- (A propósito del laudo «Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. Estados Unidos Mexicanos» del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)), publicado en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 299, agosto 2003, Ediciones RAP, Buenos Aires.
- HUERGO LORA, Alejandro, «La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos», Revista de Administración Pública, N° 137, mayo-agosto 1995, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 189.
- HUTCHINSON, Tomás, «La seguridad jurídica y el derecho administrativo», en BOULLADE, Gustavo (director), en *Estudios de derecho administrativo XIII, Fuentes de derecho administrativo*, IEDA, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 171.
- IMMORDINO, María; MODICA, Carlo, «El principio de seguridad jurídica en el ordenamiento italiano», Revista Documentación Administrativa N° 263-264, Número Especial titulado *El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones*, INAP, mayo-diciembre 2002, p. 281.
- IVANEGA, Miriam Mabel, «El principio de buena fe en los contratos administrativos», Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 360, septiembre 2008, Ediciones RAP, Buenos Aires, p. 25.
- IVANEGA, Miriam Mabel, *Las relaciones de empleo público*, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- «Sentencias para recordar: las prácticas administrativas» - [EDA (30/6/2006, N° 11.541)] EDA, 2006-193, comentando los fallos CNCont. Adm. Fed., Sala IV, 12/8/1986. - P., J. C. c/ M° de Salud y Acción Social s/amparo; y CNCont. Adm. Fed., Sala I, 2/8/1994. - Asociación de Balanceadores, Corredores y Mart. Púb. y otro c/ Est. Nac. (M° de Just. de la Nación - Dir. Nac. Reg. Oficial) s/juicios de conocimientos (dado de baja).
- JESCH, Dietrich, *Ley y administración, Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978.

- JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco, *Los comportamientos recíprocos en derecho internacional. A propósito de la aquiescencia, el estoppel y la confianza legítima*, Dilex, Madrid, 2002.
- JORDANA DE POZAS, Luis, «Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo», *Revista de Estudios Políticos*, N° 48, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1949, p. 41.
- JORDANO FRAGA, Jesús, «Medio ambiente versus propiedad: expropiaciones legislativas en el derecho ambiental americano», *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 085, 1995, enero-marzo, Sección Estudios, Civitas, Madrid, p. 67.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Maynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995.
- *Teoría pura del derecho*, traducción del original en alemán por Roberto J. Vernengo, 8ª edición, Porrúa, México, 1995.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, «La seguridad jurídica», *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO)* - 1998, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 203.
- KNIGHT, Dean R., «Estoppel (Principles?) in public law: the substantive protection of legitimate expectations», LL.B. (Hons.), Victoria University of Wellington, 1997 B.C.A., Victoria University of Wellington, 1995 www.vuw.ac.nz/staff/dean_knight/Public_law_estoppel.pdf.
- LINARES, Juan Francisco, *Caso administrativo no previsto*, Ensayos Jurídicos 19, Astrea, Buenos Aires, 1976.
- *Cosa juzgada administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*, Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1946.
 - *Derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1986.
 - *Fundamentos de derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1975.
 - *Poder discrecional administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.
 - *Razonabilidad de las leyes. El «debido proceso» como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª edi-

- ción actualizada, 2ª reimpression, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- LISA, Federico J., «La responsabilidad de los funcionarios por el silencio administrativo», en *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008, p. 903.
- LÓPEZ IBOR-MAYOR, Vicente, «La liberalización del sector eléctrico: perspectiva jurídica», *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 098, 1998, abril-junio, Sección Estudios, Civitas, Madrid, p. 191.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco, «El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves», *Revista Documentación Administrativa* N° 263-264, Número Especial titulado *El Principio de Seguridad Jurídica y sus manifestaciones*, INAP, mayo-diciembre 2002, p. 73.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J., «Declaración unilateral de voluntad y confianza legítima», *La Ley*, 4/10/2010, p. 1.
- «La doctrina de los actos propios en el derecho argentino y comparado (Sus caracteres, sus requisitos de utilización y su correcta comprensión)», *Eldial.com*, año XI, N° 2716, miércoles 11 de febrero de 2009.
 - «La doctrina de los actos propios y sus efectos en el derecho argentino y comparado», *Microjuris*, MJ-DOC-4328-AR | MJD4328.
- MAGIONCALDA, José Luis, «La ‘confianza legítima’ como elemento excluyente de una decisión judicial», [EDA, 2003-461].
- MAIRAL, Héctor A., «Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino», en obra colectiva: *Estudios de derecho administrativo II*, Ed. Ciencias de la Administración, 2000, p. 41.
- *Control judicial de la administración pública*, ts. I y II, Depalma, Buenos Aires, 1984.
 - *La doctrina de los propios actos y la administración pública*, Depalma, Buenos Aires, 1994, reimpression.
 - «Los meros pronunciamientos administrativos», en *Derecho administrativo*, obra colectiva en Homenaje al profes-

