

# PROCESO Y PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO(\*)

POR

MIGUEL ANGEL BERCAITZ

Profesor de Derecho Administrativo.  
Buenos Aires.

*SUMARIO:* I. PROCESO.—II. PROCESO Y PROCEDIMIENTO.—III. PROCESO ADMINISTRATIVO.—IV. PROCESO JURISDICCIONAL.—V. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.—VI. RECURSO O ACCIÓN.—VII. ACTOS DE GOBIERNO.—VIII. EL ACTO ADMINISTRATIVO PRESUPUESTO DEL RECURSO.—IX. FACULTADES RECLADAS Y DISCRECIONALES.—X. RECURSO DE PLENA JURISDICCION Y OBJETIVO.—XI. DICOTOMÍA O UNIDAD PROCESAL.—XII. PARTES EN EL PROCESO.—XIII. DISTINTOS ACTOS DE PROCEDIMIENTO.—XIV. CONSIDERACIONES FINALES.

## I

### PROCESO

Desde el momento en que el hombre, para dirimir sus diferencias con los otros hombres, abandonó el empleo de la fuerza y se sometió a la decisión de un tercero extraño a su conflicto, nace lo que luego, en la sociedad moderna, constituye el medio concreto con que el Estado ejerce su función jurisdiccional.

La función legislativa se cumple mediante la sanción de la Ley; la función administrativa con el acto o el contrato administrativo; la función jurisdiccional con el proceso.

El concepto que aquí analizamos es puro y exclusivamente el proceso jurisdiccional, especie dentro del concepto proceso, cuya amplitud comprende tanto el orden constitucional-legislativo, o sea normativo, como el orden administrativo, como el orden jurisdiccional.

---

(\*) El presente trabajo será publicado en la «Enciclopedia Jurídica Omeba», que se publica en Buenos Aires. Su autor fué Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de Buenos Aires.

Circunscritos al proceso jurisdiccional, podemos decir con Jesús GONZÁLEZ PÉREZ que el proceso es «el complejo de actividades de aquellos sujetos—órgano jurisdiccional y partes—encaminado al examen y actuación, en su caso, de las pretensiones que una parte esgrime frente a otra» (1).

Es, como explica Eduardo B. CARLOS, «el instrumento necesario y esencial para que pueda realizarse la aplicación del Derecho sustantivo, o sea, una de las funciones primordiales del Estado, cual es *la función jurisdiccional*» (2).

En él se desenvuelve la actividad del Juez, la de las partes, las distintas formas en que puede ser formulada la pretensión, el hecho o acto que pone en marcha la función jurisdiccional, y las obligaciones que el proceso crea para el Juez y para las partes hasta llegar a la admisión o rechazo de la pretensión de manera concreta, inmutable y definitiva, ó a la determinación de la norma que rige el caso.

Por ser extraño al objeto de nuestro artículo, no entraremos al análisis de la naturaleza jurídica del proceso que ampliamente desarrollan GONZÁLEZ PÉREZ (3) y HUGO ALSINA (4).

Desechando las doctrinas privatistas del contrato y del cuasi contrato, y dejando de lado las publicistas de la relación jurídica, de la situación jurídica, de la institución y del servicio público, creemos que el proceso—limitándolo al ámbito que dejamos dicho—sólo puede ser enmarcado como la manifestación concreta de la actividad jurisdiccional del Estado.

## II

### PROCESO Y PROCEDIMIENTO

De lo expuesto se desprende la diferencia que existe entre proceso y procedimiento. El proceso es teleológico, sustancial y formal. Tiene por objeto, como señala CHIOVENDA, «la protección del derecho subjetivo mediante la actuación del derecho objetivo, y en su regulación debe

(1) *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1955, t. I, p. 45.

(2) *Derecho procesal*, en OMEBA, t. VIII, p. 79.

(3) *Op. cit.*, págs. 52 a 71.

(4) *Tratado de Derecho procesal*, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, 1956, t. I, cap. IV, núms. 4 a 7, pp. 413 y ss. Ver también en OMEBA *Actos jurídicos procesales penales*, por A. BARTOLINI FERRO, t. I, p. 337; *Actos procesales civiles*, por Hugo ALSINA, t. I, p. 433. y *Derecho procesal*, ya citado, de Eduardo B. CARLOS, en OMEBA, t. VIII, p. 79.

tenerse en cuenta tanto el interés privado de los litigantes como el interés público en el mantenimiento del orden jurídico» (5).

El procedimiento, en cambio, es meramente formal y consiste en la serie de actos que deben cumplirse dentro del proceso para llegar a su fin. Como dice ALSINA, es «el conjunto de formalidades a que deben someterse el juez y las partes en la tramitación del proceso» (6).

### III

#### PROCESO ADMINISTRATIVO

Hemos señalado claramente que el proceso, en su acepción amplia, abarca todos los órdenes: normativo, administrativo y jurisdiccional.

Mediante el proceso administrativo se elaboran actos y contratos administrativos conforme a reglas de competencia y de forma. A su vez, mediante estos actos y contratos se estructuran los órganos de la Administración Pública, la función pública, los servicios públicos, el uso, la afectación o desafectación del dominio público, el poder de policía, las cargas públicas, las restricciones y límites a la propiedad privada y los medios mediante los cuales se asegura a los administrados la plena vigencia de un Estado de Derecho y un obrar conexo de legalidad administrativa, sujeto a los controles jurisdiccionales que lo hacen efectivo (7).

En realidad, como ya hemos tenido oportunidad de señalarlo, en sentido estricto, «proceso administrativo es sólo aquel que se forma para producir un acto de individualización de una norma administrativa, al objeto de reintegrarla en su plenitud si ha sido perturbada, o de declararla aplicable, reconociendo, modificando, extinguiendo o removiendo una determinada situación de hecho o de derecho». «No integran entonces el proceso jurídico administrativo, ni están regidos en consecuencia por el Derecho procesal administrativo, ni los actos y procedimientos cumplidos para un obrar técnico o de gestión administrativa, ni las resoluciones que emanan del poder discrecional de la Administración Pública, aun cuando su producción se encuentre sujeta, en cuanto a su forma, a normas de carácter jurídico» (8).

(5) Hugo ALSINA, *Tratado de Derecho procesal*, 2.<sup>a</sup> ed., t. I, cap. IV, núm. 1, p. 404.

(6) Op. cit., t. I, cap. I, núm. 10, p. 46.

(7) M. A. BERCAITZ, *El Código de lo contencioso-administrativo de la Provincia de Buenos Aires y su autor el Dr. Luis M. Varela*, en «Revista de Derecho y Administración Municipal», Buenos Aires, septiembre de 1945, núm. 187, cap. III.

(8) OMEBA, t. VIII, p. 83: *Derecho procesal administrativo*, núm. 1.

