

# LA MATERIA CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA \*

por el Académico DR. MIGUEL S. MARIENHOFF

## I

### INTRODUCCION

El tema es de amplísimo contenido. Prácticamente abarca toda la substancia del contencioso - administrativo. Tal es su extensión.

## II

### EL "CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NO PERTENECE AL DERECHO ADMINISTRATIVO SUBSTANCIAL. EL INSTRUMENTO JURIDICO: SU DENOMINACION.

El contencioso-administrativo no pertenece al derecho administrativo substantivo, sino al derecho *procesal común*. Ocurre aquí algo similar a lo que sucede con el derecho procesal civil y comercial, que también pertenece al derecho procesal común, y en modo alguno al derecho civil o al derecho comercial. Pero va de suyo que todos los procesalistas —sean éstos civiles, comerciales o administrativos— deben conocer el respectivo derecho substantial, cuyas bases influirán en la aplicación del pertinente derecho formal.

\* Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, el 23 de octubre de 1980.

Todo esto tiene influencia en la denominación del instrumento jurídico (“código” o “ley”) que regula la materia contencioso-administrativa.

Originariamente esta clase de instrumento fue denominada “Código de Procedimiento en lo Contencioso-Administrativo”. Tal denominación fue criticada, y hoy algunos proponen la de “*Código Procesal Administrativo*”: suprimen la palabra “contencioso”.

La expresión “contencioso-administrativo”, dijimos los que redactamos el proyecto de Código de lo Contencioso-Administrativo para la Nación, presentado al Gobierno Nacional en enero de 1968, sirve para calificar o especificar un tipo de “*materia*” de fondo, un tipo de “*tribunales*” o jurisdicción y un tipo de “*procedimiento*”. Dijimos también, que a pesar de las críticas de que fue objeto, habíamos preferido seguir empleándola porque está incorporada a nuestro derecho legislado y constitucional de las provincias, y porque las fórmulas gramaticales con que se pretende reemplazarla no son más claras que la tradicional que utilizábamos.

La ley española de 1956 se denomina “de la jurisdicción contencioso-administrativa”. El primer código que hubo en nuestro país sobre esta materia, aún vigente, el de la provincia de Buenos Aires, que entró a regir en 1905, se denomina “Código de Procedimientos de lo Contencioso-Administrativo”.

Por todas esas razones, estimo que la denominación aceptable del expresado instrumento jurídico es “Código Procesal Contencioso-Administrativo”. Así denominé al respectivo Código de La Pampa, en vigencia desde el 1° de enero del corriente año 1980.

### III

#### UNIFICACION DEL PROCEDIMIENTO. EL CONTENCIOSO DE ANULACION Y EL DE PLENA JURISDICCION.

El derecho clásico (derecho francés) distingue entre contencioso de “*anulación*” (ilegitimidad) y contencioso

de "*plena jurisdicción*". Pero esa distinción tiende a abandonarse, según se observa en legislaciones más modernas, como la española de 1956, sometiendo dichas pretensiones a un trámite único, común a ambas: la diferencia estará dada por la índole concreta de la pretensión, de lo cual la sentencia será un reflejo. Sobre tal base, el administrado accionará en defensa de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, con lo cual, de hecho, aunque sin mencionarlas así, habrá ejercido una acción de plena jurisdicción o una acción de anulación.

Lo aconsejable es que quien accione por la vía contencioso-administrativa reclamando ya sea la protección de un derecho subjetivo o la de un interés legítimo, esté sometido a un idéntico procedimiento legal en ambos supuestos. La diferencia resultará del objeto concreto de la pretensión y del correlativo contenido de la sentencia. El Código de La Pampa responde a esa técnica.

Como se dice en el preámbulo de la ley española de 1956, sobre jurisdicción contencioso-administrativa, la institución de dos vías distintas, de "*anulación*" y de "*plena jurisdicción*", no era necesaria ni conveniente; por eso se la suprimió en dicha ley; y se agregó que "*lo que importa es si existe infracción jurídica*", y nada más, y según cuál sea la infracción jurídica que motiva la acción, la sentencia decidirá lo pertinente, sin necesidad de establecer procedimientos distintos según que se trate de un proceso de anulación o de plena jurisdicción.