- sor Miguel S. Marienhoff, director Juan C. Cassagne, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 657.
- MANTILLA CORREA, Andry, «La costumbre en el sistema de fuentes del derecho administrativo cubano», *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 298, Ediciones RAP, Buenos Aires, p. 35.
- MARIENHOFF, Miguel S., «Derecho adquirido y derecho ejercido: pretendidas diferencias en cuanto a su protección jurídica», *Revista de Derecho Administrativo (RDA)* N° 1, mayo-agosto 1989, año 1, Depalma, ps. 3 a 14; *La Ley* 1989-B, 776.
- «Cambios en el derecho objetivo y responsabilidad patrimonial del Estado», *La Ley*, 1992-E, 778.
 - «El acto administrativo bilateral y la corte suprema de justicia. Lo atinente al contrato y al quasi contrato administrativo», *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1978, Buenos Aires, N° 61, p. 71 y ss. Nota al Fallo C.S.J.N., «Metalmecánica», Fallos 296:672 (1976).
 - «Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa», *La Ley*, 1983-B, 910.
 - «Responsabilidad extracontractual del estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita», *Revista de Derecho Administrativo (RDA)* N° 12/13, enero-agosto 1993, año 5, Depalma, ps. 1 a 18; *La Ley* 1993-E, 912 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, tomo IV, 2007, p. 1417.
 - *Tratado de derecho administrativo*, t. III -B, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Sebastián: *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, 2ª edición ampliada, Civitas, Madrid, 1996.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, «La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y alguna de sus aplicaciones en el campo del derecho administrativo», *Revista de Administración Pública* N° 39, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1962, p. 39.
- MARTÍNEZ - CARRASCO PIGNATELLI, Concepción, *Naturaleza jurídica de las leyes «ad hoc»*, Cuadernos Civitas, Generalitat

de Catalunya, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Madrid, 1995.

MAURER, Hartmut, *Introducción al derecho administrativo alemán*, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2008.

MAYER, Otto, *Derecho administrativo alemán*, 2ª edición inalterada, 4 tomos, Depalma, Buenos Aires, 1982.

MEDINA ALCOZ, Luis, «Confianza legítima y responsabilidad patrimonial», *Revista española de Derecho Administrativo*, N° 130/2006, Estudios, Civitas, Madrid.

- *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo, Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Prólogo de Eduardo García de Enterría, Thomson Civitas, Aranzadi, Navarra, 2005.

MÉNDEZ, Mario, «Substantive legitimate expectations and the return of the heresy», *Queen Mary and Westfield College University of London Law Journal (QMWLJ)*, Issue 5, January 2001, p. 1.

MENGOZZI, Paolo, «La jurisprudencia comunitaria relativa a la protección de la confianza legítima ¿de un case by case balance of interests a un two step analysis approach?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* N° 3 (2001), www.reei.org.

MERCADO LUNA, Ricardo, *Estabilidad del empleado público*, Astrea, Buenos Aires, 1974.

MERTEHIKIAN, Eduardo, «El perfeccionamiento de un contrato administrativo como la resultante del procedimiento administrativo contractual y el conocimiento por el interesado del vicio que afecta su celebración, en un fallo de la Corte Suprema» (comentario al fallo *El Rincón de los Artistas SRL c/ Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario*, Fallos 326:3700).), *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 311, Ediciones RAP, Buenos Aires, p. 105).

- *La responsabilidad pública*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001.