Igualmente hemos señalado ya con anterioridad, que el Derecho Procesal Administrativo, a nuestro criterio, siguiendo la opinión de VILLAR Y ROMERO, se restringe a los procedimientos que se cumplen únicamente ante la Administración Pública (9). Disentimos entonces con Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, quien define el proceso administrativo como «la serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión fundada en formas de Derecho administrativo *por órganos de la jurisdicción especial contencioso-administrativa*» (10).

Concordamos también con Horacio HEREDIA, quien clasifica los recursos de que disponen los administrados para la protección de sus derechos, en forma bipartita: administrativos y contencioso-administrativos. «Los primeros se desenvuelven y actúan dentro de la administración activa»; los segundos, «en cambio, funcionan fuera del ámbito de la administración activa, ya en la pasiva, ya en la esfera judicial» (11).

#### IV

#### PROCESO JURISDICCIONAL

Ya hemos dicho que el proceso jurisdiccional es el complejo de actividades que cumplen el órgano jurisdiccional y las partes, con el fin de establecer, mediante el pronunciamiento del primero, la procedencia o improcedencia de las pretensiones de una de estas últimas sobre la otra, o la regla de Derecho que rige determinado hecho o acto.

Mediante él, el Estado ejerce su función jurisdiccional: dice cuál es el derecho que rige la situación particular y dirime el conflicto cuando éste existe.

En principio, la función jurisdiccional es propia del poder judicial; no obstante, a veces se ejerce por órganos de la Administración pública activa, con recurso final ante un órgano del Poder judicial, y a veces por órganos distintos, segregados de la Administración Pública activa, a quienes por tal circunstancia y por oposición se los llama de Administración Pública pasiva. Nos remitimos a lo dicho en nuestro trabajo sobre «Jurisdicción contencioso-administrativa» (12).

(9) OMEBA, t. VIII, p. 83: *Derecho procesal administrativo*, cap. II; José VILLAR Y ROMERO, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1944, núm. 3, p. 16.

(10) Op. cit., t. I, p. 117.

(11) *Los medios administrativos para la protección de los administrados*, en «Revista del Colegio de Abogados» de Buenos Aires, 1945, núm. 2, p. 253.

(12) OMEBA, t. XVII, p. 561.

Esto aparte, existen diferentes clases de procesos jurisdiccionales, cada uno de los cuales lleva la impronta del objeto perseguido con él: proceso civil y comercial; proceso ejecutivo, proceso ordinario, proceso penal, proceso laboral, proceso contencioso-fiscal, proceso contencioso-administrativo, proceso canónico, proceso militar, etc.

Cada uno de estos procesos se rige por principios distintos, según sea que prive el interés de los particulares o el interés público comprometido en él. Consecuentemente, cada proceso se desarrolla e integra con actos de procedimiento que difieren fundamentalmente entre sí, según sean los principios que rigen cada proceso.

## V

### PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El proceso contencioso-administrativo responde principalmente al sistema inquisitivo que otorga prevalencia al Juez en la conducción del proceso y a los principios de inmediación, concentración y eventualidad con mayor vigor que en el proceso civil.

De todo ello deriva la instancia única en tribunal colegiado, ya sea que el órgano jurisdiccional integre o no el poder judicial, regla que en el orden nacional en nuestro país se vería dificultada por el contenido del artículo 100 de la Constitución.

El principio que domina el procedimiento es el interés público, y a él quedan subordinadas las distintas etapas del proceso, pues su fin último es la legalidad y moralidad del quehacer administrativo, antes que el derecho subjetivo avasallado o el interés legítimo lesionado del particular que promueve el juicio.

Como se ha dicho, «la necesidad de una jurisdicción contencioso-administrativa eficaz trasciende de la órbita de lo individual y alcanza al ámbito colectivo. Porque las infracciones administrativas se muestran realmente no tan sólo como una lesión de las situaciones de los administrados, sino como entorpecimiento a la buena y recta administración. Y de ahí la certeza del aserto de que cuando la jurisdicción contencioso-administrativa anula los actos ilegítimos de la Administración, no tan sólo no menoscaba su prestigio y eficacia, sino que, por el

contrario, coopera al mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas y afirma y cimenta la autoridad pública» (13).

Por eso disentimos con quienes consideran que la crisis de la noción del poder público, al separársele de la identificación con el contenido de la autoridad, implica la crisis de lo contencioso-administrativo construido con las ideas perimidas de aquél (14).

La diferenciación entre el proceso contencioso-administrativo y el civil no se apoya únicamente en la existencia de un órgano jurisdiccional integrando los cuadros de la Administración, o en la doble personalidad del Estado, o en la teoría del servicio público. Su nota distintiva se encuentra en el fin perseguido por ambos procesos y que dejamos señalado más arriba.

En cuanto a la discusión sobre la antinomia «contencioso-administrativa» nos remitimos a lo que hemos dicho en nuestro artículo citado sobre «Jurisdicción contencioso-administrativa» (15).

## VI

### RECURSO O ACCIÓN

*Ab initio* debemos comenzar por estudiar la naturaleza del acto de procedimiento que da origen al proceso contencioso-administrativo. ¿Se trata de un recurso? ¿Se trata de una acción?

La cuna del contencioso-administrativo es Francia (16), y en Francia, al sustraerse al poder judicial el contralor jurisdiccional sobre los actos de la Administración, el remedio fué establecido por vía de recurso con jurisdicción retenida hasta el 24 de mayo de 1872 en que se establece la jurisdicción delegada.

De allí, el sistema pasó a Italia, a España, etc., y luego a nuestro país a través de nuestros Códigos provinciales de 1906 en adelante.

---

(13) Ley del 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Biblioteca Oficial Legislativa, volumen CXCV, Madrid, 1957, Exposición de Motivos, p. 5. Ver el interesante estudio anterior de Fernando GARRIDO FALLA, *Las transformaciones del régimen administrativo*, edición del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, y su postulación para la ampliación de los remedios jurisdiccionales contencioso-administrativos, para que se contemple en ellos, a la vez que la defensa de los intereses individuales, la defensa del interés público (pp. 159 a 175).

(14) Bartolomé FIORINI, *La crisis del contencioso-administrativo*, en «La Ley», t. 107, p. 1.168.

(15) OMEBA, t. XVII, p. 561.

(16) Nuestro trabajo en OMEBA, t. XVII, p. 566, núms. 8 y ss.

Pero actualmente la doctrina no es pacífica. Y la legislación tampoco. Entre nosotros emplean la expresión «recurso», como lo dijéramos en la nota al artículo primero de nuestro proyecto de Código contencioso-administrativo del año 1952 (17), parcialmente reproducida en la nota al artículo primero del proyecto FIORINI de 1960 (III), el Código de La Rioja, el de Jujuy, el de Santa Fe y el de Santiago del Estero, el proyecto del doctor BIELSA para la provincia de Santa Fe (18) y las bases aprobadas en la V Conferencia Nacional de Abogados (19).