El mantenimiento de la división del proceso en "*proceso de anulación*" y "*proceso de plena jurisdicción*", según que se pretenda defender un interés legítimo o un derecho subjetivo, crea dificultades en la práctica, porque no siempre aparece en forma neta la diferencia entre interés legítimo y derecho subjetivo; de ahí la facilidad de errar el procedimiento elegido, con las consecuencias procesales pertinentes. Esa diferenciación entre "*proceso de anulación*" y "*proceso de plena jurisdicción*" no sólo hizo que muchas veces el propio interesado extraviara el camino, eligiendo una vía en lugar de la otra, con las consecuencias procesales del caso, sino que incluso a veces hizo dudar o errar a los propios jueces intervinientes, quienes no siempre alcanzaban a distinguir con claridad una

prerrogativa de la otra: a veces ambas se mueven y confunden en una zona gris y difusa.

En un caso concreto ¿cómo distinguir en forma clara el interés legítimo del derecho subjetivo? La pregunta fue teóricamente bien contestada por Georg Jellinek en su obra *Sistema de los derechos públicos subjetivos*, traducida del alemán. Si bien por "derecho subjetivo" debe entenderse el "poder atribuido por el ordenamiento jurídico a una voluntad, para la satisfacción de intereses humanos", Jellinek se pregunta: ¿Cuándo un interés jurídicamente tutelado se eleva a la categoría de derecho subjetivo? Contesta diciendo que toda medida que tienda a proteger el interés general, protege necesariamente una suma conjunta de singulares intereses individuales, sin crear con ello derechos subjetivos. Solamente si la voluntad individual, agrega, es reconocida como decisiva para la existencia y para la extensión del interés, éste se transforma en un derecho público subjetivo.

Como se advierte, desde el punto de vista teórico, la diferencia entre derecho subjetivo e interés legítimo, aparece como sencilla y clara. Pero no siempre ocurre lo mismo en los casos prácticos que se presentan, lo cual es susceptible de inducir a error tanto al propio administrado como al juez. Tal posibilidad pone en evidencia una de las ventajas de la unificación de los trámites dentro del proceso contencioso-administrativo, suprimiendo toda diferencia procesal entre contencioso de anulación y contencioso de plena jurisdicción. La defensa del derecho subjetivo y del interés legítimo debe lograrse a través del mismo procedimiento.

#### IV

### ACTOS Y CONTRATOS REGIDOS POR EL DERECHO PRIVADO

La acción contencioso-administrativa no procede —no debe proceder— respecto de actos y contratos regidos substancialmente por el derecho privado. Sólo procede —o sólo debe proceder— contra actos o contratos emitidos o celebrados por la Administración Pública actuan-

do específicamente como tal, es decir actuando en el campo del derecho público, “*administrativo*” en la especie.

La clasificación de los actos del Estado en “*administrativos*”, propiamente dichos, y “*privados*” o de derecho común, es de rancio arraigo en la doctrina científica general, como también lo es la de los contratos del Estado en “*administrativos*”, propiamente dichos, y de derecho privado o común. Todo ello tiene profundas consecuencias jurídicas. Trátase de una razonable concepción teórica determinante, a su vez, de un régimen jurídico que permite resolver adecuadamente los problemas respectivos. Es una construcción útil, proficua, que ofrece variadas aplicaciones.

La distinción no se basa, en modo alguno, en la inexistente doble personalidad del Estado: se basa en la posibilidad de que, sobre la base de una única personalidad, el Estado, lo mismo que las personas individuales o particulares, actúe desplegando su competencia en el campo del derecho público o en el campo del derecho privado.

Hace poco alguien ha pretendido que tal clasificación de dichos actos y contratos no tiene asidero legal o positivo en nuestro país, ya que ella —se dice— es originaria de Francia. Se agrega que, siendo así, resultan improcedentes las citas de tratadistas y tribunales franceses en apoyo de la clasificación de los actos y contratos de la Administración Pública en “*privados*” y “*administrativos*”. En modo alguno comparto dicha afirmación.

La *doctrina científica*, cuando, como ocurre en este caso, aparece inspirada por el buen sentido, apoyada por la lógica, es y debe ser fuente indirecta del derecho administrativo. En este orden de ideas, nadie debe asombrarse de la cita reiterada de tratadistas franceses, pues en esto y en muchas otras actividades Francia siempre actuó como faro luminoso en el desarrollo de la cultura y en el progreso de la civilización. Baste recordar a Luis Pasteur, a los esposos Curie, a los grandes maestros del derecho, etc., etc., cuyas vidas y el resultado de sus investigaciones marcan verdaderos momentos estelares en la historia de la humanidad. De manera que la expresada clasificación de los actos y contratos de la Administración halla, entre nosotros,

obvio fundamento a través de la doctrina científica, que es fuente indirecta en derecho administrativo. No tiene importancia alguna que tal clasificación —y correlativa doctrina— hayan nacido en Francia: lo importante es que, por sí mismas, sean racionalmente idóneas para regular y resolver las correlativas situaciones jurídicas.