- MODERNE, Frank, *Principios generales del derecho público*, Prólogo de Eduardo García de Enterría, compilación y traducción de Alejandro Vergara Blanco, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- MONTARON ESTRADA, Gloria, «La práctica administrativa como fuente del derecho administrativo», *La Ley* 5/6/2009, 1; *La Ley* 2009-C, 1256.
- MORDEGLIA, Roberto Mario, «Comportamientos de la administración y sus efectos jurídicos tributarios», en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Derecho procesal administrativo*, homenaje a Jesús González Pérez, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 2004, tomo II, p. 1.455.
- MORELL OCAÑA, Luis, «la costumbre y los principios jurídicos generales en el derecho administrativo», *Documentación Administrativa* N° 195, INAP, Madrid, 1982, p. 21.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos, «Una revisión desde la perspectiva constitucional de la técnica del silencio administrativo positivo», *Revista de Derecho Administrativo (RDA)* N° 65, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 673.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de legislación básica española», *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 075, 1992, julio-septiembre, Sección Estudios, Civitas, Madrid, p. 329; y en *Protección jurídica del ciudadano, Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, tomo I, p. 79.
- MURATORIO, Jorge I., «Los actos administrativos tácitos e implícitos», en *Derecho Administrativo*, obra colectiva en Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, director Juan C. Cassagne, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 673.
- «¿Actos administrativos tácitos?», en *Acto Administrativo y Reglamento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, 2002, p. 369.
- NATAN LICHT, Miguel, «Algunas cuestiones que suscita el régimen de consulta vinculante reglado en la ley nacional de procedimiento tributario», 2005, E.D. 215-833.

- NEUBORNE, Burt, *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, Cuadernos Civitas, Universitat Pompeu Fabra, Madrid, 1995.
- NIELSEN, Federico; COMADIRA, Julio Pablo, «Apuntes sobre los principios de la ética pública en el derecho argentino», *Revista Documentación Administrativa* N° 267-268, Número Especial titulado *El Derecho Administrativo en Argentina: Situación y Tendencias actuales (I)*, Septiembre 2003 - abril 2004, INAP, Madrid, p. 135.
- NIETO, Alejandro, «Las consultas a la administración: una aportación jurisprudencial a los conceptos de acto administrativo y de acto inexistente», (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1974, Sala 4ª) (ponente, Fernández Tejedor), *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 8, Civitas, Madrid, enero-marzo, 1976, Jurisprudencia, p. 137.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª edición ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1988.
- *Un país al margen de la ley*, Emecé, Buenos Aires, 1992.
- NOE, Gabriela Carina, «Principios y normas del derecho penal aplicables en el procedimiento administrativo. Alcance y límites», *LLGran Cuyo* 2008 (febrero), p. 1.
- NOZIK, Robert, *Anarquía, Estado e Utopía*, Jorge Zahar Editor, Río de Janeiro, 1991.
- OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), «Indirect expropriation» and the «right to regulate» in international investment law, Working Papers on International Investment, Number 2004/4, september 2004.
- ORLANSKI, Leonardo, «Ilegitimidad de la doctrina del sometimiento voluntario en la licitación pública», *ElDial.com*, viernes, 12 de noviembre de 2004 - año VII - N° 1661, Suplemento de Derecho Administrativo, Sección Doctrina.
- ORTIZ DÍAZ, José, «El precedente administrativo», *Revista de la Administración Pública*, N° 24, 1957, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 75.

- PARADA, Ramón, *Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, vol. I, 9ª edición; vol. II, 11ª edición; vol. III, 6ª edición, 1997.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, «La intensidad del control judicial de la administración pública: el juez contencioso-administrativo y la discrecionalidad», *Revista de Derecho Administrativo (RDA)* N° 15/16, Depalma, Buenos Aires, enero-agosto 1994, p. 59.
- «El Estado como poder y el derecho regulador de su actuación, hoy; algunas de las transformaciones en curso» en Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime y del Guayo Castiella, Iñigo (dirs.), *Panorama Jurídico de las Administraciones Públicas en el siglo XXI*, Madrid, BOE-INAP, 2002.
- PÉREZ CORTÉS, Ignacio, «El laudo del CIADI en CMS, el cálculo de las tarifas en dólares y la convertibilidad», *La Ley* 8/6/2005, 1 - *La Ley* 2005-C, 1355.
- PÉREZ DEL VISO, Adela, «Importancia del mundo anglosajón en nuestro derecho», *Microjuris*, MJ-DOC-4121-AR | MJD4121.
- PÉREZ HUALDE Alejandro, «Las provincias, sus contratos públicos y los tratados internacionales de protección recíproca de inversiones», *La Ley*, 2001-D, 14, comentando el Laudo del CIADI emitido el 21 de noviembre de 2000 en el caso «Compañía de Aguas del Aconquija S.A.».
- PIELLOW, Johann-Christian, «El principio de la confianza legítima (*vertrauensschutz*) en el procedimiento y las relaciones jurídico-administrativas», *Revista Actualidad en el Derecho Público (AeDP)*, N° 11, 5º año, Segunda época, septiembre-diciembre 1999, Ad-Hoc, p. 15 a 37.
- «Integración del ordenamiento jurídico: autovinculaciones de la administración», en la obra *Problemática de la administración contemporánea. Una comparación europeo-argentina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, ps. 47 a 83.
- PITTATORE, Pamela, «El principio jurídico de la legítima confianza y la interpretación judicial del decreto de desregulación económica a nueve años de su dictado», *Revista Actualidad en el Derecho Público (AeDP)*, N° 12, 6º año, Segunda época, enero-abril 2000, Ad-Hoc, ps. 163 a 180.