Emplean la expresión «demanda» o «acción», exclusivamente, el Código de Buenos Aires, el de Procedimientos Civiles de la Provincia de San Luis (tít. IX), el de Salta, el de Córdoba, la Ley 13.511, después vetada (20); el proyecto del diputado BAULINA para el orden nacional (21) y el proyecto del doctor Justo G. MEDINA para la provincia de Entre Ríos (22). También lo hace el proyecto del doctor Salvador M. DANA MONTAÑO para la provincia de Santa Fe, del año 1960 (23). En igual sentido se pronuncia Manuel ANDREOZZI, en su obra sobre el tema (24).

En cuanto al proyecto FIORINI del año 1960, para el orden nacional, contiene una contradicción *in terminis*, como señala DANA MONTAÑO (25), pues para él «*las acciones judiciales se promoverán por medio de recursos de plena jurisdicción o de ilegitimidad*» (art. 1.º), expresiones que emplea promiscuamente (26).

Necesariamente el proceso debe iniciarse con un «recurso» que se deduce contra un acto de la Administración pública. Sin acto admi-

(17) Ver noticia sobre nuestro proyecto en «Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires», año 1954, núm. 40, p. 1.007, y en FIORINI, *La crisis de lo contencioso-administrativo*, en Revista «La Ley», t. 107, p. 1.174, segunda columna.

(18) *Ideas generales sobre lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1936, p. 249.

(19) Publicación de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, Buenos Aires, 1911, pp. 354-5 y 368.

(20) ADLA, t. VIII, pp. 1.248-9.

(21) Diario de Sesiones de la H. C. de D. D. de la Nación, sesión del 26-III-1947, p. 8.926.

(22) Diario de Sesiones de la H. C. de D. D. de la Provincia, sesión del 28-VII-1947, p. 204.

(23) «Boletín de la Biblioteca del Congreso de la Nación», núm. 82, mayo-agosto 1962, p. 103 y p. 127.

(24) *La materia contencioso-administrativa*. Tucumán, 1947, p. 211.

(25) «Boletín de la Biblioteca del Congreso», loc. cit., pp. 106-7.

(26) Fuera de lo ya dicho en el texto, utiliza la expresión *demanda* en el art. 2, en el tít. III, en los arts. 13, 23, 25, 26 y 40, y la expresión *recurso*, en los arts. 2, 3, 6, 7, 8, 9, 19, 20, 23, 32, 33, 44, 46, en la nota III al art. 1.º, y en el nombre de los capítulos III y IV del tít. I, IV del tít. III y en el tít. IV. El título V trata del «Procedimiento común para ambas acciones», y el tít. I, del «Ambito de vigencia y recursos o acciones».

nistrativo no existe contencioso-administrativo. Es la Administración pública la que es traída a juicio con motivo de un acto emitido o producido por ella.

Recurso contencioso-administrativo no significa apelación ante el Superior. No estamos frente a ninguna jurisdicción delegada ni retenida. Recurso sólo significa, en sentido lato, recurrir, ocurrir ante el Tribunal con competencia en lo contencioso-administrativo para que se avoque al conocimiento de la causa que se promueve contra un acto administrativo, a objeto de que se lo confrente con la ley para determinar su legalidad y legitimidad. Esto y nada más, sin que implique «admitir jerarquía entre órganos de funciones estatales distintas».

Nos ratificamos entonces de lo sostenido en nuestro artículo sobre la «Jurisdicción contencioso-administrativa» (27) y, en contra de lo opinado por DANA MONTAÑO, seguimos el criterio de BIELSA y de la V Conferencia Nacional de Abogados del año 1941, estimando que lo contencioso-administrativo no debe tramitar en forma de acción, sino de recurso, cuando ha existido en la instancia administrativa un planteamiento de la cuestión que luego se lleva ante el Tribunal de lo contencioso-administrativo para lograr su decisión final (28).

La Ley española del 27 de diciembre de 1956 (29) denomina al remedio que nos ocupa «recurso contencioso-administrativo». En la Exposición que procede a la Ley (30), se lee que se ha conservado «una terminología, como la de recurso contencioso-administrativo, que, pese a las fundadas objeciones de que ha sido objeto, es la tradicional y comúnmente admitida, al mismo tiempo que sirve para poner de manifiesto la necesidad de que antes de acudir a la Jurisdicción-conten-

(27) OMEBA, t. XVII, p. 561, párrafo 6.

(28) Salvador M. DANA MONTAÑO, *Código de procedimientos de lo contencioso-administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1955, p. 74, y *Un nuevo Código de lo contencioso-administrativo para la provincia de Santa Fe*, separata de la «Revista Internacional de Ciencias Administrativas», volumen 27, 1961, núm. 3, Bruselas, p. 4; ídem, «Boletín de la Biblioteca» citado, p. 103; Rafael BIELSA, *Ideas generales sobre lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1936, pp. 141 y ss. En el proyecto de Código contencioso-administrativo confeccionado por Bartolomé FIORINI para el orden nacional en el año 1960, se expresa en la nota al art. 1.º (III) que se acepta la expresión «recurso», no obstante lo cual el art. 2.º y otros que siguen emplean la expresión «demanda», «acción» y «juicio», lo cual resulta poco claro y técnicamente deficiente. En su artículo más arriba citado, aparecido en «La Ley», t. 107, p. 1.174 y p. 1.184, XI, expresa que este remedio «es una real acción judicial de plazo breve, regida por el principio de caducidad que se manifiesta en juicio por medio de la demanda común».

(29) Puede leerse un comentario completo de Salvador M. DANA MONTAÑO, en «La Ley», t. 91, p. 887.

(30) Edición oficial citada, p. 6.



cioso-administrativa exista un acto administrativo». «Claro está que esto no significa que se haya querido concebir la Jurisdicción contencioso-administrativa como una segunda instancia: ante ella, por el contrario, se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo».

Las objeciones fundamentales a que se alude se relacionan en parte con la amplitud de la discusión y de la prueba. En este sentido se agrega: «La Jurisdicción contencioso-administrativa es, por tanto, revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración, pero sin que ello signifique—dicho sea a título enunciativo—que sea impertinente la prueba, a pesar de que no exista conformidad en los hechos de la demanda, ni que sea inadmisibles aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la Administración».

A pesar de estas razones mantenemos nuestro punto de vista, entendiéndolo que el recurso debe sustanciarse conforme a lo aducido en la vía administrativa, sin introducir nuevas *cuestiones*—no razones o fundamentos—y sin perjuicio de la amplitud de prueba que pueda producirse en la instancia jurisdiccional.