*En la actualidad*, para la vigencia de la expresada clasificación de los actos y contratos del Estado, nada tiene que ver, como se pretende, el origen o la razón que determinó la creación del Consejo de Estado de Francia. *Dicha clasificación hoy se la acepta porque es útil científicamente*, y eso basta. No pueden estar sujetos al mismo régimen jurídico los actos y contratos que expresen una actividad puramente pecuniaria del Estado (actividad “instrumental”) —comercial o industrial, por ejemplo—, y los que aquél realice persiguiendo esencial y exclusivamente el interés general o público.

Por análogas razones, esa clasificación se opera en la condición legal de los bienes del Estado. Así, los bienes meramente “*instrumentales*” del mismo pertenecen a su dominio “*privado*”, en tanto que los bienes “*finales*” o bienes de “*uso*” pertenecen al “*dominio público*”.

De manera que la doctrina derivada de la clasificación de los actos y contratos de la Administración Pública en “*administrativos*” y de “*derecho privado*” es, entre nosotros, de obvia vigencia y aceptación.

Por lo demás, adviértase que tanto la Constitución Nacional, como las provinciales, al hacer referencia al “Estado” (Nación o Provincias, respectivamente) o a la Administración Pública, en modo alguno obstan a que la doctrina — y el legislador común, siguiendo las enseñanzas de aquélla—, en base a criterios racionales, lógicos y sensatos, dividan los actos y contratos que emita y realiza el Estado en “*administrativos*” y “*privados*”, sometién-dolos a regímenes distintos en todo lo atinente a su tratamiento. Nada hay en nuestro derecho que obste a dicha clasificación metódica, tanto más cuanto de ella sólo derivan saludables resultados.

Igual cosa ocurre con los bienes del Estado, que se dividen en públicos y en privados. Más aún: un mismo bien, por ejemplo un ferrocarril del Estado, según la fina-

lidad a que esté destinado, será del dominio público o del dominio privado del Estado. Todo esto se analiza al estudiar el elemento "teleológico" o "finalista" de la dominicalidad, cosa que realicé en mi *Tratado del Dominio Público*.

La doctrina científica, tanto extranjera como nacional, ha dado pautas racionales que permiten distinguir el contrato "*administrativo*" del contrato de derecho privado de la Administración.

El más antiguo de los códigos argentinos sobre Procedimiento en lo Contencioso Administrativo, aún vigente, redactado en 1905 para la provincia de Buenos Aires, y el más reciente de dichos Códigos, que es el de La Pampa, vigente desde este año 1980, siguen el planteo doctrinario a que hago referencia.

## V

### LA ACCION CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVA SOLO PROCEDE SIENDO PARTE LA ADMINISTRACION PUBLICA, DIRECTA O INDIRECTA.

La acción contencioso-administrativa excluye a los actos o contratos emitidos o celebrados por personas privadas o públicas no estatales que interesen a otras personas o entidades privadas o públicas no estatales.

Si los actos administrativos son, *esencialmente*, los que emite el Estado y sus organismos públicos en ejercicio de sus potestades, va de suyo que los actos emitidos por personas o entidades públicas "*no*" estatales *no son administrativos*, ni deben considerarse tales. En esos supuestos, dichos actos no pueden servir de base para una acción contencioso-administrativa, porque en ellos está ausente la Administración Pública, propiamente tal, requisito "*sine qua non*", inexcusable, para la procedencia de esa acción.

Para el juzgamiento de los actos de personas o entidades públicas "*no*" estatales, o sea que no ejercen fun-

ciones estatales propiamente dichas, hay otras vías jurídicas, independientes de la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que entonces no resulta necesario ni recomendable utilizar para ello una técnica ideada para otros supuestos. Debe seguirse la vía pertinente. Tal punto de vista no se desvirtúa por el hecho de que algunos juristas, y algunos códigos provinciales, en base a otro criterio, estimen lo contrario. No comparto su punto de vista, ni pienso como ellos, pues el juzgamiento de tales actos no admite que se recurra a la vía contencioso-administrativa. Destacados tratadistas comparten el criterio que auspicio.

No es posible distorsionar, sin imperiosa razón que lo justifique, la clásica teoría general del derecho administrativo, que debe ser transmitida en toda su pureza a través del tiempo. Esto no implica, en modo alguno, precognizar el estancamiento del derecho: sólo trasunta respeto a criterios rectores.