- PONT CASTEJÓN, Isabel, «La técnica expropiatoria en derecho anglosajón. Estados Unidos y Gran Bretaña», *Documentación Administrativa*, N° 222, abril-junio 1990, Madrid, INAP, p. 223.
- POSE, Guillermo, *Régimen jurídico de la función pública*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- POSNER, Richard A., *El análisis económico del derecho*, 2ª edición en español, Fondo de Cultura Económica, Traducción de Eduardo L. Suárez, México, 2007.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, «Las ayudas públicas a las empresas en el Tratado de la Unión Europea (artículos 87, 88 y 89)», *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO)*, 2002, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 1.
- QUINOT, Geo, «Substantive legitimate expectations in south african and european administrative law», *German Law Journal*, Vol. 05, N° 01, 2004, p. 65; http://www.germanlawjournal.com/pdf/Vol05No01/PDF_Vol_05_No_01_65-85_European_Quinot.pdf.
- RAWLS, John, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Tecnos, Madrid, 1986.
- *Liberalismo político*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
 - *Teoría de la justicia*, 2ª edición en español, 6ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.
- RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, Gedisa, Barcelona, 2001.
- REBOLLO PUIG, Manuel, «*Nemo auditur propiam turpitudinem allegans* en la jurisprudencia contencioso-administrativa», *Revista Documentación Administrativa* N° 263-264, Número Especial titulado *El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones*, INAP, mayo-diciembre 2002, p. 185.
- REIRIZ, Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Eudeba, Buenos Aires, 1969.
- REVIDATTI, Gustavo Adolfo, *Derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1984, tomo I.

- RIVERA, Julio C. (h); LEGARRE, Santiago, «La obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde la perspectiva de los tribunales inferiores», SJA 29/11/2006, JA 2006-IV-1333.
- RIVERO ISERN, Enrique; y PABLO, Marcos Fernando, «Derecho Administrativo y Equidad», Revista de Derecho Administrativo (RDA) N° 67, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 1.
- RIVERO, Jean, «Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo», Revista de Administración Pública N° 6, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1951, p. 289.
- *Páginas de derecho administrativo*, Temis, Bogotá, 2002.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, «Igualdad, unidad y seguridad en la interpretación del derecho administrativo», Revista de Administración Pública N° 146, mayo-agosto 1998, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 85.
- «Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del derecho», Revista de Administración Pública N° 157, enero-abril 2002, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 89.
- RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, *Aproximación al derecho administrativo constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Serie Derecho Administrativo N° 8, 2009.
- *Ética, poder y Estado*, Prólogo de Julio R. Comadira, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004.
 - «El derecho administrativo global: un derecho principal», Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 377, febrero 2010, Ediciones RAP, Buenos Aires, p. 7.
 - «El silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos», Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 266, noviembre 2000, Ediciones RAP, Buenos Aires, p. 9.
 - «Los principios generales en la jurisprudencia administrativa en el derecho administrativo español», Revista de Derecho Administrativo (RDA) N° 67, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 13.

- «Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la administración pública», *El Derecho*, Suplemento Administrativo 28-06-2002, p. 1/4.
- «Principios generales de la ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la ley 30/1992 de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común», *Revista de Estudios Politécnicos Polytechnical Studies Review* 2007, Vol V, N° 8 [Tékhne, 2007, vol. V, n.o 8], ps. 097-111.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Ma., *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

RONDÓN DE SANZO, Hildegard, «El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el derecho venezolano», obra colectiva en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, vol. V, ps. 271 a 379.

ROSATTI, Horacio D., «Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino», *La Ley*, 15/10/2003, p. 1.