Por otra parte, la estabilidad del acto administrativo y su necesaria ejecutoriedad, con las salvedades que más adelante veremos, hacen indispensable un término breve de caducidad, propio de los recursos, y no un término de prescripción de la acción, nada de lo cual es incompatible con la existencia de un procedimiento contradictorio de partes opuestas ante un magistrado, tercero imparcial, que pronunciará la decisión.

## VII

### ACTOS DE GOBIERNO

Como dejamos dicho, el presupuesto básico del recurso jurisdiccional contencioso-administrativo es la existencia de un acto administrativo dictado por la Administración pública.

Esto excluye por definición los actos de gobierno. Como enseña CARRÉ DE MALBERG (31): «Hasta ahora se ha comprobado que la función administrativa se caracteriza y debe definirse por su subordinación a

(31) «Teoría general de Estado», México, 1948, núms. 174 y ss., pp. 480 y ss.

la Ley». «Lo que caracteriza al actor de gobierno, por el contrario, es precisamente el hecho de que, a diferencia de los actos de Administración, se encuentra libre de la necesidad de habilitaciones legislativas y se cumple por la autoridad administrativa con un poder de libre iniciativa, en virtud de una potestad que le es propia y que procede de un origen distinto de las leyes, de modo que el gobierno puede calificarse, al menos en este sentido, como actividad independiente de las leyes». «La fuente superior de donde proviene este poder es la Constitución misma y no puede ser otra que ella». «Si el jefe del Ejecutivo tiene, por su sola iniciativa, el poder de realizar cierto número de actos independientes de toda autorización legislativa previa, es porque ha recibido ese poder, formalmente, de la Constitución».

El acto de gobierno, por ser extralegal, se encuentra entonces fuera de la órbita de todo contralor jurisdiccional y sólo sometido al contralor político del Congreso» (32).

La mayoría de los códigos excluyen del recurso contencioso-administrativo los actos de gobierno, inclusive la Ley española del 27 de diciembre de 1956, aun cuando esta última emplea una fórmula restringida: «Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado, y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fuesen procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa» (art. 2.º, inc. b). Más adelante se agrega que también quedan excluidos «los actos dictados en ejercicio de la función de policía sobre la prensa, radio, cinematografía y teatro» (art. 40, inc. b), y todo lo relativo a ascensos y recompensas a los integrantes de las fuerzas armadas, como las resoluciones dictadas en expedientes seguidos a los mismos conforme al Código de Justicia Militar (art. 40, inc. c y d).

La doctrina francesa los excluye totalmente (33).

(32) R. BIELSA, *Derecho administrativo*, 4.ª ed., t. I, núm. 52, pp. 177 y ss. Ver también *Actos de Gobierno*, por M. OSSORIO Y FLORIT, en OMEBA, t. I, p. 367, donde se expone la definición de POSADA y las opiniones de GRECA, de BIELSA y de FIORINI.

(33) GEORGE PEQUIGNOT, *Journées juridiques et économiques Franco Suisses*, Montpellier, 1952, p. 10; J. APPLETON, *Traité élémentaire du contentieux administratif*, París, 1927, núms. 157 y ss., pp. 287 y ss.; R. CARRÉ DE MALBERG, op. cit., núm. 179, páginas 497-502. En la doctrina italiana, V. E. ORLANDO, *La giurisdizione amministrativa*, en «Primo Trattato di Diritto Amministrativo Italiano», volumen III, núms. 244 y ss., páginas 894 y ss.; O. RANELLETTI, *La Garantigie de la Giustizia nella Pubblica Amministrazione*, Milano, 1937, núm. 234, pp. 331-4; RENATO ALESSI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1950, p. 69; G. ZANQUINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, 1948, t. II, p. 96. Entre nosotros también, BIELSA, *Derecho administrativo*, 4.ª ed., t. IV, núm. 886.

Si se admitiera—dice FIORINI—que el acto de gobierno no se encuentra sujeto al contralor jurisdiccional que determinará si se ha dictado conforme a Derecho, legalmente, «tendriase entonces que confirmar que dentro del Estado de Derecho hay un sector ajeno a sus normas» (34).

Creemos que existe un error en identificar Derecho con contralor contencioso-administrativo. Hay una actividad esencialmente política de conducción del Estado, que aun cuando subsumida en normas constitucionales, escapa al contralor de legalidad por no hallarse reglada por ninguna norma de tipo legislativo. Tal la relativa a la defensa del territorio, a las relaciones internacionales, a la distribución y conducción de las fuerzas armadas, al indulto o conmutación de penas, al Patronato Nacional, a la intervención en las provincias, a la declaración del estado de sitio en receso del Congreso, en los casos y formas previstas por el artículo 23 de la Constitución Nacional, etc. (35).

Por esto entendemos que los actos de gobierno no deben hallarse sometidos al remedio jurisdiccional contencioso-administrativo, sin perjuicio de su enumeración restrictiva, del recurso de inconstitucionalidad, cuya finalidad y objeto es distinto, y del contralor político del Congreso (36).

## VIII

### EL ACTO ADMINISTRATIVO, PRESUPUESTO DEL RECURSO

Para la procedencia del recurso se requiere, como queda dicho, la existencia de un acto administrativo definitivo que cause estado, es decir, contra el cual no cabe recurso alguno dentro del orden administrativo, no por haberse dejado vencer los términos para deducirlos, sino por haberse agotado la vía administrativa.

Ampliando este marco, la Ley española del 27 de diciembre de 1956 incluye a los actos de trámite cuando éstos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto de tal modo que pongan término a aquél o hagan imposible o suspendan su continuación (art. 37), regla que DANA

p. 330; Félix SARRÍA, *Teoría del recurso contencioso-administrativo*, 3.<sup>a</sup> ed., Córdoba, 1943, pp. 128 y ss.

(34) Nota al art. 6.º de su proyecto de Código.

(35) Ver BIELSA, *Ideas generales sobre lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1936, pp. 34 y ss.

(36) *Código de lo contencioso-administrativo para la Provincia de Buenos Aires*, introducción de Luis V. VARELA, ed. Lajouane, pp. 17-8.

MONTAÑO incorpora a su proyecto de Código para la provincia de Santa Fe del año 1960 (37).

No hay acuerdo pacífico sobre la naturaleza del acto que puede dar origen al recurso jurisdiccional contencioso-administrativo. Para algunos, debe ser un acto regido por el Derecho administrativo, siendo indiferente la calidad del derecho subjetivo o interés legítimo vulnerado, ya sea administrativo o civil; para otros en cambio, es menester que el derecho o interés legítimo vulnerado sea de carácter administrativo.

El Código de la provincia de Buenos Aires, sancionado en el año 1906, siguiendo a la Ley española de 13 de septiembre de 1888, modificada por la Ley de 22 de junio de 1894, exigió que el derecho subjetivo vulnerado fuera de carácter administrativo (38). A pesar de ello en la nota al artículo 2.º (39) pone como ejemplo de *acción* contencioso-administrativa un caso en que el derecho vulnerado no es de carácter administrativo, sino eminentemente civil: el derecho de propiedad (40).