La observancia de la tradición jurídica merece respeto, tanto más si no existe una razón poderosa e inevitable que requiera otro temperamento.

Los actos de derecho privado, y los actos de personas pública "no" estatales son, pues, extraños a la jurisdicción contencioso-administrativa. Por lo demás, la circunstancia de que personas privadas o públicas "no" estatales invoquen y apliquen entre ellas normas de derecho administrativo no altera lo dicho, por cuanto lo decisivo en esta cuestión no es exclusivamente la naturaleza de la norma invocada, sino también y principalmente la índole de las personas o entidades intervinientes.

## VI

### LA ADMINISTRACION PUBLICA COMO ACTORA. LO ATINENTE A LA LLAMADA ACCION DE LESIVIDAD.

Claro está que la Administración Pública, y los demás organismos administrativos dotados de personalidad, o autorizados para actuar en juicio, pueden promover ac-

ciones contencioso-administrativas; es decir, pueden actuar como actores en esas contiendas.

Pero considero menester rectificar la terminología a utilizar en esta materia. Así lo hice al proyectar el actual Código Procesal Contencioso-Administrativo de La Pampa.

En general, los expositores y textos legales, al considerar esta cuestión, hablan de "*acción de lesividad*", entendiéndose referirse con ello a las acciones que promueva el Estado, impugnando sus propios actos. Pero dicha terminología, si bien anteriormente pudo aceptarse, hoy es inaceptable, frente al nuevo curso de los estudios sobre esta materia.

Por mi parte he abandonado la expresión "*acción de lesividad*", porque podría confundirse con el supuesto de "*lesión*", la cual —como lo puse de manifiesto en algunas publicaciones— no puede ser invocada por el Estado para obtener la revisión o la anulación de sus actos o contratos. La expresión "*acción de lesividad*" la he reemplazado por la siguiente perífrasis o circunlocución: "*la Administración Pública como actora en el juicio contencioso-administrativo*". Desde luego, cuando hablo de "*lesión*" me refiero a la lesión congénita, nacida con el acto o contrato, y en modo alguno a la lesión "*sobreviniente*", llamada también "riesgo imprevisible" o "imprevisión", que se gobierna por otras reglas.

La "*lesión*" es un vicio autónomo del acto administrativo, diferente del error, dolo, violencia o simulación.

Si bien el Estado no puede invocar la "*lesión*" para obtener la nulidad o la revisión de sus actos o contratos, alguna persona poco versada en esta disciplina podría creer que la "*acción de lesividad*" tiene algo que ver con el vicio de "*lesión*", lo que no es así. "*Acción de lesividad*" es la expresión que, en un principio, los juristas emplearon para traducir la idea de que la Administración Pública actuara como actora en un juicio demandando la nulidad de sus propios actos o contratos. Pero actualmente, con el avance de los estudios sobre la "*lesión*", el empleo

de aquella expresión es improcedente, porque resulta equívoca.

Para evitar la confusión a que hice referencia, al redactar el proyecto del actual Código Procesal Contencioso Administrativo de La Pampa, abandoné la expresión "*acción de lesividad*", reemplazándola por la mencionada perífrasis "*la Administración Pública como actora en el juicio contencioso-administrativo*".

En cuanto al alcance de la acción que en estos casos puede promover la Administración Pública, debe ser amplio, a fin de que la Administración halle fácil remedio para conjurar todo aquello que, *encuadrado en el derecho administrativo*, ilícitamente la perjudique. El título XIII, artículo 64 y siguientes, del Código de La Pampa es ejemplo de ello.

## VII

### ACTIVIDAD REGLADA Y DISCRECIONAL.

Los actos administrativos, propiamente tales —sean ellos unilaterales o bilaterales: individuales o generales—, están sometidos al control jurisdiccional de la justicia mediante el procedimiento contencioso-administrativo. Tal es la regla.

Pero esos actos pueden ser emitidos por la Administración Pública ejercitando su actividad reglada o vinculada o ejercitando su actividad discrecional o libre. En buenos principios, en correctos principios, la competencia contencioso-administrativa debe ser idónea para el juzgamiento de todo acto administrativo, sea éste emitido en ejercicio de la actividad reglada o de la actividad discrecional.

La generalidad de las leyes extiende la fiscalización contencioso-administrativa no sólo a los actos emitidos en ejercicio de la actividad reglada, sino también a los emitidos en ejercicio de la actividad discrecional. En la actual ley española, por ejemplo, la jurisdicción contencioso-administrativa también comprende el juzgamiento de los ac-

tos discrecionales. Lo mismo ocurre en el reciente Código de la Pampa.