ROSENKRANTZ, Carlos, «En contra de los préstamos y de otros usos no autoritativos del derecho extranjero», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, N° 1, octubre 2005, Buenos Aires, p. 71.

ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 3ª edición, Eudeba, Buenos Aires, 2005.

RUESSMANN, Laurent, «The place of legitimate expectations in the general interpretation of the WTO agreements», *Institute for International Law, Working Paper N° 36 - December 2002*.

SACRISTÁN, Estela B., «El problema de la fuente en las relaciones de fomento», *Revista de Derecho Administrativo (RDA)* N° 43, LexisNexis, Buenos Aires, 2003, p. 101.

- «La equidad como fuente del derecho administrativo», en BOULLADE, Gustavo (director), en *Estudios de derecho administrativo XIII, Fuentes de derecho administrativo*, IEDA, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 241.

- «La relación jurídica de fomento: ¿unilateralidad o bilateralidad?» [ED, 184-948].
 - «Responsabilidad del Estado en el marco de la actividad de fomento (De los actos de estructura bilateral a los contactos reglamentarios)», en CASSAGNE, Juan Carlos y otros, *Responsabilidad del Estado*, Obra homenaje a la Dra. Graciela Reiriz, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 615.
- SÁENZ, Juan Ignacio, «La teoría de la responsabilidad del estado por actos lícitos frente a la pesificación (la Corte y el CIADI ante el cambio de régimen monetario)», *Revista de Derecho Administrativo (RDA)* N° 53, 2005, LexisNexis, Buenos Aires, p. 583.
- SALES, Philip; STEYN, Karen, «Legitimate expectations in english public law: an analysis», *Public Law*, 2004, Sweet & Maxwell Limited and Contributors (P.L. 2004, AUT, 564-593).
- SALOMONI, Jorge Luis, «La defensa del Estado en los conflictos derivados de la aplicación de los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones: el caso de las prestadoras privadas de servicios públicos», *El Derecho, Suplemento Administrativo* 28/10/2003, ps. 1/4.
- «Sistema jurídico, emergencia, conflicto de derechos y revisión de las tarifas de los servicios públicos», *El Derecho, Suplemento Administrativo* 27/3/2002, p. 1/9.
- SÁNCHEZ CAPARRÓS, Mariana, «El cumplimiento de los requisitos para el ingreso a la administración y para el otorgamiento de ascensos como condición para la adquisición de la estabilidad propia o absoluta. A propósito de la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego en los autos «Miño, José Cristian c/ Poder Ejecutivo Provincial s/ Sumarísimo», *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 382, julio 2010, Ediciones RAP, Buenos Aires, p. 93.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1995.
- «*Venire contra factum proprium non valet*», *Revista Documentación Administrativa* N° 263-264, Número Especial

- titulado *El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones*, INAP, mayo-diciembre 2002, p. 223.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, «La teoría del órgano en el derecho administrativo», *Revista Española de Derecho administrativo*, N° 040-041, enero-marzo 1984, Civitas, Madrid, Sección Estudios, p. 43.
- *Principios de derecho administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, vol. I, 3ª edición, 1ª reimpresión, 2001; vol. II, 2ª edición, 1ª reimpresión, 2001.
- SANTOS DE ARAGAO, Alexandre, «Teoría das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradicção entre orgaos administrativos», *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, N° 14, maio/junho/julho 2008, Salvador, Bahía, Brasil.
- SANZ RUBIALES, Iñigo, «La rectificación de errores materiales, aritméticos y de hecho en la jurisprudencia», *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 090, 1996, abril-julio, Sección Jurisprudencia, Civitas, Madrid, p. 299.
- «El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* N° 7, enero-junio 2000, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 91.
- SARMIENTO-ERAZO, Juan Pablo, «La vulneración a la confianza legítima ¿una situación jurídica generadora de responsabilidad del Estado legislador?», *Vniversitas. UCLS. Bogotá (Colombia)* N° 116, julio-diciembre de 2008, p. 85-117.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel, «El principio de confianza legítima en el derecho inglés: la evolución que continúa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 114/2002, Estudios, Civitas, Madrid, abril 2002, p. 233.
- *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho Español*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, 4ª edición, ts. I y II, Montevideo, 1974.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, INAP - Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2003.