Contra esta doctrina restringida que excluye de lo contencioso-administrativo el contencioso de reparación, por actos o hechos administrativos que ocasionan lesiones de orden patrimonial privado, como consecuencia de un procedimiento administrativo, es decir, que lesionan derechos subjetivos no administrativos de los particulares damnificados, se pronunció la V Conferencia Nacional de Abogados, eliminando de la base C, I, la exigencia de que el derecho subjetivo lesionado fuera de carácter administrativo (41).

Concordantemente expresa DANA MONTAÑO: «En rigor, pues, el derecho violado puede ser o no de origen administrativo propiamente dicho; es la decisión que lo vulnera la que tiene que tener este exclusivo origen» (42). Y se remite a la nota de VARELA al artículo 2.º del Código de la Provincia de Buenos Aires, agregando: «El derecho lesionado en el caso ejemplificado no es de origen administrativo; es un derecho civil típico, el derecho de propiedad; es la resolución que lo vulnera la

(37) «Boletín del Congreso», loc. cit., art. 17, p. 123.

(38) Artículo 1.º y nota, ed. Lajouane, Buenos Aires, 1906, p. 55.

(39) Páginas 58-9.

(40) Ver Rafael BIELSA, *Derecho administrativo*, 4.ª ed., t. IV, núm. 914, p. 442; Félix SARRÍA, op. cit., pp. 10-22, 114, 136-8. No obstante, ver Rafael BIELSA, op. cit., número 917, p. 446; ídem, *La jurisdicción contencioso-administrativa*, en «La Ley», t. 52, p. 1.054, núm. 2, pp. 1.057-60 y notas 13 y 14, y pp. 1.063 a 1.065; ídem, *Preparación del juicio contencioso-administrativo*, en «La Ley», t. 65, p. 779, III y IV.

(41) «V Conferencia Nacional de Abogados», publicación de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, Buenos Aires, 1941, pp. 354-5 y p. 368.

(42) Salvador M. DANA MONTAÑO, *Nuevo Código de lo contencioso-administrativo de la Provincia de Santa Fe*. Rosario, 1951, p. 45.

de naturaleza administrativa, el acto particular que resuelve la aplicación al mismo del acto general (43).

Nos adherimos a esta tesis y en base de ello, al formular nuestro proyecto del año 1952, propusimos el siguiente texto: «Art. 15. Procede el recurso de plena jurisdicción contra las decisiones administrativas denegatorias de reclamaciones relativas a actos o a hechos administrativos, dictados o cumplidos por la Administración pública como poder público, violatorios de un derecho subjetivo del recurrente, otorgado por Ley de la Nación, decreto, ordenanza, reglamento, contrato administrativo o cualquier otra disposición administrativa».

En la nota respectiva decíamos: «La fórmula empleada en el texto del artículo permite comprender en el recurso las reclamaciones por indemnización de daños patrimoniales producidos por la Administración pública obrando como tal: mal funcionamiento de un servicio público, realización de una obra pública, destrucción de sementeras (Ley 4.863) o sacrificio de animales para combatir plagas (Ley 3.959), cuasi delitos cometidos en ocasión de un procedimiento administrativo, etcétera. También los conflictos que se produzcan por aplicación de normas administrativas que sólo afectan el derecho de propiedad y los consiguientes derechos subjetivos civiles de los propietarios, como ocurre con la prohibición de edificar a determinada altura, obligación de dejar patios o jardines, zonificación, prohibición de lotear o de lotear con medidas inferiores a las mínimas que se fijen. Igual cuando se sancionan reglamentos reguladores del ejercicio de una actividad comercial o industrial (44).

Y seguíamos: «Hemos agregado en el texto del artículo «como poder público» para caracterizar más claramente aún la exclusión de todos aquellos actos o hechos cumplidos en el ámbito del derecho privado, vale decir, como persona jurídica de derecho privado, empleando las expresiones usadas en las leyes 3.952 y 11.634 (45).

«Están comprendidos entonces en el texto los actos de gestión pública (46), y también los actos administrativos por propia naturaleza como la autorización, la licitación, la aprobación, etc., aun cuando sean

(43) Loc. cit., p. 45.

(44) Ver otros ejemplos en H. BÉRTHELEMY, *Droit Administratif*, 10.<sup>a</sup> ed., París, 1923, pp. 983-5, y en J. APPLETON op. cit., núm. 61, p. 118, núms. 218 y ss., pp. 401 y ss.

(45) V. O. RANELLETTI, op. cit., núm. 210, p. 295, y núm. 296, p. 417; R. BIELSA, *El Estado como persona de Derecho privado y como persona de Derecho público*, en «La Ley», t. 64, p. 729.

(46) R. BIELSA, *Derecho administrativo*, 4.<sup>a</sup> ed., t. I, núm. 66, p. 210.

cumplidas con respecto o con motivo de un acto de derecho privado, como puede ser una compraventa (no un suministro) o una locación de bienes del dominio privado del Estado (47), siempre que reunan las demás condiciones exigidas en el artículo 3.º» (48).

De todo lo dicho se concluye que para la viabilidad de los recursos jurisdiccionales contencioso-administrativos se requiere como presupuesto ineludible la existencia de un acto administrativo regido por el derecho administrativo, lo cual, de por sí, excluye todo acto—aun cuando pueda ser administrativo—regido por el derecho privado, como puede darse tratándose de una licitación pública hecha para la locación de un inmueble que se arrienda por el Estado para habitación privada de la directora de una escuela en un lugar apartado del país, o a la inversa, una licitación pública para dar en arrendamiento inmuebles de propiedad del Estado, no afectados al dominio público ni a la prestación de un servicio público.

## IX

### FACULTADES REGLADAS Y DISCRECIONALES

No todos los actos dictados por la Administración pública como poder público regidos por el derecho administrativo—vulneren o no un derecho administrativo de los administrados—, pueden ser objeto del recurso contencioso-administrativo. La regla general sufre excepciones, cada vez menores, a medida que más se arraiga la juridicidad del quehacer administrativo.

Un aspecto largamente discutido ha sido el de los actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales y en ejercicio de facultades regladas.

La exclusión de los primeros era casi unánime en la doctrina y en la legislación. Así la Ley española del 22 de junio de 1894, modificada el 5 de abril de 1904, exigía como requisito en su artículo 1.º se tratase

---

(47) RANELLETTI, op. cit., núm. 296, pp. 418-9.