En cambio, otras leyes, sean éstas antiguas o modernas, limitan la acción contencioso-administrativa al juzgamiento de actos emitidos en ejercicio de la actividad reglada. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el Código de la Provincia de Buenos Aires, que es del año 1905, y con el de la Provincia de Córdoba, que es del año 1941.

Pero la generalidad de las nuevas legislaciones, como así también la doctrina, contrariamente a lo que ocurría con la legislación y doctrina de principios de este siglo, admite que con la acción contencioso-administrativa se tutele no sólo el derecho emergente de un acto administrativo dictado en ejercicio de facultades regladas, sino también el emergente de un acto emitido en ejercicio de la actividad discrecional. Este acertado criterio supera a la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación que establece una diferencia de naturaleza entre los derechos nacidos de un acto administrativo, según que éste haya sido emitido en ejercicio de atribuciones regladas o de atribuciones discrecionales. Tanto es así que para nuestra Corte Suprema el acto administrativo emitido en ejercicio de atribuciones discrecionales no hace cosa juzgada administrativa y puede ser revocado por la Administración. Es de advertir que tales conclusiones de la Corte Suprema de Justicia son anteriores a la vigencia de los artículos 17 y 18 de la ley nacional de procedimiento administrativo, del año 1972, que al referirse a los derechos subjetivos hablan genéricamente, no haciendo distinción alguna entre acto emitido en ejercicio de la actividad reglada o de la actividad discrecional.

Esa falla conceptual de nuestro alto Tribunal, repudiada por toda la doctrina, aparece superada, por ejemplo, en la reciente ley de procedimiento administrativo de La Pampa, que, yendo más allá que la ley nacional de procedimiento administrativo, en forma expresa y concreta dispone que los derechos nacidos de la actividad reglada y los nacidos de la actividad discrecional son de idéntica naturaleza o substancia, gozando de las mismas prerrogativas jurídicas.

Sería de desear que el futuro Código Procesal Contencioso-Administrativo de la Nación extienda su alcance a todos los actos administrativos, provengan éstos de la actividad reglada o de la actividad discrecional. También es de desear que toda la legislación de nuestras provincias siga, en lo pertinente, dicho criterio, corrigiendo las disposiciones que actualmente se apartan del mismo.

## VIII

### CUESTIONES QUE SE EXCLUYEN DE LA ACCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA POR RAZONES PRÁCTICAS

Hay algunas materias que, no obstante ser de indiscutible naturaleza administrativa y que, por tanto, a su respecto procede la acción contencioso-administrativa, son sin embargo excluidas a texto expreso de dicha jurisdicción por razones exclusivamente prácticas, pero en modo alguno por razones de principio.

Es lo que ocurre, por ejemplo, en el orden nacional, con el contencioso jubilatorio, que por ley está atribuido al fuero laboral de la Capital. Algo similar ocurre en La Pampa con todo lo atinente al contencioso expropiatorio, que, para no recargar ahí la labor del Superior Tribunal de Justicia, fue expresamente excluido de la acción contencioso-administrativa. Pero es sabido que el contencioso de la expropiación corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, como yo mismo tuve oportunidad de establecerlo al proyectar la actual ley nacional de expropiación, donde se dispone que las acciones judiciales sobre esa materia corresponden a los jueces federales con jurisdicción en lo contencioso-administrativo. Más aún: por esa misma razón he sostenido que las acciones contra una Provincia por el cobro de la indemnización derivada de una expropiación no corresponden a la jurisdicción originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues tal cobro no constituye una *causa civil*, como es menester para la procedencia de esa jurisdicción originaria. Téngase presente que respecto a la naturaleza jurídica de la expropiación, en todas sus etapas —incluso en la relacionada con el cobro de la indemnización—, actualmente tanto la Corte Su-

prema como la doctrina establecen que se trata de un instituto homogéneo de derecho público.

## IX

### ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO Y ACTOS INSTITUCIONALES

Dentro de la materia que debe considerarse al tratar la jurisdicción contencioso-administrativa, hay una que requiere ser especialmente analizada. Me refiero a los actos “*políticos o de gobierno*” y a los actos “*institucionales*”.