- «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos», en Javier BARNÉS (editor), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Derecho Global, Sevilla, 2006, p. 15.
- SCHNEIDER, Jens-Peter, «Seguridad jurídica y protección de la confianza en el derecho constitucional y administrativo alemán», *Revista Documentación Administrativa* N° 263-264, Número Especial titulado *El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones*, INAP, mayo-diciembre 2002, p. 249.
- SCHONBERG, Soren J., *Legitimate expectations in administrative law*, Oxford University Press, New York, 2000.
- SCHWARTZ, Bernard, *Administrative law*, thirth edition, Aspen Law & Business, Little Brown & Company, USA, 1991.
- SESIN, Domingo Juan, *Administración pública, actividad reglada, discrecional y técnica, Nuevos Mecanismos de Control Judicial*, 2ª edición actualizada y ampliada, LexisNexis, Depalma, Buenos Aires, 2004.
- SEVILLE SALAS, Viviana, «La confianza legítima y la responsabilidad del Estado», en *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008, p. 517.
- SILVA ROMERO, Eduardo, «La distinción entre Estado y Administración y el arbitraje resultante de los contratos de Estado», *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 1, Legis, junio-diciembre 2004, Bogotá, Colombia, ps. 155/187.
- SILVA-RUIZ, Pedro F., «La incuria y dejadez del derecho como causa de la pérdida de la acción en la doctrina del *common law*», *La Ley* 2007-F, 1274.
- SILVA TAMAYO, Gustavo E., «La desviación de poder: su fuerza expansiva», *Revista de Derecho Administrativo (RDA)* N° 65, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 693.
- *Desviación de poder y abuso de derecho*, Prólogo de Juan C. Cassagne, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Monografías Jurídicas 157, Buenos Aires, 2006.

- SODERO, Eduardo, «Sobre el cambio de los precedentes», *Isonomía* N° 21, octubre 2004, p. 217.
- SOMMERMANN, Karl-Peter, «La importancia de la comparación jurídica para la evolución del derecho público en Europa», en *Revista Investigaciones*, Publicación efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Área Derecho Comparado, N° 3, 2005, Buenos Aires, p. 525.
- SORIANO, José Eugenio, «Comunidades autónomas y comunidad europea: primeros pasos en la dirección correcta», *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 069, 1991, enero-marzo, Sección Estudios, p. 17, Ed. Civitas, Madrid.
- STOBER, Rolf, *Derecho administrativo económico*, MAP, Madrid, 1992.
- STREINZ, Rudolf, «Seguridad jurídica como desafío a la jurisdicción constitucional», traducción de Rodolfo Witthaus (Profesor de Derecho - Universidad de Buenos Aires), en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Biblioteca Jurídica Diké, Colombia, 1ª edición, 1997, ps. 121/154. Secretaría de Investigación de Derecho Comparado. Extracto publicado en *Revista investigaciones* 3 (1997), ps. 446/452.
- SUAY RINCÓN, José, «La doctrina de los principios generales del derecho y su contribución al desarrollo del derecho administrativo», en *Protección jurídica del ciudadano, Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, tomo I, p. 379.
- TARDÍO PATO, José Antonio, «El principio de especialidad normativa (*lex specialis*) y sus aplicaciones jurisprudenciales», *Revista de Administración Pública* N° 162, septiembre-diciembre 2003, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 189.
- TATE, Pamela, «The coherence of «legitimate expectations» and the foundations of natural justice», *Monash University Law review* [vol. 14, march 88], p. 15.
- TAWIL, Guido S., *La responsabilidad del estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento*