(48) Ver nota coincidente del Proyecto Dr. Bartolomé FIORINI, año 1960, art. 8.º, con disidencia sobre la doble personalidad del Estado, señalando por nuestra parte que nos adherimos a la tesis de la unidad del Estado, lo que no nos inhibe comprobar que en algunos casos ejecuta actos regidos fundamentalmente por el Derecho privado y en otros, exclusivamente, o casi exclusivamente, por el Derecho público. Ver ampliación de fundamentos de FIORINI en el trabajo citado, publicado en «La Ley», t. 107, p. 1.178.

de una resolución administrativa emanada de la Administración pública en el ejercicio de sus facultades regladas (49).

Nuestro primer Código en la materia, el de la Provincia de Buenos Aires, del año 1906, exigía lo mismo en el inc. 2.º de su artículo 28 y lo repetía en el artículo 29, inc. 1.º

Estudios posteriores fueron poniendo en evidencia que el acto dictado en ejercicio de facultades discrecionales presenta aspectos respecto a los cuales se impone el contralor jurisdiccional.

Esto—expone MICHOU—es lo que nuestros antiguos autores y nuestra antigua jurisprudencia perdieron de vista cuando hicieron de los actos discrecionales una categoría distinta, sustraída en principio al contencioso, «y esta concepción era de lo más peligrosa, porque ella conducía a sustraer al contencioso no solamente ciertos aspectos del acto, sino el acto todo entero» (50).

Como dijéramos en nuestro artículo sobre «Facultades discrecionales y facultades regladas, ligadas o vinculadas a la ley», aparecido en *Omeba* (51), el obrar administrativo, inclusive en el ejercicio de facultades discrecionales, está sometido a límites que pueden clasificarse en «negativos-absolutos», «negativos-relativos» y «positivos». Los límites negativos constituyen «reglas de derecho» a las que debe ajustarse el funcionario. Los negativos-absolutos no pueden ser derogados por la Administración: constitución, ley, ordenanza. Los negativos relativos pueden ser derogados por la Administración: reglamento. Mientras el reglamento exista, todos los actos individuales deben obedecerlo (52). Los límites positivos hacen al contenido del acto y determinan si el fin querido por la Ley se ha cumplido o se ha bastardeado.

La determinación de estos límites nos permite establecer dentro de qué medida es posible el contralor jurisdiccional sobre los actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales.

Cuando se ha traspasado un límite negativo, absoluto o relativo, hay un vicio de ilegalidad que autoriza el ataque del acto, siempre que se posea para esto, como mínimo, un interés legítimo (53).

(49) José Antonio UBIERNA EUSA, *De lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1948, p. 104.

(50) *Étude sur le pouvoir discretionnaire de l'Administration*, París, 1913, p. 19.

(51) Tomo XI, p. 807.

(52) OTTO MAYER, *Derecho administrativo alemán*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1949, t. I, p. 121.

(53) Sobre interés legítimo, ver nuestro artículo en OMEBA, *Jurisdicción contencioso-administrativa*, t. XVII, p. 563, núm. 5.

Cuando se trata de un límite positivo es preciso discriminar los aspectos del acto que constituyen la ponderación valorativa cumplida por la Administración para apreciar lo que será más oportuno, conveniente o eficaz, y aquellos que hacen a los motivos justificantes de su determinación, por un lado, y el fin último a que debe dirigirse el acto dictado, por el otro.

Mientras la Administración puede elegir el momento de su acción y realizar la tarea de valoración que le es privativa con respecto a la oportunidad y conveniencia del acto, no puede apartarse, en cambio, de los motivos justificantes de su decisión, ni puede falsear los objetos ideales, naturales o culturales, que utilice o invoque, ni puede tampoco desvirtuar o anular el interés esencial o fin último de su obrar dando primacía a los intereses, necesidades o fines secundarios, inmediatos, a que se dirige su actividad.

Si los hechos invocados en la decisión administrativa están falseados; si el razonamiento cumplido es ilógico en cuanto las conclusiones se oponen a las consideraciones en que se fundan, o estas últimas desvirtúan los datos objetivos, ideales, naturales o culturales que se invocan o utilizan, no hay duda de que no nos hallamos frente a un acto administrativo, sino frente a un espectro de acto que puede y debe ser declarado inválido mediante el pertinente recurso jurisdiccional (54).

Nuestro proyecto de Código Nacional de 1952 (art. 16), siguiendo al Código de La Rioja (art. 14), al de Jujuy (art. 40), al de Santa Fe (artículo 12), al proyecto BIELSA para la provincia de Santa Fe (art. 40), y al proyecto MEDINA para la provincia de Entre Ríos (art. 15), descartó del recurso de plena jurisdicción los actos puramente discrecionales o de discrecionalidad técnica, admitiendo, empero, el recurso de anulación o ilegitimidad en su nivel más profundo de desviación de poder, contra aquellas decisiones fundadas expresamente en hechos falsos o que niegan hechos reales existentes, o cuya parte dispositiva sea contradictoria con su motivación inclusive, consiguientemente, con relación a actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales.

El proyecto FIORINI de 1960 se apartó de nosotros en esta materia, al no establecer excepción alguna con respecto a los actos dictados en ejercicio de facultades puramente discrecionales o de discrecionalidad técnica, con lo cual quedaba admitida su impugnabilidad en todos los casos, como expresamente lo dejó sentado en extensa nota el artículo 6.

Igualmente, la Ley española de 1956 y el proyecto DANA MONTAÑO

---

(54) Ver OMEBA, t. XI, pp. 815-6, cap. XVII.



para la provincia de Santa Fe del año 1960, que legislan en forma unitaria todos los recursos jurisdiccionales contencioso-administrativos—de plena jurisdicción, de anulación o ilegitimidad y de desviación de poder—no excluyen de los actos sujetos al contralor jurisdiccional los dictados en ejercicio de facultades discrecionales, los cuales son expresamente declarados incluidos en la Exposición de Motivos que precede a la primera, y en el comentario del segundo, publicado en la «Revista Internacional de Ciencias Administrativas» (55).

## X

### RECURSO DE PLENA JURISDICCIÓN Y OBJETIVO

Determinada la materia propia de lo contencioso-administrativo, corresponde entrar al estudio de la mecánica de los recursos objeto de este estudio.

Existen varios recursos jurisdiccionales contencioso-administrativos, pero aquí nos concretaremos a los dos más fundamentales: el de plena jurisdicción y el de anulación. Dejaremos de lado entonces el contencioso-administrativo fiscal, el represivo o penal, etc.

Para la procedencia del primero o de plena jurisdicción, se requiere la violación de un derecho subjetivo, producida, como dejamos dicho, por un hecho o por un acto regido por el Derecho administrativo, siendo indiferente que el derecho vulnerado sea administrativo o civil.

Para la procedencia del segundo o de anulación—llamado también objetivo, de ilegalidad o de ilegitimidad—, se requiere la existencia de un acto, general o particular, *contra legem*, contrario a una Ley, y que, por consiguiente, adolezca de un vicio de ilegalidad o de ilegitimidad, según que la violación de la Ley sea en cuanto a la materia, a la competencia o a la forma, o sea en cuanto a los fines queridos por la Ley—vicio de mérito o de moralidad, desviación de poder—, todo lo cual depende de la amplitud que el derecho positivo acuerde a este recurso. Para interponerlo se precisa en el recurrente un interés legítimo, directo y actual.