Hasta hace poco tiempo, y aún hoy, muchos Códigos Procesales Contencioso-Administrativos de nuestras provincias excluían —y excluyen— de dicha acción al conglomerado de actos denominados “*políticos*” o de “*gobierno*”. Con ello quedaba —y queda— fuera del control jurisdiccional de la justicia un amplio sector de la actividad de la Administración Pública, con el consiguiente agravio para las libertades públicas. Bastaba que un acto fuese calificado como “*político*” o de “*gobierno*” para que la acción contencioso-administrativa fuese desestimada a su respecto.

Pero lo cierto es que en ese complejo de actos llamado “*políticos*” o de “*gobierno*” existían actos que en realidad no eran políticos ni de gobierno. Eran de otra índole, y de una naturaleza tal que el buen sentido declaraba evidentemente no justiciables, es decir, excluidos del control jurisdiccional de la justicia; pero como estos actos figuraban desde antaño en el conglomerado de actos llamado políticos o de gobierno, a todos, de hecho, y sin distinción, se les negaba también el control judicial, considerándolos excluidos del mismo. Todo ello, que era confuso y de consecuencias inaceptables, me llevó a aislar conceptualmente el acto que he llamado “*institucional*”, separándolo del conglomerado de actos hasta entonces denominado “*políticos*” o de “*gobierno*”. Esos actos “*institucionales*” son los únicos que escapan al control jurisdiccional de la justicia. Todo el resto de esos actos, que sigue denominándose “*políticos*” o de “*gobierno*”, debe estar sometido al control jurisdiccional de los jueces.

La doctrina tradicional incluía en un solo bloque, en conjunto y sin distinción alguna, a los actos políticos o de gobierno y a los actos que ahora denomino "*institucionales*". Y a todos los consideraba excluidos del control jurisdiccional de la justicia.

Muchos juristas *intuyeron* la distinción, pero no alcanzaron a realizar el referido aislamiento conceptual entre esos tipos de actos. Así se observa en sus diversos trabajos, pues —como lo dije en otras oportunidades— en ocasiones se manifiestan perplejos o desorientados ante consecuencias disímiles que corresponderían a actos que aparecen englobados, incluidos o involucrados, *en una sola y misma categoría*: la de los actos de "gobierno" o "políticos", lo que autorizaba a pensar que todos los actos incluidos en esa misma categoría tenían idénticas consecuencias y el mismo tratamiento. Sólo mediante ese aislamiento o separación conceptual es posible tratar adecuadamente cuestiones en absoluto distintas entre sí, por cuanto unas importan actos políticos o de gobierno y otras actos institucionales. Cada uno de éstos obedece a reglas diferentes. Por eso unos son justiciables y otros no lo son.

La diferencia entre el acto político o de gobierno y el acto "*institucional*" es substancial o de fondo. En modo alguno constituye una mera cuestión terminológica.

Todo acto del Poder Ejecutivo, atinente a la marcha o funcionamiento *común u ordinario* de la Administración Pública, por principio será un acto de administración o un acto administrativo, según los casos. Los actos que no reúnan o no respondan a dichas características, sino que tengan por objeto finalidades *superiores o trascendentes* para el "*funcionamiento*" del Estado, en principio deben conceptuarse actos de gobierno o políticos. El acto de gobierno o político trasunta una "*directiva*" de carácter superior, pero siempre dentro del *funcionamiento normal* del Estado. El régimen jurídico de esas categorías de actos —es decir de los actos administrativos y de los actos políticos o de gobierno—, en lo fundamental, obedece a principios similares. Se trata de una diferencia de "*hecho*", de "*grado*", meramente conceptual, no de una diferencia de "*derecho*". Son actos "políticos" o de "gobierno", entre otros: el indulto; la expulsión de ex-

tranjeros; la prohibición de entrada de extranjeros al país; las medidas adoptadas en el curso de una guerra nacional contra los respectivos extranjeros; ciertos actos regidos por el derecho político, por ejemplo todo lo relacionado con la "*teoría de la representación nacional*", a la cual pertenece lo vinculado con las "*elecciones*", incluso la selección de los "candidatos" o "élite" que deben dirigir los destinos de la Nación.

Por el contrario, el acto "*institucional*" ya no sólo se refiere al "*funcionamiento*" normal del Estado, como ocurre con el acto político o de gobierno. El acto *institucional* tiene aún mayor trascendencia: vincúlase a la propia "*organización*" y "*subsistencia*" del Estado. Así, entre otros, son actos institucionales, todos ellos vinculados de manera esencial a la *organización* o a la *subsistencia* del Estado: la declaración de guerra; la declaración del Estado de sitio; la celebración de ciertos tipos de tratados internacionales (de paz, de alianza, de neutralidad, de límites, los concordatos); etc.