- to de la administración de justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1993.
- «Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable. A propósito de las recientes decisiones de los casos «Vivendi», «Wena» y «Maffezi- ni», LL, 20-11-2002, ps. 1/6, y LL, 21-11-2002, ps. 2/5; tam- bién en *Derecho procesal administrativo*, Obra en home- naje a Jesús González Pérez, Hammurabi, 2004, t. 1, ps. 317/357.
 - «Los tratados de protección y promoción recíproca de in- versiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional», en obra colectiva *Responsabilidad del Es- tado y del funcionario público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ed. Cien- cias de la Administración, 2001, Buenos Aires, ps. 269/ 291; y en *La Ley*, 2000-D, 1106.
- TESTONI, Silvia y RODRÍGUEZ, María José, «La responsabilidad del Estado. Perfiles actuales. Su evolución en la jurispru- dencia de la procuración del Tesoro de la Nación. Colo- fón: la responsabilidad del estado en la emergencia», *El Derecho*, Suplemento Administrativo 29/11/2002, ps. 5/12.
- TOZZINI, Gabriela Inés, «La seguridad jurídica, la confianza le- gítima de los contribuyentes frente a las facultades recaudatorias municipales. A propósito de la recategori- zación del impuesto sobre patente única sobre vehículos», *Colección Zeus - Doctrina*, Publicado en el boletín Zeus N° 7299 el 3/11/2003.
- TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C., *Interpretando la Consti- tución*, Palestra Editores, Lima, 2010.
- TRIGO REPRESAS, Félix A.; LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, tomo IV, *La Ley*, Buenos Aires, 2004.
- URIBE PRADA, Antonio José, *Don Quijote, abogado de La Man- cha*, 2ª edición, Temis, Bogotá, Colombia, 1991.
- VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel, *La defraudación de la confian- za legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la res- ponsabilidad del Estado*, Universidad Externado de Co- lombia, Bogotá, 2008.

- VÁZQUEZ, Adolfo Roberto, *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, 2ª edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2001.
- VIANA CLEVES, María José, *El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- VILLAR PALASÍ, José Luis; y VILLAR EZCURRA, José Luis, «El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro derecho», en *Protección jurídica del ciudadano, Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, tomo I, p. 79.
- VILLAR ROJAS, Francisco José, «El derecho transitorio de la ley de aguas de canarias: el inevitable equilibrio entre el dominio público hidráulico y los derechos preexistentes», *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 083, 1994, julio-septiembre, Sección Estudios, Civitas, Madrid, p. 425.
- VITELLESCHI, Ignacio E., «El principio de seguridad jurídica como límite a los abusos de la administración en materia de derechos de exportación reafirmado en un fallo ejemplar» - [ED, (28/4/2008, N° 11.995)]. ED, 227-252. Nota a Fallo Juzgado Federal N° 2 de Rosario, 12/3/2008. - *Mineira Alumbreira LTD c. Dirección General de Aduanas s/ acción de amparo*. ED, 227-238.
- WADE, H.W.R. & FORSYTH, C.F., *Administrative Law*, ninth edition, Oxford University Press, New York, 2004.
- WHITTAKER, Simon, «Precedent in English law: a view from the CITADEL», *European Review of Private Law* 5/6-2006 [705-746], Kluwer Law International, Netherlands.
- WIACKER, Franz, *El principio general de la buena fe*, 2ª edición, Cuadernos Civitas, Prólogo de Luis Diez-Picasso, Madrid, 1986.
- WOLFF, Hans; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf, *Direito administrativo*, vol. I, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.
- WRIGHT, David, «Rethinking the doctrine of legitimate expectations in canadian administrative law», *Osgoode Hall Law Journal* [vol. 35 no. 1], 1997, p. 139.

YMAZ VIDELA, Esteban M., *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*, La Ley, Buenos Aires, 1999.

ÍNDICE

Aclaración	13
Prólogo	15

Capítulo I - Introducción

1. Origen de la noción	17
2. Fundamentos	21
3. Tesis	24
4. Relación con figuras afines	25
a) Teoría de los «actos propios»	25
5. Principales escollos	28
a) No derecho al mantenimiento de leyes y reglamentos	28
b) Derechos adquiridos	28
c) Responsabilidad del Estado por los cambios normativos lícitos	29
6. Sistema normativo. Casos y soluciones	31
7. Ámbitos de aplicación del principio	33
a) Límite a la potestad revocatoria de actos	33
b) Respeto a los precedentes	33
c) Casos de silencio positivo	34
d) Normas nuevas que imponen situaciones más gravosas. Leyes de «emergencia»	34
e) Exceso del uso de reglamentos de necesidad y urgencia y delegados	35
f) Abuso de «leyes ómnibus»	36
g) Responsabilidad de los funcionarios	36
8. Funcionamiento del principio. Metodología	37

Capítulo II - Modelos teóricos de «Estado de derecho»

1. Los principios generales del derecho	46
2. La profusión normativa en un país federal	54
a) Conflicto originado en el ámbito de una Provincia, en un supuesto de ausencia de norma provincial específica	60
b) Conflicto suscitado en el ámbito de competencia nacional, sin contar con una regla pensada para el caso	67
c) Conflicto suscitado en el ámbito de competencia municipal	72
d) Conflicto entre una norma nacional (de derecho común) con una norma local (provincial o municipal) específica	81
e) Algunas consideraciones generales acerca de la irrelevancia de la organización federal de un Estado frente al Derecho Internacional	83
f) Rango de los tratados internacionales en el Derecho Argentino. Su relación con el arbitraje internacional	86