Pero en tanto que con el recurso de plena jurisdicción se persigue por el particular damnificado la reparación del perjuicio directamente

---

(55) Volumen XXVII (1961), núm. 3, Bruselas, separata, cap. VI, núm. 3.

sufrido por él, con el de anulación, la pretensión del recurrente se dirige sólo a lograr la anulación del acto contra el cual recurre.

Igual en uno como en otro caso, lo previo es siempre la existencia de un acto administrativo que se ataca con el recurso, incluso tratándose de una resolución de carácter general, cuya impugnación debe hacerse mediante un acto individual de reclamación personal.

Tal es el principio a que nos ajustamos en nuestro proyecto de Código Nacional de lo Contencioso-administrativo del año 1952 (art. 10), siguiendo al Código de Jujuy (art. 7.º), al de Santa Fe (art. 16), al de Santiago del Estero (art. 5.º), al de Buenos Aires (art. 2.º), al de San Luis (art. 471), al de Salta (art. 2.º), al proyecto del ex diputado MORET (art. 6.º), a la V Conferencia Nacional de Abogados (bases B y H, 3.º), y al proyecto del ex diputado BAULINA (art. 16). FIORINI siguió nuestro proyecto en el artículo 4.º del suyo, en lo fundamental del texto y de la nota.

La Ley española de 1956, en cambio, admitió la impugnación directa de las disposiciones de carácter general de la Administración pública, sin necesidad de reclamación personal alguna (56), lo mismo que DANA MONTAÑO en su proyecto para la provincia de Santa Fe (art. 19) (57).

## XI

### DICOTOMÍA O UNIDAD PROCESAL

La existencia de los dos recursos a que nos hemos referido lleva aparejada, como consecuencia, dos tipos distintos de proceso. Para el recurso de plena jurisdicción, el proceso contradictorio; para el recurso de anulación, el proceso unilateral declarativo de simple confrontación del acto con la Ley, sin intervención de la Administración pública como parte.

Así lo estructuramos en nuestro proyecto de Código Nacional de lo contencioso-administrativo del año 1952, estableciendo un título para el recurso de plena jurisdicción, otro para el recurso de ilegitimidad, y otro con disposiciones comunes para ambos, siguiendo al Código de La Rioja (art. 71), al de Jujuy (art. 60), al de Santa Fe (art. 57), al proyecto del doctor BIELSA para la provincia de Santa Fe (art. 136), al

(56) Exposición de Motivos, op. cit., pp. 12-13.

(57) «Boletín del Congreso», loc. cit., p. 123 y nota, art. 19, p. 124.

proyecto del doctor Justo C. MEDINA para la provincia de Entre Ríos (art. 41), y a la V Conferencia Nacional de Abogados, del año 1940, base F, II, 1.º

En contra de este criterio, el Código de la provincia de Santiago del Estero, del año 1951, estableció en su artículo 12 que la Administración pública es parte en el recurso de ilegitimidad, razón por la cual legisló en forma conjunta para ambos recursos. FIORINI, en su proyecto del año 1960, también estableció que la Administración era parte, pero legisló por separado ambos recursos.

Por su lado, DANA MONTAÑO, en su proyecto de igual fecha para la provincia de Santa Fe, en concordancia con el Código de Santiago del Estero a que nos hemos referido, y siguiendo la Ley española del año 1956, se pronuncia por la unidad de procedimiento (58).

La dicotomía del remedio jurisdiccional en recurso de plena jurisdicción y recurso de anulación, de origen netamente francés, no sólo conduce a la diferenciación de ambos procesos, sino que también a la interdicción de acumular ambos, de manera que no pueden deducirse conjuntamente o en forma subsidiaria.

En contra de ello y de manera expresa y clara, la Ley española del año 1956 (arts. 41-42) y el proyecto de DANA MONTAÑO del año 1960 (art. 24) contemplan y aceptan la acumulación de ambas pretensiones en el recurrente: la declaración de no ser conforme a Derecho el acto impugnado y el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, más la indemnización de los daños y perjuicios pertinentes cuando procedan.

Por nuestra parte, atendiendo a la mayor eficacia del remedio jurisdiccional, mejor logrado con la amplitud simultánea de impugnación del acto bajo todos sus aspectos, creemos que los principios de orden formal que sustenta la *divisio*, deben ceder, admitiendo la unidad del proceso con los beneficios consiguientes que de ello derivan para los administrados.

## XII

### PARTES EN EL PROCESO

Con lo dicho hasta aquí queda establecido que en el proceso jurisdiccional contencioso-administrativo lo impugnado es siempre un acto

---

(58) Ver «Boletín del Congreso», loc. cit., p. 108.

administrativo. Por eso, para nosotros, consecuencia ineludible de ello es que la traída a juicio es la Administración pública de quien emana el acto.

Algunas legislaciones admiten que el acto administrativo sea impugnado por determinados funcionarios de la Administración pública, como ocurre, verbigracia, en la provincia de Buenos Aires, cuyo artículo 28 establece que «la demanda contencioso-administrativa podrá interponerse por un particular, o por una autoridad administrativa, o por el Fiscal de Estado».

Por su parte, la Ley española de 1956 establece que «la Administración autora de algún acto que, en virtud de lo previsto en las Leyes, no pudiera anularlo o revocarlo por sí misma, estará legitimada para deducir cualquiera de las pretensiones a que se refieren los párrafos que anteceden» (art. 28, inc. 3). Ninguna explicación se da sobre esto en la Exposición de Motivos (59).

DANA MONTAÑO, siguiendo a la Ley española, en el artículo 3.º de su proyecto para la provincia de Santa Fe, del año 1960 (60), establece que podrán promover la acción: «c) La Administración contra un acto propio, firme y creador de algún derecho de carácter subjetivo, siempre que el órgano superior de la jerarquía administrativa del que emanare el mismo declare, en resolución fundada, que es lesivo a los intereses públicos que representa. d) El Gobernador de la provincia respecto de los actos de las entidades autárquicas territoriales e institucionales que estime ilegales».

Manteniendo la dicotomía procesal de los recursos, pudiera admitirse la sustanciación del recurso de anulación en ambos casos c) y d), por cuanto la Administración no es parte; pero unificados ambos procesos y establecido que la Administración pública es parte inclusive en la hipótesis del recurso de anulación, no queda compaginado muy claramente la posibilidad de que la Administración pública reclame la anulación de un acto administrativo contra la Administración pública.

Nosotros rechazamos en absoluto esta posibilidad. Con el acto administrativo que se impugna viene a juicio la Administración pública, incluso en el caso del artículo 28 del Código de la provincia de Buenos Aires.