De esa básica diferencia substancial o de fondo entre ambas categorías de actos, surge una "*consecuencia*" también fundamental: el acto de gobierno o político puede incidir, *directa e inmediatamente*, en la esfera jurídica del particular o administrado, vulnerando incluso un derecho o una garantía individual establecidos a su favor en la Constitución; ello autorizaría la impugnación del acto ante la autoridad judicial.

El acto institucional, en cambio, no puede dar lugar a la expresada impugnación judicial, pues, por su índole, no afecta derechos subjetivos de los administrados. Estos últimos derechos recién podrían verse afectados, directa e inmediatamente, a raíz de actos emitidos como *consecuencia* o en *ejecución* de los mencionados actos "*institucionales*". Esto es trascendente y debe ponerse atención en ello. El acto institucional no se vincula o relaciona inmediata o directamente con los administrados o particulares; se vincula o relaciona con los propios *órganos o poderes estatales*, contemplando principalmente relaciones entre *poderes públicos*, siendo por ello que los administrados no pueden impugnar el acto institucional, propiamente dicho: no son "*parte*" en el mismo, porque no son

directa e inmediatamente afectados por él, careciendo entonces de "acción" para impugnarlo.

La generalidad de los Códigos Procesales Contencioso-Administrativos excluye de esa acción a los actos políticos o de gobierno, sin distinción alguna. Pienso que esta posición no es aceptable, porque implica reiterar o mantener equivocados conceptos del pasado, ya que aparece involucrando en un solo bloque a los actos políticos o de gobierno y a los actos institucionales. Estimo, en cambio, que el acto político o de gobierno está y debe estar su-peditado a su enjuiciamiento por la vía procesal contencioso-administrativa. Lo que está excluido de ésta es el acto que he llamado "*institucional*", cuyo contenido evidentemente excluye el control jurisdiccional de la justicia, todo esto sin perjuicio de la acción que correspondiere con motivo de la ejecución o cumplimiento del acto institucional.

El recentísimo Código Procesal Contencioso-Administrativo de La Pampa incluye el acto político o de gobierno entre los que pueden ser objeto de la acción contencioso-administrativa; pero excluye de ésta a los actos "*institucionales*". Considero que esa es la técnica recomendable.

La ley de jurisdicción contencioso-administrativa de España, de 1956, artículo 2º, inciso b., excluye de esa jurisdicción a determinadas cuestiones que dicha ley les llama políticas o de gobierno. Pero al mencionar y precisar estas cuestiones resulta que se trata de los actos "*institucionales*" a que yo hago referencia. De manera que, substancialmente, entre la ley española y mi criterio habría total correspondencia, como también la hay con el mencionado Código de la Provincia de La Pampa. En concreto, la ley española —aunque no emplea la palabra "*institucionales*"— excluye de la jurisdicción contencioso-administrativa a los actos "*institucionales*", y no precisamente a los actos políticos o de gobierno de la doctrina clásica.

Va de suyo que con el control judicial de los actos políticos o de gobierno, en la forma indicada, y excluyendo de dicho control únicamente a los actos institucionales,

también en la forma indicada, se amplía considerablemente el ámbito de las garantías jurídicas brindadas a los administrados.

## X

### DECLARACION DE COMPETENCIA O DE INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Otra cuestión de fundamental importancia a considerar en lo atinente al procedimiento contencioso-administrativo, es la relativa a la "*competencia*" del Tribunal, es decir hasta qué momento éste podrá declararse "*incompetente*", no pudiéndolo hacer después de ese momento. La norma que regule ese punto debe ser clara y precisa, a fin de evitar lo que ocurre en una Provincia donde, debido a lo defectuoso de la norma, el Tribunal suele declararse incompetente en el momento mismo en que debió dictar sentencia definitiva, causando graves perjuicios a los litigantes.

En Córdoba, por ejemplo, ese punto está bien legislado por el art. 11 del Código de Procedimiento de lo Contencioso Administrativo. De acuerdo a éste, el Tribunal, al proveer la demanda, debe expedirse acerca de si, "*prima facie*", el asunto es de su competencia, y al contestar la demanda puede plantearse la cuestión como *excepción previa*.