Capítulo III - Dificultades interpretativas derivadas de la complejidad del ordenamiento jurídico

1. Principio de Seguridad Jurídica y sus manifestaciones	95
2. Principio de seguridad jurídica como obstáculo a la habilitación de instancia cuando se ha operado la caducidad de la acción	98
3. El punto de máxima tensión entre los principios de legalidad y seguridad jurídica. El caso de la potestad revocatoria de actos ilegítimos	104
- El caso «Carman de Cantón»	104
- El caso del nombramiento ilegítimo de empleados públicos	107
- La potestad revocatoria en otros contratos administrativos	123
4. Posibilidad de suspender cuando no se puede revocar	127
- Postura que admite la posibilidad	127
- Postura negatoria	130

Capítulo IV - Institutos jurídicos afines, arraigados en el derecho argentino, que limitarían la gravitación del principio de confianza legítima

a. No derecho al mantenimiento de leyes y reglamentos . versus Derechos Adquiridos	135
--	-----

- Los derechos adquiridos en materia jubilatoria	138
- La doctrina en las relaciones de fomento. El caso «Cerro Vanguardia»	141
- El caso del revalú inmobiliario retroactivo	146
b. Derechos constitucionales sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio. Inexistencia de Derechos Absolutos	148
c. Sometimiento voluntario al régimen jurídico. Doctrina de los actos propios	152
d. Relativización del principio del voluntario sometimiento a un régimen jurídico	159
e. Acerca del cambio de los precedentes jurisprudenciales, en cuyo seguimiento se ha expresado existe un «deber moral»	163
f. El estándar del caso «Exolgan»	166
g. Análisis de un caso relativo a los límites de la aplicación de la doctrina de los actos propios frente al ejercicio de competencias estatales regladas: El caso de las habilitaciones comerciales	168
h. El caso «Valdez»	172
i. El caso «Parrilla El Mirador»	175
j. La duda acerca de si existe o no habilitación, juega en contra de quien alega su existencia	177
k. Acerca de los Actos administrativos tácitos e implícitos	180
- Actos «tácitos» y Actos «implícitos: La cuestión en el derecho privado	180
- La cuestión en el derecho administrativo	181
- La operatividad en la práctica	185
l. Los «Meros Pronunciamientos Administrativos»	188
- La decisión expresa del reclamo previo. ¿Acto administrativo o Mero Pronunciamiento Administrativo?	188
- La distinción antedicha en la Jurisprudencia	193
m. Teoría de la «apariencia» versus la teoría del «órgano»	196
n. Los precedentes administrativos versus la doctrina del «precedente ilegal»	205
o. Principio de Legalidad en los contratos administrativos	217
p. El principio de buena fe en los contratos administrativos	222
q. Estándar agravado de valoración de las cualidades de oferentes y contratistas del Estado	226
r. Acerca del silencio de la administración	230
s. Desviación de Poder versus Abuso de Derecho	232
t. Principio del debido proceso	237
u. Principio de Proporcionalidad	243

Capítulo V - Análisis del derecho comparado y del arbitraje internacional de inversiones

1. Acerca de la importancia de la comparación jurídica	251
2. La construcción de la confianza	252
3. Acerca de las fuentes generadoras de	
«expectativas legítimas»	257
- La evaporación del derecho administrativo doméstico	268
- La crítica a la equiparación del estándar de «trato justo y equitativo» con las «expectativas legítimas». La Opinión separada del árbitro Pedro Nikken en el Laudo de Aguas de Santa Fe	270
- Aplicación restrictiva del principio de confianza legítima en el Derecho Comunitario Europeo	277
- El «Estoppel» en el Tribunal Arbitral <i>ad hoc</i> del Mercosur	280
- Acerca de las declaraciones de los funcionarios	283
- Asunción del riesgo empresario	285
- Acerca de la naturaleza de las normas-objetivo	292
- La Ley de Convertibilidad no constituía una garantía cambiaria	293
- La variación de la jurisprudencia de la Corte Suprema en torno a la Ley 25.561	303
 Capítulo VI - Conclusiones	 317
 VII. Bibliografía consultada	 327

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de diciembre de 2015