Si la Administración pública, y quien ejerce su jefatura máxima, sea Presidente de la nación o Gobernador de la provincia, entiende que

(59) Loc. cit., p. 9.

(60) «Boletín Biblioteca», loc. cit., pp 119-20.

un acto administrativo es nulo, de nulidad manifiesta, lo que corresponde es que decrete su nulidad. Y si esto no puede acontecer por tratarse de un acto simplemente anulable, o de un acto regular sin vicios de competencia o de forma, creador de derechos subjetivos a favor de terceros, lo que debe hacer es demandar judicialmente su anulación por simple demanda ordinaria, pero no por el camino del recurso jurisdiccional contencioso-administrativo (61).

Admitir que en tales casos la acción de anulación puede ser ejercida mediante el recurso jurisdiccional contencioso-administrativo, es desvirtuar su esencia e introducir en esta materia, de por sí difícil, una confusión de Torre de Babel, confusión que comienza al calificar de «acción» y no de «recurso» esta clase de remedio jurisdiccional que, repetimos, se da contra un acto administrativo con el cual la Administración pública lesiona el derecho subjetivo de un particular o afecta su interés legítimo.

Por eso también rechazamos de plano la denominación de Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, que en el orden nacional otorga la Ley 13.998 a Juzgados que entienden de todo menos, precisamente, de recursos contencioso-administrativos.

### XIII

#### DISTINTOS ACTOS DE PROCEDIMIENTO

Presentado el recurso ante el Tribunal con competencia legal para entender en él, puede pedirse por el recurrente la suspensión de la medida que lo motiva, en principio, cuando la resolución impugnada sea *prima facie* nula, o cuando su ejecución produzca un daño irreparable, lo cual no será viable tratándose de percepción de contribuciones fiscales, demolición o destrucción de construcciones, instalaciones o cosas peligrosas para la seguridad, la higiene o la moral.

El régimen del tercer coadyuvante, de las excepciones y de la prueba, no ofrece diferencias mayores con el procedimiento civil ordinario, excepto en cuanto a la mayor amplitud de los poderes del Juez de la causa, quien puede urgir el procedimiento, desestimar de plano las prue-

---

(61) Ver nuestro trabajo sobre *Los contratos de petróleo*, en «La Ley» 29 de agosto de 1963, cap. XXI, y fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, publicado en «La Ley» el 28 de agosto de 1963 «in re», «O'Brien Walter c/Gobierno Nacional», sentencia del 22-IV-1963, Considerando 6.º

bas inconducentes y ordenar las que estime convenientes para dictar sentencia, todo conforme al principio de «interés público» que domina el procedimiento.

De más resulta señalar que la sentencia debe fundarse en normas o principios de Derecho constitucional, administrativo y fiscal en primer término; en ausencia de ellos, en principios generales de Derecho público y sólo subsidiariamente en normas y principios de Derecho privado.

La costumbre únicamente podrá invocarse en último término, siempre que no implique la abrogación de textos positivos de Derecho público.

Admitida la *divisio* de recurso de plena jurisdicción y de anulación, la sentencia dictada en el primer caso tiene efecto únicamente *inter partes*, y la dictada en el segundo, *erga omnes*.

Esto no obstante, en nuestro país, los códigos y proyectos que admiten el recurso de ilegitimidad han establecido que, aun en este caso, la sentencia sólo tiene efectos *inter partes*, sin perjuicio de que los demás administrados afectados por la decisión anulada puedan deducir a su vez, personalmente, recursos iguales de anulación, contándose a su respecto los términos para hacerlo a partir de la publicación del fallo en forma oficial.

Contra la sentencia dictada pueden interponerse los mismos recursos del procedimiento ordinario. Basada en autoridad de cosa juzgada, el Tribunal procede a su ejecución compulsiva bajo apercibimiento de hacer responsable en forma personal a los funcionarios o empleados reuementes. No obstante, la Administración puede solicitar la suspensión de esta ejecución fundada en graves motivos de interés público, siempre que se avenga a indemnizar los perjuicios que causare. También podrá dejar de cumplir la sentencia si ésta le impone la obligación de dar una cosa afectada al uso o a un servicio público, previo depósito de su valor e iniciación por separado del respectivo juicio de expropiación.

Siendo la expropiación un juicio en que el Estado debe actuar como parte actora para obtener la transferencia forzosa del dominio de una cosa mueble o inmueble, o de un bien a su favor, no puede sustanciarse por vía del recurso contencioso-administrativo.

Además, determinar el valor de los bienes expropiados y la indemnización que por ellos se debe a su propietario no constituye una operación administrativa, regida por el Derecho administrativo, sino una cuestión definitivamente civil. Sí, en cambio, podría dar origen a un recurso jurisdiccional contencioso-administrativo la decisión administra-

tiva que declare un bien sujeto a expropiación, o en extensión mayor o menor, como así también la que impida a un propietario el ejercicio pleno de su derecho de dominio, o la que ordene la ocupación de un bien particular sin previo juicio de expropiación (62).

#### XIV

##### CONSIDERACIONES FINALES

Los principios que hemos estudiado en el presente trabajo son con referencia principalmente al régimen contencioso-administrativo en nuestro país, donde rigen los códigos que hemos enumerado en nuestro trabajo anterior sobre «Jurisdicción contencioso-administrativa», publicado en *Omeba*, tomo XVII, número 16, página 571, y sin que hasta la fecha se haya avanzado un solo paso más, ni en el orden provincial, ni en el orden nacional, desde el año 1951, en que se dictó el último Código Contencioso-administrativo, que fué el de la provincia de Santiago del Estero.

El aumento del intervencionismo del Estado implica un aumento de las prerrogativas en favor de la Administración pública, que, si no lleva aparejado un aumento de garantías en favor de los administrados, nos conduce fatalmente a la anulación del individuo y a la destrucción del derecho. Los remedios sucedáneos recientemente inventados, como el recurso de amparo, no sirven para nada.

Corresponde entonces, y cuanto antes, propugnar la inmediata sanción de un régimen de garantías amplio, sobre todo en el orden nacional, donde nada existe fuera de la fallida Ley 13.511, vetada por el poder ejecutivo (63).

Creemos que ahora, constituido de nuevo el Congreso, no se demorará la sanción de un Código de lo Contencioso-Administrativo para el orden nacional, sin lo cual, evidentemente, todo lo que se hable sobre el Estado de Derecho en nuestro país, será pura declamación.

(62) R. BIELSA, *Preparación del juicio contencioso-administrativo*, en «La Ley», t. 65, p. 779, IV, y *La jurisdicción contencioso-administrativa*, en «La Ley», t. 52, p. 1.054, 2, III.

(63) ADLA, t. VIII, p. 1.248.





# JURISPRUDENCIA