Pero el Código de La Pampa es más preciso y terminante en su redacción. Dice así: "La competencia o incompetencia, si no se hubieren opuesto excepciones, deberá ser declarada por el Tribunal, indefectible y definitivamente —así dice el Código—, en la primer providencia que dicte una vez que se haya contestado la demanda, no pudiéndose volver después sobre ello. Si se hubiere opuesto la excepción de incompetencia, el Tribunal deberá pronunciarse sobre su competencia al decidir la excepción, pero antes de que sea contestada la demanda, no pudiendo después volverse sobre ello. La excepción de incompetencia será siempre de previo y especial pronunciamiento". Es una disposición terminante que no admite duda de especie alguna.

Mediante el texto transcripto he querido evitar que en La Pampa se repitan las anomalías que se producen en

la Provincia de Buenos Aires, cuya Suprema Corte de Justicia, creyendo interpretar al Código de Procedimientos de lo Contencioso-Administrativo y la Ley de Procedimiento Administrativo, ha llegado a declararse incompetente para entender en un juicio sobre materia contencioso-administrativa después de cuatro años de iniciado el juicio, después que el mismo había sido totalmente tramitado y después de haberse producido una difícil y costosa prueba. De los cuatro años mencionados, dos transcurrieron después de dictada la providencia de "autos" para sentencia; pero en lugar de pronunciarse sobre el fondo de la "litis", dicho Tribunal se declaró incompetente para entender en la misma. A raíz de semejantes actitudes, se dice, cada vez con mayor intensidad, que la Suprema Corte de Buenos Aires está incurso en un exceso de ritualismo nocivo para el interés de la justicia.

Merced al transcripto artículo del Código, en La Pampa no podrán producirse casos como el mencionado. Tampoco creo que se produzcan en Córdoba, dado el contenido del artículo 11 de su Código.

## XI

### EFFECTOS DE LA SENTENCIA.

Para finalizar me referiré a una cuestión de indudable trascendencia en materia contencioso-administrativa: los efectos de la sentencia. ¿Esta debe ser meramente declaratoria o, por el contrario, debe ser de efecto ejecutorio?

La ley N° 3952, de demandas contra la Nación, establece que las sentencias condenatorias contra la misma tendrán carácter meramente declaratorio (artículo 7°). Esto dio lugar a largos debates, pues se consideró que si bien ese texto legal protege la organización del Estado y defiende sus altos fines, ello no puede ser a costa de los derechos de los particulares. En definitiva, la Corte Suprema tiene decidido que esa norma no significa dejar librado el cumplimiento del fallo a la discrecionalidad de la Administración, y que dicho texto no descarta la pertinencia de una ulterior intervención judicial para el adecuado acatamiento de la sentencia, en el supuesto de una

irrazonable dilación en su cumplimiento por parte de la Administración Pública, dilación entonces frustratoria del derecho de propiedad; de no ser así, dijo la Corte Suprema, ello importaría tanto como colocar al Estado fuera del orden jurídico. En concreto, de acuerdo a ese texto legal y a la jurisprudencia del alto Tribunal las sentencias que se dicten contra la Nación no tienen fecha fija de cumplimiento, dependiendo esto de cada caso particular. Considero que el texto de referencia debe ser objeto de una modificación. En el proyecto de Código de Procedimientos en lo Contencioso-Administrativo presentado al Gobierno de la Nación en enero de 1968, por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia, integrada por los doctores Germán J. Bidart Campos, Jorge T. Bosch, Adalberto E. Cozzi, Juan Francisco Linares y yo, se abandonaba el criterio de la ley 3952, y se disponía que las sentencias tendrían efecto *ejecutivo* (art. 125).

En el derecho público provincial positivo la solución de este punto está mejor orientada. En general, de acuerdo con los Códigos provinciales vigentes, los fallos de los tribunales con jurisdicción en lo contencioso-administrativo tienen efecto "ejecutivo", variando de un Código a otro ciertas modalidades y el plazo en que las sentencias serán cumplidas.

Así, de acuerdo con el Código de Córdoba las sentencias deben cumplirse en un "*término prudencial*"; pero la autoridad administrativa puede solicitar que se suspenda la ejecución por considerarla contraria a los intereses públicos. Al hacer la petición debe ofrecer indemnizar los daños y perjuicios. Con audiencia de partes, el Superior Tribunal estimará la indemnización y fijará un plazo no mayor de sesenta días para hacer su pago.

En cambio, el Código de La Pampa, después de establecer que las sentencias tendrán efecto ejecutivo, dispone lisa y llanamente que la autoridad administrativa vencida en juicio gozará de sesenta días, computados desde la notificación de la sentencia condenatoria, para dar cumplimiento a las obligaciones en ella impuestas.

Pienso que las disposiciones del Código de La Pampa son más precisas y contemplan más equitativamente los derechos de las partes interesadas.